

Impacto de la pandemia en el Derecho de Familia: cuidados personales y régimen de comunicación.

The Impact of the Pandemic on Family Law: personal care and communication regime.

Sofía Balbín
Legajo N°. 04-160056-0
Facultad de Derecho. UCA

Resumen: En el presente trabajo se busca analizar el impacto de la pandemia en el Derecho de Familia, en especial en relación con los cuidados personales y el régimen de comunicación. Se analiza la normativa que surgió a raíz del Covid-19, tanto a nivel nacional, como es la del Aislamiento Social Preventivo y obligatorio, como las recomendaciones y documentos que se publicaron a nivel mundial.

Desde lo metodológico, se estructura en cuatro grandes temas, a saber: la modalidad de cuidado y sus cambios; los traslados; el derecho de comunicación; la voz del niño. En cada apartado, se analiza la doctrina y la jurisprudencia de cada tópico. Finalmente, se formulan algunas conclusiones sobre las respuestas jurídicas que se han dado a esta situación en el derecho de familia y algunas reflexiones sobre las proyecciones del tema, como es la importancia del principio de coparentalidad y el interés superior del niño.

Abstract: This paper seeks to analyze the impact of the pandemic on Family Law, particularly in relation to personal care and the communication regime. It analyses the imposed federal regulations that emerged during Covid-19 such as the preventive and mandatory social isolation and further discusses the posited recommendations published at the global level.

From the methodological point of view, it is structured in four main topics, namely: the forms of care and its changes; child transportation; the right to communication; the voice of the child. In each section, the doctrine and the case law of each topic is analyzed. Finally, some conclusions are formulated on the legal responses to this situation in family law and some reflections on the projections of the topic, such as the importance of the principle of co-parenting and the best interest of the child.

Palabras clave: Cuidados personales, modalidad de cuidado, régimen de comunicación, traslados en tiempos de ASPO, Derecho de Familia.

Keywords: Personal care, forms of care, communication regime, mechanism and organization of child transportation during times of compulsory social isolation, Family Law.

Sumario: I. Introducción — II. Análisis normativo de las medidas adoptadas a raíz del COVID-19. — III. Análisis de Jurisprudencia y doctrina.; a) Modalidad de cuidado y sus cambios b) Los traslados c) El régimen de comunicación d) La voz del niño. — IV. Conclusiones.

I. Introducción

Inmersos en una realidad que implicó muchos cambios en nuestra sociedad, el objetivo de este trabajo es ahondar en el impacto de la pandemia sobre el derecho de familia, en particular sobre el cuidado personal y el régimen de comunicación de los niños, niñas y adolescentes. El propósito será analizar la respuesta de la doctrina y la jurisprudencia frente a la crisis que trajo el COVID-19 y las medidas de Aislamiento Social Preventivo y Obligatorio (ASPO).

Se analizará la normativa relativa a la prohibición de circular, especialmente el decreto de necesidad y urgencia 297/2020 del 20 de marzo de 2020 que fue el primero que impuso esta restricción, y más adelante, el 21 de marzo del mismo año la resolución 132/2020 del Ministerio de Desarrollo Social donde se expusieron los motivos por los cuales podrían ser trasladados los niños, niñas y adolescentes de un domicilio a otro.

Se pondrá el foco en la familia como institución primaria y más importante en nuestra sociedad. Partimos de sostener que la coparentalidad es un derecho del hijo, pero también es un derecho de ambos padres mantener una fluida comunicación con sus hijos, lo que redundaría en su superior interés. El propósito del trabajo será realizar un análisis de los aspectos que se ven modificados por la pandemia relativo al cuidado personal de los hijos. En este trabajo sólo se analizará la evolución de la jurisprudencia publicada. Sabemos que hay muchos casos que caen en un cono de sombra: los que no fueron publicados, los que se resolvieron entre los progenitores, los que están debajo del umbral mínimo y no tienen recursos para acceder a la justicia

El cuidado personal del hijo, conforme a lo que establece el artículo 649 del CCYCN, "puede ser asumido por un progenitor o por ambos", es decir que tenemos dos clases, de forma conjunta o de forma unilateral. A su vez, el art. 650 regula el cuidado personal compartido, asumido por ambos progenitores, que a su vez puede tener la modalidad de "alternado o indistinto". Así las cosas, como el cuidado personal solo es concerniente al régimen de convivencia de los hijos con los padres separados, lógicamente podría concebirse en principio de tres maneras: conviviendo el hijo únicamente con uno de los progenitores (cuidado unipersonal o unilateral, art. 649); residiendo el niño principalmente con un progenitor y secundariamente con el otro (cuidado compartido indistinto, art. 650, segunda parte); y, en fin, contando el niño con dos residencias principales al permanecer tiempos más o menos equivalentes con cada uno (cuidado compartido alternado, art. 650, primera parte).

Frente a la realidad de aislamiento, los cuidados personales se vieron modificados de manera crucial, tanto para aquellos que, por un lado, se ejercen conjuntamente y bajo la convivencia de los progenitores, como los que se ejercen por padres separados. Y con ello nos referimos a que los niños, niñas y adolescentes pasan todo su día en su lugar de residencia y realizan desde su casa las actividades que antes implicaban un traslado y desplazamiento. Ello conlleva que la convivencia pasó a ser de 24hs todos los días.

Por otro lado, en el caso de padres separados nos encontramos con un escenario de conflicto, donde se dificultó el cumplimiento de los regímenes de cuidado y comunicación establecidos, a raíz del aislamiento social, preventivo y obligatorio. Debido

a ello, la jurisprudencia ha dado distintas soluciones a los conflictos que surgieron en esta nueva modalidad de vida de aislamiento y prohibición de circular.

Frente a esta nueva situación en la que estamos viviendo es que surgen varios interrogantes: ¿Es un cambio de vida para los menores de forma temporal o permanente? ¿Qué decisiones se tomaron frente a las restricciones propuestas por el Poder Ejecutivo? y ¿Cuáles fueron los principios que se pusieron en juego?

Desde lo metodológico, este trabajo se estructura en cuatro grandes temas, a saber: la modalidad de cuidado y sus cambios; los traslados; el derecho de comunicación; la voz del niño. En cada apartado, se analizará la doctrina y la jurisprudencia de cada tópico. Finalmente, se formularán algunas conclusiones sobre las respuestas jurídicas que se han dado a esta situación en el derecho de familia y algunas reflexiones sobre las proyecciones del tema.

II. Análisis normativo de las medidas adoptadas a raíz del COVID-19.

Mediante el decreto de necesidad y urgencia 297/2020 publicado el día 20 de marzo 2020¹ se anunció el aislamiento social, preventivo y obligatorio con motivo de la pandemia por COVID-19, en todo el territorio de nuestro país. En dicha norma, se plantearon algunas excepciones receptadas en su artículo 6 y relativo a lo que nos interesa, el inciso 5 exceptúa a personas que deban asistir a otras con discapacidad, familiares que necesiten asistencia, a personas mayores, a niños, a niñas y a adolescentes. Mas allá de ello, la norma no contempló el derecho de comunicación, y surgió entonces la inquietud de cómo se llevaría a cabo esta situación no prevista.

El día 21 del mismo mes, el Ministerio de Desarrollo Social dictó la resolución 132/2020² que clarificó los motivos por los cuales podrían ser trasladados los niños, niñas y adolescentes de un domicilio a otro. La resolución estipula tres supuestos que estarían exceptuados del aislamiento:

a) La medida de aislamiento social, preventivo y obligatorio entró en vigor cuando el niño, niña o adolescente se encontraba en un domicilio distinto al de su centro de vida, o al más adecuado al interés superior del niño, niña o adolescente para cumplir el aislamiento social mencionado. Este traslado debe ser realizado por única vez.

b) Cuando uno de los progenitores por razones laborales, de asistencia a terceros u otras causas de fuerza mayor deba ausentarse del hogar en el que se encuentra el niño, niña o adolescente. En este caso puede trasladarlo al domicilio del otro progenitor, familiar o referente afectivo.

c) Cuando por razones de salud y siempre en beneficio del interés superior del niño/a, pueda trasladar al hijo/a al domicilio del otro progenitor.

¹ Decreto 297/2020; Ciudad de Buenos Aires, 19/03/2020;
<https://www.boletinoficial.gob.ar/detalleAviso/primera/227042/20200320>

² Resolución 132/2020; Ciudad de Buenos Aires, 20/03/2020;
<https://www.boletinoficial.gob.ar/detalleAviso/primera/227094/20200321>

Asimismo, en el primer día de abril de 2020 la Dirección Nacional de Salud Mental y Adicciones del Ministerio de Salud publicó un documento con el nombre de: "Recomendaciones sobre salud mental para la población de niños, niñas y adolescentes por la pandemia COVID-19"³, mediante el cual surgieron consejos relevantes de opinión profesional especializada en lo relativo al desarrollo y crecimiento de los NNyA en situación de aislamiento social. En estas recomendaciones se han destacado las principales sugerencias que atendieron los criterios mínimos para que los padres pudieran apoyar y contener a los más pequeños a que perciban un entorno de tranquilidad, haciendo prevalecer los cuidados higiénicos obligatorios y la incorporación de consciencia a través de métodos lógicos de aplicación infantil; deviene de carácter indispensable que los adultos responsables o referentes afectivos pudieran recibir consejos profesionales para poder transitar tal evento disruptivo social como lo es el confinamiento de una pandemia, y trasladar la información necesaria a sus hijos para hacerles comprender que sus vidas estarían siendo paulatinamente resignificadas, así como también sus comportamientos emocionales.

Aunque no tiene una fuerza vinculante, cabe mencionar que con fecha 7 de abril de 2020 la OEA publicó una "Guía práctica de respuestas inclusivas y con enfoque de derechos ante el Covid-19 en las Américas"⁴, referida a Infancia, Educación y Asistencia Social en tiempos del Covid-19, que considera dentro de las excepciones en tiempos de cuarentena, el traslado del NNyA, sus progenitores y cuidadores principales para garantizar la asistencia de los mismos en situaciones de emergencia y para garantizar el derecho de los NNyA a ver a sus padres en el marco de tenencias compartidas producto de divorcios u otras situaciones familiares.

Por su parte, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos estableció mediante la Resolución 1/2020⁵: "Respecto de las instituciones de cuidado residenciales, los Estados deben revisar las medidas especiales de protección vigentes promoviendo la revinculación familiar de los niños, niñas y adolescentes cuando sea posible y siempre que esta medida no sea contraria a su interés superior". A su vez, también cabe destacar dentro de la misma resolución el siguiente apartado:

63. Reforzar la protección de niños, niñas y adolescentes (NNA) –incluyendo muy especialmente aquellos que no cuentan con cuidados familiares y que se encuentran en instituciones de cuidado–, y prevenir el contagio por el COVID-19, implementando medidas que consideren sus particularidades como personas en etapa de desarrollo y

³ Ministerio de Salud Argentina; "Recomendaciones sobre salud mental para la población de niños, niñas y adolescentes por la pandemia COVID-19"; 01/04/2020; Recuperado de <http://iah.salud.gob.ar/doc/551.pdf>

⁴ Secretaría de Acceso a Derechos y Equidad (SARE): Guía Práctica de Respuestas Inclusivas y con Enfoque de Derechos ante el COVID-19 en las Américas. Publicado por la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos. OAS. Documentos oficiales; OEA/Ser.D/XXVI.16; Abril/2020. Recuperado de http://www.oas.org/es/sadye/publicaciones/GUIA_SPA.pdf.

⁵ Comisión Interamericana de Derechos Humanos; Resolución NO. 1/2020 Pandemia y Derechos Humanos en las Américas (Adoptado por la CIDH el 10 de abril de 2020). Recuperado de http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/Resolucion-1-20-es.pdf?fbclid=IwAR34YITaZ9Wdn7BGLaelWVfzOE7fIS_9M7JH8AjGcfqXbyz3d4_cerEwT4g

que atiendan de manera más amplia posible su interés superior. La protección debe, en la medida de lo posible, garantizar los vínculos familiares y comunitarios.

Del mismo modo, la CIDH emitió el día 14 de abril de 2020 un comunicado titulado “COVID-19 y Derechos Humanos: Los problemas y desafíos deben ser abordados con perspectiva de derechos humanos y respetando las obligaciones internacionales”⁶, en el cual resaltó la importancia de garantizar los derechos económicos, sociales, culturales, ambientales sin discriminación a toda persona, en especial aquellos grupos que son afectados en forma desproporcionada porque se encuentran en situación de mayor vulnerabilidad como son los niños, niñas y adolescentes.

Mas adelante, el día 1 de mayo se dictó la Decisión Administrativa 703/2020⁷ por la cual la Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia del Ministerio de Desarrollo Social y del Ministerio de las Mujeres, Géneros y Diversidad habilitaron a fin de garantizar el derecho de niñas, niños y adolescentes a mantener relaciones personales y contacto directo con progenitores o referentes afectivos el traslado de los mismos del domicilio de uno de los progenitores al otro, o bien de un referente afectivo, una vez por semana. Menciona como fundamentos, que la Convención sobre los Derechos del Niño, en su art. 9º, inc. 3º, establece que los Estados Parte respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño. Que, además, dicho instrumento internacional, en su art. 18, inc. 1º, establece que los Estados Parte pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño, niña y adolescente.

Resulta interesante hacer hincapié en el Artículo 1 inciso b) de la decisión administrativa 703/2020, que se refiere a los casos de familias monoparentales “...el progenitor o la progenitora podrá trasladar al niño, niña o adolescente al domicilio de un referente afectivo, siempre que ello sea en el interés superior del niño, niña o adolescente.” Ampliando de manera acertada y en consideración a la regulación del CCyCN, la posibilidad de traslado para el ejercicio de la comunicación con los referentes afectivos de la persona menor de edad.

Como resultado, teniendo en cuenta la normativa dictada a raíz de la emergencia sanitaria establecida por medio de la Ley N° 27.541, resulta importante destacar el marco normativo que establece la Convención Americana sobre Derechos Humanos en su art. 27 inc. 2, en cuanto dispone que “en caso de guerra, de peligro público u otra emergencia que amenace la integridad del Estado parte, éste podrá adoptar disposiciones, que en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en la presente convención”.

⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos. 2020; “COVID-19 y Derechos Humanos: Los problemas y desafíos deben ser abordados con perspectiva de derechos humanos y respetando las obligaciones internacionales”. Recuperado de <https://www.corteidh.or.cr/tablas/alerta/comunicado/cp-27-2020.html>

⁷ Decisión Administrativa 703/2020; Ciudad de Buenos Aires, 01/05/2020; <https://www.boletinoficial.gob.ar/detalleAviso/primera/228520/20200502>

Finalmente, se estima importante destacar, por un lado, la Observación Gral. Nro. 14⁸ del Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial, mediante la cual se le da una especial relevancia a la protección del estado emocional de los niños.

III. Análisis de Jurisprudencia y doctrina

a) Modalidad de cuidado y sus cambios.

La jurisprudencia durante los primeros seis meses de pandemia fue adoptando distintas posturas relativas a la forma de ejercer el cuidado personal durante el ASPO. Relativo a la modalidad de cuidado personal de los menores, el día 4 del mes de mayo de 2020, el Juzgado Nacional de 1a Instancia en lo Civil Nro. 23 publicó la novedosa sentencia “B. F. c. F. G. M. s/ Régimen de comunicación”⁹ por medio de la cual se optó por el cambio de modalidad al “régimen de alternancia”. En este caso, se justificó dicha decisión basándose en que la misma es como una suerte de “compensación” por el tiempo que uno de los progenitores no pudo tener con sus hijos.

Resulta de carácter notorio el hecho de que se ha tenido que readecuar el esquema regular del plan parental de comunicación entre padres e hijos, especialmente aquellos progenitores separados o divorciados y que mantienen contacto con sus hijos en el ejercicio propio de la responsabilidad parental, ya sea mediante la modalidad alternada o indistinta.¹⁰

Por su parte, la doctrina entiende que en lo que podríamos llamar una primera etapa en la contención de la pandemia, todo parecía indicar que el interés superior del niño contemplado en el artículo 3 inc. 1 de la Convención de los Derechos del Niño, se volcaba a garantizar la imperiosa necesidad de proteger a NNyA frente a un potencial contagio, para lo cual se tornaba apremiante mantenerlos fuera de la circulación ordinaria y bajo el resguardo de sus hogares, aun cuando ello implicara un quiebre a las reglas generales correspondientes al régimen de coparentalidad contempladas por los artículos 649 y siguientes del Código Civil y Comercial, y al régimen de comunicación con el progenitor, no conviviente tal y como se hubieran desarrollado en condiciones de normalidad.¹¹

En estos términos, en vistas a la extensión del período de aislamiento social preventivo obligatorio, cabe citar a los jueces de familia de la ciudad de Córdoba¹², quienes el día 29 de abril del 2020 emitieron un comunicado donde consensuaron que,

⁸ Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas; 2013; “Observación general N° 14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial”; Recuperado de https://www.observatoriodelainfancia.es/oia/esp/documentos_ficha.aspx?id=3990

⁹ Juzgado Nacional de 1a Instancia en lo Civil Nro. 23; “B. F. c. F. G. M. s/ Régimen de comunicación”; 04/05/2020; eDial.com - AABBC0; Publicado el 08/05/2020.

¹⁰ Szenkier, Shirley; “Implicancias prácticas durante la pandemia en el plan de comunicación de progenitores separados con respecto a hijos en común”; RCCyC 2020 (septiembre), 02/09/2020, 87; Cita Online: AR/DOC/2518/2020.

¹¹ Pérez Hortal, María Eugenia; “El régimen de cuidados parentales en épocas de aislamiento obligatorio desde una mirada constitucional convencional”; eDial.com - DC2AA5; Publicado el 12/05/2020.

¹² Jueces de Familia de la Provincia de Córdoba; 29/04/2020; Recuperado de <https://www.justiciacordoba.gob.ar/justiciacordoba/inicio/indexDetalle.aspx?codNovedad=22092>

cuando haya acuerdo de ambos progenitores, estos podrán presentar ante la Justicia de Córdoba un pedido de homologación “respecto del cambio de residencia de los niños mientras dure el aislamiento obligatorio”, que tendrá efecto mientras dure la emergencia, “sin alterar el régimen de cuidado original”.

A su vez, el Comité de Derechos Humanos del Niño advirtió que las restricciones deben imponerse solo cuando sea necesario, ser proporcionadas y mantenerse al mínimo absoluto, y admite que, en ciertos casos, si se prolonga el período de confinamiento, se deban reevaluar las medidas.¹³

b) Los traslados.

Respecto a los traslados de los niños, niñas y adolescentes, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala J, el día 17 de marzo de 2020 en los autos “T. c. V. s/ Autorización”¹⁴ resolvió frente al reclamo de un progenitor en torno a que se intime a su contraria a abonar los pasajes aéreos para que sus hijos viajen desde Roma hacia Buenos Aires en la fecha más próxima, regresando luego a su lugar de residencia. En atención a las fechas señaladas, y teniendo en cuenta la reciente normativa emergente respecto a la situación de emergencia sanitaria actual tanto a nivel nacional como internacional, se concluyó que el tratamiento de la cuestión ha devenido abstracto. Mas tarde, el Juzgado de Familia N° 4 de San Isidro en la sentencia “L. A. H. E. c. S. M., S. s/ medidas protectorias”¹⁵ del 19 de marzo de 2020, con la finalidad de fortalecer la prevención y la salud como bien fundamental de la comunidad, desestimó el planteo formulado por el progenitor no conviviente de habilitación de asueto judicial tendiente a la ejecución del régimen de comunicación con su hijo —a lo que se niega el otro progenitor—, mientras dure la vigencia de las medidas de aislamiento dictadas por el Gobierno Nacional, tendientes a la permanencia de los niños en sus hogares, evitando todo tipo de traslado para ellos. Así pues, en mes de marzo se observan algunas resoluciones tendientes a que los niños no se trasladen del lugar donde se encontraban al momento de declarado el ASPO.

Durante el mes de abril, en la sentencia de autos “M., A. M. c. A., V. s/ Incidente modificación derecho de comunicación”¹⁶ el Juzgado de Paz Letrado de Coronel Pringles hizo lugar a la medida cautelar solicitada, estableciendo que el derecho de comunicación entre el padre no conviviente y su hijo se encuentra vigente de forma excepcional mientras dura el aislamiento social obligatorio, los días Sábado desde las 15.00 hs, hasta el Domingo a las 19.00 hs, o el lunes al mediodía, siempre y cuando la madre, tenga que concurrir a su trabajo que esta exceptuado del aislamiento. Lo interesante de esta cuestión es que se rechazó expresamente la propuesta del progenitor no conviviente respecto del cambio en la modalidad de cumplimiento del régimen de comunicación, pues no se

¹³ Beccar Varela, A; “Necesidad de flexibilizar el aislamiento obligatorio de hijos menores de padres separados”; elDial.com - DC2A28; Publicado el 16/04/2020.

¹⁴ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala J; “T. c. V. s/ Autorización”; 17/03/2020; La Ley - Cita Online: AR/JUR/1043/2020.

¹⁵ Juzgado de Familia N° 4 de San Isidro; “L. A. H. E. c. S. M., S. s/ medidas protectorias”; 19/03/2020; La Ley - Cita Online: AR/JUR/3260/2020.

¹⁶ Juzgado de Paz Letrado de Coronel Pringles; “M., A. M. c. A., V. s/ Incidente modificación derecho de comunicación”; 08/04/2020; La Ley - Cita Online: AR/JUR/9262/2020.

encontraba racionalidad alguna en su pedido, ya que se fundaba en los miedos que pesan sobre él por el peligro de contagio para el resto de su familia, pero no explicaba como el peligro de contagio sería menor si él se trasladaba al domicilio de la progenitora para estar ahí dos días y luego regresar a su vivienda, no cambiando la circunstancia en que sea el menor el que se traslade a su domicilio.

El 27 del mismo mes, el Juzgado Nacional de 1a Instancia en lo Civil Nro. 23 en la sentencia “G. F. M. c. T. G. D. s/ régimen de comunicación”¹⁷ declaró la inconstitucionalidad del art. 2 de la Resolución 132/2020 del Ministerio de Desarrollo Social la cual estableció la restricción de los derechos de locomoción de los niños, niñas y adolescentes, desnaturalizando los alcances del DNU 297/2020. Hace falta destacar que, en este caso, y por primera vez, la jurisprudencia dispuso con carácter “cautelar” la modificación provisoria del régimen de comunicación actual maternofilial, es decir, que por razones relativas al contexto de aislamiento y habiendo oído la opinión del menor se decidió cambiar de la modalidad de cuidado conjunto indistinto al cuidado conjunto alternado.

Iniciado el mes de julio, cuando se podría decir que la situación de aislamiento pasó de ser una situación excepcional a ser una realidad en nuestro país, se autorizó el traslado interprovincial en pandemia de una niña y un niño a los fines del cumplimiento del régimen comunicacional acordado. Para llegar a tal decisión, se tuvo en cuenta la situación epidemiológica del lugar donde reside y a donde se traslada a los menores, el tribunal¹⁸ a su vez sostuvo que, en caso de variar la situación epidemiológica actual de las ciudades involucradas, se dejará sin efecto en forma inmediata el régimen comunicacional interprovincial autorizado.

Cabe resaltar que el temor infundido en los niños en cuanto a los traslados y el riesgo de contagio que el mismo implica, haga que ellos mismos prefieran solo el contacto virtual y seguir permaneciendo en el mismo domicilio.

Por su parte, Galli Fiant hizo hincapié y consideró importante resaltar que se debe tener en cuenta el riesgo razonable, es decir, que más allá de que el traslado de los menores implique un riesgo, debemos entender que la comunicación virtual no suple el encuentro personal que hace a la relación, debemos encontrar herramientas que suplan y nos aseguren los traslados seguros.¹⁹

c) Derecho de comunicación

El derecho de comunicación es el aquel que se sustenta en la necesidad de los NNYA de mantener vinculación con sus progenitores, parientes, y referentes afectivos y que se encuentra reconocido en el Artículo 18 de la CDN. De acuerdo con el artículo 555 CCyCN, los que tienen a su cargo el cuidado de personas menores de edad, con capacidad

¹⁷ Juzgado Nacional de 1a Instancia en lo Civil Nro. 23; “G. F. M. c. T. G. D. s/ régimen de comunicación”; 27/04/2020; La Ley - Cita Online: AR/JUR/14896/2020.

¹⁸ Tribunal Colegiado de Familia Nro. 7 de Rosario Fecha: 13/07/2020 Partes: V., V. c. D., R. P. s/ Cuidado personal de los hijos; La Ley - Cita Online: AR/JUR/27797/2020.

¹⁹ Galli Fiant, Maria Magdalena; “El régimen de comunicación entre padres e hijos en tiempos de aislamiento social preventivo y obligatorio” en Seminario de Actualización Profesional, el 6/10/2020, celebrado en UCA, Buenos Aires.

restringida, o enfermas o imposibilitadas, deben permitir la comunicación de estos con sus ascendientes, descendientes, hermanos bilaterales o unilaterales y parientes por afinidad en primer grado.

Al referirse al derecho de comunicación el Juzgado de Familia de Tigre N° 1²⁰ dio una definición e hizo mucho hincapié en la importancia del derecho de comunicación de los hijos el cual consiste en el derecho de mantener un contacto personal con el niño, de la manera más fecunda que las circunstancias del caso posibiliten. Es un derecho irrenunciable, en el que los verdaderos titulares del derecho al régimen comunicacional son los niños, niñas y adolescentes, considerados como sujetos de derecho y no como objeto de protección. Violar este derecho es ir en contra del interés superior del niño.

En otra ocasión, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala E²¹ resolvió cambiar la modalidad establecida de dos veces por semana y de manera asistida por un profesional, a una modalidad nueva que se realice mediante videoconferencia, videollamada, skype o aplicación similar mientras dure el aislamiento y en forma alternada, es decir, día por medio.

Por su parte, el Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil Nro. 92²² el día 13 del mes de mayo, decidió fijar un régimen de comunicación que se asemeje, en la mayor medida posible, al pactado por los propios progenitores, que regía antes de las medidas de aislamiento social preventivo y obligatorio debido a la pandemia. Uno de los fundamentos de dicha resolución fue lo establecido en la decisión administrativa ECAD-2020-703-APN-JGM en relación con el listado de excepciones del aislamiento el traslado de niños, niñas y adolescentes, al domicilio del otro progenitor o progenitora.

Con relación al régimen de comunicación durante el proceso de confinamiento, y a raíz de la emergencia sanitaria, la doctrina²³ sostiene que el Estado no puede cercenar de manera verticalista un derecho que tiene vinculación propia con el interés superior del niño, cuando sopesada su aplicación, se concluya como positivo su ejercicio. Básicamente hay que cumplir las medidas de profilaxis dispuestas y ejercer la comunicación con el NNA de forma sensata, es decir, cumpliendo la cuarentena. Debemos puntualizar también en concientizar la necesidad de cumplir con las medidas higiénicas en los traslados, necesarias para la disminución de la circulación del virus y el riesgo de contagio a los integrantes del grupo familiar.

A saber, en nuestro ordenamiento jurídico se encuentra plenamente vigente el derecho al fluido contacto de los niños con sus progenitores no convivientes y todo su grupo familiar, que a su vez representa una de las principales obligaciones que tiene el progenitor conviviente y cuyo incumplimiento genera severas consecuencias jurídicas,

²⁰ Juzgado de Familia de Tigre N° 1; "C. A. N. c/ C. A. K. s/ Medidas Precautorias (ART. 232 DEL CPCC)"; 03/06/2020; El Dial - Citar: elDial AABEEA.

²¹ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala E; "R. D., N L. c. B., M. M. s/ Régimen de comunicación"; 22/05/2020; La Ley - Cita Online: AR/JUR/16725/2020.

²² Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil Nro. 92; "S. S. P. c. M. D. H. s/ Homologación de acuerdo – Mediación"; 13/05/2020; La Ley - Cita Online: AR/JUR/16271/2020.

²³ Burgos, Juan Pablo; "El régimen de comunicación en tiempos de pandemia"; elDial.com - DC2AAB; Publicado el 13/05/2020.

tanto civiles como penales, las que incluso pueden hacerle perder el cuidado personal compartido que como principio general comparte con el otro progenitor.

El Dr. Mauro Sebastián Bruno nos propone que lo que se debe buscar siempre es tratar de interpretar los alcances del aislamiento social y la restricción en la comunicación en su posible colisión con las directivas del art. 9.3 de la CIDN y artículo 652 del Código Civil y Comercial de la Nación, normas que como antes señalara, reconocen el derecho y deber a una fluida comunicación entre el padre no conviviente y su hijo menor de edad, sin dejar de tener presente que lo normado en el primero de los artículos mencionados goza en nuestro país de jerarquía constitucional conforme lo prescripto por el art. 75 inc. 22 de nuestra Constitución Nacional²⁴.

Por su parte, la doctora Maria Magdalena Galli Fiant²⁵ en su exposición sobre el régimen de comunicación en tiempos de pandemia, anunció que vivimos en un sistema oscilante, de aperturas y cierres, la cual comenzó con una sensación de peligro y hoy abunda la incertidumbre de cuándo terminará. En el ámbito familiar nos encontramos con un desorden en nuestras rutinas, en cuanto a los niños, decimos que su rutina se estructura en cuanto a su actividad escolar y frente a la suspensión y modificación de esta, todos los chicos están viviendo una desconexión con la escuela, el esparcimiento también ha quedado casi anulado y reducido a una mínima expresión. Los adultos por su parte también están viviendo un fenómeno nuevo que es el teletrabajo, o el trabajo alternado entre el trabajo presencial y el trabajo desde casa, para otros significa la pérdida o disminución de trabajo y por ende de ingreso. El confinamiento se dio principalmente porque se redujeron las posibilidades de traslado y movilidad y en el régimen de comunicación es realmente esencial e irremplazable.

La comunicación entre padres e hijos es relación y por eso, la Dra. Galli Fiant opina que la palabra comunicación es escasa, que lo que se busca es preservar la relación y por ende no se puede centrar dicha relación en comunicaciones por una pantalla. El concepto primordial para esta cuestión es la razonabilidad: muchas medidas que se tomaron al comienzo de la pandemia eran razonables para el momento, cuando la etapa de aislamiento era provisoria. Ahora bien, pasado tanto tiempo, debemos seguir adelante con la vida, no se puede seguir con las mismas medidas establecidas en marzo.

En cuanto a los regímenes de comunicación, hoy en día vemos que tenemos casos de alta conflictividad, hay escasez de acompañamiento profesional, de mediación y sin las muletas que brindaba la justicia que ahora no funciona, se ponen al desnudo todas las dificultades que anteriormente parecía que se habían superado.

d) La voz del niño

Por último, pero no menos importante, cabe destacar el papel protagonista a la hora de la toma de decisiones sobre el cuidado personal y el derecho de comunicación,

²⁴ Bruno, Mauro Sebastián; “La comunicación de los hijos con sus progenitores no convivientes en tiempos de aislamiento social obligatorio.”; elDial.com - DC2AB1; Publicado el 15/05/2020.

²⁵ Galli Fiant, Maria Magdalena; “El régimen de comunicación entre padres e hijos en tiempos de aislamiento social preventivo y obligatorio” en Seminario de Actualización Profesional, el 6/10/2020, celebrado en UCA, Buenos Aires.

estamos hablando de la voz del niño en el proceso. La escucha del niño es una forma de “re”conocer el lugar privilegiado que el niño tiene en la sociedad: el de futuro.²⁶

La jurisprudencia subrayó la importancia de la voz del niño en estos procesos de cambios, como elemento fundamental para llegar a una resolución. El Juzgado de Familia de Tigre N°1 en los autos “G. P. R, J. c. M. M, L. s/ Comunicación con los hijos”²⁷ estableció que a fin de establecer la frecuencia de las comunicaciones mediante video llamada del niño con el progenitor no conviviente, ha de procurarse que se sienta cómodo con las circunstancias que le tocan vivir, y que la nueva modalidad de contacto paterno y materno filial no alterare sus actividades diarias, su cotidianeidad, sus rutinas, horarios de juego y de descanso. En particular, debe buscarse que no se sienta abrumado con la obligación de tener que mantener una comunicación diaria con el otro progenitor que no está a su cuidado y brindar un espacio de libertad en que pueda expresarse, ello teniendo en consideración que la comunicación entre padres e hijos debe ser mutua, y debe respetar el nivel de autonomía que corresponde a la edad del niño. En el caso concreto se buscó que el menor se exprese para llegar a una decisión que ponga fin al conflicto.

Es necesario resaltar que la voz del niño está íntimamente ligada con velar por su interés superior, es por ello que para un mayor ahondamiento del concepto general que brinda la CDN, en nuestra legislación local, específicamente hablo de la Ley 26.061, Artículo 3 se reguló que “...se entiende por interés superior de la niña, niño y adolescente la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley. Debiéndose respetar: a) Su condición de sujeto de derecho; b) El derecho de las niñas, niños y adolescentes a ser oídos y que su opinión sea tenida en cuenta; c) El respeto al pleno desarrollo personal de sus derechos en su medio familiar, social y cultural; d) Su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales; e) El equilibrio entre los derechos y garantías de las niñas, niños y adolescentes y las exigencias del bien común; f) Su centro de vida. Se entiende por centro de vida el lugar donde las niñas, niños y adolescentes hubiesen transcurrido en condiciones legítimas la mayor parte de su existencia.”

De la mano de lo mencionado con anterioridad, surge también la necesidad de promover ámbitos de comunicación donde las niñas, niños y adolescentes puedan expresar su voluntad, manifestar sus deseos y necesidades, a efecto que su opinión sea tenida en cuenta al momento de la toma de decisiones²⁸.

La Corte Federal ha sostenido que los jueces, en cuanto servidores de Justicia en el caso concreto, no deben limitarse a la aplicación mecánica de las normas y desentenderse de las circunstancias fácticas con incidencia en la resolución del conflicto. De lo contrario, aplicar la ley se convertiría en una tarea incompatible con la naturaleza misma del derecho y con la función específica de los magistrados, labor en la que tampoco

²⁶ Basset, Úrsula; “La voz del niño en el derecho”; El Derecho - Cuadernos Jurídicos de Derecho de Familia, Número 92.

²⁷ Juzgado de Familia de Tigre N° 1; “G. P. R, J. c. M. M, L. s/ Comunicación con los hijos”; 19/06/2020; La Ley - Cita Online: AR/JUR/25948/2020.

²⁸ Cánepa, Sara, Donato, María, Taffetani, Ezeiza, Laura Griselda, Rogliano, Fabiana y Pelitti, Beatriz; “La comunicación de hijas e hijos con sus progenitores y/o referente afectivo en el aislamiento administrado”; elDial.com - DC2AB4; Publicado el 15/05/2020.

cabe prescindir de las consecuencias pues constituye uno de los índices más seguros para verificar la razonabilidad de la decisión adoptada.

Es así como la Dr. Agustina Diaz Cordero²⁹ sostiene que constituye misión fundamental de la magistratura, en esta situación excepcional de pandemia, contribuir a la pacificación mediante una tutela judicial efectiva de los derechos de los niños, niñas o adolescentes a la vida familiar. Es que velar por su bienestar general augura un futuro próspero para la comunidad.

IV. Conclusiones

A modo de reflexión final, propongo pensar a partir de las siguientes preguntas: ¿Cómo fue nuestra respuesta frente a los cambios en los que nos vimos sumergidos? ¿Es un cambio de vida para los menores de forma temporal o permanente? ¿Qué aprendimos en este tiempo?

Relativo a la respuesta plasmada en los precedentes jurisprudenciales que hemos analizado, se podría concluir en que los primeros pronunciamientos protegen el derecho a la salud, mientras que los más recientes al derecho a la comunicación, el contacto y la relación, poniendo el foco en el principio de coparentalidad y del contacto personal sobre las comunicaciones virtuales. En lo personal entiendo que hay dos grandes derechos en juego y a la hora de tomar una decisión se debe velar por el interés superior del niño, por lo que coincido con la evolución jurisprudencial que concluyó el respetar el régimen de comunicación vigente y velar por la comunicación presencial. En lo que respecta a las normas que surgieron a raíz del COVID-19, nos vimos sumergidos en un aislamiento estricto que coartó, entre muchas otras cosas, la posibilidad de traslados de los NNyA. En lo que a mi opinión respecta, considero que las medidas de extremo confinamiento fueron tomadas en un contexto de emergencia y que, dada la urgencia de estas, no fueron tenidos en cuenta la vulneración de ciertos derechos. A medida que la pandemia pasó de ser una situación extraordinaria a ser una realidad diaria, se contemplaron derechos que fueron de alguna manera “suspendidos” con el aislamiento obligatorio.

No existe claridad para poder responder si este cambio de vida es de forma temporal o permanente, pero si se puede decir que las decisiones que se toman en este tiempo de incertidumbre deben ser moldeables y adaptadas a una realidad volátil, donde las restricciones para circular se vuelven por momentos más flexibles y otras veces más estrictas. Ahora bien, si este confinamiento continúa, ¿qué aspectos del derecho de familia deberíamos trabajar?

La pandemia nos hizo replantearnos muchas cosas y repensar otras, salen a la luz los principios fundantes del derecho de familia, como es el principio de coparentalidad y el interés superior del niño, y en lo personal considero que ello fue un aprendizaje que podemos resaltar en estos tiempos.

²⁹ Diaz Cordero, Agustina; “Los regímenes de comunicación en épocas de pandemia, desde el derecho del niño”; elDial.com - DC2A1F; Publicado el 14/04/2020.