

La asistencia jurídica especializada para NNYA en España y Argentina

Autores:

Antequera, Susanna

Jáuregui, Rodolfo G.

Cita: RC D 478/2021

Sumario:

a. La cuestión en España. a.1 Concepto, funciones y legislación. a.2. Diferencias con el defensor oficial y el Ministerio Fiscal. b. La cuestión en la República Argentina. b.1. Origen. b.2 Diferencias con otras figuras b.3. Abogada/o NNYA y el CCC. b.4. Estado actual de situación en las distintas jurisdicciones. b.5 Principales ejes a definir. c. El Protocolo Iberoamericano de Actuación Judicial Santiago de Chile, (2014). d. Conclusiones.

La asistencia jurídica especializada para NNYA en España y Argentina

a. La cuestión en España

a.1. Concepto, funciones y legislación

En España se conoce como el abogado del niño al abogado especializado en menores y centra su labor en la defensa de los intereses de las personas que todavía no han alcanzado la mayoría de edad que conforme la legislación española, es a los 18 años tal como determina la Constitución.

A los menores, se les establece un tratamiento jurídico especial que afecta a todos los ámbitos, desde el civil al penal porque no se les reconoce la capacidad de obrar. En España, la capacidad jurídica es la aptitud para ser titular de derechos y deberes pero la capacidad de obrar no se establece de forma plena hasta los 18 años y no se encuentre incapacitado por sentencia firme. Cabe la posibilidad que se les reconozca también a los menores entre 16 y 18 años si son emancipados con autorización de sus padres.

Los casos que afectan a los menores de edad se relacionan, sobre todo con el Derecho de Familia o bien en la Ley de Responsabilidad Penal del Menor (Ley Orgánica 5/2000 de 12 de enero), cuya regulación completa supone en materia de menores infractores que abarca el derecho sustantivo, procesal y de ejecución.

Así, por tanto, el abogado especializado en menores se ocupará de velar por el máximo interés superior del menor para asegurar su bienestar protegiendo, a la vez, la posibilidad de ser escuchado en el proceso judicial a partir de los 12 años, como indica la legislación española. A la vez, será el garante de solicitar las medidas pertinentes ante una situación de desamparo familiar. Esta figura supone un gran avance para lograr establecer el pleno derecho de la defensa para el menor cumpliéndose las exigencias de la Convención sobre los Derechos del Niño en sus arts. 40.2 b) II, III y 37 d) y el art. 24.2 de la Constitución Española.

El abogado especializado en menores son expertos en Derecho de Familia -para velar por el mejor modelo de custodia, en definitiva- y en Derecho Penal de menores para procurar su restitución a la sociedad de forma reparativa y reeducativa, tal como determina el Tribunal Supremo al abordar la naturaleza de la responsabilidad penal de los menores (Auto 4.7.2001), encuadrando la intervención del abogado para la defensa sea de libre disposición o de oficio para ayudar al menor (art. 545 de la Ley Orgánica del Poder Judicial).

a.2. Diferencias con el defensor judicial y Ministerio Fiscal

El defensor judicial es una figura de protección, guarda de menores e incapaces que tiene como objetivo primordial proteger sus intereses, no siendo por tanto necesario la intervención de abogado especializado en menores.

Sus funciones se recogen en el Capítulo IV (del defensor judicial) Título X (de la tutela, curatela y guarda de los menores o incapacitados), artículos 299 a 302 del Código Civil. Según el art. 299 del Código Civil, la designación de un defensor judicial será necesaria cuando exista conflicto de intereses entre los menores y sus representantes legales o cuando estos no desempeñen bien sus funciones.

El defensor judicial deberá tener presente que rendirá cuentas de su gestión una vez concluida su función (art. 302, Código Civil) y será nombrado a instancia del Ministerio Fiscal, por el juez, de oficio o bien a petición del propio menor (art. 300, Código Civil).

El Fiscal, en cambio, es configurado por la legislación española como la institución encargada de la defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley (art. 124, Constitución Española). En el art. 3 de la Ley 50/81, concreta esta responsabilidad al encomendarle la representación y defensa, en juicio y fuera de él, de quienes no pueden actuar por sí mismos por carecer de capacidad de obrar (menores e incapacitados). Así por tanto, forman parte de los organismos tutelares que tengan por objeto la protección y defensa de los menores y desvalidos.

En el ejercicio de la acción penal: la defensa de los menores víctimas de los delitos tipificados y en el ejercicio del ámbito civil: en los supuestos de crisis familiares, desprotección así como en la protección del honor, imagen e intimidad de los menores.

El Ministerio Fiscal tiene encomendada, por tanto, la superior vigilancia de la tutela, acogimiento, guarda de los menores (artículos 172 y 174 del Código Civil). Por otro lado, la Ley 21/87 de 11 de noviembre introdujo el modelo constitucional de las relaciones de las distintas instituciones que contribuyen a la protección de menores. Por tanto, aparece la función encomendada al Fiscal como el elemento fundamental para articular jurídicamente las actuaciones protectoras de los menores.

b. La cuestión en la República Argentina

b.1. Origen

En la República Argentina la figura que nos ocupa nació en el año 2005, mediante la sanción de la Ley 26061, que la tiene prevista en el art. 27, inc. c) dentro de las "garantías procesales mínimas" (las que suponen un piso o límite inferior, ya que sus normas son de orden público, en virtud del art. 2) que les reconoce a los niños, niñas y adolescentes derecho a ser asistido por un letrado "preferentemente" especializado en niñez y adolescencia "desde el inicio del procedimiento judicial o administrativo que lo incluya" y fue reconocida por la propia CSJN^[1]. En caso "de carecer de recursos económicos el Estado deberá asignarle de oficio un letrado que lo patrocine"^[2] amplifica las mandas de la CDN, que sólo la tiene prevista para causas penales. Está íntimamente o sustancialmente conectada con las constitucionales garantías de defensa en juicio (art. 18 de la CN) y los principios de idéntica jerarquía de autonomía progresiva (art. 5, CDN) e igualdad ante la ley, (art. 16 de la CN) ya que busca justamente erigirse en un instrumento de compensación adecuada para nivelar asimetrías y alcanzar una igualdad real, y no sólo declamativa o formal, facilitando el preambular acceso a la justicia a un grupo de personas vulnerables (Reglas de Brasilia, 706 del CCC). Nos animamos a sostener que su fisonomía está impregnada de rasgos que denuncian su raigambre constitucional.

b.2. Diferencias con otras figuras

No se confunde su actuación con la del tutor especial (art. 109 del CCC), puesto que conforme la corriente doctrinaria mayoritaria la voluntad del abogado u abogada no sustituye la del NNyA, como en la nombrada, ni con el Ministerio Público de la Defensa (art. 103, CCC), pues no es representante principal ni complementario. Esta última diferenciación tiene su fuente en el mismo Decreto 415/2006 que reglamenta la Ley de Protección Integral, cuando dentro del tal derecho incluye el de "*designar un abogado que represente los intereses personales e individuales de la niña, niño o adolescente en el proceso administrativo o judicial, todo ello sin perjuicio de la representación promiscua que ejerce el Ministerio Pupilar...*".

b.3. Abogada/o del NNyA y el CCC

Está a su vez insinuada por el CCC en varias normas que aluden al patrocinio letrado de NNyA en obvia referencia a la figura en estudio, dándola por sobreentendida. En su economía no queda atada a una edad cronológica determinada la capacidad de ejercicio ni en consecuencia la necesaria para proceder a su designación por la persona titular del derecho (Por ejemplo para estar en juicio contra sus progenitores, reclamar por sus propios intereses sin autorización judicial (art. 679) legitimación activa para demandar alimentos (661, inc. b), ser parte en la declaración de estado de adoptabilidad; (art. 608, inc. a) etc.), pues la relaciona a los "niños con edad y grado de madurez suficiente" en la singularidad de cada situación. Dicha fórmula flexible, laxa, se compone por la *edad* (que debe ser antes de los 13 años, porque ya a partir de allí se presume el discernimiento y la garantía es diáfana); "*grado*" remite a la ponderación de un valor o una medida de cantidad; en éste caso de la *madurez* (en el sentido de buen juicio, prudencia o sensatez); la que debe ser *suficiente* (bastante para lo que se necesita, en éste caso para el acto en cuestión).

Curiosamente la primera referencia explícita a la Ley 26061 es mediante una remisión que realiza la Ley 27363 del año 2017 (último párrafo del art. 700 bis, y el inc. e) del art. 702) que reformó el régimen de privación y suspensión de la responsabilidad parental^[3].

También se desprende de los textos de los arts. 23, 26 del CCC ya que otorga capacidad de ejercicio las personas que cuentan con edad y grado de madurez suficiente; las que en situaciones de conflicto con sus representantes legales pueden intervenir con asistencia letrada; de los arts. 100, 101 (de cuya conjunción se desprende que en aquellos supuestos pueden intervenir por sí mismos, eludiendo la representación legal asignada; y de los arts. 260, 261 y concordantes), que interpretados armónicamente conducen a su vez a concluir que aun antes de los 13 años cumplidos tienen discernimiento para los actos lícitos cuando la excepción sea dada por disposiciones especiales (varias de ellas se encuentran en el mismo código, como se dijo).

b.4. Estado actual de situación en las distintas jurisdicciones

Se puede decir que todavía está en construcción y que distintas jurisdicciones argentinas utilizan distintas vías para reglamentarla: Por caso por ley especial: Buenos Aires, 14568 (2013 y Decreto 62/2015)^[4]; Córdoba, 10636 (B.O. 5/7/2019); Chubut Ley III N 44 (2019); Santa Cruz, Ley 3062 (2009); Santa Fe, 13923 (2019); Tierra del Fuego, Ley 1331 (Boletín Oficial, 20 de Octubre de 2020). Acordada de los Máximos Tribunales Provinciales, Mendoza: Resolución de Presidencia 35565 de fecha 7/5/2018; Entre Ríos: Acordada 27/2019. Resoluciones del Ministerio Público de la Defensa, Salta, dentro del ámbito del Ministerio Público (Ley 7970) mediante la Resolución 15247 del Ministerio Público de la Defensa de fecha 11 de abril de 2017; Ciudad Autónoma de Buenos Aires y el Proyecto de Corrientes de dicho organismo. Resolución Ministerial: en el ámbito de la Subsecretaría de Niñez, Adolescencia y Familia, del Ministerio de Desarrollo Social del Chaco por Resolución de Fecha 22 de Noviembre de 2017.

Algunos proyectos en el Congreso Nacional intentan crear un Registro Nacional en el ámbito de la CSJN^[6].

b.5. Principales ejes a definir

A su vez las cuestiones actuales giran en torno a diferentes problemáticas, no expresamente definidas por la ley sustantiva, que van resolviendo con distintos criterios las normas procesales aludidas y es tarea también para producciones jurisprudenciales precisarlas y -por supuesto- materia de análisis doctrinarios:

- Cuando interviene. Existe consenso doctrinal y jurisprudencial mayoritario que en los asuntos de competencia material de familia se requiere que exista un conflicto de intereses con ambas o alguna de las partes del litigio. Algunas provincias extienden sus normas a la participación en causas penales (para asistir a autores o víctimas); o solo como víctimas de delitos sexuales y también en sede administrativa, también cuando sus progenitores o guardadores convivientes son víctimas de violencia familiar o de género.

- Quien designa. Preferentemente deberían designar los NNyA, cuando estén habilitados/as a intervenir en el proceso en carácter de parte con capacidad procesal propia, (ante la amplitud de la fórmula antes vista); en caso que no lo hagan se recurre orden de lista, sorteo, etc. Algunas regulaciones exigen que estén inscriptos/as en un

registro aún cuando sean designados por los propios NNyA por un vínculo de confianza. Lógicamente los progenitores o los representantes no deberían designar y tampoco la magistratura. Se debe intentar buscar una real y total independencia de quien ejerce la función respecto de todo otro interés ajeno a la defensa, para ser congruente justamente con el principio de autonomía progresiva que sostiene la figura (art. 5, CDN; 26, CCC[7]) y lograr un proceso totalmente transparente.

- Quien lleva el Registro de los mismos (Colegio de Abogados, Cortes, Ministerio Público).

- Que capacitación deben recibir quienes desempeñen el rol (de parte Universidades mediante el dictado carreras de posgrados o cursos de actualización[8], celebrando los mismos con convenios con Colegios de Abogados, o cursos dictados por Escuelas judiciales), y también se exige como un requisito que deleve idoneidad, determinados años de antigüedad en la matrícula.

- Cuales son sus deberes, los que deben ser tabulados: Por ejemplo ejercer la defensa técnica con máximo empeño, ofrecer pruebas, asistir a diligencias procesales; tener en cuenta la opinión de la persona asistida, a mantener reserva de las actuaciones; agotar las vías recursivas cuando no resulte una maniobra dilatoria, a cumplir con los deberes éticos, etc.).

- Quien solventa sus honorarios: Algunas normas lo colocan a cargo del Estado; otra de los condenados en costas, y subsidiariamente el Estado en alguna proporción.

c. El Protocolo Iberoamericano de Actuación Judicial (Santiago de Chile, 2014)

En el apartado sobre niñas, niños y adolescentes destaca la relevancia de impulsar ajustes razonables en los procesos judiciales que lleven a la garantía del derecho a la justicia de la infancia. Estas modificaciones competen a los Poderes Judiciales de la región, en su calidad de garantes del derecho de acceso a la justicia y de los derechos humanos en general ... La participación del niño, niña o adolescente en un procedimiento judicial no se garantiza exclusivamente permitiendo la exposición de sus puntos de vista. Tanto instancias del Sistema Universal del Protección de los Derechos Humanos como documentos internacionales han establecido la necesidad de tomar una serie de medidas para garantizar la participación idónea de la infancia. De esta forma, el derecho de las y los niños y adolescentes a participar en un procedimiento judicial trae consigo la necesidad de impulsar algunas adecuaciones procesales, las cuales deberán ser impulsadas tanto antes de que éste inicie como durante el desarrollo del mismo.

d. Conclusiones

Entendemos que en líneas generales el proceso se está dando sin pausas en ambos países, más resta bastante camino por recorrer para que los NNyA disfruten plenamente de la garantía del patrocinio letrado especializado.

[1]

CSJN; "G., M. S. c. J. V., L." 26/10/2010 (Fallos: 333:2017) - L.L. AR/JUR/64441/2010 y la nota Jáuregui, Rodolfo G. "Supuesto abuso sexual de niñas cometido por su padre y prohibición provisional de contacto" L.L. 07/02/2011, 8 (nota a fallo).

[2]

Usualmente por regla los niños, niñas y adolescentes (motivo que los torna vulnerables y justifica la asistencia jurídica especializada) "carecen de recursos".

[3]

Sobre el tema ver Castrillón, Emilia A.; Jáuregui, Rodolfo G., "La reciente reforma sobre privación y suspensión de la responsabilidad parental. Aciertos y errores de la Ley 27363", L.L. 04/08/2017, 1; DFyP 2017 (septiembre), 25 (AR/DOC/1869/2017).

[4]

Ver Jáuregui, Rodolfo G., "El abogado del niño en la provincia de Buenos Aires. Comentario a la normativa reglamentaria" L.L. BA 2016 (mayo), 287; DFyP 2016 (noviembre), 42 (AR/DOC/467/2016).

[5]

Ver Burgués, Marisol B., "Implementación del abogado del niño en la Provincia del Chubut" L.L. Patagonia 2020 (febrero), 1 (AR/DOC/249/2020).

[6]

Expte. 508-D-2019 Diputados Rosso, Victoria, Bianchi, Ivana María; Vallone, Andrés Alberto; Alume Sbodio, Karim (San Luis - Unidad Justicialista).

[7]

Ver también Ramírez, Alejandra; Jáuregui, Rodolfo G., "El abogado/a del niño, niña adolescente y su regulación en la Provincia de E.R." (E.D., Cuaderno Jurídico de Familia, N° 92/2019, pág. 14).

[8]

Ver por ejemplo Sosa, Víctor Marcelo, "Abogado del niño - Experiencia en marcha - Realidad tangible", Rubinzal Online, www.rubinzalonline.com.ar, RC D 1268/2017.