



EL ABOGADO DEL NIÑO. NUEVO IMPULSO PARA LA CONSTRUCCIÓN DEL SISTEMA DE PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN DE DERECHOS DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES EN LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES*

María José Lescano**

María José Lescano se aboca a considerar la institución del Abogado del Niño y el contexto provincial en que la figura ha de insertarse, tan solo unos meses antes a su sanción legislativa. Desde esta perspectiva, comienza con una clara revisión histórica en relación al reciente proceso de transición paradigmático-normativo en materia de infancia, desembocando en la descripción actual del escenario de la Provincia de Buenos Aires. Examina el proyecto de ley presentado en la Legislatura Provincial en el 2011 a instancia de la diputada Natalia Gradaschi y deslinda la función del Abogado del Niño de aquella que aún se reserva al Asesor de Incapaces. Finalmente propone entender esta nueva figura como verdadero instrumento destinado a vehicular la palabra del niño, y remarca la necesidad de su implementación como garantía necesaria para la consolidación de la estructura del nuevo paradigma...

1- Introducción:

* La iniciativa del presente trabajo surge a partir de las Primeras Jornadas Interuniversitarias sobre el Rol del Abogado del Niño, realizadas el 14 de junio del 2013 en la Ciudad de Santa Fe por Asociación Amanecer Grupo Casa-Taller para su Programa Abogados por los Pibes (Proyecto UBANEX 2012) en coorganización con la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral. En ese marco, quedó constituida la Red Interuniversitaria del Abogad@ del Niño (REDIA) que cuenta a la fecha con más de 120 miembros.

** Abogada, Secretaria del Instituto de derechos del Niño de la FCJyS de la UNLP, Profesora de posgrado en la Especialización sobre Abordaje de las Violencias Interpersonales y de Género y en la Especialización en Derecho Penal de la mencionada facultad; Jueza del Juzgado de Garantías del Joven N° 1 del Departamento Judicial La Plata.



La provincia de Buenos Aires, luego de transitar un arduo y espinoso camino, logró en el año 2005 la aprobación de la ley 13298: *“De la promoción y protección integral de los derechos de los niños.”*

Esta ley encuentra su fundamentación en los principios en los que se asienta la Convención sobre los Derechos del Niño. Tratado de reconocimiento de derechos humanos, que a partir de 1994ⁱ alcanzó la máxima jerarquía normativa en nuestro país, a través de su recepción constitucional, en virtud de lo previsto en el de art. 75 inc. 22.

La nueva legislación provincial que vino a regular las relaciones de infancia, contempló la derogación del Decreto ley 10.067ⁱⁱ y de la ley 12.607ⁱⁱⁱ y establecía en su artículo 40, que la organización y procedimientos relativos al *“Fuero del Niño”* se iba a instrumentar mediante una nueva legislación que se sancionaría por la legislatura provincial, al año de su entrada en vigencia.

Esta especie de premonición finalmente se concretó, aunque de modo tardío, en el mes de enero de 2007 con la sanción de la ley 13634. Normativa que materializó los importantes cambios, que ya habían sido esbozados por la ley 13298. Estableció cómo se iban a constituir y desenvolver los nuevos organismos abocados a los temas de infancia, tanto del ámbito judicial como administrativo y de esta manera fue posible palpar, cómo se empezaba a estructurar el nuevo paradigma de la infancia de la provincia más poblada y enigmática de nuestro país.

Es sabido que el tránsito del denominado paradigma del Patronato al de la promoción y protección de derechos, conllevó notables y profundas modificaciones, cuyo impacto excedió ciertamente el aspecto jurídico-político. Y si bien, mucho se ha avanzado en este proceso de reconocimiento de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, lejos se está aún de poder afirmar que el objetivo propuesto por la Convención sobre los Derechos del Niño ya ha sido alcanzado.



2- Nuevos escenarios:

Los cambios inicialmente producidos en materia de infancia impactaron de manera notable en la distribución de competencia entre los poderes del Estado. Desde la perspectiva del Poder Judicial, se fracturó la entonces omnímoda y plural competencia que por entonces tenían los Jueces de Menores, pasándose a configurar los nuevos fueros: de Familia y Penal.^{iv}

En el ámbito del Poder Ejecutivo, se crearon los servicios locales de promoción y protección de derechos a nivel municipal y, a nivel provincial, los servicios zonales, dependientes de la actual secretaría de niñez y adolescencia.^v

Así se fueron perfilando en el territorio bonaerense los contextos en donde los niños y sus representantes, debían desenvolverse para obtener información, para petitionar y de ser necesario para reclamar, por el goce de sus derechos que, en términos irreductibles, fueron nacional e internacionalmente reconocidos al conjunto de sujetos que integran el valor colectivo de la infancia.

De este modo el nuevo paradigma permitió establecer las bases para estructurar el novel sistema sobre la idea del niño como sujeto de derecho. Persona en formación, en evolución hacia la adultez que requiere, de una especial consideración por parte del Estado.

3- Nuevos actores:

Como un segmento dentro del amplio sistema de promoción y protección integral de derechos, se creó un peculiar esquema de justicia penal juvenil. En este fuero especial, aparecieron nuevos actores, nuevos órganos de decisión y nuevos procedimientos.

Así se diseñó un proceso penal para jóvenes que se hallaren en conflicto con la ley penal, de manera similar, pero menos riguroso y más flexible que el proceso penal



establecido para los adultos. Un proceso acusatorio, de partes perfiladamente previstas y con un Juez desempeñándose realmente como un tercero imparcial.

En este nuevo escenario procesal, aparecen fiscales y defensores especializados. Además, la presencia del Juez de Garantías o de un Tribunal de responsabilidad. Estas, entre muchas otras reformas, hacen que el proceso penal juvenil demuestre un sensible avance en el reconocimiento de las garantías procesales.

Así los jóvenes incurso en una causa penal, pueden recibir por parte del Estado un trato igualitario cuando se debate acerca de la responsabilidad penal por un hecho, pero por otra parte, reciben una favorable discriminación positiva, entendida esta como un plus de garantías, dada la situación de natural vulnerabilidad en que se encuentran.

Ahora bien, al margen del ámbito penal, la puesta en funcionamiento del sistema de promoción y protección de derechos, ha exhibido notorias lagunas que hasta ahora, han dificultado gravemente el efectivo disfrute de los derechos reconocidos a los niños. Espacios agónicos que tientan antiguas prácticas de tinte tutelar, que aún restan ser suplidos, esencialmente, a través de la decidida actividad del legislador provincial.

En esta dirección recientemente se ha inclinado la legislatura bonaerense al promover el proyecto de ley que propone la creación de la figura del abogado del niño. Auspiciosa iniciativa que ha sido recibida con entusiasmo, principalmente por aquellas organizaciones de la sociedad civil dedicadas a los temas de infancia y por la doctrina especializada, pues de alguna manera es una decisión política que revela la vocación de consolidar la estructura en que se sustenta el nuevo paradigma.

4- Proyecto legislativo de la provincia de Buenos Aires:

El proyecto presentado en la legislatura provincial^{vi} contempla en escasos 7 artículos la creación de la figura del abogado del niño, haciendo expresa remisión a los arts. 12, 1 y



2 de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño en relación a lo previsto en el art. 27 de la ley 26061.^{vii}

Del proyecto surge la definición de esta figura. El art. 1 expresa que el abogado del niño es: *“quien deberá representar los intereses personales e individuales de los niños, niñas y adolescentes legalmente ante cualquier procedimiento judicial o administrativo que los afecte, sin perjuicio de la representación promiscua que ejerce el Asesor de Incapaces.”*

Consiguientemente, establece el proyecto, que se creará un registro de inscripción que dependerá de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires. A tal efecto la Corte, dentro de los 90 días de su aprobación, deberá dictar la reglamentación para prever la forma de funcionamiento del registro de aspirantes. El registro deberá funcionar de manera descentralizada en los distintos departamentos judiciales y la propia Corte será la encargada de realizar la difusión de los listados confeccionados para garantizar su accesibilidad con amplitud.

Los abogados para integrar dicho listado deberán estar matriculados en esta provincia y demostrar *“acabadamente su especialización en derechos del niño”*. Estos profesionales pueden desempeñarse tanto en el ámbito público como privado, y nada impide que ejerzan ese rol aún cuando integren distintas organizaciones de la sociedad civil que trabajen la problemática de la infancia y adolescencia.

Es importante que el proyecto contemple la posibilidad de remover los obstáculos económicos que puedan impedir que un niño cuente con la representación jurídica necesaria en defensa de sus derechos. Puntualmente, establece que: *“Los abogados patrocinantes de los niños- Abogados del Niño- tendrán derecho a percibir honorarios solventados por el Estado, de6 acuerdo a lo establecido en el Decreto Ley 8904/77 y sus normas complementarias”*.



5- El Abogado del niño y el Asesor de Incapaces:

El proyecto de ley analizado, pone en claro, con notoria lucidez, que la creación en esta provincia de la figura del Abogado del Niño provincial, bajo ningún aspecto puede llegar a desplazar la intervención del Asesor de Incapaces. Sin embargo hubiese sido aconsejable que en esta inteligencia la norma prevea con más detenimiento la diferenciación de roles para limitar los márgenes de interpretación legal y así evitar futuras tensiones.

En la actualidad, en la provincia de Buenos Aires el Asesor de Incapaces debe seguir interviniendo en las causas de manera promiscua, según lo establece el art. 59 del C.C,^{viii} pero solo limitadamente participa de algún asunto de naturaleza penal, ante la detección de un caso de vulneración de derecho.

Aún cuando el proyecto de ley hace referencia a la figura del Asesor de Incapaces, hasta ahora la legislatura provincial, no ha contribuido en la redefinición normativa del ejercicio que ha de tener el Asesor, de conformidad con el paradigma del sistema de promoción y protección de derechos.^{ix}

Por tanto, las prácticas cotidianas, que comenzaron a realizarse en contextos competenciales diferentes, tuvieron que ir modelando el rol que el Asesor debía asumir. Necesarias modificaciones que además se fueron gestando a medida que otros sujetos procesales comenzaron a tener protagonismo en el ejercicio de sus funciones, de conformidad con el nuevo sistema de infancia.^x

A partir del programa político filosófico que consagra la CIDN, el desempeño del Asesor ha requerido de una resignificación, a los efectos de desterrar sus antiguos dictámenes imbuidos de una mirada estrictamente correccionalista y asistencial.

Recuérdese que la figura del Asesor de menores e incapaces era un engranaje esencial del modelo tutelar que se asentaba en la idea del niño incapaz que requería de un especial amparo moral y material. En el contexto del Fuero Minoril, corroborada una



determinada situación de irregularidad, la política de intervención estatal era esencialmente internativa y de segregación social y familiar, muchas veces promovida a instancias del Ministerio Pupilar.

Ahora bien, desterrada su impronta tutelar, el Asesor debe velar por el interés público de la sociedad y esta es una diferencia clave en relación con el Abogado del niño, cuya meta primordial es vehiculizar, en virtud de su mandato, la voz del niño en un caso en particular.^{xi}

El Asesor en cada proceso en que participa, aspira a alcanzar la vigencia del principio de legalidad. Su accionar se dirige a exigir que se respeten y apliquen las mandas constitucionales vinculadas a los derechos y garantías de las personas menores de edad y de los considerados incapaces en general.

En tal inteligencia el Asesor se encuentra habilitado para reclamar por la articulación, monitoreo, control de todos aquellos dispositivos que desde el Estado o fuera de él, integran el sistema de promoción y protección de derechos. Así es que, también por fuera de los expedientes judiciales, el Asesor debe promover todas las medidas conducentes a la protección de los derechos de los niños, propias de una política pública positiva e integral.

Frente a la mutación exhibida en las funciones que actualmente desempeña el Asesor^{xii} todavía no es posible sostener que por su intermedio, los niños ya encuentren plenamente satisfecho el ejercicio de los derechos propios de ciudadanía. Por esta razón la propuesta de creación del Abogado del niño se presenta como un importante avance en aras a la profundización del sistema de protección integral de derechos.^{xiii}

Es dable advertir que aún cuando el Asesor, como el Abogado del niño, tienen asignadas funciones propias, sus roles lejos de contraponerse, deben hallar una confluencia a la luz del principio consagrado por el art 3 de la CIDN y art. 4 de la ley 13298. El interés superior del niño, como denominador común, es la *ratio* de la función



a desempeñar por ambas figuras, las que ciertamente coadyuvarán a alcanzar una mayor protección a las prerrogativas jurídicas de un niño, tanto de un enfoque general como individual.

6- Legitimación normativa:

La fuente normativa que legitima su génesis es el art. 27 de la ley 26.061.^{xiv} Asimismo, ha de señalarse que su consagración en el plano positivo, es esencial para cumplir con lo establecido en el art. 4 de la CIDN, que exige a los Estados Parte se esfuercen en adoptar las normas y decisiones de toda índole, tendientes a lograr la efectividad de los derechos proclamados.

El abogado del niño, es un instrumento idóneo para vehicular la voz del niño, cualquiera sea el ámbito en que se manifieste. Este peculiar profesional del derecho, se advierte entonces como un gran impulsor del nuevo sistema de infancia. Sin lugar a dudas su fiel desempeño abrirá caminos para que, tanto la sociedad civil como el Estado, se hagan eco de sus necesidades. Incluso si es necesario, según lo establece el propio art. 4 in fine de la CIDN, la comunidad internacional asimismo deberá crear canales de comunicación para poner en práctica la real escucha de la voz del niño.

A esta altura de los acontecimientos, el tan proclamado paradigma de la infancia debe terminar de abandonar la retórica para transitar de modo firme por el mundo de los hechos. Ciertamente que la efectivización de los principios consagrados por la CIDN requiere de figuras jurídicas novedosas como la aquí estudiada, pues por su intermedio es posible exigir al propio Estado que el niño sea escuchado y que, por consiguiente pueda obtener respuestas, frente a sus concretas necesidades.

En otras palabras, la provincia de Buenos Aires ha iniciado un valioso proceso de transición legal, pero bien sabido es que la mera legalidad no alcanza para hacer realidad los derechos de los niños. Ya es momento de que esa legalidad, no pierda su



sustancia y se comience a trabajar sobre la efectividad, exigiendo, sin ambages, la eficiencia de las instituciones y el desempeño ético de las personas que las representan.

7- Colofón:

Es auspicioso el avance exhibido por la legislatura provincial en debatir acerca de la creación de la figura del Abogado del niño como una real necesidad. Sin dudas, esta figura es una herramienta idónea para reclamar por la efectividad en el reconocimiento de los derechos de los niños, niñas y adolescentes y, de tal manera, profundizar el proceso de transición normativa ya iniciado a partir de la ley 13298.

El aludido proyecto de ley viene a garantizar a todo niño que habita en el territorio bonaerense el acceso de manera igualitaria a la defensa de sus derechos. Es decir, que de tal modo, se les reconoce el amplio acceso a la justicia,^{xv} sea desde el ámbito administrativo o judicial. Sería aconsejable que en el proceso de gestación legal se delimite con mayor nitidez el rol que el Abogado del Niño ha de desempeñar, a diferencia de otros sujetos procesales.

De sancionarse finalmente esta legislación, la norma no debe descuidar la cualidad primordial que debe tener la persona que se desempeñe como abogado del niño, que es nada menos, que su exquisita capacitación en esta materia. Especialización que requiere de conocimientos interdisciplinarios, que de modo articulado se combinen con el saber estrictamente jurídico.

La palabra del niño, por transitividad, exige de una escucha por parte de operadores que estén a la altura de las circunstancias. Escuchar a un niño en un determinado escenario legal en ocasiones, puede generar tensiones. No siempre la resolución de un caso resultará favorable a sus pretensiones procesales. Pero sin dudas, el proceso que se transite con la participación de sujetos considerados como especialmente



vulnerables, hará que la decisión a la que se arribe, resulte altamente justificada en términos democráticos y de legitimidad.

En otro orden, el legislador bonaerense al tratar dicho proyecto de ley, no puede olvidar regular cuestiones vinculadas a la gestión de los cambios. Por ejemplo, es menester que el mencionado proyecto establezca el mecanismo estatal para proveer a la financiación de esta figura. Abocarse a los temas de infancia ha dejado de ser, por imperativo constitucional, un acto de beneficencia.

El desempeño de profesionales idóneos que acompañen a los niños y jóvenes en sus prerrogativas jurídicas requiere de una cuidada técnica legislativa, capaz de vislumbrar posibles obstáculos que se pueden presentar frente a la implementación de esta nueva figura.

Por último, es importante advertir que para que la palabra del niño pueda incursionar en los ámbitos de decisión, es necesario dotarla de instrumentos de representación legal idóneos, capaces de canalizar sus necesidades. El Abogado del niño, podrá expresar entonces sus peticiones, para que el Estado, y en su caso también, la comunidad internacional se comprometan, en verdad, con la vigencia de modo prioritario, de sus derechos fundamentales.

ⁱ - . La reflexión acerca de la condición jurídica de la infancia desde el punto de vista constitucional es relativamente reciente, a partir de la ratificación de la CIDN y de la reforma constitucional del año 1994, pues con antelación el tema de los “menores” no parecía revestir mayor interés para los estudiosos del derecho constitucional argentino. Cfr. BELOFF, Mary; “Constitución y derechos del niño”, *Estudios sobre Justicia Penal, Homenaje al Profesor Julio. B Maier*, Ed. Del puerto, Buenos Aires, 2005, p. 777 y 785.

ⁱⁱ - Sobre las implicancias del paradigma del patronato en la provincia de Buenos Aires puede consultarse: DOMENECH, Ernesto/GUIDO, Susana. *El paradigma del Patronato: de la salvación a la victimización del niño*, Ed. Eudeba, Universidad Nacional de La Plata, 2003.



ⁱⁱⁱ - Esta ley fue el primer intento de la provincia de Buenos Aires en implementar el nuevo sistema de promoción y protección de derechos, sin embargo su puesta en vigencia tuvo grandes dificultades jurídicas y de gestión, con posterioridad, se sancionó la ley 13.298 con una técnica más perfilada. Puede consultarse sobre aquella ley: LESCANO, María José; “Luces y sombras de la ley 12.607, de protección integral de los derechos del niño, la niña y el joven,” publicado por Instituto de Derechos del Niño (IDN), Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, U.N.L.P., ISSN N° 16688570.

^{iv} - DOMENECH, Ernesto/LESCANO, María José/JAUREGUIBERRY, Inés; “De los niños y penas. Notas sobre el proceso de reforma en materia de infancia y adolescencia en la provincia de Buenos Aires”. *Temas claves en materia de protección y promoción de derechos de niños, niñas y adolescentes, en la provincia de Buenos Aires*, Ed. Unicef y el Instituto de Estudios Judiciales de la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires.

^v - Inicialmente la Subsecretaría de Niñez y Adolescencia dependía del Ministerio de Desarrollo Humano de la provincia de Buenos Aires, pero por Decreto 11/11, el Gobernador dispuso que este organismo se transforme en Secretaría y que dependa directamente del Poder Ejecutivo.

^{vi} -En el año 2011, proyecto de ley D-1720-11-12, presentado a instancias de la diputada Natalia Gradaschi.

^{vii} - La ley provincial de infancia, la 13298, mantuvo silencio respecto a la representación del niño por un abogado y solo se hace referencia a la figura del defensor de los derechos de los niños prevista en el seno del Ministerio de Desarrollo Humano con el objetivo de velar, según el Decreto reglamentario 300/05, solo por los derechos de los niños que se encuentran en conflicto con la ley penal. Cfr. LEONARDI, Celeste, “A la espera de una ley. El Abogado del Niño en la Provincia de Buenos Aires,” idnjursoc.blogspot.com.ar, del 23 de octubre de 2012, La Plata.

^{viii} - Cfr. art. 13 de la ley 13634 y 26 de la ley 12061.

^{ix} . El art. 13 de la ley 13634 estableció: “suprímese la denominación “Asesor de incapaces exclusivo para Tribunales de Menores”. Los miembros del Ministerio Público tutelar que hubieran sido así designados hasta la entrada en vigencia de la presente Ley, pasarán a denominarse “Asesores de Incapaces”. Los Asesores de Incapaces tendrán las funciones previstas en el art. 23 de la ley 12.061 y las que establece la presente Ley.

^x - La creación de Fiscales y de Defensores del joven en el fuero penal de alguna manera han impactado en el rol que actualmente desempeñan los Asesores de Incapaces, y seguramente, las prácticas también tendrán una función resignificante cuando se cree la figura del Defensor del Niño que prevé el Decreto Reglamentario 300/05, o la del Abogado del niño.

^{xi} - BARATTA, Alesandro; “Infancia y Democracia”, en *Infancia, Ley y democracia en America Latina*, Dir. García Mendez, Beloff, Ed Depalma, Bogota, 1998.

^{xii} - Para un abordaje más amplio del tema puede consultarse: “Redefiniendo el rol del Asesor de Menores”. *Monografías seleccionadas en el concurso realizado en las XXII Jornadas Nacionales de los Ministerios Públicos*, 2009. Ministerio Público Tutelar de la ciudad Autónoma de Buenos Aires. Ed. Eudeba, mayo de 2010.



^{xiii} - AMANECER Grupo Casa Taller; *El derecho de los jóvenes y niños a ser oídos*, Colección observatorio Amanecer Infancia-Adolescencia, Buenos Aires, 2010.

^{xiv} -LEONARDI, Celeste; El abogado del niño, niña y adolescente, a propósito del fallo “M.G c/P.C:A.”, Cuestion de Derechos, Revista electrónica, Nº 3, segundo semestre 2012, <http://www.cuestiondederechos.org.ar/>- ISSN 1853-6565, p 103.

^{xv} - SALANUEVA, Olga/ GONZALEZ, Manuela; *Los pobres y el acceso a la justicia*, Ed. Edulp, La Plata, 2011, p. 33 y ss.