

# La familia es para siempre<sup>(1)</sup>

## La responsabilidad solidaria de los jueces de familia

por **GRACIELA DEL VALLE ARIZA**<sup>(2)</sup>

### I | Introducción

Según las declaraciones de las “II Jornadas de Derecho Procesal Argentino”, realizadas en agosto de 1991, uno de los argumentos principales rezaba: “...la figura del juez ideal ha trazado un arco que va desde el juez boca de la ley, al juez teleólogo, para concluir con el juez con responsabilidad social”.<sup>(3)</sup>

Asimismo, en el texto de las conclusiones del “XXII Congreso Nacional de Derecho Procesal” que se realizó en Paraná, Entre Ríos, en junio del 2003 puede leerse: “Para garantizar el acceso real a la justicia, al que se oponen .....

(1) El presente trabajo fue expuesto en el “XV Congreso Internacional de Derecho Familiar” celebrado en México en octubre de 2008, que abordó como una de sus temáticas centrales la Prospectiva Jurídica del Derecho Familiar y el Derecho Procesal Familiar, en el siglo XXI (Legislaciones Mundiales, Internacionales, Regionales, Federales y Locales).

(2) Abogada. Doctora en Derecho y Ciencias Sociales. Profesora de Derecho de Familia y Sucesiones a Distancia de la Universidad Blas Pascal. Adscripta de la Cátedra “A” de Derecho Civil V (Familia y Sucesiones). Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba.

(3) KEMELMAJER DE CARLUCCI, AIDA, “Ética de los jueces. Análisis pragmático”, en *Serie Ética Judicial*, n° 10, México, SCJN, 2006, pp. 42/72.

las desigualdades económicas, se deben implementar sistemas de asistencia jurídica integral”.

Se deduce de estas dos citas, la intención de los jueces de participar activamente en la devaluada e injustificada situación a la que han sido arrojados los excluidos, es decir, los ciudadanos que más por causas ajenas que propias no pueden hacer valer su dignidad humana y jurídica; dura realidad que hiere de muerte el ideal constitucionalista de libertad, igualdad y fraternidad. En el seno de esta inmoral tragedia social es que hace su aparición en escena la impostergable y necesaria responsabilidad solidaria de los jueces de familia —amén de la misma responsabilidad de todos los demás, en sus circunstanciales roles— toda vez que la familia se reconoce como la base misma de la sociedad, unidad vital y central a la que hay que proteger y fortalecer para dar la gran batalla contra la irredenta pobreza.

En diferentes reuniones de jueces, éstos aceptan que hay una responsabilidad con los demás congéneres y que “...dicho compromiso implica tratar a cada persona como un igual, más que tratar a cada persona igual”.<sup>(4)</sup>

Siempre valdrá la pena recordar el principio de la Declaración de los Derechos Humanos, sobre que todos tenemos el deber de ser solidarios, sabiendo el desasosiego, la consternación y el aplazamiento que “las desigualdades producen en sus víctimas”.<sup>(5)</sup>

Respecto de esta formulación, lo primero que podemos destacar es que tenemos que hacer algo por los demás, constituyéndose ésta entonces en la gran pregunta ética de la vida: ¿qué hago por los demás?

Propone M. Alegre:

“...ni la constitucionalización de los derechos socioeconómicos ni su operatividad judicial conspiran contra el valor de la democracia: por el contrario, mi llamamiento al activismo judicial se hace en nombre de la democracia, en razón de que ese activismo estaría orientado a fortalecer la capacidad de los excluidos

---

(4) ALEGRE MARCELO y ROBERTO GARGARELLA, *El Derecho a la Igualdad*, Bs. As., Ed. Lexis Nexis, 2007, p. 5.

(5) ALEGRE MARCELO y ROBERTO GARGARELLA, *Ibid*, p. 73.

para ejercer sus derechos ciudadanos, lo que robustecería el valor del procedimiento mayoritario".<sup>(6)</sup>

En el presente trabajo desarrollaré la tesis sobre la conveniencia y necesidad de que la responsabilidad judicial sea solidaria en el marco del derecho de familia desde una perspectiva de inclusión social. En la primera parte intentaré poner de manifiesto aquellos aspectos centrales de la diferencia conceptual entre solidaridad egoísta y solidaridad altruista. En la segunda se desarrollarán los argumentos que dan fundamento la idea de que la responsabilidad judicial sea solidaria. En la tercera parte me ocuparé de la cuestión en la jurisprudencia y de cómo han resuelto los jueces en los distintos casos de derechos de familia desde una perspectiva de inclusión social. En todas las declaraciones hechas por los jueces —en distintos foros— se manifiesta la intención de pensar en las personas vulnerables, no obstante, de que en los códigos de ética para los jueces no figura una norma que motive esta actitud de solidaridad en la búsqueda de las garantías de la igualdad constitucional. Como dice Gargarella:<sup>(7)</sup> especialmente, entiendo que debemos pensar acerca de cuál es el sentido de mantener un orden legal, y cuáles son nuestros deberes inmediatos hacia los que están peor dentro de ese orden jurídico, haciendo respetar sus derechos.

En el "...derecho de familia de inclusión social estudiamos aquellos casos de sujetos que están pasando por circunstancias que no están bajo su propio control".<sup>(8)</sup>

El deber de los poderes del Estado es asegurar la universalidad del Derecho Familiar de Inclusión Social porque, según la estrategia pública anunciada, "...la inclusión social empieza por la posibilidad de ser incluido en un proyecto familiar". Ante el 41% de pobreza en América Latina, Klisberg nos alerta que "...es hora de sincerarlo y de ponerlo en el debate público, ya que en la exclusión social la víctima silenciosa es la familia", por

---

(6) ALEGRE MARCELO y ROBERTO GARGARELLA, *Ibid*, p. 153.

(7) GARGARELLA, ROBERTO, "El derecho de resistencia en situaciones de carencia extrema", en *Astrolabio. Revista internacional de filosofía*, n° 4, 2007.

(8) GARGARELLA, ROBERTO (comp.), *Derecho y grupos desaventajados*, Barcelona, Ed. Gedisa, Barcelona, 1999.

eso aquí hablamos de la responsabilidad de los jueces de familia ante los sujetos vulnerables o excluidos de esta sociedad. La pobreza suscita malestar y conflictos que incluso pueden llegar a desarticular a las familias y como consecuencia de esta situación la sociedad podría pagar altísimos costos por este debilitamiento.

Analicemos las siguientes conclusiones:

- “Leyes fundamentales han proclamado a la familia como base de la sociedad, entre ellas, la Declaración Universal de Derechos Humanos, y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales”.
- “La familia es fundamental para la formación afectiva, espiritual y emocional de los jóvenes”.
- “La familia es también la más efectiva unidad preventiva del delito: si forma éticamente a los jóvenes a través del ejemplo, los apoya y tutela, podrá mejorar la estadística que señala que dos tercios de los delincuentes jóvenes vienen de familias desarticuladas”.
- “La combinación de un alto desempleo juvenil y familias desarticuladas, se halla en la base de las alarmantes tendencias al ascenso de la criminalidad juvenil en la región, que equivocadamente suele discutirse sólo como un tema policial”.
- “Los jóvenes latinoamericanos captan, claramente, el valor de la familia. Un estudio de la CEPAL (2004) llega a la conclusión de que a diferencia de la desconfianza generalizada que manifiestan frente a otras instituciones, la familia se mantiene como un entorno afectivo, y modelo de referencia fundamental para los jóvenes”.

Los “desaventajados” son responsabilidad tanto para quien ocupa un cargo político, como para quien ocupa un cargo de juez. La desatención por parte del alguno de estos poderes a estos sectores conllevaría a parte del fracaso de la sociedad democrática y del estado de derecho.

A lo que hago referencia es a la importancia de considerar al derecho de familia desde una perspectiva de inclusión social, es decir, al derecho de familia como forma de integración familiar y social, y para que a través los sectores más vulnerables consigan los recursos personales, sociales o económicos suficientes para desarrollar una vida independiente en familia. Construir un derecho de familia desde una perspectiva de inclusión social es necesario para que la acción del Poder Judicial sea claramente intervencionista para garantizar la dignidad, igualdad de

oportunidades y servicios básicos para todos los ciudadanos. No estamos hablando de errores estadísticos, sino de seres humanos. De un asunto humano.

El derecho de familia de inclusión familiar y social permite el mantenimiento del status familiar y el arraigo social mediante la obtención de servicios sociales del Estado. Así los ancianos podrán seguir viviendo en su casa, los discapacitados tendrán lo que necesitan cuando la causa del mismo radique en la falta de acceso a la justicia para lograr su bienestar y autonomía personal.<sup>(9)</sup>

Hablo de derecho de familia para la inclusión familiar y social porque la complicación "...de obtener un empleo digno, las dificultades para satisfacer las necesidades básicas, el hacinamiento, la necesidad de que los niños trabajen, la deserción escolar y otras dimensiones de la pobreza tensan al máximo a las familias".<sup>(10)</sup>

La finalidad de esta ponencia es alentar a los jueces de familia a que garanticen el acceso universal al derecho familiar de inclusión social y eviten que la familia se debilite, porque al respecto cabe destacar que desde su Preámbulo, la Convención de los Derechos del Niño reconoce a 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...", comprometiéndolo luego a todos los Estados Partes a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas, incluyendo particularmente en ese concepto el respeto por las relaciones familiares (art. 8). "...En similar orientación se inscribe la reciente ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, que incluyó en el derecho a la identidad de sus sujetos (art. 11), los derechos a la preservación de sus relaciones familiares de conformidad con la ley y a crecer y desarrollarse en su familia de origen...".<sup>(11)</sup>

---

(9) BELLUSCIO, AUGUSTO, "Incidencia de la reforma constitucional sobre el derecho de familia", en *Revista jurídica argentina La Ley*, t. 1995-A, p. 936.

(10) KLIKSBERG, BERNARDO, "La familia en peligro", 2007. Ver texto en [www.observatoriodelosderechoshumanos.org](http://www.observatoriodelosderechoshumanos.org)

(11) Cámara Nacional de Casación Penal, sala III, "E. A. K. s/ recurso de casación", 27/11/2006.

“En el diseño legislativo, la relación de la familia con el Estado en el ámbito de los servicios, estructura y funciones de la familia evolucionan de una época histórica a otra, bajo la influencia de la organización social, cultural y económica. Han cambiado sus dimensiones, su estructura interna, sus relaciones con el Estado, respecto al cual la familia se coloca a veces como destinataria de medidas de asistencia, apoyo, ayuda, menos a menudo como sujeto que brinda cuidado y asistencia a los ancianos y discapacitados”.<sup>(12)</sup>

La familia es tratada en el Código Civil como una comunidad de producción, de trabajo, de bienes y de consumo, dirigida, sin embargo, a mantener a través del matrimonio el patrimonio producido, en una comunidad que es lugar económico de consumo, pero también de división de gastos y maximización de recursos.

El Estado debe estar presente para asegurar la igualdad de oportunidades. Hay que garantizar un piso mínimo de ingresos a las familias; pero, a partir de allí, trabajar por la consecución de otros derechos que permitan el desarrollo familiar.<sup>(13)</sup>

Promover las instituciones tutelares, en derecho de familia desde una visión con de inclusión social en la legislación, supone maximizar los valores comunitarios de solidaridad y fraternidad a los que aspira nuestro ordenamiento jurídico.”...El individuo es libre de elegir un plan de vida en lugar de otro, pero la ley puede a su vez favorecer y promover el plan de vida que mejor expresa la aspiración de crear y mantener una comunidad cuyos miembros tienen un deber de cuidarse y socorrerse mutuamente”.<sup>(14)</sup>

---

(12) SPALLAROSSA, MARÍA ROSA, *Famiglia e servizi. Il minore, la famiglia e le dinamiche giudiziarie*, Milano, Giuffrè Editore, 2001.

(13) FOSAR BENLLOCH, ENRIQUE, *Estudios de derecho de familia. La Constitución de 1978 y el Derecho de Familia*, Barcelona, Ed. Bosch, 1981, t. I.

(14) FERRERES, VÍCTOR, “El principio de igualdad y el derecho a no casarse”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n° 42, sept-oct.1994.p.172: “La idea de que los individuos tienen deberes más allá del contrato es un principio subyacente a nuestra Constitución y al resto del ordenamiento jurídico. Así, un sistema de Seguridad Social, un sistema público de enseñanza, un sistema de responsabilidad extracontractual, constituyen ejemplos de la aspiración de nuestro Derecho a crear una comunidad cuyos miembros tengan deberes de cuidado

Entonces, es necesario para seguir con el desarrollo de mi tesis partir de preguntarnos: Quién es mi prójimo. Como explica A. Shökel, para el judaísmo tradicional el prójimo era el hermano del pueblo; los demás israelitas no eran prójimos. Pero aún dentro del sistema socio—religioso del judaísmo, ese prójimo debía reunir algunas condiciones especiales para poder acercarse a uno, no debía estar impuro legalmente para que no hiciera impuro a nadie. Otro ejemplo es el samaritano que se acerca al herido —es el prototipo de la persona odiada, rechazada que resulta incómoda porque su sola presencia ponía en riesgo la pureza legal— sirve a Jesús como modelo de lo que significa ser prójimo. El samaritano actuó contra la ley y podría ser motivo de acusación del piadoso doctor de la ley, pero su acción supera en mucho a la Ley misma porque ha actuado con amor, con compasión, con generosidad, con desinterés y sobre todo, con misericordia (con solidaridad).

Como observa Eduardo Galeano en el poema “El hambre”, el prójimo no es tu competidor, no es tu enemigo. “El sistema que no da de comer, tampoco da de amar; a muchos condena al hambre de pan y a muchos más condena al hambre de abrazos”. El sentido de la existencia del hombre no es sólo comer, sino sobre todo garantizar su desarrollo espiritual, capacidad simbólica y creatividad.

## 2 | Solidaridad egoísta y solidaridad altruista

La distinción motiva tanto a un jurista convencional como al operador jurídico que, acostumbrado a vérselas con las normas del derecho civil —en el campo ajustado y absoluto en donde desarrolla su tarea cotidiana— ha observado que algunas normas como el art. 43 de la Ley de Donación de Sangre,<sup>(15)</sup> introduce claramente la noción de solidaridad altruista: acto voluntario y desinteresado para un necesitado.

El texto reza: art. 43. “La donación de sangre o sus componentes es un acto de disposición voluntaria, solidaria o altruista, mediante el cual una

.....

recíproco, más allá de las obligaciones que asuman contractualmente como medio necesario para obtener los correspondientes beneficios”.

(15) Ley 22.990. Sanción y promulgación: 20/11/1983. Publicación: BO 02/12/1983.

persona acepta su extracción para fines exclusivamente médicos, no estando sujeta a remuneración o comercialización posterior, ni cobro alguno”.

Se evidencia que el legislador trata la palabra solidaridad, en distintos ámbitos, con diversa acepción.

Es así que en el análisis del concepto, distinguimos entre la solidaridad como principio ético —y entonces en la vida privada implica una virtud—, de la solidaridad como principio jurídico. Es en esta dimensión jurídica que hablamos de solidaridad egoísta, propia del derecho privado, y de solidaridad altruista, que deberá darse en los proyectos y acciones de las políticas públicas del Estado social y democrático de derecho.

Esta solidaridad altruista del derecho público emerge del seno mismo de la sociedad que demanda del aparato jurídico una concepción más progresista, menos individualista del derecho mismo, de modo que no sea éste un instrumento de mantenimiento del *status quo*, sino que incida y sume en la transformación de la sociedad y su estructura de clases.<sup>(16)</sup>

En el Estado social y democrático de derecho y más aún en un “Estado ético”,<sup>(17)</sup> la solidaridad es valor jurídico y fundamento de los demás derechos, asume los intereses de los demás como propios, sin quebrar su propia identidad (defensa del principio de tolerancia y diferencia), redefiniendo la clásica estratificación social de ciudadanos ricos y pobres —siempre en vigencia— por “marginados o integrados”.

En las antípodas de este ideario están la práctica de políticas neoconservadoras individualistas, ultraliberales, que culminan en la deslegitimación del derecho y el Estado, de modo que el mejor gobierno es el que menos gobierna, sacralizando al dios mercado que se lo presenta hipócritamente

---

(16) GARZÓN VALDÉS, ERNESTO, “Los deberes positivos generales y su fundamentación”, en *Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho*, n° 3, 1986, pp. 17/34.

(17) DRI, RUBÉN R. “La filosofía del Estado ético. La concepción hegeliana del Estado”, en Atilio Borón (comp.), *La filosofía política moderna. De Hobbes a Marx*, Bs. As., CLACSO, 2000. “El Estado ético: es el Estado como plena realización de los seres humanos mediante una dialéctica que incorpora por vía de superación todos los logros de la historia, desde el derecho, pasando por la moral individual, para culminar en la eticidad, matriz de los valores más altos de la humanidad, expresados en el arte, la religión y la filosofía”. Ver texto en: <http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/moderna/cap8.pdf>

como natural, con una mano invisible que controla la ley de la oferta y de la demanda y terminaría en la irracional y ausente teoría del derrame.

En el derecho privado la función que la solidaridad cumple es reforzar, aumentar y asegurar las garantías del acreedor y del tráfico jurídico —que en su vertiente pasiva se refiere a la solidaridad de los deudores— cumpliendo, esencialmente, una función de garantía al reforzar la posición del acreedor. Se garantiza al acreedor en la medida en que todos los deudores asumen la total responsabilidad del cumplimiento del deber de cada uno de ellos.

En el arcano alegórico de los abogados civilistas hablar de solidaridad —cuando confeccionan distintos documentos para sus clientes— éstos tienen muy en claro el cuidado que hay que tener con ser responsable solidariamente, dado que la finalidad económica y jurídica de la solidaridad en la Teoría de las Obligaciones, en sus formas pasiva y activa, tiene relevancia en la praxis jurisdiccional. Así que varios codeudores respondan por la totalidad de un crédito es verdaderamente una garantía para el acreedor. En cambio en el sentido activo facilita a cualesquiera de los acreedores a cobrar el total de la deuda, lo que determina mayor confianza entre las partes acreedoras. El Código Civil en su art. 699 define que “...la obligación mancomunada es solidaria, cuando la totalidad del objeto de ella puede, en virtud del título constitutivo o de una disposición de la ley, ser demandada por cualquiera de los acreedores o a cualquiera de los deudores”.

Los ejemplos de solidaridad que nos procura Pizarro son: 1) la solidaridad en los delitos (arts. 935, 108, 166), 2) en el mandato, 3) los albaceas nombrados por el testador para actuar de común acuerdo, 4) en el comodato existiendo varios comodatarios, 5) los condóminos responden solidariamente por las cargas reales, y 6) en materia de accidentes del trabajo responden los que contraten o subcontraten.<sup>(18)</sup>

El estado social y democrático de derecho definirá la solidaridad como un deber general, exento por ello de contraprestación, cuyo obligado principal son los poderes públicos y los ciudadanos y cuyo beneficiario es siempre la comunidad.<sup>(19)</sup>

---

(18) PIZARRO DANIEL, en AA.VV, Alberto Bueres (dir), *Código Comentado*, Bs. As., Hammurabi, 1998, t. II, p. 668.

(19) VIDAL GIL, ERNESTO J., “Sobre los derechos de solidaridad. Del Estado liberal al social y democrático de Derecho”, en *Anuario de Filosofía del Derecho X*, 1993, pp. 89/110.

La estructura heredada del derecho civil y del paradigma del derecho privado, que presupone la igual condición de las partes y somete su ejercicio a la reciprocidad y correlatividad en la atribución de derechos y deberes es inadecuada para regular los deberes y funciones positivas del Estado,<sup>(20)</sup> al que se le exige políticas de discriminación inversa:

“...porque su finalidad no es la de realizar un intercambio entre iguales, sino transferir recursos, adscribir bienes y adjudicar, reconocer y tutelar derechos a sujetos que por su status personal (menores e incapaces), sociales (marginados, parados, inmigrantes, enfermos) o por su propia definición quedarían al margen del ámbito jurídico.

(...) porque carece de sentido aplicar a esta solidaridad el instrumento propio de la llamada justicia conmutativa que exige simetría, igualdad de trato, vinculación genética y funcional entre las prestaciones de uno y otro obligados, y presume que ambos obligados son sujetos de derecho y se encuentran en una ficticia situación de igualdad por lo que el resultado no puede ser más que el de la igualdad entre lo que se da y lo que se recibe. La justicia distributiva por el contrario regula las relaciones de derecho público, parte de la desigualdad de condiciones, se extiende igualmente a aquéllos que por no cumplir las exigencias del ordenamiento no pueden ser considerados sujetos de derechos y tiende a un resultado más equitativo porque así lo exige el principio y valor superior de la igualdad y la solidaridad”.<sup>(21)</sup>

Cuando fracasan las políticas sociales, aparece el espectro acusador de la exclusión, estigma vergonzante que sume a millones de personas a la degradación humana, lo que provoca daños psicológicos de difícil reversión, pérdida de autestima, aislamiento, desconfianza, caída libre de las ilusiones y sueños personales. La Facultad de Psicología de la Universidad de Buenos Aires (UBA) realizó un estudio sobre qué pasa con las

---

(20) Ver conferencia de ERNESTO, ABRIL, “Estado de Derecho: Ciudadanía y Derechos Sociales”. Seminario: *La exigibilidad de los derechos sociales. Nuevos retos para el derecho del siglo XXI*, Madrid, Instituto de Derechos Humanos, “Bartolomé de Las Casas” de la Universidad Carlos III, abril 2008.

(21) VIDAL GIL, ERNESTO J., *op.cit.*

personas cuando están desocupadas por períodos prolongados, entrevistando a desocupados argentinos, la conclusión fue que un porcentaje importante de ellos empiezan “a destruirse a sí mismos y a su familia”.<sup>(22)</sup>

El centro de gravedad psíquico de las personas es su “pulsión por la vida”, que se va vaciando lentamente con la depresión crónica del excluido, que aún con la esperanza que alguien lo ayude, ve cómo la resignación al desamparo se va apoderando de él, perdiendo fuerzas y capacidad de lucha.<sup>(23)</sup>

### 3 | Responsabilidad solidaria

El ser humano vive y se desarrolla en sociedad.

Aristóteles dice que la sociedad es un hecho natural y el Estado, como organización política resultante de la asociación de individuos, familias y pueblo, se origina para resolver las necesidades básicas de la vida.

En el Siglo XV Ibn Khaldun sostiene que “...la sociedad humana nace por necesidad, pues ningún ser humano puede vivir a menos que se una a sus compañeros, ya que él no puede, sin ayuda, hacer las numerosísimas herramientas que necesita”.<sup>(24)</sup>

Amartya Sen va a completar diciendo que no es suficiente con atender las necesidades: “...sin duda la gente tiene ‘necesidades’, pero también tiene

---

(22) KLIKSBERG BERNARDO Y SEN, AMARTYA, *Primero la Gente*, España, Ediciones Deusto S.A. 2008, p. 282.

“Si se ponen en marcha políticas culturales activas, con un respaldo público fuerte, orientadas a amplios sectores desfavorecidos, la cultura puede ser un camino hacia la inclusión totalmente reforzante de los otros caminos. Lo que puede hacer la cultura en devolución de la autestima de grupos marginados es de mucha relevancia. Los seres humanos pueden perder todo, pero son portadores de cultura. Incluir activamente en las políticas culturales a los grupos marginales excluidos como, entre otros, los indígenas, es un camino para devolverles la autestima colectiva. El respeto y la movilización de su cultura valorizará a las personas y al grupo”.

(23) Dr. Carlos Mario Aslán en entrevista con Luisa Kremer, programa televisivo Psicoanálisis y actualidad en canal Metro, 2008.

(24) MARTINDALE, DON, *La teoría sociológica*, trad.de Francisco Juarez Moreno, Madrid, Ed. Aguilar, 1979, pp. 153/154.

valores y, en especial, la capacidad de razonar, de evaluar, de actuar y de participar. Visualizar a las personas solamente en función de sus necesidades podría transmitir una visión bastante limitada de la humanidad".<sup>(25)</sup>

Conformadas las instituciones, de ellas se dice que "son un tipo particular de modelo normativo"; se espera generalmente la conformidad de las mismas, "...y cuando no se presta tal conformidad, se provoca la indignación moral de aquellas personas implicadas en el mismo sistema social general. (...) Los miembros de la sociedad son la pluralidad de individuos en interacción implicados en el sistema y actuando conforme a éste".<sup>(26)</sup>

La palabra solidario, desde un punto de vista moral hace referencia a un acto "voluntario, desinteresado y hacia un necesitado". Una responsabilidad solidaria irá más allá de la obligación legal y formal de realizar bien el trabajo asignado —cosa que ya es muy importante— le agregará una decisión y compromiso personal de ofrecer lo mejor de uno, sintiéndose parte importante del trabajo comunitario. Entonces al prójimo se lo valorará más por su interioridad, entonces sí se lo podrá ver y tratar como a un igual. Sin embargo, en la sociedad todavía perduran diferencias entre los "iguales", por lo que habrá que reconocer a dos grupos: uno que logra ejercer sus derechos constitucionales y otro que no lo logra en la misma medida que el primero. Es sobre este segundo grupo que una responsabilidad solidaria —máxime en un funcionario que decide sobre temas socio-familiares, como el juez de familia— se debe hacer hincapié, con una mirada preferencial. El todo son los dos grupos, y el grupo postergado también se merece, por pertenecer al todo, poder ejercer también los mismos e iguales derechos constitucionales, como un igual, siendo la resultante un todo más justo, que incluso dará más garantías al primer grupo. Es así que decidir y ejecutar una opción preferencial hacia los más vulnerables y débiles, es la mejor estrategia para recuperar ésta, nuestra dividida sociedad.

En similar sentido se percibe la siguiente manifestación de Julia Barragán:

"...el cultivo constante de las virtudes de honradez y altruismo no sólo es capaz de lograr un cambio positivo en las propias con-

---

(25) AMARTYA, SEN y KLIKSBURG, BERNARDO, *op. cit.*, p. 54.

(26) MARTINDALE, DON, *op.cit.*, pp. 576/577.

ductas individuales, sino que al mismo tiempo tiene el poder de promover una transformación virtuosa de la totalidad del escenario social (...) Obviamente, el diagnosticar, evaluar y estimular de manera constante esta actitud moral requiere de un gran esfuerzo teórico y político, así como también de costos que deberán ser calculados cuidadosamente”.

Respeto al Código Civil, el legislador ha impuesto normas de derecho de familia en forma de valores, y uno de esos valores es la solidaridad, por lo que la “voluntad obligante” ya no se sitúa sólo en el campo de la moral individual, sino que impone positivamente al juez para que haga cumplir “las promesas” e imperios que redactó el legislador.<sup>(27)</sup>

Entonces, se le pedirá al juez que no vea a los otros seres humanos como individuos funcionantes o funcionales a un grupo social determinado, sino que los vea como personas individuales nutridas de valores humanos que deben ser reconocidos. Cuando éste tenga frente a él una persona vulnerable socialmente, el juez no debería ver sólo las carencias de las persona, sino más bien lo mucho que tiene en potencialidad de valor humano.

Para promover esta concepción de la responsabilidad solidaria nos comprometemos a ver las “desventajas sociales inmerecidas moralmente” y que pueden ser vinculadas a una causa socioestructural:

“...la falta de educación es una de las causas, ya que las condiciones de acceso a la educación dependen del modo en que la sociedad decide organizarse. La estructura social siempre impactará en la extensión y gravedad de cualquier desventaja. Nuestra responsabilidad central como sociedad comprometida con la igualdad estructural de oportunidades es evitar que la estructura social opere en sí misma como causa de desigualdad”.<sup>(28)</sup>

Es en el ámbito de la doctrina donde encontramos interesantes aportaciones para un análisis de los rasgos de la responsabilidad judicial: la

---

(27) GARAPÓN, ANTOINE, *Juez y Democracia*, 1ªed., trad. de Manuel Escrivá de Romaní, Madrid, Flor del Viento ediciones.,1997.

(28) GROSMAN, LUCAS S., “La igualdad estructural de oportunidades en la Constitución Argentina” en AA.VV., Roberto Gargarella y Marcelo Alegre(coords.), *El Derecho a la Igualdad*, Lexis Nexis, 1997, p. 220.

afirmación de Aída Kemelmajer de Carlucci “...es ético que el juez asuma un rol docente” esto ha de ser visto concatenado con otro de los rasgos de la responsabilidad judicial que es la de incrementar los horizontes de “confianza social”.<sup>(29)</sup> Al respecto se afirma que más allá de los lineamientos clásicos de los estudios tradicionales,

“...la estructura de la institución judicial puede ser considerada como un cuerpo de arreglos, restricciones e incentivos, cuya finalidad explícita es la de resolver contenciosos, mientras que implícitamente su función se dirige a incrementar los niveles de confianza social, para disminuir los costos de transacción. Si aceptamos este punto de vista, los jueces cumplirían con esta función, es decir, la de ser promotores de la confianza colectiva mediante el cumplimiento de tareas, que pueden ser analizadas en dos niveles. Por un lado está el nivel que considera a las tareas como productoras de soluciones a controversias entre intereses divergentes, por el otro, el nivel que las analiza como ‘eventos públicos’ generadores de espacios de confianza”.<sup>(30)</sup>

## 4 | Jurisprudencia en la ética de la urgencia

Ante el pedido de amparo presentado por la madre de una joven discapacitada de 25 años de edad, con discapacidad motora, mental, visceral y sensorial, con un estado de mínima conciencia por un traumatismo craneoencefálico severo, que la obliga a desplazarse con andador con asistencia parcial, en el dictamen de la Procuradorade la Corte Suprema<sup>(31)</sup>

---

(29) KEMELMAJER DE CARLUCCI, AIDA, *op cit.* p.35.

(30) BARRAGÁN, JULIA “Decisiones judiciales y desempeño institucional” en AA.VV, Jorge Ma-lem, Jesús Orozco y Rodolfo Vázquez (comp), *La función judicial*, Barcelona, ed. Gedisa, 2003, p. 193.

(31) Véase: M. 2648. XLI, Recurso de Hecho María, Flavia Judith c/ Instituto de Obra Social de la Provincia de Entre Ríos y Estado provincial. “Al relatar los antecedentes de la causa, refiere el rechazo del primer amparo, circunstancia que afirma, la forzó en ese momento a continuar el trámite administrativo. Narra que se interpuso queja ante el señor Gobernador, amparo por mora debido al persistente silencio y que, ante la amenaza de realizar una denuncia penal por violación de los deberes de funcionario público, se expidió la obra social (IOSPER), lo que se puede comprobar de las copias agregadas en autos. Expresa que la resolución del

reparamos: corresponde recordar, en primer término, que V. E. tiene dicho que el derecho a la salud —máxime cuando se trata de enfermedades graves— está íntimamente relacionado con el derecho a la vida, siendo éste el primer derecho de la persona humana que resulta reconocido y garantizado por la Constitución Nacional. El hombre es el eje y centro de todo el sistema jurídico y en tanto fin en sí mismo —más allá de su naturaleza trascendente— su persona es inviolable y constituye un valor fundamental, con respecto al cual, los restantes valores tienen siempre carácter instrumental (ver doctrina de Fallos: 323:3229).

En un *paper* de Roberto Gargarella intitulado “Derechos de Cartón” realizado sobre la decisión de un juez de otorgar derechos de educación a los hijos de los cartoneros, luego de que el poder judicial embargara los fondos (sobrantes) de la ciudad de Buenos Aires, con el objeto de atender las necesidades educativas de los hijos de algunos de los miembros más desaventajados de la sociedad —los “cartoneros”—, el autor señala:

“Por un lado, si un funcionario público tolera la violación flagrante de derechos no es mesurado, sino cómplice. Por otro lado, no sólo no rechazamos, sino que habitualmente reclamamos —de modo absolutamente razonable— el activismo judicial en una multiplicidad de casos cotidianos. Veríamos como insólito —como algo absurdo— que un juez no se movilizara para evitar una discriminación racial, o para levantar la censura de un programa político, por temor a convertirse en un juez activista”.

El fallo del juez Martín Alesi de Rawson del 20 de febrero de 2008, nos recuerda que es deber de los jueces erradicar la violencia y reflexiona:<sup>(32)</sup>

.....  
 mes de mayo de 2005, no dio cobertura alguna a la afiliada de las prestaciones que necesitaba, a sabiendas que su tratamiento había sido interrumpido en febrero de 2005. Añade que en mayo del mismo año, el conflicto requería en forma urgente de la intervención de la justicia, y así fue que se interpuso esta acción de amparo ante el Juez Correccional N° 1, que hizo lugar al pedido de la medida cautelar, posibilitándole reanudar su rehabilitación en la forma prescripta por sus médicos”.

(32) Denuncia de violencia familiar. La resolución fija una audiencia a la que deberán concurrir además de las partes, el Sr. Secretario de Familia y Promoción Social y el Sr. Director General de Inspecciones de la Municipalidad de Rawson. Fueron convocados en virtud de que el denunciado es empleado municipal (dependiente de la Dirección de tránsito local). “Que en el orden local, el Hble. Consejo Deliberante de nuestra ciudad ha sancionado distintas ordenanzas de aplicación al caso concreto: la Ordenanza N° 2120 (estatuto de los empleados mu-

“...el art. 7 de la Convención obliga a velar por que las autoridades, sus funcionarios, personal y agentes e instituciones se abstengan de cualquier acción o práctica de violencia contra la mujer (inc. a); a actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer (inc. b); y en particular, a incluir en su legislación interna no sólo normas penales y civiles, sino también administrativas, además de adoptar las medidas administrativas apropiadas que sean del caso (inc. c)”.

También consideró importante resaltar que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos estableció, en el informe n° 54/01 caso 12.051: “Maria Da Penha Maia Fernandes vs. Brasil” (16 de abril de 2001), la existencia de un patrón general de tolerancia estatal e ineficacia judicial en casos de violencia doméstica. La Comisión determinó que la obligación de los Estados de actuar con la debida diligencia, que va más allá de la obligación de procesar y condenar; también incluye la de “prevenir estas prácticas degradantes” (párr. 56). En este caso, la Comisión agregó además que la falta de juzgamiento y condena del responsable en estas circunstancias constituye un acto de tolerancia por parte del Estado de la violencia que Maria da Penha sufrió, y esa omisión de los tribunales de justicia brasileños agrava las consecuencias directas de las agresiones de su ex marido. Advirtió también que esa tolerancia por los órganos del Estado no es exclusiva de este caso, sino una pauta sistemática. “Es una tolerancia de todo el sistema, que no hace sino perpetuar las raíces y factores psicológicos, sociales e históricos que mantienen y alimentan la violencia contra la mujer”.

Persigue el mismo resultado el fallo donde una abuela intenta desalojar a sus nietos y los magistrados de la Cámara de Apelaciones no hacen lugar a la demanda de la abuela y además comunican a la Oficina de Derechos Humanos del Superior Tribunal de Justicia.<sup>(33)</sup> La ley provincial 9053, de Pro-

.....  
 nicipales) en su artículo 13 obliga al empleado a “observar en su tarea una conducta decorosa y digna de confianza que su estado oficial exige” (inc. b). A su vez, la Ordenanza N° 5681 tiene como finalidad establecer los principios que deben guiar la acción del funcionario público municipal, tales como la probidad, honestidad, eficiencia, idoneidad y responsabilidad.”

(33) Cám. Civ. y Com de Córdoba de Primera Nominación, “Zalkind Ester c/ Castro Damián Santiago y Otro s/ Desalojo”, 05/07/2005. expte. n° 19.937/36”. “3) Poner en conocimiento del Señor Juez de Menores en Turno y a la Oficina de Derechos Humanos y Justicia del Poder Judicial de Córdoba la presente resolución por la situación de riesgo a que está expuesta la menor y a sus efectos, a cuyo fin acompaña de la presente [...] Que, por

tección Judicial del Niño y el Adolescente, recuerda que la familia, la comunidad y el Estado Provincial "...son responsables y garantes del desarrollo físico, psicológico, moral, espiritual y social de los niños y adolescentes menores de edad, conforme lo establecido por la Convención de los Derechos del Niño y la Constitución Provincial..." (art. 1), lo que no hace sino ratificar las disposiciones del derecho privado y las internacionales incorporadas en la reforma de 1994 de la Constitución Nacional en su art. 75, inc. 22.

En una sentencia más reciente un juez federal argentino hizo lugar al amparo colectivo presentado por el Defensor del Pueblo reclamando el aumento del haber jubilatorio mínimo.<sup>(34)</sup>

## 5 | Consideraciones finales para tener en cuenta y proseguir el debate

Se ha intitulado derecho de familia de inclusión social al sistema jurídico-político que tiene por estrategia recuperar la unidad, dignidad e igualdad de todas las familias, de sus miembros, aprovechando su conformación natural, su raigambre genética y su vigor afectivo y solidario, de modo que se desarrolle una sociedad a su imagen y semejanza.

Así como Dworkin se pregunta si los jueces deben ser filósofos, nosotros nos hemos preguntado: ¿deben los jueces ser solidarios? Mucho se ha abundado en la justificación de que la responsabilidad judicial debe ser solidaria, un paso más allá de la muy importante pero mera obligación legal y formal del trabajo asignado, con lo cual con este salto de calidad y humanidad se podrá ir avanzando en el ideal del derecho de familia de inclusión social.

Los jueces tienen en sus manos y a su cargo el deber de modificar las realidades históricas de marginación de los grupos postergados de la

.....  
otro lado, el art. 367 CC impone igual deber alimentario, comprensivo de la 'vivienda', a los abuelos y abuelas y demás ascendientes. Es claro que ante tales disposiciones, la pretensión de la abuela paterna de desalojar del inmueble a su nieta menor de edad y a la madre de ésta, luce como un acto verdaderamente repugnante y violatorio de los deberes básicos de asistencia familiar".

(34) Fallo del juez Alberto Ize, año 2008.

sociedad:<sup>(35)</sup> “Los jueces no deben reemplazar a los ciudadanos en la resolución de conflictos morales básicos, sino que, en cualquier caso, deben ponerse a su servicio para asegurar que la decisión que se tome sea el resultado de un auténtico proceso de reflexión colectiva”.<sup>(36)</sup>

Los jueces deben cumplir con sus “deberes institucionales”.<sup>(37)</sup> Quien accede a un cargo público, como los jueces, “...se compromete a respetar las reglas inherentes a dicho cargo (...) Asumir el compromiso de desempeñar el cargo de juez, implica aceptar todos los deberes que son consustanciales al mismo”.<sup>(38)</sup> Se trata de deberes jurídicos que hacen al “cargo o función”.

El juez de familia —por el tipo de personas y problemas que llegan a su estrado— debe comprender con mayor sensibilidad la vulnerabilidad de la psiquis humana, ya que es garante de los derechos fundamentales incorporados en los Tratados de Derechos Humanos.

Conviene recordar, igualmente, que los menores y/o discapacitados, a más de la especial atención que merecen de quienes están directamente

.....

(35) Ver para el desarrollo de esta discusión, por ejemplo, Cámara en lo Civil, Com., Flia., Contnc. Adm. de Deán Funes, Córdoba, “L. M. d. C. Solicita implementación de medidas autosatisfactivas”, donde la Auto Interlocutorio 1 bis de 17/03/2000 se preocupa por la decisión en autorizar a un menor de edad a viajar al exterior con su madre decidiendo en forma de medidas autosatisfactivas. Dice la resolución: “Por último, como la doctrina lo señala: ‘El proceso de familia exhibe ciertas notas típicas diferenciales que lo caracterizan y que interactúan influyéndose recíprocamente, entre ellas y en un plano principal, el encubramiento del juez, asentado decisivamente como un verdadero “activista”, “acompañante”, tras la búsqueda de soluciones más justas y equitativas, que contemplen los intereses sociales superiores comprometidos en la decisión de los conflictos familiares. El Estado a través del órgano jurisdiccional competente, está plenamente facultado para proceder a la autorización judicial supletoria, teniendo en cuenta la protección y formación integral de la menor y el interés familiar, más aun cuando el progenitor soslayó el cumplimiento de todas las obligaciones y derechos inherentes a la patria potestad, desatendiendo los intereses de la menor”. Ver “Medidas Cautelares”, en *Revista de Derecho Procesal*, Bs. As., Rubinzal Culzoni, t. I, p.166.

(36) NINO,EZEQUIEL, “Efecto o Intención: cuál debería ser el requisito en los casos de discriminación”, en Roberto Gargarella y Marcelo Alegre (comps.), *El derecho a la igualdad*, Bs. As., Lexis Nexis, 2007, p. 246.

(37) Ver MALEM, JORGE, *Estudios de Ética Jurídica*, México, Fontamara, 1996.

Al hablar de “deberes institucionales” se hace “referencia a requerimientos morales, y también jurídicos, que están íntimamente relacionados con ciertas posiciones, oficios, funciones o papeles que una persona puede llegar a desempeñar.

.....

(38) MALEM, JORGE, *Íbid.*

obligados a su cuidado, requieren también la de los jueces y de la sociedad toda, siendo que la consideración primordial de su interés, viene tanto a orientar como a condicionar la decisión de los jueces llamados al juzgamiento de estos casos (ver doctrina de Fallos: 322:2701; 324:122; 327:2413).<sup>(39)</sup>

---

---

(39) Corte Suprema de Justicia de la Nación, "S., M. F. c. Instituto de Obra Social del Ejército", 18/06/2008.