

# Fallo de san Isidro - Deniega habilitación de asueto para contacto parental

San Isidro, 19 de marzo de 2020.-

AUTOS Y VISTOS: el estado de las presentes actuaciones y

CONSIDERANDO:

I.-A fs. 1014/15 la actora solicita la habilitación del asueto judicial a los fines del tratamiento de su pedido, tendiente a exigir el cumplimiento del régimen de comunicación establecido en autos. Corrida la vista al Ministerio Pupilar este se pronuncia mediante el dictamen que antecede.

La cuestión debatida se centra en el planteo formulado por el actor, en virtud de la negativa en la que estaría incurriendo la demandada, a dar cumplimiento con un régimen de comunicación, justificando aquella su comportamiento en la situación actual derivada del coronavirus.

II. Previo al tratamiento específico de la cuestión, entiendo cabe recordar en primer lugar que el art. 3, párrafo 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.

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, párrafo 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 (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).

Subraya asimismo que dicho interés superior debe ser entendido como un concepto triple: 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. 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). Y finalmente,

una norma de procedimiento, en tanto siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño en concreto el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión en el niño, así como la justificación de las 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).

El objetivo del concepto "interés superior del niño" 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 (conf. Comité de los Derechos del Niño, Observación General n° 5 [2003] sobre medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño, párr. 12; Observación General n° 12 [2009] sobre el Derecho del niño a ser escuchado, párr. 2; y Observación General n° 14, cit., párr. 4).

Ahora bien, en la práctica, la apreciación del interés superior del niño es una cuestión compleja y su contenido debe determinarse caso por caso. De este modo, 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-III-1998; Ac. 73.814, "G., J. G.", sent. de 27-IX-2000; Ac. 79.931, "A., K. E.", sent. de 22-X-2003; e.o.), máxime cuando en materia de menores todo está signado por la provisoriedad, en tanto 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 (Ac. 66.519 "C., M. A.", sent. de 26-X-1999; Ac. 71.303, "S., C. E.", sent. de 12-IV-2000; Ac. 78.726 "M., R. R.", sent. de 19-II-2002; e.o.).

Así, 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 y el contexto social y cultural del niño, 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 éste 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 (conf. Comité de los Derechos del Niño, Observación General n° 14, cit., párr. 48).

Al evaluar y determinar el interés superior de un niño también debe tenerse en cuenta la obligación del Estado de asegurarle la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar. 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 (conf. Comité de los Derechos del Niño, Observación General n° 14, cit., párr. 71); este último 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.

Por demás, la consideración del interés superior del niño como algo "primordial" requiere tomar conciencia de la importancia que deben tener sus intereses en todas las medidas y tener la

voluntad de dar prioridad a esos 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).

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. Lo mismo debe hacerse si entran en conflicto con el interés superior del niño los derechos de otras personas. 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).

Es que en este aspecto, el principio favor minoris, 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), 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.

Así, 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 (Ac. 56.535 "E., M. E.", sent. de 16-III-1999; Ac. 84.418 "A., S.", sent. de 19-VI-2002; e.o.).

En este marco, 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.

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 éstos, el referido texto internacional prevé -razonablemente- que esto último debería ceder cuando la separación se presente como necesaria en el interés superior de los menores (arg. arts. 8, 9, 19 y conchs., CDN). (conf. SCJBA C. 121.343 3 de mayo de 2018 –voto Dr. Pettigiani).-

En 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 y el proceso despojado de toda consideración ritualista, para tender casi exclusivamente a la satisfacción de aquella meta (arts. 3, CDN y 75 inc. 22, Const. nac.). (SCJBA mismo fallo, voto Dr. De Lazzari).-

III.-En el caso que nos ocupa, entiendo que cabe recordar que es de público y notorio 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.

Que corresponde en la emergencia evitar condiciones de contagio del virus, debiendo contribuirse a la prevención como herramienta útil en beneficio de la Sociedad.

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

En tal sentido, el Ministerio de Salud de la provincia de Bs. As. ha dispuesto mediante resolución nro. 394 inc. q la recomendación de permanecer en el domicilio y no concurrir a lugares públicos durante el plazo de 14 días.

El país se encuentra en estado de alerta para sensibilizar la vigilancia epidemiológica y la respuesta integrada, la situación actual de fase de contención, tiende a reducir el riesgo de diseminación de la infección en la población.

Medida esta que frente al riesgo que genera el avance a nivel mundial de la enfermedad resulta adecuada para direccionar el esfuerzo sanitario y neutralizar la propagación de la enfermedad.

Ello así, entiendo 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 todo tipo de traslado de los mismos.

En virtud de todo lo expuesto, RESUELVO: DESESTIMAR el pedido de habilitación de asueto judicial formulado, tendiente a la ejecución del régimen de comunicación en cuestión (arg. Art. 153 Cod.Proc.)-

Regístrese.-

Dr. Gustavo Halbide

Juez del Juzgado de Familia nº 4 de SAN ISIDRO en turno actualmente