

Publicado en GARCÍA MÉNDEZ, Emilio (comp.), *Protección Integral de niñas, niños y adolescentes*, Ed. Del Puerto/Fundación Sur, Buenos Aires, 2006, ps. I a IV.



## **HIJOS Y ENTENADOS**

Una sociología del derecho seria y consistente brilla por su ausencia en la Argentina. De existir, hubiera encontrado en el largo y complejo proceso de aprobación de la ley de protección de la infancia, a la que este libro esta dedicado, un riquísimo material para la exploración y comprensión de la cultura política y jurídica de nuestro país.

Argentina, país pionero en la región, en la producción de una legislación "compasiva-represiva" específica, para los hijos de los primeros inmigrantes (ley de Patronato 10.903 de 1919), resulto prácticamente el ultimo en adecuar su vieja legislación al espíritu y la letra de la Convención Internacional de los Derechos del Niño. Pero las enormes dificultades que encontró el larguísimo proceso de reforma que culmina en la "Ley de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes" nro. 26.061, parecen ser directamente proporcionales a los cambios reales que la misma implica.

Nadie imagino, y no tengo reparo alguno en comenzar por incluirme en primer lugar, que un cambio de la profundidad que representa esta nueva ley hubiera sido posible bajo las condiciones que imperaron estos últimos años. Durante mucho tiempo, un vergonzante optimismo tranquilizó en el inmovilismo a los defensores del Patronato. Durante el mismo tiempo, un cauto pesimismo hizo pensar a quienes no dudaban de la necesidad de su reforma, que no todos los cambios deseables eran factibles. En este contexto, solo algunos pocos, mantuvimos firme la clara convicción de rechazo de una mera reforma cosmética. El escepticismo, como en la aguda frase de George SANTAYANA, funcionó en este caso como la castidad del intelecto.

Mas allá de los enormes desafíos culturales e institucionales que encierra la nueva ley, todas y cada una de las excelentes contribuciones que este libro contiene, coinciden en señalar sus potencialidades transformadoras.

El éxito de la convocatoria a juristas y a otros científicos sociales de gran prestigio, como del índice general de la obra puede deducirse, constituye una buena confirmación de las tendencias que aquí se intentan poner en evidencia.

Con la ley 26.061, se rompe en forma definitiva, para comenzar desde el punto de vista normativo, la vergonzosa "autonomía" del derecho de menores, mantenida durante casi un siglo. Una "autonomía", que no consistió en otra cosa que en el abandono de todos y cada uno de los principios que la constitución consagró desde 1853 para todos los seres humanos que habitan el territorio del país. Una "autonomía" empobrecedora, mentirosa y lacrimógena que acabó consumiéndose en sus propios falsos dilemas.

Pocas cosas resultan más intrascendentes, que los aportes "doctrinarios" de los menoristas en cualquiera de sus versiones; los originales o los nuevos cultores del paradigma de la ambigüedad.

Por el contrario, esperamos que de aquí en adelante, las bondades y problemas de esta ley se confronten, en un debate tan público, cuanto no corporativo, con los mejores y últimos desarrollos de todas las ramas del derecho. Por eso y para eso, y no para consagrar una nueva liturgia, es que ponemos este libro a disposición del público.

La ley Agote de 1919, que sobrevivió incólume también a 22 años de gobiernos democráticos, careció totalmente no solo de garantías sino de originalidad. Mas allá de la nostálgica lectura en la que persiste hoy un patético corporativismo, que seguramente tenderá a concentrarse en el futuro en un par de instituciones, la misma no constituyó otra cosa, que una segunda ley de Residencia para los hijos argentinos de los "extranjeros indeseables". Un derecho de familia para hijos, un derecho de menores para entenados.

La ley de Residencia nº 4144 de 1902, la más infame de las leyes de un país que permitió la expulsión, sin intervención judicial, de la mayoría de aquellos que lo construyeron, necesitó *aggiornarse* a casi 20 años de su vigencia. Los extranjeros "indeseables" (para los dueños del país), comenzaron a tener hijos.

Tan indeseables como sus padres pero nacidos en el país, los menores objeto de esta ley no podían ser expulsados del mismo. Resultaba imperioso construir un entramado jurídico que permitiera, en forma

absolutamente discrecional, expulsarlos al interior de instituciones groseramente dedicadas al control represivo de la pobreza.

Un pacto implícito de dos corporaciones, la médica y la jurídica, legitimó por décadas el secuestro de conflictos sociales que pudieran perturbar la "paz" del país oligárquico. Sin embargo, y en ambos casos, transformadas radicalmente las condiciones socio-políticas que dieron origen a esta leyes, su vigencia persistente reclama algún tipo de explicación. Como un Cid Campeador descabezado, un derecho represivo contra los extranjeros indeseables y un derecho "protector" contra sus hijos, continuó cabalgando por décadas.

Es precisamente, en este tipo de fenómeno que se manifiesta el carácter de la crisis que nos afecta. Una crisis latente y generalizada. Latente porque ahí están plenamente vigentes las miserias institucionales que de tanto en tanto se transforman en "sorprendentes" estallidos. Generalizada, porque para quien no es de supervivencia es de sentido.

Si la ley 4144 de 1902, sobrevivió incluso a los dos primeros gobiernos peronistas y solo fue derogada en 1958, los 86 años de vigencia de la ley Agote no resultan menos sorprendentes y emblemáticos.

Dos elementos de naturaleza diversa pero sutilmente conectados, constituyen una pista que todo aquel interesado en rastrear el origen de nuestros males debería continuar explorando en el futuro.

Por un lado, la declamada "autonomía" del derecho de menores, permitió mantener alejada la atención de aquellos juristas (constitucionalistas, penalistas, procesalistas, filósofos del derecho, etc.), que no hubieran dudado en calificar de aberrante (si se hubieran interesado por ella) la condición jurídica de la infancia pobre. Por el otro, el carácter hegemónico de una cultura jurídica y política que ha hecho de la discrecionalidad un valor aceptable en su esencia y solo eventualmente repudiable en función de ciertos contenidos.

La publicación que aquí la Fundación Sur-Argentina, con el apoyo de la oficina nacional de UNICEF, tiene el agrado de presentar, constituye un análisis crítico a partir de múltiples perspectivas de la nueva ley 26.061.

Estamos convencidos, que el índice de la publicación revela su carácter crítico y exhaustivo.

Desde las vicisitudes histórico políticas de su aprobación legislativa, pasando por el análisis riguroso de sus aspectos constitucionales y procesales, sus novedosos institutos, sus implicaciones en materia de autonomía y participación de la infancia, su vínculo con las políticas sociales y su impacto concreto a nivel provincial, ningún nivel de análisis ha sido descuidado.

A pesar de ello, no parece conveniente concluir sin hacer mención explícita al carácter abierto y provisorio de una publicación pionera como esta, que lejos esta de pretender cerrar el debate en la materia, pronosticar el futuro o elaborar conclusiones definitivas.

El corporativismo y el tutelarismo minorista han perdido una importante batalla pero no la guerra. La grotesca resistencia a aceptar, tal como lo establece el Consejo Federal que crea la ley, una nueva institucionalidad de las políticas para la infancia, que acompañe la propuesta de un federalismo transparente en el uso de los recursos, constituye una evidencia que no por patética es menos preocupante.

El uso de las vías de hecho (¿que otra cosa es sino un decreto flagrantemente inconstitucional, como el decreto del Ejecutivo que impide el entierro digno del Consejo del Menor?), para mantener *sine die* una institucionalidad anclada en un pasado que los autores del decreto declaman repudiar, es la muestra gratis de la naturaleza de los problemas que continuaremos enfrentando.

Una (nueva) ley no constituye jamás un instrumento mágico. Además, nos hemos cansado de repetir que una (buena) ley, no es condición suficiente para nada aunque sea condición imprescindible para todo.

Los problemas, las resistencias y los desafíos son viejos, las herramientas son nuevas. Vale la pena intentarlo.

Buenos Aires, febrero de 2006.

Emilio García Méndez.

Presidente Fundación Sur-Argentina.