

## El derecho a vivir en familia, pobreza e intervención judicial.

Dr. Fabián Piñeyro

En su Preámbulo, la Convención sobre los Derechos del Niño define a la familia<sup>1</sup> como el ámbito más adecuado para el crecimiento y desarrollo del niño, y, declara que ésta ha de recibir la asistencia material necesaria a fin de que pueda cumplir con su rol en cuanto a la crianza y desarrollo de los niños y adolescentes.

En esa misma línea, la Constitución de la República preceptúa en su artículo 40 que el Estado tiene el deber de velar por la estabilidad moral y, también, material de la familia<sup>2</sup>.

En el Preámbulo de la Convención se define a la familia como el grupo fundamental de la sociedad y medio natural de vida para todos sus miembros. Temperamento compartido por el constituyente patrio, el que definió a la familia como la base de la sociedad.

La familia se constituye, existe en un marco comunitario o social que la incorpora y a la vez la trasciende, marco que establece una determinada forma de organización colectiva de la vida.

Orden que instituye y asigna roles y escalafones, a la vez que modula el cuerpo e impone una legalidad que regula la vida. Una regulación que define el carácter y la naturaleza misma de la experiencia vital.

Ese orden define el marco en base al que se organiza el trabajo y se distribuyen sus frutos, y, se confiere el dominio de los bienes naturales.

Es dentro y, como parte de ese orden, que existe la familia. Un orden que define una manera de abordar el problema de la interdependencia de todos los seres humanos entre sí, y entre las distintas generaciones.

---

<sup>1</sup> “Convencidos de que la familia, como grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños, debe recibir la protección y asistencia necesarias para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad,”

<sup>2</sup> “La familia es la base de nuestra sociedad. El Estado velará por su estabilidad moral y material, para la mejor formación de los hijos dentro de la sociedad.”

Orden que se configura sobre el fondo de un conjunto de realidades últimas que definen a la propia condición humana.

La sociedad es una forma de organización colectiva de la vida que integra e incorpora a individuos y a familias, y sostiene una relación claramente definida con unos y otras; la sociedad no es, no ha sido, la única forma de organización colectiva de la vida humana, pero es la que existe en la actualidad.

Una forma distinta, diferente a la comunidad, más individualizada y abierta que ésta, en la que la familia cumple un rol más central en todos los planos, pero muy especialmente en la estructuración de la identidad y la afectividad. De allí la importancia de la tutela de la familia.

La separación del niño de su familia tiene efectos irreparables a nivel subjetivo individual pero también social y colectivo porque la familia es, como expresa el constituyente, la base de la sociedad.

La legalidad jurídica reconoce que es derecho de todo niño vivir y criarse en el seno de su familia, e impone al Estado el deber de asegurar a esa familia el acceso a los medios materiales necesarios para el cumplimiento de su función en la crianza, y, a la vez, prohíbe expresamente la separación del niño de su familia biológica por razones económicas, artículo 12 del Código de la Niñez y de la Adolescencia<sup>3</sup>.

Pero el orden que define la legalidad social realmente vigente, les niega a muchas personas el acceso al mercado formal de trabajo privándolas de toda posibilidad de obtener un nivel de ingresos que les permita satisfacer las necesidades más básicas de su familia, y, habilita, en esos casos y en ciertas situaciones, a separar a los niños de sus familias.

---

<sup>3</sup> (Derecho al disfrute de sus padres y familia).- La vida familiar es el ámbito adecuado para el mejor logro de la protección integral. Todo niño y adolescente tiene derecho a vivir y a crecer junto a su familia y a no ser separado de ella por razones económicas.

Separación contraria con la legalidad jurídica, y, que se reviste de una semántica, de una narrativa que eludiendo toda referencia directa a la pobreza se sirve de los efectos de ésta como dispositivo de justificación.

El orden socialmente vigente es jerárquico, está basado en la apropiación individual del trabajo colectivo y de los bienes naturales, jerarquía y desigualdad que se reproduce verticalmente mediante la herencia.

La sociedad es, por tanto, un orden desigual y combinado. Posiciones, estatus y adscripciones diversas, ámbitos diferenciados, escindidos, separados, pero férreamente unidos y articulados conforman a la sociedad entendida como totalidad. No existe por lo tanto un afuera real y efectivo, parafraseando mal a Aristóteles bien puede decirse que no hay humanidad por fuera de la sociedad, lo que hay son distintos espacios, diversos circuitos, la pertenencia a los mismos determinan las características mismas de la experiencia vital, porque define el marco material y simbólico, las oportunidades, las posibilidades y, determina la propia construcción de la subjetividad.

La construcción simbólica de un afuera sólo sirve para camuflar, ocultar y velar ciertas realidades con el objetivo último de librar al orden de toda responsabilidad respecto de lo que pasa afuera y ocultar los vínculos, las interrelaciones, los intercambios y los procesos de acumulación y aprovechamiento de los frutos de la economía informal por parte de poderosos actores de la economía formal.

Uno de los efectos de ello es la dificultad para visualizar el aporte económico, el valor generado en el circuito informal, un aporte que no guarda la más mínima proporción con los ingresos percibidos a cambio.

Esa legalidad social habilita la separación del niño de su familia porque condena al pobre por su pobreza, al asignarle toda la responsabilidad por su situación. La pobreza aguda, la deprivación constituye para esa legalidad una situación irregular, un marco de excepción, la familia pobre es para esa legalidad, una familia fallida.

La causa última de ese cuadro es la incapacidad o la “inmoralidad” de los adultos que conforman la familia. Ineptitud o molicie, son las explicaciones canónicas, las únicas permitidas porque son las únicas consistentes con la responsabilización individual y la cultura de la voluntad.

Esa falla es la que sirve de fundamento a la separación, es la justificación implícita de una flagrante trasgresión a la legalidad jurídica.

El artículo 12 del Código de la Niñez y de la Adolescencia prohíbe de manera expresa y, sin relativización alguna, la separación del niño de su familia por razones económicas; a su vez, el artículo 40 de la Constitución de la República le impone al Estado el deber de velar por la estabilidad de la familia, también de forma expresa y sin relativizaciones de ninguna especie.

Sin embargo, las praxis de intervención por protección social a la infancia no se orientan a ese fin. La naturaleza de las intervenciones es más bien pedagógica y de control, cuando no, punitiva.

La racionalidad jurídica en base a la que se define la praxis de intervención judicial por protección social de la infancia no se corresponde con la definida en los artículos 40 de la Constitución y 12 del Código de la Niñez y de la Adolescencia.

La cognitio judicial no tiene entre sus objetos determinar si el Estado está cumpliendo, respecto de esa familia, con su deber de velar por su estabilidad material. En cambio, se practica un exhaustivo análisis respecto de si los padres están cumpliendo con sus obligaciones, y si están o no en condiciones de seguir ejerciendo sus roles en la crianza.

El abismo es evidente, es grande la distancia entre la legalidad jurídica, formal y la legalidad social.

Se ha tornado habitual escuchar a distintos actores del sistema institucional responsables de ejecutar distintas praxis de intervención dirigidas a abordar las problemáticas derivadas de la pobreza y la deprivación que ha se incrementado el número de niños institucionalizados por pobreza cuando sin hesitación alguna puede afirmarse que eso está prohibido por el Código de la Niñez y de la Adolescencia.

Hasta no hace mucho tiempo no se refería expresamente a la pobreza como causa de la separación del niño de su familia, la misma se fundaba, se justificaba, en circunstancias directamente generadas por la pobreza, pero no en la pobreza misma.

En la sociedad existen distintos actores, sujetos, intereses y aspiraciones, el derecho expresa, condensa una determinada correlación de fuerzas entre esos actores, esas aspiraciones, en algún

sentido, el derecho fosiliza un momento, una fase, pero el derecho escrito debe ser actuado, dramatizado y la forma en que es actuado y dramatizado está condicionada por la correlación de fuerzas existentes en ese momento entre los distintos actores, entre las distintas aspiraciones e intereses, porque ello define la legalidad social realmente vigente, determina los modos de pensamiento, perfila las reacciones, los comportamientos, los juicios y las actitudes, y, muy especialmente, las valoraciones.

Esa dramatización está sobredeterminada por la dogmática y la doctrina, pero también, por las expectativas sociales, por el juicio previsible del público y de los distintos públicos, por la propia cosmogonía social de los actores intervinientes, es decir, por la forma, por la manera en que ellos piensan el problema, lo conceptualizan, lo simbolizan.

Los términos del problema determinan siempre el carácter y la naturaleza de las respuestas.

La legalidad social instituye formas canónicas de concebir y representar los problemas.

La racionalidad jurídica que está implícita y que se deriva de lo preceptuado en el artículo 40 de la Constitución y en el artículo 12 del Código de la Niñez y de la Adolescencia es por tal la expresión de unas concretas y específicas aspiraciones políticas.

Tan política como las aspiraciones implícitas en las racionalidades jurídicas que definen la manera habitual en que se interviene ante situaciones de extrema vulneración económica.

La idea de que el Estado debe asumir un rol de garante de la estabilidad material de la familia mediante ajustes en las resultancias distributivas generadas por el mercado y la herencia, es tan política como aquella que plantea que el Estado debe operar como un mero guardián de esas resultancias distributivas.

La demanda de que los tribunales exijan al Estado el cumplimiento del deber que le impone el artículo 40 de la Constitución, tiene un objeto tan político como la decisión de rechazarla en aras de la idea de que es al mercado y a la herencia que les corresponde asignar bienes, recursos y oportunidades.

A una y otra idea subyace una idea de orden, una concepción de justicia, una aspiración en torno a cómo debe organizarse colectivamente la vida, son aspiraciones recogidas en tensión por el ordenamiento jurídico.

Todo debate de carácter dogmático y doctrinario, pero también procesal, ha de partir de que ambas son a la vez nociones y aspiraciones jurídico políticas.

La resolución de la tensión antes referida ha de hacerse teniendo presente ese rol que la familia juega en la sociedad. Y, asumiendo como tal esa tensión, es decir, teniendo presente que la resolución debe atender ambas aspiraciones, debe ponderar las mismas; lo que no es aceptable, no es legítimo, lo que resulta contrario al ordenamiento jurídico y a los criterios más básicos de razonabilidad y racionalidad jurídica es la negación de efectividad, de realización de esas aspiraciones jurídicas. El magistrado está convocado a ponderar y a coordinar esas aspiraciones, construyendo una sentencia que contemple a ambas. Lo que es inaceptable es que de facto se anule, se obture la realización efectiva de una de esas aspiraciones.

Por efecto de la lógica misma del debate de intereses y de ideas que en una sociedad jerárquica y heterogénea se desarrolla esas aspiraciones se convierten en normas jurídicas, asumen la forma de derechos y de deberes.

Los derechos y deberes que se derivan de la aspiración de garantizar a todas las personas un marco de mínima equidad en las oportunidades y en las posibilidades efectivas de desarrollo subjetivo son normas tan imperativas y tan perentorias como las que resguardan la propiedad privada y garantizan la apropiación individual de parte de la riqueza socialmente producida por los titulares de los medios de producción social.

Como igualmente obligatorias y perentorias son aquellas normas que establecen que el Estado ha de asegurar a todos, un mínimo de decoro material, normas que tienen por supuesto fundamental el hecho de que el mercado y la herencia generan una resultancia distributiva que no se corresponden con el sentido de justicia y equidad públicamente aceptado y receptado en el ordenamiento jurídico.

El carácter perentorio e imperativo de esas normas determinan su justiciabilidad; al magistrado competente le corresponde determinar, por ejemplo, si el Estado ha transferido los recursos necesarios para garantizar a una familia en concreto los medios materiales suficientes para asegurar un marco de mínimo decoro y bienestar y las posibilidades de desarrollo vital de todos sus integrantes.

No basta con el mero hecho de que el Estado esté haciendo algo a ese respecto, al magistrado le corresponde determinar si eso que está haciendo el Estado implica un cumplimiento efectivo de sus deberes en la materia.

Sobre el Estado pesan obligaciones y deberes, los magistrados han de controlar y exigir el cumplimiento de los mismos.

Los jueces son titulares de la facultad y del deber irrenunciable de controlar la política pública.

Cuando la intervención se desliza hacia un ejercicio ontológicamente pedagógico y “policíaco” y se renuncia a analizar los eventuales incumplimientos del Estado en cuanto a garantizar un marco mínimo de decoro material a la familia, de hecho se está incumpliendo con la facultad irrenunciable de contralor de la legitimidad de la política pública, y, a la vez, trasladando toda la responsabilidad en los individuos, obviando el hecho de que todos somos seres socialmente determinados, que nuestras posibilidades, nuestros medios y hasta nuestra propia subjetividad está determinada por coordenadas, estructuras y procesos de carácter social.

## Bibliografía

**Octavio Cantón J. y Santiago Corcuera C. Coordinadores.** *“Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Ensayos y Materiales”*. Editorial Porrúa México Universidad Iberoamericana República Argentina. 2004.

**Mercedes S. Minnicelli.** *“Infancias en estado de excepción. Derechos del Niño y psicoanálisis”* Serie Interpretación Interdisciplinaria. Colección Ensayos y Experiencias. Noveduc Libros del Centro de Publicaciones Educativas y Material Didáctico S.R.L. Buenos Aires, Argentina y Ediciones Novedades Educativas de México S.A. de C. V. México. 2010

El acceso a los bienes herencia mercado y asignaciones de bienes anturales en el capitalismo

Pobreza y civilización capitalista la marginalidad y el derecho a la integración social breve pero hay que hacer algún apuntes al repecto