

La participación procesal de los NNA víctimas de delitos contra la integridad sexual según el Código Procesal Penal de Tucumán (ley n° 8.933)

Federico R. Moeykens¹

SUMARIO: I.- El “quid de la cuestión”; II.- “Sólo los niños saben lo que buscan” – dijo El Principito de Antoine de Saint –Exupery: el derecho del NNA a ser oído; III.-“Lo esencial es no perder la orientación”. – Cien Años de Soledad (Gabriel García Márquez): la llamada autonomía progresiva y el acceso a la justicia; IV.-“Al pan, pan y al vino, vino”. La participación procesal de los NNA como víctimas de abuso sexual; V.-“Dudar para recuperar certezas”

RESUMEN: A partir de la sanción del Código Procesal Penal de Tucumán (ley n° 8933) el autor reflexiona acerca del Art. 90: Querellante en los delitos contra la integridad sexual en perjuicio de niña, niño o adolescente, relacionado con la intervención obligatoria del Abogado de Niño en esos delitos en particular. Sin perjuicio de destacar que dicha figura no fue aun reglamentada en su provincia, hace un abordaje, tanto desde su experiencia como magistrado del fuero y docente universitario, como de las fuentes legales, convencionales y jurisprudenciales, de la necesidad y obligatoriedad del derecho del niño a “ser oído” en cada caso, garantizándose cada vez que éste lo solicite y atendiendo al principio de autonomía

¹ Juez Penal de NNyA del Colegio de Jueces y Juezas – Fuero Penal - Centro Judicial Capital – Poder Judicial de Tucumán. Docente de la Facultad de Derecho y Cs. Sociales – Universidad Nacional de Tucumán

progresiva. Interesante el análisis relativo a las incumbencias del “Tutor ad litem”, la del “Ministerio Público” Pupilar y de la Defensa y el Abogado de Niño, reflexiones que hacen de este artículo, sin ser definitivas, un espacio de pensamiento crítico.

PALABRAS CLAVE: Menor de edad víctima - Delitos contra la integridad sexual - Querellante - Abogado del niño, niña, adolescente

«El camino al infierno está
empedrado de buenas intenciones»
San Bernardo de Claraval

I.- El “*quid de la cuestión*”

El presente trabajo encuentra su origen en la inquietud que despertó la aplicación de una norma contenida en el nuevo Código Procesal Penal de la Provincia de Tucumán (ley n° 8.933). En concreto refiero al art. 90 del aludido digesto el cual establece:

Art. 90.- Querellante en los delitos contra la integridad sexual en perjuicio de niña, niño o adolescente. En todo proceso seguido por delitos contra la integridad sexual en el que sea víctima una niña, niño o adolescente, desde el primer momento de la investigación se dará intervención al abogado defensor de los derechos de la niña, niño y/o adolescente (Artículo 27, inciso c), Ley Nacional N° 26.061), en representación de los intereses de la víctima, en carácter de querellante. Dicha intervención perdurará durante todo el proceso, aun cuando el representante legal de la niña, niño o adolescente se presente en el carácter de querellante particular. Cuando la niña, niño o adolescente llegue a la mayoría de edad, podrá continuar o no con la querrela, con o sin la representación del abogado defensor que lo asistía.

Las dudas que genera tal artículo, surgen a partir de que nuestro legislador previó de manera idéntica a la fuente inspiradora de la misma - *art. 65 del Código Procesal Penal de la Provincia de Neuquén* – que en todo proceso seguido por delitos contra la integridad sexual, las víctimas menores de edad se constituyan como querellantes particulares desde el primer momento de la investigación, sin perjuicio de que sus referentes adultos también lo hagan. Pero, mientras el legislador neuquino estableció para concretar tal mandato que la representación se concrete a través de una Defensoría de los Derechos del Niño y Adolescente, el tucumano reemplazó la figura de la defensa pública especializada por la del art. 27 inc. c) de la

Ley N° 26.061², es decir, por la figura del “Abogado del Niño”, cuyas características y funciones difieren diametralmente de la forma de representación prevista en la norma patagónica que tomó como fuente.

En ese sentido, es posible advertir que, aunque se trate de una figura prevista normativamente desde hace décadas, su implementación, ya sea desde lo legislativo como así también desde lo jurisdiccional, se ha convertido en una ardua tarea. Esto puede vincularse al hecho de que esta figura ha venido a poner en tensión los discursos y prácticas de profesionales e instituciones que trabajan con personas menores de edad, en tanto interpela intervenciones que se sostienen, aún hoy, ancladas en paradigmas anteriores (situación irregular-patronato)³.

De este modo, la mutante norma tucumana genera una serie de interrogantes acerca de la compatibilidad o contradicción con la figura del “Abogado el Niño” cuyas características esenciales y funcionales abordaré en el presente trabajo junto a otras posibles formas de participación de los Niños Niñas y Adolescentes (en adelante NNA) en el proceso penal, adelantando que a diferencia de una defensa técnica especializada como contempla Neuquén, la figura que invoca el art. 90 CPPT, no resultaría procedente para todos los casos, sino solo para aquellos en los cuales los NNA puedan manifestar su voluntad de contar con un patrocinio letrado que represente sus intereses particulares en el conflicto que los involucre.

Es precisamente en este punto donde aparece una pronunciada dificultad para aplicar el art. 90 CPPT por cuanto la misma al decir “...se dará intervención...”, exige nombrarle al NNyA un letrado especializado cuando resulte víctima de un delito contra la integridad sexual sin previamente oír su deseo de tenerlo o no, ni

² ARTICULO 27 – Ley n° 26.061 — Garantías mínimas de procedimiento. Garantías en los procedimientos judiciales o administrativos. Los Organismos del Estado deberán garantizar a las niñas, niños y adolescentes en cualquier procedimiento judicial o administrativo que los afecte, además de todos aquellos derechos contemplados en la Constitución Nacional, la Convención sobre los Derechos del Niño, en los tratados internacionales ratificados por la Nación Argentina y en las leyes que en su consecuencia se dicten, los siguientes derechos y garantías:

...c) A ser asistido por un letrado preferentemente especializado en niñez y adolescencia desde el inicio del procedimiento judicial o administrativo que lo incluya. En caso de carecer de recursos económicos el Estado deberá asignarle de oficio un letrado que lo patrocine;

³ BELOFF, Mary, "Protección integral de los derechos del niño y de la situación irregular. Un modelo para armar y otro para desarmar", Revista Justicia y Derechos del Niño, 1, Ed. UNICEF, Santiago de Chile, 1999, ps. 13-16.

tampoco el de convertirse en parte procesal asumiendo el rol de querellante particular.

Al manifestar esto no pretendo desconocer el derecho a contar con una defensa técnica especializada o el acceso al servicio de justicia de las personas menores de edad que resulten víctimas de un abuso sexual.

Lejos de tal intención, pretendo dejar evidenciado cómo el art. 90 CPPT se aparta del mandato convencional – constitucional de garantizar derechos esenciales contenidos en el “Corpus Iuris de la Infancia” como ser el “derecho a ser oído” y el consecuente derecho de “expresar una genuina voluntad de participar activamente en los procesos judiciales” en caso de querer hacerlo.

Pensemos que una opción válida es que la persona menor de edad, pese a que se le brinde la oportunidad de ser parte en el proceso penal que la involucra como víctima, no desee asumir el rol de acusador particular bastándole que lo hagan sus padres.

Es decir, al igual que cualquier persona adulta, los NNA podrían manifestar no querer participar activamente y en tal sentido por descarte ser representados naturalmente por sus progenitores sin que existan intereses contrapuestos con éstos últimos.

Entonces, *¿Por qué forzar a hacerlo como lo impone el art. 90 CPPT desconociendo lo que realmente desean y obligándoles de antemano?*

Otro problema se plantea en aquellos casos en los cuáles, por las especiales circunstancias que los rodean, los NNA necesariamente deban contar con una representación distinta a la de sus referentes por existir intereses contrapuestos, pero a la vez no cuenten con la madurez suficiente para optar por la designación de un Abogado del Niño como compele la norma bajo análisis.

Me pregunto, ¿Cómo nombrarle un letrado patrocinante a un niño cuya corta edad no le permite discernir si quiera cual es el significado de la palabra “abogado” y menos aún impartirle instrucciones a fin de ser patrocinado en defensa de sus intereses particulares? ¿Qué sucedería por ejemplo si la víctima fuera un niño 10 meses de vida cuyo abusador es uno de sus padres? ¿También debería designarse un Abogado del Niño? En tal caso ¿Qué instrucciones tendría ese profesional para realizar la defensa técnica? ¿Quién se las impartiría?

A priori y, en base de lo planteado hasta aquí, podemos sostener que el art. 90 CPPT se inclina hacia un defensor técnico especializado que forzosamente

pretende suplir voluntades asumiendo el rol de querellante para representar los intereses particulares de una persona menor de edad en un proceso penal y que claramente no se corresponde con la naturaleza jurídica de la figura del Abogado del Niño. Por ello, puede sostenerse que la norma analizada no resulta del todo convincente.

Agrava lo anterior la falta de existencia hasta la fecha de una regulación local que reglamente y organice el funcionamiento de la figura del Abogado del Niño en nuestro medio.

A diferencia de lo que acontece en otras provincias, Tucumán no cuenta aún con una ley que establezca un marco regulatorio imprescindible para el normal funcionamiento del defensor especializado en niñez que invoca el cuestionado art. 90 CPPT.

Frente a la anomia advertida y a contramano de lo sucede en el resto del país, hay quienes pretenden colocar al Abogado de Niño en el ámbito de la Autoridad de Aplicación encargada de promoción y protección integral de NNA local (según ley n° 8.293) llamada Dirección de Niñez, Adolescencia y Familia (DINAYF). Otros pretenden que actúe dentro del Ministerio Pupilar y de la Defensa.

Ante tales posibilidades surgen más interrogantes:

En el caso de la DINAYF ¿cómo es posible que el mismo órgano encargado de aplicar las medidas previstas por la ley n° 8.293 sea, paralelamente, quien pueda llegar a asumir la asistencia técnica de los niños y adolescentes que resultan afectados por estas medidas? ¿Tanto se ha pregonado por la salida del sistema tutelar en el cual el juez decide por el niño sin su efectiva participación, para reemplazarlo por un sistema que prevé en un mismo organismo la toma de la decisión y la defensa técnica de los NNA? ¿Es posible ejercer adecuadamente la defensa de los intereses de las personas menores de edad desde la mirada de quien efectivamente va a implementar las medidas que aquellos pretenden atacar?

En el caso del Ministerio Pupilar y de la Defensa aparecen otros interrogantes a saber: *¿cómo armonizar la función de éste respecto a que su criterio de actuación es el de pronunciarse conforme a derecho y en línea con el orden público de la infancia, no debiendo necesariamente plegarse a la posición más favorable al interés particular del niño, y aun cuando su dictamen contrarié las pretensiones sustentadas por el representante individual del mismo? Dicho de otro modo ¿De qué modo el mismo Ministerio puede atender en el mismo proceso el interés particular y concreto del NNA y, al mismo tiempo, el interés general y abstracto de la comunidad*

sin que ello resulte contrario a derecho ni puedan surgir planteos contradictorios dentro del mismo organismo?

A través de las siguientes líneas me propongo profundizar la interpretación y alcances de la disposición del digesto procesal penal de Tucumán referida a la participación procesal de los NNA en los procesos de delitos contra la integridad sexual en los que participen como víctimas, y formular algunas precisiones que espero sean útiles para la praxis judicial.

II.- “Sólo los niños saben lo que buscan” – dijo El Principito de Antoine de Saint –Exupery: el derecho del NNA a ser oído

Este derecho tiene íntima relación con el concepto de edad y grado de madurez y especialmente se establece como obligatorio para la participación del niño por sí mismo en el proceso y no a través de sus representantes.

En un derecho que le otorga “voz” al NNA y debe ser asegurado por el juez, en forma directa y personal y no a través de sus padres u otros representantes que participen en el proceso.

El artículo 12 CDN⁴ prevé específicamente el derecho del niño de ser oído. El art 27 de la ley n° 26.061, reconoce por primera vez en forma sistematizada a nivel infra-constitucional este derecho en todo procedimiento en el que resulten afectados derechos e intereses de los NNyA. Este derecho requiere como paso previo e ineludible el derecho a ser informado.

Se ha sostenido que: *“en efecto para que el niño pueda expresarse debe antes habersele dicho dónde está, con quien está y porque está, cual es la finalidad de su presencia, qué derechos le asisten”*⁵.

Se debe garantizar la asistencia real del NNA en el proceso y no basta que se manifieste a través de sus representantes.

⁴ Art. 12 CDN. “Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional”.

⁵ CARDEMAS, Eduardo y Otros. “La escucha del niño en el proceso judicial de familia”. Buenos Aires LL. 26/03/2007, Pág.1.

Por ello es una obligación que pesa sobre los funcionarios del Estado asegurar la escucha de la persona menor de edad, la que debe ser personal en cuanto a quien debe tomar la decisión y no delegarla en otras personas como profesionales de los Equipos Técnicos o la Defensoría de Niñez, Adolescencia y Capacidad Restringida (ex Asesor de Menores).

Si el niño o niña no puede expresarse autónomamente por su edad, al menos el magistrado debe verlo o conocerlo, ya que no resulta adecuado resolver sobre una persona a quien no se conoce.

Se ha afirmado que: *“El deber de darle al niño la oportunidad de ser escuchado directa o indirectamente no puede ser soslayado (...) bajo el pretexto de que pueden actuar por sus representantes legales toda vez que éstos, lejos de actuar de común acuerdo se encuentran discutiendo derechos. Inclusive la intervención del Asesor de Menores –como órgano apropiado- no alcanzaría a satisfacer la exigencia de la Convención, a menos que el funcionario se pusiera en contacto personalmente con el niño, La intervención indirecta del niño a través de un “representante o de un órgano apropiado” requiere que, al menos estos hayan mantenido al menos un encuentro con el niño”⁶.*

Desde la óptica de los expertos se ha entendido que existen muchas formas de escuchar al niño y se cita como ejemplo la actitud corporal, los signos o símbolos, representaciones escritas o dibujos.

Resulta evidente que el funcionario debe ser ayudado a la hora de interpretar estos elementos por personas de la ciencia que trabajen asiduamente con niños.

Por último, cobra participación nuevamente la edad y grado de madurez ya que a mayor edad del niño, mayor importancia adquiere su relato en cuanto a su capacidad para expresar sus ideas en forma directa a través del dialogo.

Los estrados judiciales suelen ser ambientes hostiles para los NNA ya que les genera incertidumbre e inseguridad, los que se deben a múltiples factores.

Por ello considero que las personas que se desempeñen en estos espacios deben tener una capacitación especial y los ambientes deben estar adecuadamente preparados para que los niños y niñas se sientan cómodos y puedan manifestar sus deseos y opiniones libremente.

⁶ Carranza Casares Carlos, “Participación de los niños en los procesos de familia”. Buenos Aires LL, 1997-C- Pág. 1385

III.- “Lo esencial es no perder la orientación”. – Cien Años de Soledad (Gabriel García Márquez): la llamada autonomía progresiva y el acceso a la justicia

Con la aprobación de la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), fuente legislativa de la ley n° 26.061 de Protección Integral de Derechos de NNA, se terminó de construir el llamado modelo de la protección integral de derechos.

Según este nuevo sistema, se reconoce a los NNA como sujetos de derechos, introduciéndose el concepto de “autonomía progresiva” para su ejercicio.

Una interpretación estricta de la letra de la CDN podría permitir concluir que el derecho del niño a expresar su opinión está quizás condicionado a que se encuentre en condiciones de formarse un juicio propio.

Sin embargo, y a modo de ejemplo en orden al criterio que aprecio acertado, la Corte Suprema de la Provincia de Buenos Aires ha sentado postura firme al respecto, entendiendo que: *“...corresponde anular de oficio las sentencias si el requisito de oír al niño no se ha cumplido por el tribunal, cualquiera sea la edad del mismo. Sea cual fuere la edad del niño será imprescindible verlo, porque este constituye el único y verdadero modo de saber de él, ya que para ser protegido el niño necesita la mirada de su juez”*.

En consecuencia, se dispuso anular de oficio el fallo recurrido por no haberse cumplido con el requisito de la audición, pues la representación que el Asesor de Menores ejerce no supe, ni por ende subsana, la omisión del contacto personal.

Conforme a los antes expuesto y a los ejes rectores de la CDN que persigue la real y efectiva participación de los NNA en los asuntos que lo afectan, detrás de la noción de representación subyace la idea del niño como objeto de control por parte de sus padres y del Ministerio Pupilar, y jamás la noción del niño como sujeto de derechos, con autonomía progresiva para su ejercicio.

A pesar de posibles interpretaciones restrictivas de la CDN, los niños son titulares del derecho de defensa, en todo proceso administrativo o judicial que los afecte, por tajantes disposiciones de la Constitución Nacional.

No obstante, no puede desconocerse que la titularidad de un derecho no implica su inmediata operatividad. En este sentido, es sancionada la ley n° 26.061 ya que especifica las garantías reconocidas, extendiendo el derecho de defensa técnica a todo proceso administrativo o judicial que involucre al NNA.

Conforme a ello, el artículo 27 inciso c) de la ley n° 26.061 que invoca el art. 90 CPPT, reconoce a todo NNA el derecho a ser asistido por un letrado especializado en niñez y adolescencia en el proceso que lo afecte. Tal abogado deberá ser proporcionado gratuitamente por el Estado, en caso que el NNA carezca de recursos.

En este punto es donde cobra vigencia la armonización de los principios de autonomía progresiva y el derecho a la defensa técnica antes mencionada.

Es así que los NNA, en función de esa capacidad progresiva podrán designar abogados que representen en el proceso su interés particular, o bien, cuando no tengan madurez suficiente, podrán contar con una representación especial a través de la figura del “Tutor Especial o Ad litem”, designado por el juez, independientemente de la voluntad del niño, cuestión que abordaremos más abajo.

En ese sentido, Minyersky y Herrera⁷ señalan que *“tanto la CDN como la ley 26.061 receptan una capacidad indeterminada, sujeta a la madurez y a la facultad de alcanzar un juicio propio (...) que opera para el ejercicio de todos los derechos previstos en estas normativas (...) Para el ejercicio de tales derechos (o ante la violación de ellos) no se necesita alcanzar ninguna edad previamente determinada”*.

En síntesis, el derecho a la asistencia letrada deberá garantizarse cada vez que el niño lo solicite atendiendo al principio de la autonomía progresiva y, por lo tanto, no susceptible de restricciones arbitrarias en función de su edad cronológica.

Lo que diferirá será entonces el “cómo” garantizar el acceso a justicia y la participación en el proceso de acuerdo al mentado principio de autonomía progresiva lo que analizaré seguidamente.

IV.- “Al pan, pan y al vino, vino”. La participación procesal de los NNA como víctimas de abuso sexual.

Cuando las pretensiones involucran a los NNA normalmente existe algún tipo de participación procesal.

Pueden intervenir en forma directa si cuentan con edad y grado de madurez para hacerlo como quedó hasta aquí establecido. O bien, si no pueden comprender

⁷ MINYERSKY, N. y HERRERA, M. (2008) “Autonomía, capacidad y participación a la luz de la ley 26061” en Protección integral de derechos de niñas, niños y adolescentes. Análisis de la ley 26061. Fundación Sur. Editores del Puerto, Buenos Aires.

el contenido y sentido de los actos, lo harán en forma indirecta, a través de la figura de su representante legal⁸; sin embargo, aun en estos casos, se les reserva un espacio de actuación propia.

Dicho de otro modo, ser parte procesal es una de las diversas formas que puede implicar la presencia del niño en un proceso, pero no la única, pues su peculiar condición impone al sistema jurídico habilitar y, en algunos casos promover, otras posibles formas de intervención⁹.

La confusión de roles y funciones determina regulaciones que no permiten considerar la defensa técnica en sentido amplio, con esto se quiere explicitar que hablar de defensa técnica ampliamente importa que ella puede ser ejercida por distintos actores (representante complementario, tutor especial o abogado del niño), según la singularidad y la autonomía progresiva de cada sujeto.

Al no interpretarse adecuadamente el amplio campo que incluye la defensa técnica de NNyA y las diferentes herramientas jurídicas que pueden asegurar la participación de ellos, el resultado es invisibilizar y restringir derechos¹⁰.

Las circunstancias que rodean la actuación de los NNA en la justicia han sido objeto de análisis de la CIDH. La opinión consultiva OC-17/2002 destaca: *"Las condiciones en las que participa un niño en un proceso no son las mismas en que lo hace un adulto. Si se sostuviera otra cosa se desconocería la realidad y se omitiría la adopción de medidas especiales para la protección de los niños, con grave perjuicio para estos mismos. Por lo tanto, es indispensable reconocer y respetar las diferencias de trato que corresponden a diferencias de situación, entre quienes participan en un procedimiento (...) si bien los derechos procesales y sus correlativas garantías son aplicables a todas las personas, en el caso de los niños el ejercicio de aquéllos supone, por las condiciones especiales en las que se encuentran los menores, la adopción de ciertas medidas específicas con el propósito de que gocen efectivamente de dichos derechos y garantías"*.

Por eso, la actuación de las personas menores de edad en el proceso judicial no puede encasillarse en el concepto tradicional de parte procesal, que se refiere a

⁸ MIZRAHI, Mauricio, "El interés superior del niño y su participación procesal", cit., p. 392.

⁹ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída y MOLINA DE JUAN, Muriel F. publicado en: RCCyC 2015 (noviembre).

¹⁰ LAMBERTI, Vanina, "De menores a ciudadanxs a medias: el desmontaje de la escena". Publicado en: RDF 2020-IV, 10/08/2020, 297 - TR LALEY AR/DOC/2228/2020

aquel que pretende y frente a quien se pretende; o quien reclama y frente a quien se reclama la satisfacción de una pretensión¹¹.

A continuación, analizaré los diferentes mecanismos que le confieren a los NNA protagonismo en la defensa de sus intereses y derechos.

1) El derecho del NNA a ser oído y participar con su opinión sin ser parte procesal.

Como vengo sosteniendo, aunque la intervención del niño no sea directa, sino indirecta a través de sus referentes, en una gran mayoría de los casos existe una esfera de actuación directa ejerciendo su derecho a ser oído. Este derecho, que se encuentra consagrado entre las reglas generales de capacidad prevista en el art. 26 del CCiv.yCom.

Es así que el mencionado digesto prevé en su art. 707 que los NNA "*con edad y grado de madurez suficiente*" para formarse un juicio propio (...) tienen derecho a ser oídos y a que su opinión sea tenida en cuenta en todos los procesos que los afecten directamente. Deben ser oídos por el juez de manera personal, según las circunstancias del caso".

Por su parte, para la observación general OG-12/2009, la escucha no constituye únicamente una garantía procesal, sino que se erige como principio rector en toda cuestión que involucre o afecte a la persona menor de edad, sea en los ámbitos judiciales, administrativos, familiares, educativos, sociales, comunitarios, etcétera.

Conforme los textos constitucionales-convencionales y legales, para el ejercicio de este derecho no se requiere una edad determinada. En cambio, sí se exige tomar medidas adecuadas que canalicen sus manifestaciones.

Toda persona menor de edad tiene derecho a expresarse sin restricciones; ello no quiere decir que su opinión sea vinculante para la decisión. En cambio, la autonomía progresiva juega un papel importante para valorar la opinión del niño.

En todos los casos, si bien la opinión de la persona menor de edad no es determinante de la decisión, cuando el juez decide apartarse de su voluntad debe ofrecer argumentos de peso que la justifiquen.

¹¹ GUASP, Jaime, Derecho Procesal Civil, t. I, 2ª ed., Institutos de Estudios Políticos, Madrid, 1956, p. 170.

Queda claro entonces que:

- El ejercicio de este derecho no se sujeta a una edad determinada;
- La edad y madurez pueden incidir en la forma o las estrategias a adoptar para la escucha;
- Las competencias del NNyA para el caso concreto condicionan la valoración que el juez hace de su opinión;
- El niño debe ser escuchado toda vez que lo manifieste.

2) El NNA como parte procesal.

En algunos casos, como sucede en sede civil, el NNA puede intervenir a través del Ministerio Público y de la Defensa - cuando la ley autoriza su actuación en forma principal conf. art. 103 del CCiv.yCom. - o a través de un abogado de confianza.

Esta primera afirmación despeja una primera duda sobre la superposición de funciones entre uno y otro operador. Se trata de dos figuras diferentes que no deben confundirse. Volveremos sobre la función del Ministerio Público más adelante.

Aquí me limitaré al análisis de la participación autónoma del NNA con un abogado de confianza. Se trata de la manifestación más compleja del derecho a participar, porque involucra dos aspectos en íntima relación: el derecho a la defensa técnica idónea, y el derecho a tener un abogado de confianza.

Esta garantía procesal encuentra sustento en la propia CDN. El art. 12, inc. 2º, consagra el *derecho a ser oído*, sea directamente o por medio de un representante; el art. 37, inc. d), reconoce a todo niño privado de libertad *el derecho a un pronto acceso a la asistencia jurídica*, y el art. 40, inc. 2. b), les garantiza *el derecho a asistencia letrada en la preparación y presentación de su defensa*.

En algún sentido, la ley n° 26.061 ha ampliado las garantías procesales de la CDN. El art. 27, inc. c), invocado por el art. 90 CPPT, consagra el derecho del niño *"a ser asistido por un letrado preferentemente especializado en niñez y adolescencia desde el inicio del proceso. En caso de carecer de recursos, el Estado deberá asignarle de oficio un letrado que lo patrocine"*.

a) La figura del Abogado del Niño:

Genéricamente puede decirse que el abogado del niño es quien asume *"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"*¹².

Su intervención como representante del NNA implicará que su posición se considere de manera distinta e independiente, sin que resulte arrastrada por las otras, surgiendo pues *"un nuevo interés autónomo y de directa atención por el órgano jurisdiccional"*.

La incorporación de la figura del Abogado del Niño a través del art. 27 inc. c) de la ley n° 26.061, ha suscitado diversos interrogantes tales como: *¿cuándo será designado un abogado que lo represente?; ¿quién elegirá al profesional?; ¿puede hacerlo el propio niño?; ¿quién pagará sus honorarios?; ¿cómo se conjugará la actuación del abogado del niño con el rol del Ministerio Público?; ¿cuál es la diferencia entre esta figura y la del Tutor especial o ad litem?*

Estas y otras cuestiones merecen la respuesta de una reglamentación a través de una ley de la cual hasta el momento carece la Provincia de Tucumán. Hasta tanto ello no suceda, resulta necesario formular algunas propuestas mínimas para la implementación del derecho a la asistencia letrada.

La primera cuestión que debe resolverse es la relativa a los supuestos en que procede la designación del Abogado del Niño, cuestión esta a la cual no puede ser ajena la norma del art. 90 CPPT.

Para su designación se presentan dos requisitos establecidos por la propia norma convencional. Uno que es objetivo y rígido como es la edad y otro que es subjetivo y flexible como es el grado de madurez.

Con relación a la edad existen dos posturas diferenciadas. La primera establece que el adolescente, es decir aquella persona menor de edad que ha cumplido los 13 años ya que según el art 26 del CCivCom. detenta capacidad para suscribir actos lícitos y en consecuencia podrían elegir un abogado que lo represente en el proceso en cual sea parte.

¹² MEDINA, Graciela y MORENO, Gustavo, "Sobre la defensa técnica de las personas menores de edad y la cuestionable sanción a un abogado que permitió a un mayor de 14 años hacerse oír por sí en tribunales" JA 2004 II 3.

Otra postura toma la edad de 10 años que exige el art 595 CCivCom en el supuesto de adopción en la que se requiere el consentimiento del NNA. El grado de madurez es un concepto flexible y elástico ya que no todos los NNA alcanzan el grado de madurez a la misma edad, entendiéndose que hay que probarlo en el caso concreto, sirviéndose los magistrados de los equipos técnicos en caso de duda.

En cuanto a la función, el Abogado del Niño implica necesariamente ejercer el patrocinio en función de sus propias instrucciones sin reemplazar su voluntad o intervenir en su lugar, su designación está condicionada a la madurez suficiente del NNA para tomar decisiones en forma autónoma. De lo contrario la figura se confunde con la del “Tutor especial o ad litem”, cuestión que será abordada más abajo.

Desde otra perspectiva, y en el proceso penal, la designación del abogado del niño se limita exclusivamente a aquellos supuestos en donde resulten directamente afectados los derechos del NNyA y cuente con el grado de madurez suficiente para requerirlo.

Ello implica que la persona menor de edad conozca las circunstancias que la rodean, si sabe su nombre y domicilio, si entiende porque se encuentra citado por un Juez/a.

Lo que se trata de indagar si el NNA presenta discernimiento, que es la versión jurídica del “entendimiento”. Según hemos aprendido al estudiar derecho, el discernimiento se encuentra definido como la aptitud del espíritu humano que permite distinguir lo verdadero de lo falso, lo bueno de lo malo y lo justo de lo injusto.

Apreciar las consecuencias –convenientes o inconvenientes– de los actos que una persona realiza. Claro está que no es necesario un conocimiento exhaustivo del proceso penal por parte del patrocinado, sino que basta con una comprensión suficiente para ser capaz de formarse acertadamente su propia opinión o un juicio propio y de manera independiente a los adultos para manifestar dicha voluntad a un abogado que luego de darle fundamentos jurídicos los convertirá en una pretensión.

Con ello quiero decir que el Abogado del Niño, no es para todos los casos en los cuales el NNyA, sin importar su edad, resulte víctima de un delito contra la integridad sexual como mal pretende el art. 90 CPPT.

También, el tribunal deberá tomar recaudos especiales para que el abogado que represente al niño no pertenezca a la órbita de influencia de alguno de sus padres.

A mi criterio, ello sólo es posible si los abogados son escogidos aún cuando lo sean por propio el niño de un listado de profesionales designados por el Estado a tales efectos (como sucede actualmente, por ejemplo, en el ámbito nacional con el listado elaborado por el Colegio Público de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires. Dicho listado será conformado sobre la base de criterios de selección adecuados a los fines de garantizar la idoneidad de los profesionales que lo integren.

b) Las diferencias del “Abogado del Niño” con el “Defensor Penal de NNA”.

Aunque sea una paradoja la figura del Abogado del Niño nació en los Estados Unidos, uno de los pocos países que no ha suscripto la CDN.

La Corte Federal de los Estados Unidos ha sido pionera en el reconocimiento de las garantías procesales de los NNA y, específicamente, del derecho a contar con un abogado. En este último sentido, es preciso hacer referencia al caso “Gault” de 1967.

Gerald Gault fue arrestado a la edad de 15 años por hacer llamadas telefónicas obscenas a su vecina. En ese momento, él estaba bajo probation, porque meses atrás había sido encontrado con otro chico que había robado una billetera de la cartera de una señora.

Cuando fue detenido por las llamadas telefónicas, sus padres estaban trabajando, de hecho los padres no supieron que su hijo estaba detenido hasta mucho más tarde, cuando fueron notificados de la realización de la audiencia que se realizaría pocas horas después.

La audiencia fue meramente formal, y el tribunal dijo que el chico necesitaba protección del sistema judicial; durante la audiencia, el juez no le advirtió que tenía derecho a permanecer en silencio; tampoco le dijo que tenía derecho a un abogado.

Gault fue colocado en la Arizona State Industrial School durante seis años, acusado de perturbar la paz.

Si el adolescente hubiese sido tratado como un mayor de edad, habría sido condenado, como máximo a sesenta días de prisión con un máximo de cincuenta dólares de multa.

Ante la imposibilidad de recurrir la decisión, los padres interpusieron un habeas corpus, el cual fue desestimado.

La negativa fue recurrida ante la Corte Suprema de los Estados Unidos, cuya decisión consistió en que una persona que no ha cumplido 18 años tiene los siguientes derechos procesales básicos: *a ser informado de todos los cargos; a recibir consejo; a controlar la prueba; a no ser obligado a declarar contra sí mismo.*

Asimismo consideró que el joven debe contar con asistencia legal para poder comprender sus problemas con la ley e insistió en la necesidad de un procedimiento llevado regularmente.

Después de la CDN donde el NNA es considerado un sujeto de derechos, éstos comienzan a ser garantizados legalmente, y representan un límite al poder del estado tanto en la órbita administrativa como judicial.

El marco de referencia normativo tiene una forma piramidal en cuya cúspide encontramos la CN, los tratados de derechos humanos a ella incorporados y en especial, Convención Americana sobre Derechos Humanos (pacto de San José de Costa Rica) el pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia Juvenil (Reglas de Beijing) y a la Guía de las Naciones Unidas para la Prevención de la delincuencia juvenil (reglas de RIAD).

Durante todo el proceso Penal Juvenil el NNA debe contar con defensa técnica, figura asimilable al abogado defensor para los mayores de edad. Este puede ser ejercido por un abogado de la matrícula o si el niño no cuenta con recursos económicos suficientes, este rol será asumido por la Defensoría en lo Penal para Niñez y la Adolescencia creada en la Provincia de Tucumán por ley n° 9.348 (BO: 23/12/2020).

Como cualquier abogado defensor le asisten una serie de obligaciones- tal como sucede con la relación abogado – cliente. Entre ellas pueden enumerarse las siguientes:

- Se ocupa que su defendido entienda las medidas cautelares que le son impuestas, su forma de cumplimiento y las consecuencias derivadas de su falta de observancia. También explica el significado de la persecución en su contra, la estrategia defensiva y explica en lenguaje sencillo a su defendido el contenido de las sentencias y sus consecuencias.

- Se ocupa de que la prueba se produzca resguardando los intereses derechos y garantías del defendido. Formula su teoría del caso, acorde a la voluntad de su defendido y sus representantes legales, que permitan una adecuada defensa y de ser necesario generará la exploración de su teoría del caso a través de actividad investigativa procurando obtener que la prueba de cargo sea legítima en su obtención y correcta en su incorporación y pide participación en los actos instructorios.

- El defensor respetará la voluntad del imputado y protege sus derechos, garantías e intereses. Recurrirá las resoluciones judiciales cada vez que sea procedente y acorde con la voluntad e interés del imputado y prosigue la tramitación de los recursos desde su interposición hasta que sea resuelto.

- Contacto con el defensor desde el primer momento de la designación, debiendo tomar contacto con el imputado y sus representantes legales desde el primer momento, protege e invoca los derechos del imputado y lo defiende desde la notificación de su designación.

- Delinea conjuntamente con su defendido y sus representantes legales una estrategia provisoria defensiva que coincida con la voluntad de éstos.

- Arbitra los medios jurídicos para que el imputado pueda conocer los cargos formulados en su contra y prueba que lo sustenta. Junto a su defendido revisan la estrategia provisoria luego de conocer la prueba de cargo del acusador, explicando al defendido los alcances de la acusación y las pruebas y las diversas alternativas y las consecuencias que se derivan.

- El defensor arbitra los medios para que la autoridad judicial competente escuche al joven, sus representantes previo a la adopción de una medida cautelar, controlando que previo al cambio o renovación de medida se escuche a su defendido.

- Controlará que el joven sea oído previo a la determinación de una pena. Debe a requerimiento de su defendido solicitar audiencia con autoridad competente a fin de ser oído en sus necesidades personales y/o procesales.

- El defensor realiza las actividades necesarias para que los imputados no sean sometidos a restricciones de libertad arbitrarias e ilegales, procurando en el caso que se imponga la privación de libertad sea conforme a derecho, siempre instando a que se cumplan los requisitos legales de la detención. Debe supervisar que se cumplan los requisitos y estándares de procedencia de las medidas cautelares y se la notifica a su defendido. Verifica que no se le apliquen al imputado, medidas de prevención especial durante la investigación penal preparatoria y controla las condiciones del lugar de alojamiento.

- Se ocupa que la persecución penal contra el imputado sea por el plazo que marca la legislación vigente (garantía del plazo) tiempo razonable, ya que el adolescente no debe estar sometido a una investigación excediendo el tiempo estrictamente necesario y de acuerdo a la complejidad del caso, a la estrategia de defensa y los intereses del imputado.

c) Otras formas de participación en el proceso penal: el “Tutor Especial o Ad litem” y el rol del Ministerio Pupilar y la Defensa.

La consagración del Abogado del Niño en el art. 27 inc. c) de la ley n° 26.061 ha suscitado dudas doctrinarias en cuanto a su distinción de otras figuras ya previstas en el ordenamiento jurídico, tales como la del “Tutor ad litem” y la del “Ministerio Público” Pupilar y de la Defensa.

En cuanto a la primera, sabido es que el art. 109, CCivCom. prevé su designación cuando los intereses del niño estuvieren en oposición con los de sus representantes legales.

Como bien advierte Zannoni, el Tutor ad litem o Tutor especial, aparece ante la contraposición de intereses propios del padre y de los hijos, y sólo representa al niño con relación al proceso para el cual fue designado, sin que afecte la representación inherente a los padres en los demás asuntos¹³.

En estos términos, es preciso distinguirlo del rol que ocupará el abogado del niño en el proceso.

¹³ ZANNONI, Eduardo A., "Derecho Civil. Derecho de Familia", 3ª edición actualizada y ampliada, t. II, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1998, p. 773.

Mientras que el abogado del niño actúa en carácter de patrocinante de éste, el tutor ad litem supone la falta de madurez suficiente o carencia de autonomía progresiva necesaria para poder discernir por sí. Es así que el Tutor ad Litem, defenderá el interés del niño de acuerdo con su leal saber y entender, quedando mediatizada o directamente desconocida cuál es su verdadera opinión. Así se estableció en un fallo oportunamente¹⁴.

Así, mientras que el Tutor Ad litem es una figura ligada a la insuficiente autonomía progresiva del NNA, sustituye su voluntad y, por lo tanto, representa su interés superior desde su propia perspectiva.

En contraposición a ello, el abogado del niño es una figura ligada al principio de la capacidad progresiva, que justamente aparece a raíz de la madurez y el desarrollo del NNA para participar en el proceso.

En este sentido, el abogado del niño no sustituye su voluntad, la reproduce o transmite al juez mediante su defensa especializada (como podría ocurrir con cualquier adulto).

Esta distinción nos muestra que la coexistencia de ambas figuras en nuestro ordenamiento no es incompatible.

Corresponderá al juez, en función del grado de desarrollo del niño, determinar si procede la designación de un tutor o de un abogado para resguardar sus intereses en un pleito donde resulten afectados sus derechos.

Otra de las cuestiones a tener en cuenta es la superposición de funciones del Abogado del Niño y del Ministerio Público Pupilar y de la Defensa.

La figura del representante complementario se encuentra prevista expresamente en el art 103 del CCyCom¹⁵. y forma parte del Ministerio Público,

¹⁴ https://www.diariojudicial.com/nota_amp/90194 23/09/2021 – Diario Judicial.com

¹⁵ Art. 103 CCyC.- Actuación del Ministerio Público. “La actuación del Ministerio Público respecto de personas menores de edad, 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; la falta de intervención causa la nulidad relativa del acto. b) Es principal: (i) cuando los derechos de los representados están comprometidos, y existe inacción de los representantes; (ii) cuando el objeto del proceso es exigir el cumplimiento de los deberes a cargo de los representantes; (iii) cuando carecen de representante legal y es necesario proveer la representación. En el ámbito extrajudicial, el Ministerio Público actúa ante

por ende su función es controlar la legalidad del proceso y opinar siempre en función de lo que considere mejor para el NNA.

Considero necesario señalar que a menudo se pierde de vista, que la función primordial de la Defensoría de Niñez, Adolescencia y Capacidad Restringida, como integrante del Ministerio Público es la defensa de la legalidad, es decir, que debe ser custodio de la ley. Su función es salvaguardar los intereses jurídicos del Estado y de la Sociedad, por lo que tiene que velar principalmente por la legalidad del procedimiento en que se encuentra inmerso a quien representa.

Asimismo, la representación legal del Ministerio Público, no está destinada a sustituir o reemplazar al criterio adoptado por los padres; su objetivo es complementarlo. Este tipo de representación es subsidiaria y se realiza en coordinación con los referentes parentales, en tanto el planteo efectuado por estos se ajuste a derecho y a las necesidades del NNA.

Por lo tanto, no tener en claro los roles de cada uno —Ministerio Público y abogado del niño— y pretender que su desempeño puede darse libremente dentro de una misma estructura, importa necesariamente dictar normativas que no se adecuen a la finalidad que pretenden cumplir y, por lo mismo, sean arbitrarias e irrazonables tanto como discriminatorias.

A mayor abundamiento, se trata de instituciones que nacen al amparo de paradigmas diferentes; así en tanto el Ministerio Público ha nacido ligado al patronato, al sistema tutelar y por lo mismo piensa y concibe a las infancias desde lo que no pueden, desde la incapacidad, así es que *"... se engendró un sistema que consideraba a los niños y jóvenes objetos de protección-tutela, donde sus intereses eran llamados a ser protegidos-tutelados por el defensor público de menores, sin que en nada interfiriera la voluntad del representado"*¹⁶.

la ausencia, carencia o inacción de los representantes legales, cuando están comprometidos los derechos sociales, económicos y culturales”.

En relación al artículo citado se entiende por derechos económicos, sociales y culturales (de siglas DESC) son los derechos humanos socioeconómicos, que se diferencian de los derechos civiles y políticos. Los derechos económicos, sociales y culturales se incluyen en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 (DUDH) y están tratados especialmente en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC). Como ejemplos pueden mencionarse cuestiones tan fundamentales como el derecho a la alimentación, el derecho a la vivienda, y el derecho a la salud.

¹⁶ RODRÍGUEZ, Laura, "El asesor de menores nació ligado al Patronato y el abogado del niño, ligado a la protección integral de derechos. ¿Es posible compatibilizarlos?", en Redefiniendo el

Por lo tanto, su función era y sigue siendo la "*... de pronunciarse conforme a derecho, no debiendo inclinarse necesariamente por la posición más favorable a los intereses del niño, aun cuando su dictamen contraríe las pretensiones sustentadas por el representante individual de aquel*"¹⁷.

Esta es una primera y sustancial diferencia con el rol que asume en la defensa técnica el Abogado del Niño, quien defiende estratégicamente los intereses particulares del sujeto al que patrocina, asesora y asiste, y, conforme ha sido resaltado supra, no puede apartarse ni sustituir la voluntad de la persona menor de edad.

Por lo tanto, tener en claro estas diferencias constitutivas de cada figura tiene consecuencias prácticas inevitables.

Una de ellas que aparece de modo notorio, es la que impide que funcionen en una misma órbita ambas instituciones, porque contralor y controlado no pueden materialmente estar sujetos a la misma autoridad máxima, o sea al Ministro Pupilar y de la Defensa.

Ambas figuras defienden al mismo sujeto, pero lo hacen desde lugares y con intereses diferentes. Luego, estos últimos deben prevalecer conforme sus funciones, esto es: el interés general de la sociedad y el interés superior del niño, definido desde la mirada adulta, es el que debe primar en caso del Ministerio; por su parte, el abogado del niño debe custodiar estratégicamente el interés particular del niño, pensado y expresado desde el NNA al que defiende y patrocine.

Encontramos pronunciamientos judiciales¹⁸ que han declarado la inconstitucionalidad de la figura del Abogado del Niño dentro de la órbita de la defensa pública ya que considera que ambas figuras son incompatibles y no pueden depender del mismo órgano. Las consideraciones sobre la inconstitucionalidad de la figura legal fueron:

rol del asesor de menores, monografías seleccionadas en el concurso realizado en las XXII Jornadas Nacionales de los Ministerios Públicos 2009, Eudeba, Buenos Aires, ps. 38-39.

¹⁷ D'ANTONIO, Daniel H., en GIL DOMÍNGUEZ, Andrés - FAMÁ, María Victoria - HERRERA, Marisa, Ley de Protección Integral de Niñas, Niños y Adolescentes. Comentada, concordada y anotada, Ed. Ediar, Buenos Aires, 2012, ps. 481-482.

¹⁸ JPenal de Menores, 2ª Nom., 28/11/2019, "Ch. B., T. W. s/ robo y robo agravado en concurso real. Víctima: R. F. O. - A. C. C."

• Las funciones del Ministerio Público y de la figura del Abogado del Niño son diferentes. Pretender regular la figura del abogado del niño mediante una resolución ministerial cuyo objeto es crear una oficina que funcione y dependa del Ministerio Público y la Defensa es, cuando menos, una falacia jurídica, al mismo tiempo que atenta abiertamente contra el principio de igualdad y no discriminación de los derechos de NNyA¹⁹.

• El Ministerio Público tiene una función representativa (artículo 120 CN), y la figura del Abogado del Niño, tiene la función de asistir técnicamente a la persona menor de edad sin sustituir su voluntad (ley n° 26.061 y decreto reglamentario 415/2006).

• Es posible plantear el caso en que el dictamen del representante complementario no coincidiera con lo pretendido por el NNA, como algunas veces ocurre, resulta válido preguntar, por vía de hipótesis, cuál de las dos posturas prevalecería en su defensa cuando ambos funcionarios dependen de la misma autoridad.

• Ambas figuras son contradictorias bajo la dependencia del mismo órgano. La posibilidad de que el Ministro Público y de la Defensa sancione a los funcionarios "abogados de niño" que no cumplan con sus funciones, riñe con los principios y lineamientos de tal figura. En todo caso la actuación de abogados del Niño debería regirse por el código de ética que regula el ejercicio de la abogacía.

• No puede someterse el ejercicio personal del derecho a contar con asistencia letrada especializada a un previo control administrativo para admitir o denegar su ejercicio. Es este un condicionamiento imposible de pensar desde el paradigma de protección integral de derechos que resulta incongruente con la figura que pretende regularse.

• La posibilidad de ejercer el rol de Abogado del Niño como apoderado invocando justa causa riñe con el Código Civil y Comercial de la Nación pues las personas menores de edad no se encuentran facultadas para otorgar poderes (art. 26 CCiv.yCom.).

¹⁹ Sentencia nro: 753, JCiv. Familia y Sucesiones, Única Nominación del Centro Judicial Monteros, Tucumán, fecha 06/11/2019. Inédito.

V.- “Dudar para recuperar certezas”

Parafraseando a Eduardo Galeano quien decía: *“Cuando escribo pretendo recuperar algunas certezas que puedan animar a vivir y ayudar a los demás a mirar”*, las distintas cuestiones analizadas a lo largo de este trabajo, pretenden hacer un llamado a la reflexión de los distintos operadores judiciales que intervienen en el proceso penal tucumano y aplican “por inercia” una norma que parecería no resistir el mínimo análisis técnico – jurídico cuando es examinada y contrastada con el frondoso “Corpus Iuris” de la Infancia y los derechos fundamentales en el contenidos.

Lo hasta aquí dicho probablemente suscite más interrogantes que respuestas. Será, seguramente el transcurso del tiempo y la praxis judicial los que permitirán fijar el carácter y las pautas de la participación de los NNA en los procesos penales.

A pesar de los antes dicho, surgen también algunas certezas que, como dice Galeano, pueden ayudarnos a mirar, como ser :

- El art. 90 CPPT impone a los NNA víctimas de abuso sexual la obligación de asumir el rol de querellantes particulares, sin darles la previa oportunidad de ser oídos a efectos de que expresen su voluntad de participar y de cómo quieren ejercer esa participación en un proceso de características tan sensibles.

- Es así que el art. 90 CPPT se presenta como una norma que pretende garantizar derechos fundamentales de los NNA, tal como el derecho a contar con asistencia letrada, pero termina imponiéndolos configurando así un formato de naturaleza tutelar que importa el reconocimiento sesgado y restrictivo de un derecho: el de ser “oído” y en consecuencia elegir si participar o no y cómo hacerlo.

- Mientras el art. 90 CPPT pretende que un defensor especializado “represente” a los NNA en la defensa de sus intereses particulares como se previó en Neuquén, el Abogado del Niño, solo puede “patrocinarlos”; los escucha e interviene presentando la postura de su patrocinado. Expresa los intereses personales e individuales de los NNA legalmente ante un proceso penal de abuso sexual en este caso, en el que interviene en carácter de parte, sin perjuicio de la actuación complementaria del Ministerio Púpilar y de la Defensa.

- Otra certeza en base a lo expuesto, es que el Abogado del Niño no resulta aplicable siempre, debiendo analizarse cuidadosamente su procedencia en cada

caso; sin embargo el cuestionado art. 90 CPPT, desconociendo la verdadera naturaleza jurídica de tal figura, sostiene lo contrario.

- En la práctica, la figura del art. 90 CPPT parece acercarse más a la de un “Tutor Especial o Ad litem” que a la de un Abogado del Niño, sobre todo en aquellos casos que se plantean a diario en la práctica donde nos encontramos con conflictos de abuso sexual que involucran niños víctimas de escasa edad que tienen conflictos con sus referentes parentales y que por su falta de desarrollo y madurez no están en condiciones de elegir o pedir que se les designe un abogado de confianza especializado.

- El rol que asume en la defensa técnica el Abogado del Niño, quien defiende estratégicamente los intereses particulares del sujeto al que patrocina, asesora y asiste, no puede apartarse ni sustituir la voluntad de la persona menor de edad.

- En base a lo anterior, resulta difícil pensar que la Defensoría de Niñez, Adolescencia y Capacidad Restringida (ex Asesor de Menores) y el Abogado del Niño funcionen en una misma órbita, dado que dependen de la misma autoridad, pero defienden al mismo sujeto desde lugares y con intereses diferentes. Mientras el Ministerio Pupilar debe defender el interés general de la sociedad y el interés superior del niño (desde la mirada adulta), el abogado del niño debe custodiar estratégicamente el interés particular del niño, pensado y expresado desde el NNA al que defiende y patrocina.

- El Colegio de Abogados juega un rol determinante en la implementación de la figura del “Abogado del Niño” que invoca el art. 90 CPPT. así como en medicina, la asistencia de los niños y adolescentes admite la especialidad de especialidades (nefrología pediátrica, oncología infantil, neurología, neonatológica, etc.), los abogados también han de tener que aceptar que ser un “abogado de niños” amerita una formación diferente por la complejidad de la materia y la indefensión del justiciable y que el compromiso de la asistencia técnica es mayor que cuando se representan los intereses de un adulto. aún antes de la aparición de la ley n° 26.061. La Federación Argentina de Colegios de Abogados, en una resolución de la mesa directiva de fecha 10/10/03, decidió recomendar, a todos los Colegios federados, la creación de espacios de atención jurídica especializada para NNA.

- Es necesario adecuar la terminología utilizada por el art. 90 CPPT a los derechos fundamentales emanados de la CDN; principalmente el derecho de los

NNA a ser “oídos” y el de “participar activamente en todo proceso” en base al paradigma de la autonomía progresiva.

• Siguiendo al Evangelio de Mateo (Mt 19, 30-20, 16) el cual cita a Jesús de Nazaret diciendo los “...*últimos serán los primeros*”, concluyo el presente trabajo con lo que considero una cuestión ineludiblemente prioritaria en sintonía con las legislaciones que existen en otras provincias. En este sentido urge la sanción de una ley de creación de la figura del Abogado del Niño en Tucumán que atienda, regule y reglamente el funcionamiento de tal figura, hoy confuso y a la deriva, a fin de garantizar la participación de los NNA en el proceso penal como también en el resto de los procesos judiciales y administrativos. Ello configura un derecho constitucional fundamental que debe estar determinado con precisión para atender una serie de cuestiones que hoy lamentablemente no se encuentran previstas.