

**Título:** Acerca del primer fallo sobre régimen de comunicación y coronavirus

**Autores:** Pittier, Lautaro E. - Rincón, Ricardo G.

**Publicado en:** LA LEY 03/04/2020, 03/04/2020, 9

**Cita Online:** AR/DOC/821/2020

**Sumario:** I. Introducción.— II. El caso.— III. Lo resuelto.— IV. Valoración de lo resuelto.— V. Lo dispuesto por el gobierno nacional a modo de excepción al aislamiento.— VI. A modo de conclusion.

(\*)

(\*\*)

### **I. Introducción (\*\*\*)**

Como es de público conocimiento, el pasado viernes 20 de marzo entró en vigencia a las 00.00 hs el decreto de necesidad y urgencia (DNU) por el cual el Poder Ejecutivo Nacional dispuso el aislamiento social obligatorio hasta el 31 de marzo con el objeto de ralentizar entre nuestra población los efectos del contagio del COVID-19, luego ampliado al 12 de abril.

Los infectólogos más destacados han señalado que es inevitable que la población se contagie, pudiendo, no obstante, evitarse que la velocidad del contagio colapse la capacidad de respuesta del sistema sanitario tal cual como lamentablemente ha sucedido en Italia. Esa es la razón esgrimida para tomar una decisión que no tiene antecedentes.

La situación, inédita en los tiempos modernos, pone a la sociedad en un momento de tensión en el cual se ponen en juego los valores que sostiene. En el caso que analizamos la tensión se verifica entre el derecho de un padre a tener contacto con su hijo/a y una decisión de política pública en materia sanitaria.

### **II. El caso**

La sentencia fue dictada por el Juzgado de Familia N° 4 de San Isidro, Provincia de Buenos Aires, y lleva como fecha el 19 de marzo de 2020.

En el sub lite se resuelve por la negativa —desestimación— la petición del progenitor no conviviente de dar continuidad a su derecho al contacto, que ya se encontraba sancionado a su favor en el expediente que resolvía su derecho a la comunicación, ante la negativa del progenitor conviviente (en este caso la madre) de permitir el traslado de los menores desde su centro de vida a otra locación. Vale tener presente que la madre alude al estado de pandemia declarado por la Organización Mundial de la Salud como razón suficiente para no permitir el contacto.

#### **II.1. Los considerandos generales**

El progenitor no conviviente en su presentación, además de fundar su derecho en las normas correspondientes del Código Civil y Comercial de la Nación que regulan el derecho de comunicación, apela al bloque federal de constitucionalidad en virtud de la interpretación armónica de los arts. 31 y 75, inc. 22, CN y 1° y 2° del Cód. Civ. y Com.

En vista a que en su presentación el peticionante alude al interés superior del niño como criterio de interpretación y solución a la controversia suscitada, el juez realiza un prolijo análisis de la situación. Así, comienza recordando que, en primer lugar, el art. 3°, párr. 1°, de la Convención sobre los Derechos del Niño otorga al niño el derecho a que se considere y tenga en cuenta de manera primordial su interés superior en todas las medidas o decisiones que le afecten, tanto en la esfera pública como en la privada.

El magistrado prosigue su análisis señalando que, establecido como uno de los valores fundamentales de la Convención sobre los Derechos del Niño, el Comité de los Derechos del Niño ha determinado que el art. 3°, párr. 1°, enuncia uno de sus cuatro principios generales en lo que respecta a la interpretación y aplicación de todos los derechos del niño: El interés superior del niño se aplicará a todos los asuntos relacionados con el niño y se tendrá en cuenta para resolver cualquier posible conflicto entre los derechos consagrados en la Convención o en otros tratados de derechos humanos (1) (conf. Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 14 [2013] sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial, párr. 33) (el destacado es nuestro).

El juez entiende que el Comité subraya, asimismo, que dicho interés superior debe ser entendido como un concepto triple:

a) Por un lado, un derecho sustantivo, consistente en que sea una consideración primordial que se evalúe y tenga en cuenta al sopesar distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión debatida; y la garantía de que ese derecho se pondrá en práctica siempre que se tenga que adoptar una decisión que afecte a un niño.

b) Por otro lado, un principio jurídico interpretativo fundamental (si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño).

c) Y finalmente, una norma de procedimiento, en tanto siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño, deberá incluirse una estimación de sus posibles repercusiones (positivas o negativas) sobre aquel, así como la justificación de esas decisiones debe dejar patente que se ha tenido en cuenta explícitamente ese derecho (conf. Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 14, cit., párr. 6°).

Así las cosas, el objetivo del concepto "interés superior del niño", sostiene el magistrado, es garantizar el disfrute pleno y efectivo de todos los derechos reconocidos por la Convención sobre los Derechos del Niño y el desarrollo holístico del niño, abarcativo de sus aspectos físico, mental, espiritual, moral, psicológico y social a la vista de lo que establecido por el Comité de los Derechos del Niño en su Observación General N° 5 [2003] sobre medidas generales de aplicación de la mencionada Convención, párr. 12; así como lo vertido en la Observación General N° 12 [2009] sobre el Derecho del niño a ser escuchado, párr. 2°; y en la Observación General N° 14, cit., párr. 4°.

Su Señoría reconoce, asimismo, que, en la práctica, la apreciación del interés superior del niño es una cuestión compleja cuyo contenido debe determinarse caso por caso. Entendemos que el magistrado no pretende colocarse en este punto en el lugar de un legislador del caso. Su apelación no es al desarrollo de una casuística, sino al de una sistematización razonada del encuadre normativo aplicable.

El magistrado expresa que puede definirse al "interés del menor" como el conjunto de bienes necesarios para el desarrollo integral y la protección de la persona y los bienes de un menor dado, y entre ellos el que más conviene en una circunstancia histórica determinada, analizado en concreto, ya que no es concebible un interés del menor puramente abstracto, por lo que debe quedar excluida toda consideración dogmática para atender exclusivamente a las circunstancias particulares que presenta cada caso (Ac. 63.120, "G., V.", sent. de 31/03/1998; Ac. 73.814, "G., J. G.", sent. de 27/09/2000; Ac. 79.931, "A., K. E.", sent. de 22/10/2003; e.o.).

El argumento citado lo refuerza considerando que en materia de menores todo está signado por la provisoriedad, atendiendo que lo que hoy resulta conveniente mañana puede ya no serlo; y a la inversa, lo que hoy aparece como inoportuno puede en el futuro transformarse en algo pertinente, citando en apoyo de su tesis la Ac. 66.519 "C., M. A." sobre la sentencia de 26/10/1999; la Ac. 71.303, "S., C. E.", sobre la sentencia de 12/04/2000; y la Ac. 78.726 "M., R. R." sobre la sentencia de 19/02/2002.

De lo expuesto razona que la evaluación del interés superior del niño es una actividad singular que debe realizarse en cada caso teniendo en cuenta las circunstancias concretas de cada niño o grupo de niños. Esas circunstancias se refieren a las características específicas del niño o los niños de que se trate, como su edad, su sexo, su grado de madurez, su opinión, su experiencia, su pertenencia a un grupo minoritario, la existencia de una discapacidad física, sensorial o intelectual, más su contexto social y cultural, por ejemplo, la presencia o ausencia de los padres, el hecho de que el niño viva o no con ellos, la calidad de la relación entre este y su familia o sus cuidadores, su entorno en relación con la seguridad y la existencia de medios alternativos de calidad a disposición de la familia, la familia ampliada o los cuidadores, entre otras. Cita en abono de su afirmación a lo dispuesto por Comité de los Derechos del Niño en su Observación General N° 14, párr. 48.

Al evaluar y determinar el interés superior de un niño el magistrado entiende que también debe tenerse en cuenta la obligación del Estado de asegurarle la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar. En este punto sostiene que los términos "protección" y "cuidado" deben interpretarse en un sentido amplio, ya que su objetivo no se expresa con una fórmula limitada o negativa, sino en relación con el ideal amplio de garantizar el desarrollo del niño y su bienestar conforme lo sostiene el ya citado Comité de los Derechos del Niño en la Observación General N° 14, párr. 71. En relación con la idea del bienestar, expresa que debe ser apreciado en un sentido amplio, "abarcativo de sus necesidades materiales, físicas, educativas, culturales, espirituales y emocionales básicas, así como de su necesidad de afecto, seguridad, pertenencia, estabilidad y proyección".

Abunda en su razonamiento y considera el interés superior del niño como algo "primordial" que requiere tomar conciencia de la importancia que deben tener sus intereses en todas las medidas, así como la expresa voluntad de dar prioridad a dichos intereses en todas las circunstancias, pero sobre todo cuando las medidas tengan efectos indiscutibles en los niños de que se trate (conf. Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 14, cit., párr. 40).

Avanza, asimismo, manifestando que los posibles conflictos entre el interés superior de un niño, desde un punto de vista individual, y los de un grupo de niños o los de los niños en general tienen que resolverse caso por caso, sopesando cuidadosamente los intereses de todas las partes y encontrando un compromiso adecuado. Luego entiende que "Lo mismo debe hacerse si entran en conflicto con el interés superior del niño los derechos de otras personas"(sic), llevando así el asunto a su punto máximo de tensión para resolver que: "Si no es posible armonizarlos, las autoridades y los responsables de la toma de decisiones habrán de analizar y sopesar los derechos de todos los interesados, teniendo en cuenta que el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial significa que los intereses del niño tienen máxima prioridad y no son una de tantas consideraciones. Por tanto, se debe conceder más importancia a lo que sea mejor para el niño (conf. Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 14, cit., párr. 39)".

En este aspecto el magistrado señala que el principio del favor minoris (2) adquiere una mayor preponderancia objetiva, en tanto el principio de precaución exige valorar primordialmente los riesgos, daños futuros y otras consecuencias de la decisión, en la seguridad de los niños. Razona seguidamente que la jerarquía de los derechos vulnerados, que interesan sin duda alguna al interés público, y la consideración primordial del interés del menor deben guiar la solución de cada caso en orden a restablecerlos por una parte, y hacerlo con el menor costo posible —entendiendo esto último en términos de economía y celeridad procesales—, atendiendo a razones de elemental equidad, todo ello sin mengua de la seguridad jurídica, valor igualmente ponderable por su trascendencia en toda decisión que tomen los jueces citando a Ac. 56.535 "E., M. E.", sent. de 16/03/1999 y a Ac. 84.418 "A., S.", sent. de 19/06/2002.

## II.2. Los considerandos específicos

Luego de analizar los alcances que se debe dar al principio invocado del interés superior del niño desde una perspectiva general, el juez competente se aboca al caso en análisis sosteniendo que el tiempo constituye un factor esencial al momento de hacer operativo el "interés superior del menor". Así, la exigencia de que ese interés sea analizado "en concreto", como también el situar que el "conjunto de bienes necesarios" para el menor se integre con los más convenientes en "una circunstancia histórica determinada", responden al lugar e incidencia trascendental que el factor temporal tiene en la vida de los menores.

Así, al lado de las obligaciones estatales asumidas en procura del respeto o tutela del derecho de los menores a la preservación de sus relaciones familiares, velando porque los niños no sean separados de sus padres contra la voluntad de estos, la Convención de los Derechos del Niño prevé —razonablemente— que esto último debería ceder cuando la separación se presente como necesaria en el interés superior de los menores conforme los arts. 8º, 9º, 19 y concs. de la CDN y cita el voto del ministro Pettigiani en la resolución del expte. SCJBA C. 121.343 del 3 de mayo de 2018, en abono de lo expresado.

El magistrado toma también argumentos del voto del Dr. De Lázzari en el citado expediente cuando afirma que en el interés por satisfacer la meta del logro de resguardo del interés superior del niño y de la protección y defensa de sus derechos quedan relegados en una medida razonable los de los mayores, debiendo el proceso quedar despojado de toda consideración ritualista.

Finalmente, en la resolución del caso en concreto, entiende el magistrado que primeramente cabe recordar que es de público y notorio conocimiento que la rápida propagación a nivel mundial del nuevo coronavirus (COVID-19) ha motivado la declaración de la Organización Mundial de la Salud (OMS) de una emergencia de salud pública de importancia internacional (ESPII) en el marco del Reglamento Sanitario Internacional.

De lo expuesto se deduce que corresponde en la emergencia evitar condiciones de contagio del virus, debiendo contribuirse a la prevención como herramienta útil en beneficio de la sociedad.

Entiende el magistrado que estas medidas de prevención deben tener por objeto reducir la circulación del virus, a fin de resguardar la salud de la población; y refiere que, en tal sentido, se han encaminado las distintas decisiones que tanto a nivel nacional como provincial se han ido adoptando, afectando entre otros servicios el normal funcionamiento de la justicia y la asistencia a clases de los niños.

En el sentido expuesto sostiene que el Ministerio de Salud de la Provincia de Buenos Aires ha dispuesto mediante resolución 394, inc. q, la "recomendación de permanecer en el domicilio y no concurrir a lugares públicos durante el plazo de 14 días".

Añade, asimismo, que el país se encuentra en estado de alerta para sensibilizar la vigilancia epidemiológica y la respuesta integrada en la cual la situación actual "de fase de contención" tiende a reducir el riesgo de diseminación de la infección entre la población. Medida esta que frente al riesgo que genera el avance a nivel mundial de la enfermedad resulta adecuada a juicio del a quo para direccionar el esfuerzo sanitario y neutralizar la propagación de la enfermedad.

Finalmente, sintetiza diciendo que con la finalidad de fortalecer la prevención y la salud como bien fundamental de la comunidad, corresponde desestimar el planteo formulado por el actor, mientras dure la vigencia de las medidas de aislamiento dictadas tendientes a la permanencia de los niños en sus hogares, evitando para ellos todo tipo de traslado.

## III. Lo resuelto

Atento lo expuesto, el Dr. Gustavo Halbide a cargo del Juzgado de Familia N° 4 (en turno) del departamento judicial de San Isidro resuelve desestimar el pedido de habilitación de asueto judicial formulado, tendiente a la ejecución del régimen de comunicación en cuestión (arg. art. 153, Cód. Proc.).

## IV. Valoración de lo resuelto

En ningún momento de su análisis el Dr. Halbide desconoce el derecho que le asiste al progenitor no conviviente a mantener la comunicación con sus hijos menores, pero lo que acertadamente realiza es una valoración del derecho en la emergencia.

En efecto, el estado de emergencia pública provocado por la pandemia de coronavirus resulta una verdad que no admite prueba en contrario. Asimismo, y desde antiguo, los pueblos han debido adecuarse a situaciones extraordinarias estableciendo medidas extraordinarias en el contexto de las crisis. Estas situaciones

extraordinarias imponen sacrificios a la población que ve alterada de alguna u otra manera la normalidad con que venía desarrollando su vida.

En este estado de cosas, cabe preguntarse por la razonabilidad de la disposición tomada por el juez de turno.

Nuestra postura es en favor del decisorio que estamos comentando. El Dr. Halbide extrema los cuidados realizando un prolijo inventario de decisiones tomadas por el Comité de los Derechos del Niño que es el órgano máximo de interpretación de los alcances de la Convención. Al hacer suyos estos argumentos, su Señoría inscribe su accionar en el marco de la tradición jurídica argentina del control de constitucionalidad y americana del control de convencionalidad.

Siguiendo el razonamiento del magistrado, vemos cómo se hilvana el engranaje normativo desde los niveles superiores de la pirámide jurídica argentina (Constitución Nacional y Convención de los Derechos del Niño), integrando en su razonamiento tanto a la ley nacional 26.061 y ley provincial 13.298 (Buenos Aires), como a las decisiones administrativas correspondientes (res. 394 del Ministerio de Salud de la Provincia de Buenos Aires) y los antecedentes jurisprudenciales. Esta pieza de razonamiento jurídico deviene así una muestra de subsunción lógica en la cual, puesto a decidir entre dos derechos en tensión (en este caso el derecho del padre a tener contacto con su hijo y el derecho de los niños a verse preservados en su salud), el magistrado define en favor del derecho del más débil y a favor de la preservación de la vida.

En su oportunidad el maestro Ekmekdjian, al realizar el análisis axiológico de nuestra Constitución Nacional, manifestaba que el mayor derecho al que una persona aspira es su dignidad. Sostenía que una persona es capaz de ofrendar su vida en aras de defender su dignidad y proponía como ejemplo situaciones en que por patriotismo o religiosidad un sujeto elegía sacrificarse.

Ahora bien, en este caso estamos hablando de menores, esto es, sujetos cuya capacidad de decisión se encuentra restringida por causa de su desconocimiento y falta de madurez. Desde antiguo se desarrollaron instituciones para resolver los problemas que la situación de la minoridad provocaba (3) y, en este caso, el magistrado asume la representación del interés público de la sociedad frente a los argumentos vertidos por las partes y por el Ministerio Pupilar.

Saludamos el buen tino del magistrado y formulamos votos para que la sociedad argentina comprenda la profundidad de la situación sanitaria por la que atravesamos para que, lo más pronto posible, podamos ver restablecida la normalidad en nuestras vidas cotidianas.

#### **V. Lo dispuesto por el gobierno nacional a modo de excepción al aislamiento**

El Ministerio de Desarrollo de la Nación, a través de la Secretaría de Niñez, Adolescencia y Familia, y el Ministerio de las Mujeres, Géneros y Diversidad de la Nación, resolvió una serie de excepciones al dec. 297/2020 en lo referido al aislamiento social en el caso de asistencia de niños, niñas y adolescentes por sus progenitores o tutores.

La norma establece que el progenitor, referente afectivo o familiar que tenga a su cargo realizar el traslado, deberá tener en su poder una declaración jurada a fin de ser presentada a la autoridad competente, junto con el Documento Nacional de Identidad del niño, niña o adolescente, a los fines de corroborar la causa del traslado.

El progenitor, familiar o referente afectivo completa el "Certificado Único Habilitante para Circulación — Emergencia COVID-19" a través de la plataforma "Trámites a Distancia" (TAD), ingresando a <https://tramitesadistancia.gob.ar/>.

La norma establece que serán considerados supuestos de excepción, por ejemplo, "cuando al momento de entrar en vigencia la medida de aislamiento social, preventivo y obligatorio el niño, niña o adolescente se encontrase 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".

También "cuando uno de los progenitores, por razones laborales que se inscriban en alguno de los incisos del art. 6° del dec. 297/2020, de asistencia a terceros u otras causas de fuerza mayor, deba ausentarse del hogar en el que se encuentra el niño, niña o adolescente; pueda trasladarlo al domicilio del otro progenitor, familiar o referente afectivo".

Finalmente, otra de las excepciones previstas será "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".

#### **VI. A modo de conclusión**

Es dable señalar que vivimos un momento excepcional que nos obliga a revalorar los principios fundamentales sobre los que se edifican los derechos humanos. En efecto, cuando estudiamos las generaciones de derechos de manera didáctica decimos que dicha clasificación no implica una categoría de derechos, sino que ningún derecho humano resulta superior a otro. Sin embargo, hace años que vivimos una expansión de derechos individuales por sobre los derechos colectivos lo que nos ha llevado a discutir si podíamos optar por evadir un calendario de vacunación o violar una cuarentena sanitaria para evitar la propagación de una pandemia. Superada esta crisis, quizás debamos reflexionar sobre la gran importancia de concentrarnos en los derechos sociales y los de incidencia colectiva que implican el trabajo solidario de las personas; y la obligación de colaboración de todos los Estados para el desarrollo sustentable, la salud y el bienestar de todos y todas.

(\*) Abogado. Profesor universitario en Ciencias Jurídicas. Director de Asuntos Jurídicos, Facultad de Derecho, UNLZ. Docente adjunto de Derechos Humanos y de Derecho Constitucional Argentino, Facultad de Derecho, UNLZ. Director del Instituto de Derechos Humanos del CALZ. Miembro de la Asociación Argentina de Derecho Procesal Constitucional. Codirector investigación Lomas CyT El Control de Convencionalidad en la Argentina y su relación con el principio internacional de progresividad de los Derechos Humanos.

(\*\*) Abogado (UNLZ). Decano de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad del Este (UDE). Profesor Adjunto de Teoría Constitucional (Facultad de Derecho - UNLZ). Codirector investigación Lomas CyT El Control de Convencionalidad en la Argentina y su relación con el principio internacional de progresividad de los Derechos Humanos.

(\*\*\*) La situación de emergencia provocada por el desarrollo de la pandemia de coronavirus ha motivado cambios en la conducta social de los individuos, afectando relaciones que ya contaban con un régimen legal de encuadramiento. Las relaciones de familia no son ajenas a esta problemática y el interés superior del niño es el argumento esgrimido por todas las partes involucradas.

(1) Claramente si dicha interpretación prima en un caso de colisión entre normas de dos tratados, más aún en el caso presente en el que se debe analizar si la normativa local se subsume en el principio formulado

(2) Favor minoris que cuenta con expresa recepción en los arts. 3° y 5° de la ley 26.061, conforme al cual, ante la posible colisión o conflicto entre los derechos e intereses de los menores, en oposición a otros derechos e intereses igualmente legítimos, han de prevalecer los primeros (en el mismo sentido, art. 4°, ley 13.298).

(3) Nos referimos a los institutos jurídicos de la patria potestad y de la tutela, entre otros.



---

## Información Relacionada

### Voces:

DERECHO DE FAMILIA ~ DERECHO A LA SALUD ~ SALUD PUBLICA ~ ENFERMEDADES ~ POLITICAS PUBLICAS ~ DECRETO DE NECESIDAD Y URGENCIA ~ PODER EJECUTIVO ~ RESPONSABILIDAD PARENTAL ~ HIJO ~ COMUNICACION CON EL HIJO ~ CUIDADO PERSONAL DEL HIJO ~ UNIFICACION CIVIL Y COMERCIAL ~ CODIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACION ~ INTERPRETACION JUDICIAL ~ JURISPRUDENCIA

**Fallo comentado:** [JFamilia N° 4, San Isidro ~ 19/03/2020 ~ L. A. H.E. c. S. M., S. s/ medidas protectories.](#)