aplicadas de manera restrictiva, cuando 8. - De conformidad con lo previsto por el arel niño/a o adolescente verdaderamente se encuentre vulnerado en sus derechos y resulte necesaria la adopción de medidas para lograr la restitución del disfrute, goce v eiercicio de los derechos vulnerados, como así también la reparación de sus consecuencias, evitando la separación del niño de su familia.

tículo 35 bis de la ley 13.298 de Buenos Aires el dictado de las medidas excepcionales constituye una facultad de la administración, recayendo en el órgano local o zonal, según corresponda, la responsabilidad de su dictado y quienes deberán ajustar la pertinencia de su adopción a lo previsto por la CN, la CIDN, el CCyC, la ley 26.061, la CP y la ley 13.298, sus modificatorias y su dec. regl. 300/05. En este sentido, la ley provincial de protección establece un régimen de contralor particular en cabeza del Juzgado de Familia, determinando en el juez la tarea de garantizar el cumplimiento de la obligación estatal de protección especial de los derechos de los niños/as y adolescentes.

JFlia. Nro. 1, Pehuajó, 04/08/2023. - R. B. s/Abrigo.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/184308/2023]

[El fallo in extenso puede consultarse en Atención al Cliente, https://www.laleynext.com.ar/ o en Proview]

# Aplicación de la perspectiva de vulnerabilidad por pobreza en una acertada sentencia judicial



## Silvia Marrama

Abogada-Mediadora. Doctora en Ciencias Jurídicas, Magister en Desarrollo Humano. Profesora Superior en Abogacía. Especialista en Derecho Tributario. Especialista en Gestión de Bibliotecas. Miembro del Instituto de Bioética de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas. Investigadora categorizada. Profesora en la Especialización en Derecho de Familia (UCA). Profesora asociada ordinaria a cargo de la cátedra de Derecho Público y Privado (UADER). Profesora adjunta ordinaria en la cátedra de Política y Legislación Agraria (UNER). Directora de Tesis y miembro de tribunales de evaluación de tesis de grado, posgrado y doctorado. Autora de un libro y de numerosos artículos, coautora en diversas obras

SUMARIO: I. Introducción. — II. Control judicial de la medida excepcional dispuesta in re PE-2561-2023 "R. B. s/Abrigo". — III. El derecho del niño a vivir con su familia de origen. — IV. La perspectiva de vulnerabilidad por pobreza. — V. La vulnerabilidad de una madre no la priva per se de su derecho-deber de responsabilidad parental. — V. Conclusión.

"Juanito es un chico pobre pero no un pobre chico. No es un vencido por las circunstancias sino un ser lleno de vida y esperanza, que supera su miseria circunstancial, porque intuye vivir en un mundo cargado de porvenir" (Berni, A.)

#### I. Introducción

Al leer la sentencia que tengo el gusto de comentar en estas breves líneas, rememoré la honda impresión que causaron en mí dos obras del pintor argentino Antonio Berni (1905-1981) (1).

La primera de ellas es "La Difunta Correa" (1971-1976), en la que Berni representa el episodio final de la vida de esta admirable mujer, quien luego de cruzar zonas desérticas de San Juan con su bebé, siguió amamantándolo después de morir, sedienta, hambrienta y agotada, al pie de un cerro en la provincia. Deolinda Antonia Correa fue una mujer de fe y de férrea voluntad, que luchó hasta el final por su hijo. Se estima que falleció entre 1830 y 1841 (2).

La segunda obra de Berni es "Juanito remontando un barrilete" (1962), una xilografía sobre papel del mismo autor, perteneciente a la serie con el tema "Juanito Laguna". En esta serie de obras, el personaje es un niño pobre, un niño-símbolo que "vaga por el caserío, pesca en algún riacho, remonta un barrilete, se enfrenta al mundo con asombro, y posa frente a su casa construida con cajones y latas inservibles. En su caserío lo rodea la basura arrojada por el consumo de la gran ciudad. Por eso Berni describe la existencia de Juanito, sus dolores y alegrías, sus carencias y riquezas, valiéndose de objetos de desecho y de chatarra metálica que pega o clava en los cuadros, realizados por lo general sobre madera". Sin embargo, Berni dirá de su personaje: "Juanito es un chico pobre pero no un pobre chico. No es un vencido por las circunstancias sino un ser lleno de vida y esperanza, que supera su miseria circunstancial porque intuye vivir en un mundo cargado de porvenir" (3).

La perspectiva del juez de Familia N.º 1 de Pehuajó, Ezequiel Caride, al dictar la sentencia que comentaré es -a mi humilde entender— similar a la de Berni: en la mirada del magistrado, fundada en los hechos de la causa, una mujer pobre y un niño pobre no son pobres personas, sino personas dignas, con derechos, llenas de vida y esperanza, intentando superar su vulnerabilidad circuns-

#### II. Control judicial de la medida excepcional dispuesta in re PE-2561-2023 "R. B. s/Abrigo" (4)

El 04/08/2023 el juez de Familia N.º 1 de Pehuajó, Ezequiel Caride, resolvió en autos caratulados PE-2561-2023 "R. B. s/Abrigo", no hacer lugar a la legalidad de la medida excepcional de abrigo dispuesta el 13/06/2023 por el Servicio Local de Promoción y Protección de los derechos del Niño de Pehuajó, respecto del niño B. R., de escasos meses de vida, efectivizada en el ámbito en la institución "Pequeño Hogar" de la ciudad de Pehuajó, v, luego en su familia ampliada, v ordenar su cese inmediato.

La medida excepcional de abrigo decretada por el organismo administrativo se enmarcó en el art. 35 bis de la ley de la Provincia de Buenos Aires de Promoción y Protección integral de los Derechos de los Niños Nº 13.298/2005, que dispone: "La medida de abrigo es una medida de protección excepcional de derechos, que tiene como objeto brindar al niño, niña o adolescente un ámbito alternativo al grupo de convivencia cuando en este se encuentren amenazados o vulnerados sus derechos... La aplicación de la medida de abrigo, que siempre se hará en resguardo del interés superior del niño, es de carácter subsidiario respecto de otras medidas de protección de derechos, salvo peligro

Cabe recordar al respecto que las normas provinciales prevén el control judicial posterior de toda medida excepcional de separación de un niño de su familia de origen, adoptada por los organismos administrativos de protección de derecnos, debido a que ellas producen "efectos jurídicos en forma directa en la vida de los niños, niñas y adolescentes a quienes va destinada y en la de

sus familias, en particular sus progenitores" (cfr. Cons. I in fine de la sentencia analizada).

Al ejercer el control judicial de oficio de las medidas adoptadas en el caso comentado, el juez de Familia Nº 1 de Pehuajó examinó: "1) el cumplimiento de los requisitos legales de la medida excepcional de carácter subsidiario y temporal; 2) el agotamiento de medidas prioritarias de contención y auxilio en su núcleo familiar; 3) su idoneidad protectoria; 4) su proporcionalidad con las circunstancias del caso; y 5) los beneficios efectivos que irroga para su destinatario" (cfr. Cons. I in fine de la sentencia analizada).

El control de legalidad efectuado por el magistrado, basado en la ponderación lúcida de los hechos de la causa a la luz de las normas locales, nacionales e internacionales referidas a los derechos del niño B. R. de vivir en su familia de origen, a los derechos de su madre L. de criarlo sin la intromisión arbitraria del Estado, y a la subsidiariedad y excepcionalidad de las medidas de protección que separan a los niños de sus familias de origen (cfr. Constitución Nacional, Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, Código Civil y Comercial de la Nación, ley nacional 26.061, Constitución Provincial y ley provincial 13.298, sus modificatorias y su decreto reglamentario 300/2005), determinó el cese inmediato de la medida de abrigo dispuesta respecto del niño B. R. por el Servicio Local de Promoción y Protección de los derechos del Niño de Pehuajó.

# III. El derecho del niño a vivir con su familia

Recuerda el juez de Familia N.º 1 de Pehuajó en su sentencia, el carácter de excepcional de las medidas de abrigo, las cuales deben aplicarse de manera restrictiva solo cuando el niño "verdaderamente se encuentre vulnerado en sus derechos", y que se debe evitar la separación del niño de su familia, dado que "la prioridad es que los hijos convivan con sus progenitores" (Cons. III.).

Si la medida de abrigo no se funda en la vulneración de derechos del niño, el magistrado señala con acierto que "el principal perjudicado es el niño, su dignidad intrínseca y el entorno natural para su desarrollo (en el caso, B. R. de escasos meses de vida), afectándose de manera inevitable su proyecto de vida y atentándose contra su integridad física, su privacidad y poniéndose en situación de riesgo su vida" (Cons. II.).

# IV. La perspectiva de vulnerabilidad por po-

En el caso analizado, L. —madre del niño B. R.— sufría diversas vulnerabilidades combinadas con la situación de indigencia. Ello es puesto de relieve por magistrado competente al analizar la medida excepcional dispuesta por el organismo local de protección de derechos: "la situación de vulnerabilidad en que se encontraba la progenitora del niño, teniendo en cuenta sus antecedentes y su compleja situación económica, social, familiar y habitacional", la cual, sin dudas a juicio de Caride, colaboró en la decisión del organismo administrativo en cuanto a la adopción primigenia de la medida de abrigo bajo control judicial (Cons. IV).

Ante la situación de L., el magistrado aplica la perspectiva de la vulnerabilidad con el fin de "imprimir al derecho una mirada reparadora, de promoción y equiparación, progresando en las figuras jurídicas, por medio de la humanización de los relatos y la aplicación efectiva de los derechos fundamentales, dejando de lado posturas individualistas y apelando a la solidaridad familiar para dar una respuesta eficaz contra los desequilibrios de poder y, sobre todo, para garantizarle a las personas con especiales dificultades el ejercicio con plenitud de los derechos reconocidos por el ordenamiento iurídico". Con esta mirada, entiende que "la situación de vulnerabilidad de la progenitora del niño debe considerarse al momento de resolver la situación planteada, con hechos de violencia sufridos en varias oportunidades, que implicaron, entre otras causas, la situación de calle posterior (cf. PER del caso)" (Cons. IV).

La actualización en 2018 de las 100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de Personas en Condición de Vulnerabilidad

### Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(1) Ambas obras forman parte de la Colección Arte Argentino de Amalia Lacroze de Fortabat y se pueden apreciar en el Museo Fundación Amalia Lacroze de Fortabat sito en Olga Cossettini 141 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Cfr. https://www.coleccionfortabat. org.ar/la\_coleccion\_argentino-in.php?autorid=11&obraid=58, fecha de consulta 24/06/2024.

(2) CUADRADO, Jorge David. "La Difunta Correa, una mujer de carne y hueso", 14/04/2023, disponible en https://www.lanacion.com.ar/economia/campo/ la-difunta-correa-una-mujer-de-carne-y-hueso-nid05062021/?utm\_source=google&utm\_medium=cpc\_ verticales&utm campaign=campo&utm content=dsa&gad\_source=1&gclid=CjwKCAjw1emzBhB8EiwAHwZZx-YIS2Im3G5OfPtdKgnf0mN4W8oZKpbieKJm5ny\_bx-HVN1s NifM8nhoCxzUQAvD BwE Fecha de consulta:

(3) BERNI, A. "Escritos y Papeles privados", Temas Grupo Editorial, 1999; s/l, p. 59.

(4) JFamilia № 1, Sede Pehuajó, Trenque Lauquen, PE-2561-2023 "R. B. s/Abrigo", 04/08/2023, TR LALEY AR/ JUR/184308/2023.

introduce en el punto 3 de la Sección 2ª un nuevo concepto de vulnerabilidad, entendida como la falta de desarrollo o limitación de la capacidad de una persona o grupo de personas para prevenir, resistir o sobreponerse a un impacto que les sitúe en situación de

La pobreza es mencionada como causa de vulnerabilidad en el punto 4 de la misma Sección 2ª. Al finalizar la enumeración no taxativa de las causales de vulnerabilidad, la regla 4 las relaciona expresamente con el nivel de desarrollo de cada país: "La concreta determinación de las personas en condición de vulnerabilidad en cada país dependerá de sus características específicas, o incluso de su nivel de desarrollo social y económico".

Al respecto, cabe tener presente que en agosto del 2023 (fecha de la sentencia comentada) el 43,2% de los argentinos vivían en hogares urbanos pobres, es decir, alrededor de 12.6 millones de personas, según un estudio de la Universidad Di Tella (6). Este porcentual de pobreza en Argentina permite afirmar que, en líneas generales, el estado de pobreza de las personas no es responsabilidad de quienes lo padecen, sino que es el resultado de políticas públicas ineficientes.

La ineficiencia del Estado se evidencia en uno de los flagelos más graves de la pobreza -- el hambre --: "en nuestro país hay muchos programas —públicos y privados que combaten el hambre y proporcionan algún alivio a la población más necesitada y vulnerable que vive en la pobreza y la indigencia, pero el flagelo del hambre sigue existiendo y castigando a los más débiles. A pesar de que se gastan muchos recursos en ayuda alimentaria, la implementación ha sido, en general, deficiente, por falta de un adecuado seguimiento de las personas y de los hogares afectados por esta calamidad; el hambre sigue existiendo y causando daño y sufrimiento a muchos habitantes" (7).

En este punto cabe recordar, junto con el juez Caride, que "los compromisos internacionales de nuestro orden público familiar no toleran la injusticia social que emerge de medidas inicuas que castigan y sancionan la pobreza, con la destrucción de la unidad familiar, a través del apartamiento, internación, o entrega a otras familias de los hijos. La separación de los niños de su grupo familiar primario no resulta una opción legítima ante la pobreza (cf. STJ, Corrientes, causa 'xx Y xx s/prevencional' del 12/12/2007, LA LEY, 2008-B, 397, citado en Cons. V.)".

IV.1. Principio de no separación por razo-

"Juanito es un chico pobre, pero no un pobre chico". La pobreza en la que se encuentra inmersa la familia de origen del niño B. R. no constituye, a juicio del Juez de Familia N.º 1 de Pehuajó, una causal jurídica para separarlo de ella. "Nuestro orden jurídico adopta una postura categórica en defensa del derecho a vivir y/o permanecer en la familia de origen, sin que la pobreza puede ser el motivo o fundamento para decretarse tal separación" (Cons. IV).

(5) Cfr. Asamblea Plenaria de la XIX edición de la Cumbre Judicial Iberoamericana en abril de 2018, en la ciudad de San Francisco de Quito, república de Ecuador.

(6) Cfr. KANEGUISER, Martin, "A cuanto llego la pobreza tras el pico de inflación de agosto, según un informe de la UTDT, https://www.infobae.com/econo-

Al respecto, la sentencia recuerda que las leyes de protección integral vedan expresamente la posibilidad de separar al niño de su familia por razones fundadas en la falta de recursos económicos, estableciendo que cuando la amenaza o violación de derechos sea consecuencia de necesidades básicas insatisfechas, carencias o dificultades materiales, laborales o de vivienda, las medidas de protección adecuadas son los programas dirigidos a brindar ayuda y apoyo incluso económico, con miras al mantenimiento y fortalecimiento de los vínculos familiares (cf. arts. 5, 8, 9 y 19 y consc. CDN; arts. 9 y 34 Ley 13.298; arts. 31 y 41 inc. f Ley 26.061)"

Por ello, "la medida excepcional de abrigo resulta una actuación impropia y desmedida de la organización pública fundada "en salvar del peligro al niño" ante la situación de pobreza e inequidad social de la familia" (Cons. V).

De este modo, aplica el juez el principio de no separación por razones económicas, que encuentra su complemento en las disposiciones del art. 35 de la ley nacional 26.061, que prevé como medidas de protección a concertar por el organismo administrativo facultado, aquellas tendientes a mantener al niño en su núcleo familiar, v su "inclusión en programas dirigidos a brindar ayuda y apoyo de diversa índole, incluido el económico, con miras al mantenimiento y fortalecimiento de los vínculos familiares" (Cons. IV).

En esta línea, el magistrado dispone "Dar intervención al Departamento de Desarrollo Social de la Municipalidad de Pehuajó a los efectos que tome conocimiento de la situación social de L. B. L. R. y su hijo B. R., para adoptar medidas concretas que preserven el núcleo familiar y una mejora en sus condiciones de vida, y, en caso de ser necesario, proporcionar asistencia material, particularmente, con respecto a la nutrición, el vestuario y la vivienda (cf. arts. 14 bis y 75 inc. 22 y 23 CN; arts. 18.2 y 27.3 CIDN)" (cfr. Punto 4 del Resuelvo).

Esta resolución del juez se encuentra en concordancia con lo establecido por las reglas 39 y 85 de las 100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de Personas en Condición de Vulnerabilidad, referidas a las situaciones de vulnerabilidad por pobreza. Estas dos reglas imponen la implementación de mecanismos de coordinación intrainstitucionales e interinstitucionales, orgánicos y funcionales, destinados a gestionar las interdependencias de las actuaciones de los diferentes órganos y entidades, tanto públicas como privadas (8). Asimismo, se encuentra en concordancia con el deber del Estado de brindar respuestas diferenciadas a quienes integran sectores vulnerables, con el objeto de asegurarles el goce pleno y efectivo de todos sus derechos (arg. art. 75 incs. 22 y 23 CN).

### V. La vulnerabilidad de una madre no la priva per se de su derecho-deber de responsabilidad parental

Luego de "mirar" al niño B. R. y sus circunstancias, y de recordar los derechos-de-

mia/2023/09/14/a-cuanto-llego-la-pobreza-tras-el-pico-de-inflacion-de-agosto-segun-un-informe-de-la-utdt/#:~:text=%E2%80%9CLa%20incidencia%20proyectada%20es%20un,dirigido%20por%20el%20reconocido%20econometrista. Fecha de consulta: 26/06/2024.

(7) RUFINO, Marco A., "El flagelo del hambre y la ni-

beres de los padres respecto de sus hijos, "emergentes de su responsabilidad parental entre los que se encuentra el derecho a llevar adelante su crianza, viviendo juntos, sin la intromisión del Estado de manera arbitraria en su vida privada familiar" (Cons. II.), el magistrado detiene su mirada, con lucidez y empatía, en L., madre de B. R., a quien describe transitando una situación de vulnerabilidad multicausal ("compleja situación económica, social, familiar y habitacional", "la situación de vulnerabilidad de la progenitora del niño debe considerarse al momento de resolver la situación planteada, con hechos de violencia sufridos en varias oportunidades, que implicaron, entre otras causas, la situación de calle posterior" —Cons. IV.—; "la progenitora se encontraba en una situación de vulnerabilidad social para la crianza de su hijo (i. e. situación de calle, violencia padecida con anterioridad y expulsión de su hogar buscando protección del agresor)" —Cons. V—).

De la perspectiva de vulnerabilidad con la que "mira" las circunstancias de vida por las que atraviesa L., colige el magistrado que, dado que el origen de la situación responde a cuestiones económicas, habitacionales y/o sociales, estas "deben ser subsanadas por el área gubernamental correspondiente (Desarrollo Social)", "ya que en esas circunstancias, la autoridad estatal, como responsable del bien común, debe asegurar el ejercicio pleno de los derechos básicos del niño y resguardar la misión preponderante de la familia en su protección" (Cons. V.).

El juez pondera asimismo las actitudes de L. en medio de las circunstancias de vulnerabilidad que atraviesa, v.gr. que pese a encontrarse en situación de calle, firma en disconformidad la medida excepcional de abrigo de su hijo, y lo visita en el "Pequeño Hogar" donde el niño se encontraba abrigado en dicha institución.

Asimismo, son dignas de destacar, tal como lo hace el magistrado, las denuncias de violencia familiar efectuadas por L. por situaciones de maltrato y violencia del padre hacia el niño B. R., las cuales determinaron que tuviese que guarecerse en forma urgente y provisoria en domicilios de familiares y allegados, "para escapar del modo de vinculación violento que prima en la relación paterno filial, lo que implica sumar per se violencia económica a los agravios padecidos" (cfr. Cons. V.).

Sabido es que la violencia familiar suele adoptar la forma de un círculo vicioso difícil de romper. En contextos de violencia doméstica, la mujer suele encontrarse enredada en un círculo de agresión siempre inminente, círculo vicioso del que le resulta muy difícil salir debido al temor a las represalias o a la vergüenza. Es frecuente observar que las mujeres víctimas de violencia familiar se van aislando y muy pocas veces relatan todo lo sucedido. Por ello, es loable que L. haya acudido a los carriles institucionales ante las situaciones de violencia familiar padecidas, lo cual demuestra su intención de sacar a su hijo del círculo vicioso de violencia.

ñez vulnerable", El Derecho - Diario, Tomo 269, 905. Cita Digital: ED-DCCLXXVI-230.

(8) Cfr. MARRAMA, S. "El acceso a la justicia de personas en condición de vulnerabilidad" [en linea]. El Derecho. Diario. 2019, 282. Disponible en: https://reposito- Grupo Editorial, 1999: s/l, p. 59. rio.uca.edu.ar/handle/123456789/11283.

Por lo expuesto se puede afirmar que L., pese a su situación de vulnerabilidad, no sólo desea criar a su hijo, sino que, con los medios a su alcance, ha demostrado que lo protege y lo cuida. Siendo ello así, separarla de su hijo configuraría una discriminación injusta por su situación de pobreza, que le impediría ejercer su derecho-deber de responsabilidad parental. En efecto, la situación de vulnerabilidad de una madre no es per se causal de privación de su derecho-deber de responsabilidad parental.

Al respecto recuerda Caride que la intervención estatal respecto de los niños debe tener carácter subsidiario, no para suplantar la relación filial con los progenitores, sino para apoyarla y afianzar los vínculos de esa naturaleza (cf. CSJN, Fallos 215:357 "Rojo"), en atención al derecho deber natural de los padres, reconocido legalmente, de tener consigo a los hijos, criarlos, alimentarlos y educarlos, según su condición y fortuna (cf. CSJN, Fallos 328:2870 "S. C. s/adopción", votos de los Dres. Petracchi, Belluscio, Maqueda, Highton de Nolasco y Lorenzetti, cit. en

### V. Conclusión

Una madre vulnerable por la pobreza en la que se encuentra inmersa, y su hijo, no son pobres personas, sino personas iguales a las demás en dignidad y derechos.

El Estado, en lugar de adoptar medidas arbitrarias de intromisión en la vida privada y familiar de estas personas en situación de vulnerabilidad por pobreza, debe brindarles herramientas diferenciadas para que puedan gozar de modo pleno y efectivo de todos sus derechos. La separación de los niños de su grupo familiar primario nunca resulta una opción legítima ante la pobreza.

Ningún ser humano viene a la existencia con un destino preestablecido de pobreza. La pobreza es una situación de vulnerabilidad que es posible superar. En Argentina, la organización Akamasoa, entre otras organizaciones de la sociedad civil, da cuenta de ello intentando construir "un oasis de esperanza mediante el trabajo, la educación y la disciplina. Servimos pensando que el otro tiene cinco litros de sangre, 206 huesos y es un ser humano, por lo que con eso basta para que sudemos juntos con el fin de progresar y salir de la extrema pobreza que intenta quemarnos el espíritu" (9).

En el caso comentado, la lucha de la madre L. por su hijo B. R. muestra su esperanza. No se ha dado por vencida por sus circunstancias, sino que trata de superar las causales de vulnerabilidad que se encuentra transitando, "porque intuye vivir en un mundo cargado de porvenir" (10). Su lucha no pasó inadvertida en los estrados judiciales, sino que encontró un magistrado que supo mirarla con perspectiva de vulnerabilidad.

Cita on line: TR LALEY AR/DOC/1694/2024

(9) Akamasoa Argentina, "Somos lo que hacemos", en https://akamasoaargentina.org/ Fecha de consulta: 20/06/2024.

(10) BERNI, A. "Escritos y Papeles privados", Temas

Director Editorial: Fulvio G. Santarelli Jefa de Redacción: Yamila Cagliero

Editores: Nicolás R. Acerbi Valderrama Jonathan A. Linovich Ana Novello

Elia Reátegui Hehn Érica Rodríguez Marlene Slattery

### PROPIEDAD DE LA LEY S.A.E. e I.

Administración, Comercialización y Redacción: Tucumán 1471 (C. P. 1050 AAC) Bs. As. República Argentina Impreso en La Ley, Rivadavia 130, Avellaneda, Provincia de Buenos Aires.











