

El nuevo rol del Asesor/Defensor de Menores en el proceso penal a partir de la Doctrina de la Protección Integral

Federico R. Moeykens¹

SUMARIO: I.- Introducción; II.- El Asesor/Defensor de Menores (Ministerio Público) a la luz de lo previsto en el art. 103 CCCN; III.- La función del Asesor/Defensor de Menores como garante del cumplimiento del debido proceso legal y respecto de los derechos de los NNA; IV.- Es necesario diferenciar la actuación del abogado de confianza de la persona menor de edad con la del Asesor/Defensor de Menores; V.-A modo de conclusión; VI.- El asesor de menores puede coadyuvar a la defensa técnica de la persona menor de edad

RESUMEN: El autor de este artículo pone en discusión el rol que ejerce el asesor/defensor de menores en el proceso penal, frente al paradigma de la protección integral, dado que aquella figura respondió originariamente a los intereses de la sociedad de protección–represión de los menores, mediante el sistema del Patronato Estatal. Analiza la normativa a partir de la modificación del Código Civil y Comercial de la Nación en cuanto relativa a la capacitación o participación personal y autonomía de los menores de edad, dejando entonces reservada la figura del Ministerio Público al control de legalidad del proceso, lo que trae como consecuencia la derogación de todas las funciones tutelares, y los obliga a replantear su rol en armonía con el espíritu convencional y constitucional.

¹ Juez Penal de NNA – Colegio de Jueces – Centro Judicial Capital – Poder Judicial de Tucumán

Asimismo pone de resalto a la ley 26061 (art. 27) que reconoce el derecho a una defensa material y técnica y la posibilidad que tal defensa sea ejercida por el Abogado del Niño o, en el caso de los infractores, por el denominado Defensor Penal Juvenil.

Este trabajo quiere reflexionar sobre la situación de conflicto que se puede desencadenar cuando el abogado del niño y el asesor de menores plantean estrategias defensivas diversas porque cualquiera de ellas debilitará la estrategia del otro y dejará perplejo al juez llamado a decidir, y más aún, al niño. Desde su experiencia práctica en el proceso penal reflexiona en cuanto a la necesidad de resignificar la figura del asesor/defensor de menores con nuevas funciones que contribuyan al ejercicio pleno de todos los derechos de los niños, niñas y adolescentes, en el marco del riguroso respeto del debido proceso legal.

PALABRAS CLAVE: Abogado del Niño - Derecho a ser oído - Rol del Ministerio Público

I.- Introducción

A partir de la incorporación de la Convención de los Derechos del Niño con rango constitucional y, luego de la sanción de la ley n° 26.061- *de Protección Integral de Niños, Niñas y Adolescentes* - los operadores del servicio de justicia, en este caso del fuero penal, estamos convocados a repensar aquellos institutos que impiden poner en pleno funcionamiento los mecanismos de protección de derechos fundamentales propios del debido proceso².

A la luz del reformado Código Civil y Comercial de la Nación en el año 2015 resulta necesario redoblar esfuerzos tendientes a reinterpretar las normas, en consonancia con la Constitución Nacional, la Convención de los Derechos del Niño, y la Ley de Protección Integral de Niños, Niñas y Adolescentes, N° 26.061. En este punto, es trascendental resignificar la figura del asesor o defensor de menores de acuerdo a los derechos reconocidos a los niños, niñas y adolescentes y, en especial, del debido proceso legal. Sostengo tal cosa por cuanto, a pesar de la

² CIDH, Opinión Consultiva N° 17, 22 de septiembre de 2002.

redacción del nuevo art. 103 CCCN³, las funciones allí previstas para el Ministerio Público (Pupilar) continúan impregnadas de la ideología del Patronato.

Lo dicho en el párrafo anterior trae aparejado que la actuación de los asesores/defensores de menores en los procesos penales se torne dificultosa y genere dudas en la práctica diaria.

Como punto de partida a la cuestión que aquí planteo, no debe perderse de vista que la ley n° 26.061 fue sancionada para desterrar formalmente todas aquellas prácticas propias del modelo de la situación irregular. En esta lógica, se deslegitiman los remedios judiciales tutelares.⁴

Dentro de este contexto, puede decirse que la ley 26.061 provoca una alteración sustancial de las leyes internas que se encuentran basadas en el régimen tutelar y por eso no prevén la participación efectiva del niño.⁵

Para no dejar margen de dudas, la ley n° 26.061 derogó expresamente la ley de Patronato de Menores n° 10.903 – la cual consideraba al niño como objeto de tutela - y creó en su reemplazo el Sistema de Protección Integral de Derechos, conformado por organismos, entidades y servicios que planifican y ejecutan

³ Artículo 103 CCCN.- Actuación del Ministerio Público. La actuación del Ministerio Público respecto de personas menores de edad, incapaces y con capacidad restringida, y de aquellas cuyo ejercicio de capacidad requiera de un sistema de apoyos puede ser, en el ámbito judicial, complementaria o principal.

a) Es complementaria en todos los procesos en los que se encuentran involucrados intereses de personas menores de edad, incapaces y con capacidad restringida; la falta de intervención causa la nulidad relativa del acto.

b) Es principal:

- cuando los derechos de los representados están comprometidos, y existe inacción de los representantes;
- cuando el objeto del proceso es exigir el cumplimiento de los deberes a cargo de los representantes;
- cuando carecen de representante legal y es necesario proveer la representación.

En el ámbito extrajudicial, el Ministerio Público actúa ante la ausencia, carencia o inacción de los representantes legales, cuando están comprometidos los derechos sociales, económicos y culturales.

⁴ LÓPEZ OLIVA, Mabel, “Las políticas públicas en la ley 26.061: de la focalización a la universalidad”, pag. 139, en García Méndez, Emilio (comp.), *Protección Integral de Niños, Niñas y Adolescentes. Análisis de la ley 26.061*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2006.

⁵ SOLARI, Néstor, “El derecho a la participación del niño en la ley 26.061. Su incidencia en el proceso judicial”, La Ley, 29/1105, p. 1128.

políticas públicas en favor de la infancia. Asimismo, el sistema se erige sobre órganos de protección, de los cuales emanan las medidas de protección integral de derechos.

El sistema trae consigo la revalorización y ampliación de la infraestructura administrativa para una rápida defensa de los derechos de los niños, niñas y adolescentes. Para ello, enumera una serie de medidas que los organismos administrativos pueden y deben adoptar.⁶

En este orden de ideas, establece el artículo 37 de la ley 26.061:

“Comprobada la amenaza o violación de derechos, deben adoptarse, entre otras, las siguientes medidas:

- a) Aquellas tendientes a que las niñas, niños o adolescentes permanezcan conviviendo con su grupo familiar;
- b) Solicitud de becas de estudio o para jardines maternales o de infantes, e inclusión y permanencia en programas de apoyo escolar;
- c) Asistencia integral a la embarazada;
- d) Inclusión de la niña, niño, adolescente y la familia en programas destinados al fortalecimiento y apoyo familiar;
- e) Cuidado de la niña, niño y adolescente en su propio hogar, orientando y apoyando a los padres, representantes legales o responsables en el cumplimiento de sus obligaciones, juntamente con el seguimiento temporal de la familia y de la niña, niño o adolescente a través de un programa;
- f) Tratamiento médico, psicológico o psiquiátrico de la niña, niño o adolescente o de alguno de sus padres, responsables legales o representantes;
- g) Asistencia económica”.

En este escenario, la protección de los derechos de los niños es, de modo prioritario, competencia administrativa – particularmente, de los órganos locales de protección – a través de medidas establecidas en el artículo 37 antes citado. De este modo queda claro que el abordaje proteccional de los niños, niñas y adolescentes en su carácter de víctimas de delitos, o de infractores a la ley penal, es competencia

⁶ GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, FAMA, Victoria, HERRERA, Marisa, “Las medidas excepcionales previstas en la ley 26.061”, LA LEY 29/06/07, p.876.

exclusiva del Poder Ejecutivo y totalmente ajena al Poder Judicial. El Poder judicial, solo intervendrá cuando exista un conflicto jurídico.

Como ya fuera expresado, para garantizarles a los niños el acceso al debido proceso legal y permitirles ejercer por sí todos sus derechos, el art. 27 de la ley n° 26.061 les reconoce el derecho a una defensa material y técnica. En el caso de los niños víctimas, tal defensa debe ser ejercida por el Abogado del Niño; en el caso de los infractores, por el denominado Defensor Penal Juvenil. Así se garantiza a las personas menores de edad, en todo proceso judicial o administrativo, el derecho a ser oídos y a que su opinión sea primordialmente tenida en cuenta al momento cuando emerja la posibilidad de una decisión que los afecte. También así se les reconoce el derecho a designar un abogado de confianza que defienda sus intereses particulares, y a recurrir ante el superior frente a cualquier decisión que lo afecte.

En sintonía, establece el decreto reglamentario 415 que el derecho a la asistencia letrada previsto en el inc. c) del art. 27 incluye el de designar un abogado que represente los intereses personales e individuales de los niños, niñas y adolescentes, todo ello sin perjuicio de la representación promiscua que ejerce el ministerio pupilar.

De modo evidente entonces, la función de defensa técnica del niño en los procesos judiciales y administrativos es función del abogado de confianza establecido en el art. 27 citado de la ley n° 26.061. En consecuencia, se reconoce a los niños y adolescentes la posibilidad de ser oídos, de que su opinión sea tenida en cuenta, de ofrecer prueba, de controlarla, todo ello sea a través de la figura del Abogado del Niño o de la del Defensor Penal Juvenil según se trate de una persona menor de edad no infractora o infractora, respectivamente.

Sin dudas, la ratificación de la Convención de los Derechos del Niño, y más aún la sanción de la ley n° 26.061, han puesto en jaque el paradigma de la incapacidad, y lo han reemplazado por la autonomía o capacidad progresiva. En este orden de ideas, a partir de las nociones de autonomía y evolución de las facultades a las que alude la CDN y el plexo normativo de adecuación a la misma, se reconoce que los niños y adolescentes adquieren capacidad para el ejercicio de sus derechos. Es en este terreno donde cabe destacar un avance significativo de la

ley n° 26.061 al garantizar al niño su derecho a designar un abogado de confianza, lo cual supone su real protagonismo con el debido asesoramiento.⁷

La intervención del abogado del niño como la del defensor penal juvenil, implicarán que la opinión de la persona menor de edad sea tenida en cuenta y se considere de manera distinta y sin que sea anulada por las otras, ya que sobreviene un nuevo interés autónomo y de directa atención por el órgano jurisdiccional. El sentido de admisión de tales figuras reside en que de nada valdría el derecho a ser oído si no se lo puede ejercer de un modo útil y eficaz. Al respecto, la defensa técnica contribuirá a que las manifestaciones del niño o adolescente no adquieran para el intérprete cualquier sentido, sino sólo aquel tendiente a la irrestricta defensa de sus intereses particulares.

Considerar lo contrario es no tener en cuenta el principio de autodeterminación progresiva del sujeto, que implica la posibilidad de ser otro, distinto de sus representantes legales (principales o complementarios), aun en caso de que coincidan sus intereses. El simple hecho de permitirse a las personas menores de edad una escucha diferenciada dentro del proceso penal, las posiciona como diferentes, con capacidades distintas al resto de las partes, lo cual contribuye a la construcción en el imaginario colectivo de la comunidad, del respeto al niño, niña, o adolescente como un sujeto autónomo.⁸

Hasta aquí es posible sostener que la intervención del Ministerio Público (Pupilar) vela por los intereses del Estado en su función tutelar, mientras que el abogado del niño, defensor penal juvenil o defensa técnica, protegen los intereses personales e individuales del niño, niña o adolescente.

Ante lo afirmado, y el nuevo paradigma de protección integral vigente, cabe preguntarse entonces: *¿Qué rol deberá ejercer el asesor/defensor de menores en el proceso penal?*

La respuesta no es sencilla. Sin embargo, surge con claridad que la derogación de la ley de Patronato trae consigo, como consecuencia fatal, la derogación de todas las funciones tutelares del defensor de menores y obliga a replantear su rol en

⁷ MINYERSKI, Nelly, y HERRERA, Marisa. “La participación del niño en el proceso y la normativa del Código Civil en el contexto de la ley 26.061, Buenos Aires, Editores del Puerto, p. 57, 2006.

⁸ PIGNATA, Noris, “El acceso a la justicia de los niños, niñas y adolescentes: una política desde la perspectiva de sujetos de derechos”, ponencia realizada en el III Congreso Internacional de Derechos y Garantías, organizado por ABA.

armonía con el espíritu convencional y constitucional que ampara a las niñeces y adolescencias.

La dificultad de tal reformulación surge de la paradoja de encontrarnos obligados a resignificar constitucionalmente las atribuciones de un funcionario estatal que ha sido concebido a la sombra de tales garantías constitucionales.

II.- El Asesor/Defensor de Menores (Ministerio Público) a la luz de lo previsto en el art. 103 CCCN

El ministerio Público (Pupilar) es un órgano independiente con autonomía funcional y autarquía financiera. Tiene por función promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad y de los intereses generales de la sociedad.

De este modo, el Ministerio Público es el representante de los niños, niñas y adolescentes y actúa conjuntamente con sus progenitores para la mejor defensa de sus derechos. Si no los tiene, debe proveerles de representante legal por imperio de la ley como primera función, y acudir a las instituciones propias del derecho de fondo.

Representa a las personas declaradas excepcionalmente incapaces (art. 32, segunda parte, CCCN), a aquellas con capacidad restringida por sentencia judicial (art. 32, primera parte, CCCN), y de los inhabilitados por prodigalidad hasta el momento de la sentencia, salvo que posteriormente exista conflicto judicial entre los sistemas de apoyos para la toma de decisiones y la persona inhabilitada.

Se han receptado principios internacionales en materia de niñez como el de “capacidad progresiva”; el de la participación de los niños, niñas y adolescentes, de acuerdo a su desarrollo y grado de madurez; el derecho a ser oídos y que su opinión sea tenida en cuenta; entre otros.

De este modo se reconoce un rol más participativo y protagónico de los niños, niñas y adolescentes. A mayor autonomía de ellos, menor será la representación sobre las personas menores de edad. Ello se deriva de que las mismas son sujetos de derecho y no objetos de tutela, como se entendía anteriormente, y se desprende la Opinión Consultiva 17/2002 de la Corte IDH, sobre condición jurídica y derechos humanos del niño, solicitada por la Comisión Interamericana de derechos Humanos, que reza: “Los niños no deben ser considerados ‘objetos de protección segregativa’ sino sujetos de pleno derecho, deben recibir protección integral y gozar de todas los derechos que tienen las

personas adultas, además de un grupo de derechos específicos que se les otorgan por la particularidad de que los niños se encuentran en desarrollo...”.

La intervención del ministerio Público es necesaria, representativa, de orden legal, y requiere de control judicial. Ello surge del inc. a del citado art. 103 CCCN. Por lo general, en el proceso penal la intervención del Ministerio Público es “complementaria” a la de los representantes legales individuales. es decir, su actuación se integra y complementa con la que ejerce el representante individual (por ej. referentes parentales). Es así que la actuación es complementaria cuando se den los siguientes supuestos: “... en todos los procesos en los que se encuentren involucrados los intereses de personas menores de edad, personas declaradas excepcionalmente incapaces y personas con capacidad restringida...”.

Por tanto, su representación es complementaria a la de los progenitores, tutores, guardadores o curadores, o apoyos de las personas con capacidad restringida con facultades representativas.

Es así que a partir de lo que prescribe el Código Civil y Comercial, la finalidad de intervención del Ministerio Público es la protección de derechos y asistencia de las personas menores de edad, y no la anulación de su capacidad o participación personal, de su autonomía. Así se refuerza la doctrina convencional de la Corte IDH que califica la función del Ministerio Público de Incapaces como una garantía esencial del debido proceso para el cumplimiento de las medidas especiales de protección en favor de las personas en condición de vulnerabilidad.

III.- La función del Asesor/Defensor de Menores como garante del cumplimiento del debido proceso legal y respecto de los derechos de los NNA

A partir del paradigma de la protección integral, la actuación del Ministerio Público (Pupilar) no tendrá que responder a la ideología del Patronato. Es así que la nueva función del este órgano especial será la de velar por el irrestricto cumplimiento de los derechos reconocidos a los niños, pero sobre todo cuidando que se respete su desarrollo autónomo en el marco de la capacidad progresiva que incorporen tras su actuación cotidiana.

Así las cosas, en el marco del nuevo sistema acusatorio adversarial, el asesor de menores deberá ser reinterpretado como un plus de protección del sistema de garantías extras para los niños que participan en un proceso penal.

El enfoque propuesto en el párrafo anterior, cambia el eje de representación basado en la incapacidad por la intervención necesaria y obligada del órgano que el Estado ha instaurado para el cumplimiento de los derechos reconocidos a las personas menores de edad en el respeto de su capacidad progresiva.

En este sentido las funciones que la legislación vigente le encomienda al Ministerio Público tienden a una pretendida protección objetiva del orden jurídico y no a la protección del interés personal o individual del niño.

Por estas razones, el asesor de menores deberá controlar que se cumpla con el debido proceso legal; debido proceso legal que supone para su legitimación frente a la sociedad la actuación del abogado de confianza de niños, niñas y adolescentes. Al respecto, la función del asesor de menores no es contraria a la Convención, pero evidentemente no es suficiente para garantizar que el niño, niña o adolescente pueda ser parte del proceso.

IV.- Es necesario diferenciar la actuación del abogado de confianza de la persona menor de edad con la del Asesor/Defensor de Menores

Las posibles incompatibilidades existentes entre la actuación del abogado de confianza de la persona menor de edad y las del asesor/defensor de menores surgen a las claras si la actuación del segundo no es interpretada en clave convencional/constitucional.

A modo preliminar y a fin de diferenciar ambas figuras, puede afirmarse que el abogado asiste, acompaña, representa al niño o adolescente en el proceso, mientras que el asesor/defensor de menores defiende los intereses del Estado.

En efecto, la actuación del Ministerio Público (Pupilar) dada su función de promover la intervención de la justicia en defensa de la legalidad de los intereses generales de la sociedad, es de pronunciarse conforme a derecho, no debiendo inclinarse necesariamente por la posición más favorable a los intereses del niño (entendiendo como intereses del niño la voluntad manifestada por éste), aun cuando su dictamen contraríe las pretensiones sustentadas por el representante individual de aquel. Es por ello que su rol no debe confundirse con el que puede ser ejercido en el marco del proceso por la asistencia técnica propia del abogado a quien se le asigna la defensa de los intereses particulares en un conflicto y presta su conocimiento técnico para que se dicte una decisión jurisdiccional favorable a su representado.

De conformidad con lo antes expresado y, en relación a la tensión existente entre “el interés superior del niño” y el derecho a ser oído, el defensor de menores vendría a materializar aquella mirada adulta desde la cual se conceptúa al interés superior. Por su parte, el abogado del niño o defensor penal juvenil materializan la definición de interés superior según la propia mirada del niño.

La postura antes sentada, si bien genera tranquilidad al mantener divididas las aguas de ambas figuras, no puede ser seriamente sostenida, porque al representar el asesor de menores una mirada distinta a la del niño de lo que implica su “interés superior”, puede obstaculizar de modo serio la estrategia de defensa material y técnica del mismo.

Cabe reiterar que las funciones del asesor de menores – tanto defensor como fiscal – atentan contra el ejercicio legítimo del derecho de defensa. En este contexto, el defensor de menores interviene por mandato legal, indistintamente, en todos los procesos judiciales en los que estén involucradas personas menores de edad. Como lógica consecuencia, la designación de un abogado de confianza por parte del niño no implica el cese de su actuación.

Tal situación genera pretensiones diversas. Por un lado, la pretensión del defensor de menores y, por otro, la pretensión personal del niño o adolescente, expresada a través de su abogado de confianza. Pretensión que muchas veces queda confundida con el dictamen del asesor, quien privilegia fundamentalmente los intereses de la sociedad.

Según la Cámara de Acusación de la Ciudad de Córdoba “el rol del Ministerio Público se constituye por mandato constitucional y legal en defensor de los niños, niñas y adolescentes. La defensa de estos derechos -que interesa a la sociedad y al Estado- no puede confundirse con la defensa técnica que, en el marco del proceso judicial se traduce en la asistencia propia de un abogado del niño, a quien se le asigna la defensa de los intereses particulares en un conflicto concreto y presta su conocimiento técnico para que se dicte una decisión jurisdiccional favorable a la voluntad del niño. Es difícil sostener que el Ministerio Público defienda en el mismo proceso el interés particular y concreto del niño o adolescente parte, y al mismo tiempo, el interés general y abstracto de la comunidad. Es por ello que su actuación, si bien es necesaria, es insuficiente por sí para proveer al niño una participación activa en el proceso judicial mediante una defensa técnica adecuada de sus derechos fundamentales, la que se traduce en el derecho a una asistencia especializada. En efecto, el defensor de menores o promiscuo viene a materializar la mirada adulta desde la cual se conceptualiza el interés superior, mirada que en

principio le cabe a los propios progenitores o representantes necesarios del niño. (Voto de los Dres. Farías y Palacio de Arato, Sentencia del 19/09/2021).

Dicho de otro modo, lo que intenta decirnos el tribunal cordobés es que cuando la pretensión de la persona menor de edad fuera injusta, el asesor/defensor de menores faltaría a su deber propiciándola.

La defensa de estos derechos interesa a la sociedad y el Estado, y no pueden confundirse con la defensa técnica que, dentro de un proceso judicial, se traduce en la asistencia propia de un abogado de confianza, a quien se le asigna la defensa de los intereses particulares en un conflicto concreto y presta su conocimiento técnico para que se dicte una decisión jurisdiccional favorable a la persona menor de edad. Al respecto, resulta difícil sostener que el Ministerio Público defienda en el mismo proceso el interés particular y concreto del niño o adolescente parte, y al mismo tiempo, el interés general y abstracto de la comunidad.⁹

En particular, en los procesos penales suele ocurrir que el defensor de menores consienta que un adolescente como presunto autor del ilícito por el cual se lo persigue, solicite o consienta la aplicación de medidas tutelares privativas de la libertad, aún cuando el niño en su defensa haya negado toda participación en el hecho que se le endilga.

Lo que debe quedar claro es que como lo ha sostenido ya calificada doctrina, “en nuestro orden jurídico no hay otra asistencia adecuada para defenderse de una acusación penal que la asistencia legal. Esto hace a la garantía de la defensa en su dimensión técnica. También es importante tener en cuenta que la figura del asesor de menores – que vela al mismo tiempo por los intereses de la persona menor de edad y por la defensa de la sociedad – no satisface de modo adecuado la garantía de los arts. 40.2.b. y 37 d. de la CDN”.¹⁰

V.- El asesor de menores puede coadyuvar a la defensa técnica de la persona menor de edad

Resta por analizar qué función cabe al asesor de menores cuando el niño designa un abogado de confianza, dado que el funcionario citado en primer

⁹ GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, FAMA, María Victoria, y HERRERA, Marisa, *Ley de protección integral de niños, niñas y adolescentes. Derecho constitucional de familia. Comentada, Anotada y Concordada*, Ediar, Buenos Aires, 2007, p. 645.

¹⁰ BELOFF, Mary, *Los derechos del niño en el sistema interamericano*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2004, p. 54, nota 8.

término, de todos modos, intervendrá atento a la representación principal o complementaria que le confiere el art. 103 CCCN. O dicho en otros términos, cabe preguntarnos si la figura del asesor de menores – despojada de las funciones como institución del Patronato – puede coadyuvar a fortalecer las defensas técnicas de las personas menores de edad.

Resulta imprescindible aclarar aquí que el rol del defensor de menores no puede ser concebido como “control de calidad” de la defensa técnica designada por el propio niño. Al respecto, desconfiar del abogado libremente elegido por la persona menor de edad en pos de su protección, implica de nuevo desconocer su condición de sujeto de derechos, y autodeterminación progresiva.

Sin dudas, el rol del defensor de menores como complemento de la defensa de la defensa técnica del niño presentará muchas dificultades y requerirá la colaboración recíproca de defensores de menores y abogados de niños, niñas y adolescentes.

La situación conflictiva se puede desencadenar cuando el abogado del niño y el asesor de menores tengan estrategias defensivas diversas porque cualquiera de ellas debilitará la estrategia del otro y dejará perplejo al juez llamado a decidir, y más aún, al niño.

A modo de hipótesis, cabe plantearse algunos supuestos en los cuales las estrategias de defensa puedan ser diversas. Por ejemplo, en un proceso penal puede suceder que el asesor de menores considere que lo mejor para el adolescente es un juicio abreviado y que el abogado de confianza considere que el niño está en condiciones de demostrar su inocencia en juicio. O puede suceder también que en el marco de un proceso penal el asesor de menores y el abogado de confianza no logren arribar a un acuerdo sobre qué prueba ofrecer para hacer valer la postura del niño.

Planteadas estas hipótesis, es preguntarse qué estrategia de defensa debe prevalecer. La respuesta se puede encontrar en el artículo 27 de la ley n° 26.061 que prevé y jerarquiza la participación personal y activa del niño en el proceso y le reconoce capacidad procesal para designar un abogado de confianza. Como lógica consecuencia de la capacidad procesal reconocida a los niños, niñas y adolescentes, son éstos quienes definirán su estrategia de defensa asesorados por su abogado de confianza.

En ese escenario el asesor de menores podrá colaborar con esta estrategia de defensa, sugiriendo enfoques para el planteo de la defensa o nuevas pruebas que aportar o citas jurisprudenciales y doctrinarias que sostengan la estrategia, pero todo ello sujeto al consentimiento del niño, asesorado por su abogado de confianza.

De otro se producirá un efecto adverso al buscado, cual es, fortalecer la defensa técnica del niño, debilitándose su postura individual, por la existencia de opiniones diversas relativas a la mejor estrategia de defensa.

VI.- A modo de conclusión

De lo hasta aquí dicho podemos sacar algunas conclusiones relativas a cual debiera ser el nuevo rol del Asesor/Defensor de Menores en el proceso penal frente al paradigma de la protección integral.

Quedó claro ya que en sus orígenes la figura del Defensor de Menores respondió a los intereses de la sociedad de ejercer la protección – represión de los menores mediante el sistema del Patronato Estatal.

La sanción de la ley n° 26.061 refleja un nuevo consenso social que impide concebir la protección en términos de retaceo de garantías constitucionales e impone el reconocimiento de la autonomía progresiva en las personas menores de edad.

En ese contexto, la práctica diaria en el proceso penal impone la necesidad de resignificar la figura del asesor/defensor de menores con nuevas funciones que contribuyan al ejercicio pleno de todos los derechos de los niños, niñas y adolescentes, en el marco del riguroso respeto del debido proceso legal.

Despojados de las funciones del Patronato, el asesor/defensor de menores se debe limitar a coadyuvar con la defensa técnica del niño. En este marco, el asesor de menores y el niño - asesorado por el abogado del niño o por el defensor penal juvenil – deberán acordar una estrategia de defensa.

Pero, en caso de no arribar a un acuerdo, prevalecerá siempre la estrategia de defensa elegida por el propio niño. De lo contrario, se convertirá en letra muerta la figura del abogado del niño o del defensor penal juvenil, así como también la capacidad procesal y autodeterminación progresiva de las personas menores de edad.

Para terminar, viene al caso citar una reflexión de Victoria Marina Velázquez de Avilés, ex magistrada de la Corte Suprema de El Salvador, quien sostuvo que *“por más modernas y democráticas que sean las nuevas leyes y procedimientos, no podrán ser efectivas si su aplicación está en manos de funcionarios o personas que carecen de conocimientos especializados en derechos de la infancia, en mecanismos de protección de la misma y, principalmente, si adolecen de indolencia, indiferencia, conformismo con la situación actual en lugar de una sensibilidad y compromiso creativo, constructivo, capaz de descubrir un horizonte de posibilidades de todas aquellas carencias, necesidades de las que, lastimosamente, adolece la jurisdicción penal juvenil”*.