



Dra. Silvina  
**Bernardelli**

*Defensora General de San Lorenzo*

myf



480



# La figura del abogado del NNA. Su designación

**E**n los últimos años la participación de los niños en los litigios judiciales fue avanzando al punto de que, al reconocerlos como sujetos de derecho, tienen derecho a ser escuchados, a expresar libremente sus opiniones.

Como garantía del debido proceso se incorpora la figura del abogado del niño, reconocido por la ley 26.061.

Sherman Ida, en su trabajo "La determinación del interés superior y el rol de los abogados del niño", explicita con claridad los tópicos a tener en cuenta por el abogado del superior interés, el cual debe: abogar por el mejor interés del niño del caso, indagar sobre la opinión del niño e informar al tribunal, salvo que el niño se oponga a ello. El conocimiento sobre el niño, toda la información reunida, debe servir para abogar por su mejor interés y no necesariamente por sus deseos. Debe explicar al niño su cometido de la manera más clara posible. Su

actuar debe estar enmarcado en las reglas de ética estaduales en todos aquellos aspectos que exceden una relación tradicional abogado-cliente. También está obligado por el deber de confidencialidad en los términos de la relación abogado cliente"<sup>1</sup>.

De esta manera podemos sostener que el derecho a contar con un abogado deriva de la facultad a expresar su opinión libremente, a ser escuchado; reconocidos al niño en el art. 12. Convención sobre los Derechos del Niño, la cual dispone: "Los Estados parte 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".

En consecuencia, la ley nacional 26.061, además del derecho a ser oído, contempla en su art. 27 el aspecto técnico de la defensa, es decir, habilita la intervención del niño en el proceso, cualquiera fuese su edad.

Los debates doctrinarios y jurisprudenciales en relación a la figura del abogado del niño versan fundamentalmente sobre la edad que debe tener un menor para tener su propio abogado y la diferencia entre el rol de los representantes promiscuos del Ministerio Público y la actuación del abogado del niño en los procesos.

Si bien la ley 26.061 no establece a que edad un menor de edad puede designar su abogado, desde el pun-

to de vista doctrinario, se distinguen básicamente tres posturas:

-La primera, de carácter amplio, postula que la defensa técnica está habilitada para todo niño, sin considerar su edad y/o grado de madurez, y que debe estar presente en todo proceso<sup>2</sup>.

- La segunda intermedia, sostiene que el niño tiene derecho a contar con un abogado propio siempre que su grado de madurez se lo permita, es decir, no limita la figura conforme estándares etarios rígidos sino en consonancia con el principio de autonomía progresiva de corte convencional-constitucional, receptando su posibilidad o imposibilidad de acuerdo al grado de madurez del niño<sup>3</sup>.

-La tercera lo restringe solamente a los adolescentes<sup>4</sup>.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación adoptó el criterio de discer-

nimiento cronológico y, siguiendo la tradicional distinción entre menores impúberes y adultos, estableció dos soluciones: quienes hayan cumplido 14 años pueden designar por sí un abogado para que los patrocine, mientras que por debajo de esa edad la designación deberá ser hecha por el juez<sup>5</sup>.

En otro fallo la Corte Suprema de la Nación no hizo distinción entre menores adultos y menores impúberes para ser patrocinados por un abogado en el proceso judicial, y ordenó que la asistencia letrada sea asumida para dos niñas, que tenía diez y catorce años<sup>6</sup>.

Otro de los puntos a distinguir es evitar confundir a los distintos protagonistas: el abogado del niño, el tutor ad litem y el rol del Ministerio Público.

Al respecto, Diego Sperr los distingue con franca claridad:

*“Preliminarmente, se impone destacar que no debe confundirse el papel del Ministerio Público de Menores en la defensa de los derechos de la infancia, con la defensa técnica que pueda ejercer el propio niño en un caso concreto. Se entiende que el Ministerio Público, por mandato legal y constitucional (arts. 120 CN, 59 CCiv. y 54 ley 24.946), es defensor de los derechos de los niños, niñas y adolescentes y demás personas incapaces en la medida de su indisponibilidad. Esta Defensa no debe confundirse con aquella que puede ser ejercida en el marco del proceso por la asistencia técnica propia de un letrado del niño, quien tiene el cometido de defender los intereses particulares del niño en un conflicto concreto y ofrece su conocimiento técnico para articular una defensa y lograr una decisión judicial favorable a la voluntad individual del niño. En este sentido, también debe recordarse que el Ministerio Público cumple una representación promi-*

*cua que se limita a integrar la representación paterna, sin implicar sustitución ni actuación en nombre del niño, y se manifiesta en una unción asistencial y de control, y otra de carácter representativo...*

*...Ahora bien respecto de la figura del tutor ad litem, es sabido que su designación está prevista para cuando los intereses del incapaz están en oposición a los de sus representantes legales. Así, de la enumeración no taxativa prevista en el art. 397 del Código citado se desprende que se dará a los menores de edad, tutor especial cuando los intereses de los niños, niñas y adolescentes se encuentren en oposición con los de sus padres, bajo cuyo poder se encuentre. En tales circunstancias, la designación del tutor ad litem al menor de edad implicará su representación autónoma dentro de la Litis... Así mientras el tutor ad litem es una figura ligada a la incapacidad del niño, que sustituye su voluntad y, por*

*lo tanto, patrocina su interés superior desde su propia perspectiva de adulto, el abogado del niño es un personaje vinculado al principio de la capacidad progresiva, que justamente aparece a raíz de la madurez y el desarrollo del niño para participar en el proceso. Entendemos, entonces, que la figura del abogado del niño no sustituye la voluntad de este último, sino que la transmite al juez mediante su defensa técnica especializada..."<sup>7</sup>.*

Por último, es importante destacar en esta diferenciación que el abogado del NNA debe tener un entrenamiento y experiencia en el vínculo con niños y adolescentes, entrenamiento que debe incluir las técnicas adecuadas para establecer una correcta comunicación con ellos, además del conocimiento sobre leyes y convenciones sobre la niñez. Mientras que el tutor ad litem es un instituto de protección que procede sin perjuicio de la intervención del Ministerio Público.

## **Problemáticas a analizar**

### **-Designación del abogado del NNA**

Ante la vulnerabilidad de los NNA con relación al adulto, se requiere la intervención de los jueces en protección de sus derechos. En consecuencia, la designación de los abogados de los niños no serán más que propuestas que van a estar sujetas a la aprobación de la judicatura.

En nuestra provincia de Santa Fe, la ley 13.923, con el objeto de garantizar la prestación de los servicios de asistencia jurídica destinados a NNA en procesos judiciales y administrativos (art. 1) crea un Registro de Abogados y Abogadas de Niños, Niñas y Adolescentes en el ámbito de cada Colegio de Abogados (art. 2). El art. 10 establece que "La autoridad judicial o administrativa designará a los abogados de NNA, provenientes de una terna propuesta por el Cole-

gio de Abogados de la jurisdicción correspondiente en base al Registro que lleven...”

Es interesante destacar el estudio en relación a las formas en que el abogado del niño llega al expediente, realizado por los autores Villalba Carla, Martínez Josefina y Vigo Fiorrella quienes evaluaron que: *“Una cuestión relevante para el análisis es el modo en que el abogado del niño llega al expediente y los criterios que los jueces aplican para aceptar o rechazar su participación. En tal sentido, muchos entrevistados marcaron una clara diferencia entre la designación de oficio (realizada por iniciativa del juez o a pedido de la asesoría o defensoría) en los casos en que se considera que su intervención puede ser beneficiosa para el proceso, y la solicitud de designación de un abogado del niño que llega al expediente “desde afuera” y propuesto por el propio niño. El consenso respecto de*

*la primera situación es amplio: en los casos en que lo considera necesario, el juez debe designar un abogado al niño. En cambio, varios entrevistados manifestaron reparos frente a la segunda situación y argumentaron que en esos casos es necesario evaluar la pertinencia y, sobre todo, analizar de dónde proviene el abogado para evitar que ingrese al expediente como asociado a la posición de una de las partes en conflicto... Otros actores consideran que, para determinar si el niño realmente quiere ser patrocinado, es preciso establecer mecanismos que permitan escuchar la palabra y postura del niño con independencia de la posición y el interés de cada uno de sus progenitores, y en virtud de ello, decidir la aceptación o el rechazo de la participación del abogado del niño”<sup>6</sup>.*

#### **-Los honorarios del abogado del NNA**

La ley 26.061 y su decreto reglamen-

tario establecen como forma subsidiaria la obligación del Estado de proporcionarle a los NNA asistencia letrada gratuita para el caso de que carezcan de recursos económicos. A tal efecto, el decreto Reglamentario 415/2006 invita a las provincias y a la Ciudad de Buenos Aires a adoptar las medidas necesarias para garantizar la existencia de servicios jurídicos, recurriendo para ello a abogados que sean agentes públicos y/o convenios con organizaciones no gubernamentales, colegios de abogados o universidades.

La ley 13.923, en su artículo 15, sigue la regla general del Código de Procedimiento Civil y Comercial, en cuanto a que las costas y honorarios devengados son soportados por el condenado en costas y lo asumirá el Gobierno Provincial cuando “no puedan ser solventadas por los progenitores, o el niño, niña o adolescente careciera de éstos”.

Algunos autores como María Victoria Famá los consideran como un gasto previsto en el art. 265 CCiv., y por tal motivo les corresponderían a los padres<sup>9</sup>.

### Opiniones operadores del derecho

Consultado sobre los beneficios o críticas a la incorporación del abogado del NNA en los procesos judiciales y/o administrativos, vale citar las siguientes opiniones:

**Dr. Marcelo Escola**, Juez de 1ra Instancia de Familia de la ciudad de San Lorenzo: “Ha sido un avance muy importante en defensa de los niños y adolescentes, producto de la universalización de los derechos humanos, y que permite mantener la igualdad de las partes en el proceso familiar, que ya no solo tiene en cuenta a los progenitores como parte, sino que incorpora a los hijos

al haber intereses contrapuestos directamente con ellos, garantizando el marco de autonomía y libertad. La aplicación de esta normativa, dentro del plexo de leyes de protección a la niñez y adolescencia, tiene un alcance dentro del contexto de los derechos humanos, que apunta a brindar una mejor y mayor representación a niñas, niños y adolescentes, quizás los más vulnerables dentro del conflicto familiar, lamentablemente cosificados por quienes deben darle toda la protección, contención y el mayor bienestar, que mejore la calidad de vida de los mismos, es de fundamental importancia, no sólo para quienes deben defender, sino como apoyo para quienes deben resolver respecto a cuestiones que les son propias y los incluyen, dando la legitimidad que les corresponde”.

**Lorena Capucci**, Licenciada en Trabajo Social del Juzgado de Familia

de la ciudad de San Lorenzo: “A partir de la experiencia en las situaciones donde han intervenido abogadas del niño, considero que se debería asesorar o conformar equipos interdisciplinarios para una escucha pertinente, ya que no debería escucharse desde la literalidad. La escucha debe ser activa, respetuosa y por profesionales capacitados para hacerlo. Muchas veces vemos en los expedientes que un sinnúmero de abogados, psicólogos, Licenciados en Trabajo Social escuchan a niños, niñas y adolescentes, y sin embargo sus derechos siguen vulnerados”.

**Dra. Adriana Torchio**, Abogada Mediadora: “Plantea los siguientes puntos críticos:

- En las medidas excepcionales el abogado del niño debería estar desde el primer momento y en la práctica no sucede.
- En las escuchas llevadas a cabo por los Defensores, los niños deben

ingresar con su abogado, lamentablemente en los hechos no se contempla.

- En caso de varios niños en un mismo expediente y ante conflicto de intereses entre ellos deberá solicitarse se designen más de un abogado del niño.

- Identificar cuando por la corta edad lo que se requiere es la figura del tutor especial ya que las funciones son distintas”.

Si miramos hacia atrás, ha sido un camino largo desde el Código Civil de Vélez en que los menores tenían limitada su capacidad de hecho (hoy llamada capacidad de ejercicio): la incorporación de principios que se fueron adoptando a nivel internacional, sobre los Derechos del niño, el dictado de la ley nacional 26061 y al actual Código Civil y Comercial de la Nación con un estilo respetuoso de la dignidad de los NNA. Probablemente haya muchos puntos a mejorar, pero reconocer-

los como sujetos de derechos con igualdad de derechos ante las demás personas, es un hito importante en materia de reconocimientos que se traduce en una verdadera garantía del debido proceso. ■

#### CITAS

<sup>1</sup> Publicado RDF 85, 10/7/2018 267 CITA La ley AR/DOC/3200/2018.

<sup>2</sup> SOLARI, NÉSTOR “Un importante precedente de la Corte Suprema de Justicia sobre la figura del abogado del niño” LL del 1/12/2011 y RODRIGUEZ, LAURA “Admisibilidad, rol y facultades del abogado de niñas, niños y adolescentes” en DFy P 2011 (noviembre) p. 167.

<sup>3</sup> MIZRAHI MAURICIO L. “Intervención del niño en el proceso. El abogado del niño” LL 2011-E-1194; BACIGALUPO DE GIRARD, MARÍA “Una primera aproximación al análisis de la ley 26.061”.

<sup>4</sup> GOZAINI, OSVALDO “La representación procesal de los menores” LL 2009-B-709; MORENO, GUSTAVO D. “La participación del niño en los procesos a través del abogado del niño” RDF 35-54.

<sup>5</sup> A.G.M.S. v J.V s/ divorcio vincular” LL AR/JUR/64441/2010; 6/12/2011, “RDE v DGR” Microjuris MJ-JU-M 71342-AR.

<sup>6</sup> GMS v JVL 26/10/2010 Fallos 333:2017, AR/JUR/64441/2010.

<sup>7</sup> “Cuestiones problemáticas que plantea la Figura del abogado del niño en el ámbito del derecho civil” La Ley AR/DOC 6242/2013.

<sup>8</sup> El abogado del niño en la justicia de familia. Usos, valoraciones y sentidos LA LEY AR/DOC/4460/2016.

<sup>9</sup> La intervención del abogado del niño en los procesos de familia; alcances y delimitaciones”, compendio Jurídico: Doctrina – Jurisprudencia – Legislación, vol. 61, Errepar, Buenos Aires, p.134.