

Regimen De Comunicacion Hijo Menor Interes Superior Del Nino Aislamiento Social Preventivo Y Obligatorio Coronavirus

JURISPRUDENCIA

Buenos Aires, 13 de mayo de 2020.-

AUTOS Y VISTOS: En orden al estado y constancias de autos y petición paterna efectuada el día 30 de abril del corriente año -cuyo traslado conferido a fs.181, fue contestado por la progenitora el día 5 del presente mes, teniendo en cuenta el Aislamiento Social Preventivo Obligatorio (ASPO) decretado por motivos de Salud Pública por el Poder Ejecutivo y sus prórrogas (v. Decreto de Necesidad y Urgencia Nro. 408/2020), corresponde determinar la modalidad de contacto de la niña J. M. S., nacida el 18 de agosto del 2011, con sus progenitores durante el período de la llamada "cuarentena". Para ello, como lo he reiterado en las múltiples decisiones que he debido adoptar en este expediente y los conexos ante la extrema dificultad que presentan los progenitores para arribar a acuerdos relativos a la crianza de su hijo, habrá de considerarse el interés superior del niño, conforme la máxima emergente del art. 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN). Cabe recordar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a través de la Opinión Consultiva 17/2002, señaló que el interés superior del niño debe ser entendido "como la premisa bajo la cual debe interpretarse, integrarse y aplicarse la normativa de la niñez y la adolescencia... Este principio regulador de la normativa de los derechos del niño se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades, así como en la naturaleza y alcances de la Convención sobre los Derechos del Niño". Constituye, pues, "el punto de referencia para asegurar la efectiva realización de todos los derechos contemplados en este instrumento, cuya observación permitirá al sujeto el más amplio desenvolvimiento de sus potencialidades". En estos términos resulta evidente que el principio del interés superior del niño no puede ser considerado en forma abstracta, sino que debe determinarse en función de los elementos objetivos o extrínsecos (contexto social, familiar, cultural, etc.) y subjetivos o intrínsecos (edad, salud, personalidad, deseos y necesidades del niño) propios de cada caso en concreto. Así se ha señalado, que al interpretar el interés superior del niño "hay que relacionar su contenido con las circunstancias concretas de las personas que intervienen en la relación jurídica. La formación de la decisión en la que se determina dónde se sitúa el interés superior del niño ha de hacerse siempre con la consideración de todos los datos que conforman la situación del niño y donde es imprescindible tener en cuenta las circunstancias concretas de los protagonistas que le rodean" (Herranz Ballesteros, Mónica, El interés del menor en los Convenios de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, Lex Nova, Valladolid, 2004, p. 53). En este sendero se ha expresado con claridad la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso "Atala Riffo y Niñas vs. Chile", del 24/02/2012, al sentenciar que "la determinación del interés superior del niño, en casos de cuidado y custodia de menores de edad se debe hacer a partir de la evaluación de los comportamientos parentales específicos y su impacto negativo en el bienestar y desarrollo del niño según el caso, los daños o riesgos reales y probados, y no especulativos o imaginarios", y "que al ser, en abstracto, el "interés superior del niño" un fin legítimo, la sola referencia al mismo sin probar, en concreto, los riesgos o daños que podrían conllevar la orientación sexual de la madre para las niñas, no puede servir de medida idónea para la restricción de un derecho protegido como el de poder ejercer todos los derechos humanos sin discriminación alguna por la orientación sexual de la persona" (párr. 109 y 110, los destacados me pertenecen, publicado en www.corteidh.or.cr/). En el caso de autos, la satisfacción del interés superior del niño se vincula con otra premisa convencional, que resulta de lo normado por los arts. 9.3 y 18.1 de la CDN. El primero expresa que "Los Estados Partes 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". El segundo afirma que "Los Estados Partes 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. Incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño". Teniendo en consideración este derecho deber de hijos y progenitores de mantener un contacto fluido, con fecha 1 de mayo de 2020, como consecuencia de la extensión del período de ASPO, se dictó la decisión administrativa ECAD-2020-703-APN-JGM que incorpora al listado de excepciones del aislamiento el traslado de niños, niñas y adolescentes, al domicilio del otro progenitor o progenitora. En este sentido, el art. 1 prevé que "A fin de garantizar el derecho de niñas, niños y adolescentes a mantener relaciones personales y contacto directo con progenitores o referentes afectivos en los términos establecidos por la Convención sobre los Derechos del Niño y el Código Civil y Comercial de la Nación, incorporarse al listado de excepciones al cumplimiento del "aislamiento social, preventivo y obligatorio" y a la prohibición de circular, a las personas involucradas en los siguientes supuestos: a) Traslado de niños, niñas y adolescentes, al domicilio del otro progenitor o progenitora, o referente afectivo,

siempre que ello sea en el interés superior del niño, niña o adolescente. b) Si se trata de una familia monoparental, 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?. Asimismo, el art. 2 de la citada decisión reza: ¿Se encuentran habilitados para realizar los traslados previstos en la presente cualquiera de los progenitores o progenitoras, o referente afectivo, que esté conviviendo con el niño, niña o adolescente durante el aislamiento social, preventivo y obligatorio? regulado por Decretos Nros. 297/20, 325/20, 355/20 y 408/20 y sus eventuales prórrogas. El traslado podrá realizarse UNA (1) vez por semana. Las personas alcanzadas por este artículo deberán portar completa la declaración jurada aprobada por la Resolución N° 132/20 del MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL?. Esta resolución es coherente con lo recomendado por el Comité de los Derechos del Niño con fecha del 8 de abril del corriente, quien previó la necesidad de ir adecuando criterios en la materia al hacer referencia a los niños, niñas y adolescentes privados de cuidados parentales. En dicha recomendación se concluyó que ¿Si se prolonga el período de emergencia, desastre o confinamiento ordenado por el Estado, se debe considerar reevaluar las medidas que prohíben dichas visitas? (punto 8). Por su parte la Comisión Interamericana de Derecho Humanos, mediante la Resolución 1/2020 (CIDH 10/4/20) expresó: ¿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. Además, se debe asegurar acciones de prevención del contagio en estas unidades, además de establecer protocolos de emergencia orientadores para los equipos y personas que tengan niños a su cargo? (pár. 66). Ahora bien, coincido con el Sr. Defensor de Menores cuando indica que la mención al plazo de una vez por semana de la decisión administrativa apunta a la resolución de un régimen estándar, de alternancia semanal, aplicable a todos los casos. Pero esto no implica que en el caso concreto los tribunales no puedan decidir con un alcance diverso, siempre en función del interés superior del niño. Ello en tanto los riesgos que pudiera traer aparejado un traslado más frecuente de niños, niñas y adolescentes pueden prevenirse si se toman las medidas sanitarias exigidas para todos los ciudadanos. Por otro lado, no parece razonable sostener una interpretación estricta de la decisión administrativa a la luz de los principios constitucionales y convencionales ya mencionados, cuando en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires se habilitaron salidas recreativas para todos los niños y niñas durante los fines de semana. El riesgo de contagio puede presentarse en cualquiera de estas situaciones que ya han sido evaluadas por el gobierno nacional y el gobierno local, decidiéndose una gradual flexibilidad de los paseos para garantizar los derechos de los más pequeños. En el marco de estos autos, mientras que la progenitora rechaza de plano la posibilidad de reanudación del contacto directo entre la niña y su progenitor, éste propone un régimen de alternancia quincenal, aunque admite la posibilidad de otras soluciones en el marco de la actual pandemia. En este contexto, por los argumentos expresados, coincido con el Sr. Defensor de Menores cuando afirma que corresponde 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 y que habrá que retomarse tras ellas. La referencia materna a una internación del padre por sospecha de Covid 19 al comienzo de la cuarentena no es óbice para ello puesto que en tal caso o bien tal sospecha fue descartada (de modo que existe mayor certeza sobre la salud del progenitor que respecto de aquellos que no han realizado testeo alguno), o bien se recuperó y no se encuentra ya en periodo de contagio. Por lo dicho, estimo que corresponde establecer en forma provisoria un régimen de comunicación paterno filial de un fin de semana por medio, tal como fue acordado el 29 de octubre y homologado el 5 de noviembre de 2019. Ello, claro está minimizando todo lo posible los riesgos que puedan ocasionar los traslados de la niña de la casa de un progenitor a la del otro. Por ello, a la luz de los principios esbozados, con miras a resguardar el vínculo afectivo de la niña con ambos progenitores, sin desatender las medidas adoptadas por el Poder Ejecutivo Nacional para hacer frente a la pandemia que afecta a la sociedad en su conjunto, lo dictaminado por el Ministerio Púpilar, y mientras duren las restricciones por pandemia, con carácter provisorio y excepcional, RESUELVO: Establecer cautelarmente un régimen de comunicación paterno filial con la niña J. M. S. de un fin de semana por medio, tal como fue acordado oportunamente. Los traslados deberán ser efectuados por los progenitores (o personas de su confianza) en transporte privado (no transporte público de pasajeros), con los estrictos recaudos detallados por el Sr. Defensor de Menores en su dictamen precedente. Hágase saber a las partes que cesado el período de ASPO se retomará el régimen convivencial y de comunicación vigente. Notifíquese a las partes y al Magistrado.-

MARÍA FAMA Correlaciones: Atala Riffo y Niñas c/Chile - Corte Interamericana de Derechos Humanos - 24/02/2012 - Cita digital IUSJU225563D 000595F