

La comunicación de hijas e hijos con sus progenitores y/o referente afectiva/o en el aislamiento administrado

Por Sara Cánepa, María Donato, Laura Taffetani, Griselda Eseiza, Fabiana Rogliano y Beatriz Pelitti

“El derecho de familia, en el marco de la normativa del CCyC, se encuentra interpelado de manera constante y continua por la obligada perspectiva constitucional-convencional. Ello significa la aplicación del enfoque de derechos humanos en términos de equidad, garantizando la efectividad de derechos, en particular, a niñas, niños y adolescentes.”

“Este enfoque origina a su vez la necesidad de reconocer que la resolución de los problemas humanos que encierran los temas de familia no pueden limitarse a la aplicación de una suerte de fórmulas o modelos prefijados, sino que se deben crear los mecanismos necesarios para dar lugar a las circunstancias que rodean cada caso para valorarlos y resolver conforme a esta realidad.”

“(…) cobran especial relevancia los principios rectores del acceso a la justicia. En particular, los de tutela judicial efectiva y la aplicación del principio del interés superior de niñas, niños y adolescentes en su correlato con la escucha.”

“(…) la situación actual de pandemia trae, inevitablemente, un nuevo desafío en las relaciones familiares, que es el de la necesidad de una fuerte intervención estatal en el ámbito privado en pos de un interés general que es el de la salud de la población.”

“La restricción a la libertad ambulatoria tiende a la preservación del orden público. El bien jurídico tutelado es el derecho colectivo a la salud pública. La medida restrictiva se entiende temporaria y necesaria, razonable y proporcionada con relación a la amenaza y al riesgo sanitario que enfrenta nuestro país.”

“(…) la última disposición que se ha emitido, en relación al derecho de comunicación entre las niñas, niños y adolescentes con sus progenitores, ha traído algunas dificultades en su interpretación, justamente por su esquema rígido en una realidad compleja y diversa.”

“(…) la previsión del art. 1º de la disposición, en términos de aplicar el principio del interés superior del niño, sigue siendo una buena guía para establecer las mejores respuestas a tiempos tan difíciles como los que estamos viviendo.”

“(…) la diversidad de situaciones que podrían suscitarse a partir de las limitaciones que pudieran surgir como podrían ser las de la distancia, las relaciones conflictivas entre las y los progenitores o las condiciones para afrontar el aislamiento, entre otras, deberían resolverse por acuerdo entre partes evitando recurrir a la vía jurisdiccional para resolverlos, si es que decidimos realmente otorgarles a los NNyA su carácter de sujetos de derechos y respetar su interés superior efectivamente.”

“(…) si esto no fuera posible, la vía jurisdiccional debe dar respuestas ágiles como instrumento idóneo para garantizar la tutela judicial efectiva y así resolver las conflictivas que afectan seriamente el derecho de comunicación de los NNyA con quienes sostienen sus principales vínculos afectivos, que en un contexto como el que vivimos de aislamiento adquieren especial relevancia.”

“Centrarnos en una perspectiva de infancia para abordar las distintas conflictivas familiares que han generado o incentivado la emergencia sanitaria y el aislamiento como medida preventiva para el cuidado de la salud pública en relación al derecho a la comunicación, sugiere como un buen ejercicio aplicar una mirada más abarcativa y holística de los intereses involucrados.”

“De recurrir a la vía jurisdiccional, ante la disparidad de criterios, sería conveniente que los niños, niñas y adolescentes puedan contar con el patrocinio jurídico necesario para expresar su deseo y garantizar su derecho a ser oídos en el procedimiento que los involucra.”

“Es fundamental abordar cada situación desde una perspectiva de niñez y adolescencia a fin de garantizar y efectivizar los derechos de niñas, niños y adolescentes.”

Citar: eDial.com - DC2AB4

Publicado el 15/05/2020

Copyright 2020 - eDial.com - editorial albrematica - Tucumán 1440 (1050) - Ciudad Autónoma de Buenos Aires - Argentina

La comunicación de hijas e hijos con sus progenitores y/o referente afectiva/o en el aislamiento administrado.

Por Sara Cánepa, María Donato, Laura Taffetani, Griselda Eseiza, Fabiana Rogliano Y Beatriz Pelitti^[1].

Palabras claves: Comunicación con hijas e hijos. Emergencia. Decisión Administrativa. Instrumentos Internacionales con contenido de derechos humanos. Perspectiva de infancia. Recomendaciones.

SUMARIO: 1- Introito. 2- El planteo. 2.1- Antecedentes. 2.2- Decisión Administrativa -DA- 703-2020. 2.3- El cuidado personal y el derecho de comunicación. 3- Normativa Aplicada. Tratados Internacionales de derechos humanos. Perspectiva de infancia. 4- Recomendaciones. 5- A modo de conclusión

1- Introito

Los hechos de público conocimiento en virtud de la pandemia declarada por la organización mundial de la salud (OMS) en relación con el covid-19 han dado lugar al dictado de medidas por parte del Poder Ejecutivo Nacional para afrontarla. Así, el Decreto PEN N° 260/20 amplió por el plazo de un año la emergencia pública en materia sanitaria establecida por la ley N° 27.541 y el Decreto PEN N° 297/20 en el que, con la finalidad de proteger la salud pública, se estableció para todas las personas que habiten en el país o se encuentren en él en forma temporaria, la medida de “aislamiento social, preventivo y obligatorio” desde el día 20 de marzo hasta el 31 de marzo del corriente, cuya última prórroga fue dispuesta por el Decreto N° 408/20 hasta el 10 de mayo de 2020 inclusive.

Posteriormente se dictaron nuevas medidas prorrogando el aislamiento hasta el 24 de mayo de 2020.

2.- El planteo.

2.1- Antecedentes.

Esta situación obviamente trajo aparejado un gran impacto en el normal desenvolvimiento de las relaciones sociales y en ese marco, particularmente, en las relaciones familiares en sus distintas modalidades.

El Decreto PEN N° 297/20 estableció como regla general el “aislamiento social, preventivo y obligatorio para proteger la salud pública”, restringiendo el desplazamiento de la población a los casos expresamente contemplados o el cumplimiento de actividades esenciales contempladas por la normativa vigente.

En dicho decreto, en la situación que nos ocupa, se estableció en su art. 6 inc. 5 la posibilidad de traslado de las *“Personas que deban asistir a otras con discapacidad; familiares que necesiten asistencia; a personas mayores; a niños, a niñas y a adolescentes”*.

Por su parte el Ministerio de Desarrollo Social junto al Ministerio de las Mujeres, Género y Diversidad, ambos de la Nación, dictaron la Resolución Conjunta N° 132/20 cuyo artículo 2°, inciso a), dispuso que si 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, podía ser trasladado por única vez a éste o a donde resultase más adecuado a su interés superior para cumplir allí con la medida de aislamiento social mencionada.

Durante ese tiempo, a fin de sostener el contacto de la niña, niño y adolescente con el/la progenitor/a no conviviente y evitar cualquier tipo de daño en la salud se recomendaba que la comunicación se efectivice por medio de video conferencias garantizando de esta manera un piso mínimo de acercamiento de acuerdo a las circunstancias y características de cada caso y respetando a su vez las necesidades de las hijas e hijos.

2.2- **Decisión Administrativa - DA 703-2020**

El 1° de mayo esta situación se ha modificado con la Decisión administrativa del Jefe de Gabinete N° 703-2020, a instancias del Ministerio de Desarrollo Social, del Ministerio de las Mujeres, géneros y diversidad y del Ministerio de Salud y que tiene como objetivos:

- Promover mejores condiciones para garantizar el derecho de niñas, niños y adolescentes a mantener relaciones personales y contacto directo con progenitores o referentes afectivos.
- Promover la corresponsabilidad social y familiar de los cuidados, en pos de garantizar la igualdad de género, visibilizando el trabajo y la responsabilidad que ello implica, así como la diversidad de familias que lo llevan adelante.

A esos fines, dicha resolución estableció que, para garantizar el derecho de niñas, niños y adolescentes a mantener relaciones personales y contacto directo con progenitores o referentes afectivos, se incorporó 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.

La DA 703-2020 determina que los traslados quedan en cabeza de cualquiera de los progenitores o progenitoras, o referente afectivo, que esté conviviendo con la niña, niño o adolescente, y se podrá realizar una vez por semana, debiendo llevar la declaración jurada para poder circular.

2.3- **El cuidado personal y el derecho de comunicación**

Las relaciones familiares son, sin lugar a dudas, un ámbito sumamente complejo y diverso, dado el componente afectivo y profundamente humano que las atraviesa.

Si bien cuando hablamos de relaciones familiares estamos en un terreno que pertenece fundamentalmente al ámbito privado, la especial relevancia que adquiere en su reconocimiento como derecho fundamental, requiere del Estado la regulación de esas relaciones por la importancia que la institución familiar tiene en el desarrollo normal de las relaciones sociales.

El derecho de familia, en el marco de la normativa del CCyC, se encuentra interpelado de manera constante y continua por la obligada perspectiva constitucional-convencional^[2]. Ello significa la aplicación del enfoque de derechos humanos en términos de equidad, garantizando la efectividad de derechos, en particular, a niñas, niños y adolescentes.

Este enfoque origina a su vez la necesidad de reconocer que la resolución de los problemas humanos que encierran los temas de familia no pueden limitarse a la aplicación de una suerte de fórmulas o modelos prefijados, sino que se deben crear los mecanismos necesarios para dar lugar a las circunstancias que rodean cada caso para valorarlos y resolver conforme a esta realidad.

En este sentido entonces, cobran especial relevancia los principios rectores del acceso a la justicia. En particular, los de tutela judicial efectiva y la aplicación del principio del interés superior de niñas, niños y adolescentes en su correlato con la escucha.

Ahora bien, la situación actual de pandemia trae, inevitablemente, un nuevo desafío en las relaciones familiares, que es el de la necesidad de una fuerte intervención estatal en el ámbito privado en pos de un interés general que es el de la salud de la población.

La restricción a la libertad ambulatoria tiende a la preservación del orden público. El bien jurídico tutelado es el derecho colectivo a la salud pública. La medida restrictiva se entiende temporaria y necesaria, razonable y proporcionada con relación a la amenaza y al riesgo sanitario que enfrenta nuestro país.

En este contexto, la última disposición que se ha emitido, en relación al derecho de comunicación entre las niñas, niños y adolescentes con sus progenitores, ha traído algunas dificultades en su interpretación, justamente por su esquema rígido en una realidad compleja y diversa.

Si bien resultó alentadora para algunas familias, en otros casos se desató la confusión y hasta la necesidad de planteos judiciales.

El problema principal radica en que la regulación a la que estamos haciendo referencia se refiere básicamente a la circulación de las personas pero no describe nuevos ni distintos regímenes de comunicación en el marco de las relaciones familiares sobre los que se asienta.

De este modo:

1- Podría suceder que ambos progenitores tengan el cuidado personal compartido de hijas e hijos, y que por sus trabajos puedan asumir dicho cuidado cada 7 días.

2- Que ambos progenitores se pongan de acuerdo y estén dadas las condiciones para que niñas, niños y adolescentes puedan permanecer durante 7 días en cada casa.

Ahora bien, ¿qué sucede en los casos en los cuales el cuidado sea unilateral a cargo de un/a progenitor/a? ¿qué sucede en aquellos casos en que no sea posible asumir el cuidado de hijas e hijos por 7 días seguidos?, ¿y los NNyA que no pernoctan con el progenitor con el que no conviven? ¿o las niñas y niños de muy corta edad para quienes el lapso de una semana puede resultar un tiempo muy prolongado?

Podríamos formular preguntas en forma infinita, tantas como las distintas realidades familiares presentan. Es por ello que resulta aconsejable asumir una interpretación amplia que se adecue a cada una de ellas respetando el fin perseguido por la normativa que es el de establecer una frecuencia en forma espaciada para garantizar la menor circulación posible de los niños y las niñas involucrados durante la emergencia sanitaria.

En ese sentido, la previsión del art. 1º de la disposición, en términos de aplicar el principio del interés superior del niño, sigue siendo una buena guía para establecer las mejores respuestas a tiempos tan difíciles como los que estamos viviendo.

Es claro que la diversidad de situaciones que podrían suscitarse a partir de las limitaciones que pudieran surgir como podrían ser las de la distancia, las relaciones conflictivas entre las y los progenitores o las condiciones para afrontar el aislamiento, entre otras, deberían resolverse por acuerdo entre partes evitando recurrir a la vía jurisdiccional para resolverlos, si es que decidimos realmente otorgarles a los NNyA su carácter de sujetos de derechos y respetar su interés superior efectivamente.

Pero si esto no fuera posible, la vía jurisdiccional debe dar respuestas ágiles como instrumento idóneo para garantizar la tutela judicial efectiva y así resolver las conflictivas que afectan seriamente

el derecho de comunicación de los NNyA con quienes sostienen sus principales vínculos afectivos, que en un contexto como el que vivimos de aislamiento adquieren especial relevancia.

3- Normativa Aplicada. Tratados Internacionales de derechos humanos. Perspectiva de infancia.

La Normativa aplicada como fundamento de la DA 703-2020 está basada en dos pilares:

1- La Convención sobre los Derechos del Niño específicamente en el artículo 9, inciso 3, que establece 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 que ello sea contrario al interés superior del niño; y el artículo 18, inciso 1, que establece 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, niña y adolescente.

2- El Código Civil y Comercial de la Nación. Básicamente los artículos 1 y 2 del título preliminar, que dan un marco imperativo en términos de la ley aplicable conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte; a su interpretación teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento.

Hay dos aspectos, en relación a la aplicación de la Convención, que se debe tener en cuenta en el abordaje de intervención en una familia: el derecho a ser oídos de las niñas, niños y adolescentes involucrados y la evaluación en cada caso particular del principio de interés superior del niño.

Centrarnos en una perspectiva de infancia para abordar las distintas conflictivas familiares que han generado o incentivado la emergencia sanitaria y el aislamiento como medida preventiva para el cuidado de la salud pública en relación al derecho a la comunicación, sugiere como un buen ejercicio aplicar una mirada más abarcativa y holística de los intereses involucrados.

Poner el centro en los derechos de los niños, niñas y adolescentes puede ser la llave que nos permita llamar a la reflexión a los adultos que tienen la responsabilidad de conducir la crianza y el cuidado de sus hijos e hijas en una comunidad que se encuentra en una situación tan grave como la que estamos atravesando.

La Observación General N° 14 del Comité de Derechos del Niño , párrafo 5to. expresa *“La plena aplicación del concepto de interés superior del niño exige adoptar un enfoque basado en los derechos, en el que colaboren todos los intervinientes, a fin de garantizar la integridad física, psicológica, moral y espiritual holísticas del niño y promover su dignidad humana”*. Y en la Observación General N° 12 del Comité, se expresa que el derecho a ser oído implica expresar libremente su opinión en todo asunto que le concierna en un proceso judicial o administrativo.

La situación excepcional y de emergencia en que nos encontramos opera como disparador para nuevos conflictos en aquellas familias que no han podido lograr consensos o acuerdos mínimos. Estamos entonces en una oportunidad para repensar los vínculos familiares y promover cambios en miras al bienestar de las niñas, niños y adolescentes auspiciando la armonía tanto de los vínculos como de sus integrantes.

4- Recomendaciones

Teniendo como norte la perspectiva en niñez y adolescencia, sugerimos las siguientes recomendaciones:

1.- La premisa de base será brindar la mayor situación de bienestar para las niñas, niños y adolescentes en torno a la cual se ajustarán los regímenes de comunicación en el marco de esta pandemia.

2.- El establecimiento générico a través de la DA de un período semanal implica el sostenimiento de la restricción al tránsito indiscriminado de niñas, niños y adolescentes.

3.- Es necesario 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 decisiones.

4.- Los regímenes de comunicación deben contemplar necesaria y obligatoriamente un adecuado contacto a través de los medios que la tecnología permite, siempre de acuerdo a las posibilidades y recursos con que cuente cada familia.

5.- Auspiciamos, en este momento excepcional, la celebración de acuerdos, revalorización de las tareas de cuidado y acompañamiento de quién las lleva a cabo, tomando este tiempo como una oportunidad para repensar los vínculos familiares para la formación y crianza de hijas e hijos seguros y en libertad.

6.- Como última opción y ante la imposibilidad de lograr o respetar acuerdos por parte de las personas adultas quedará habilitada la vía judicial. Por aplicación de los principios de acceso a la justicia y de tutela judicial efectiva, será este el escenario donde canalizar los requerimientos de las partes involucradas.

7.- De recurrir a la vía jurisdiccional, ante la disparidad de criterios, sería conveniente que los niños, niñas y adolescentes puedan contar con el patrocinio jurídico necesario para expresar su deseo y garantizar su derecho a ser oídos en el procedimiento que los involucra.

5- A modo de conclusión

Es indudable que a aquellas familias con dificultades para comunicarse en períodos normales, en épocas de pandemia les costará aún más llegar a acuerdos mínimos para el bien de sus hijas/os.

La medida administrativa es de carácter general y no contempla particularidades, cuyo meta es fijar un límite en el conglomerado de personas que se movilizan por las distintas ciudades en virtud de contar con un contacto comunicacional, y que pueda llegar a poner en riesgo la salud de NNyA, y por lo tanto se establecen los traslados cada siete días (pudiendo fijar un plazo mayor). Ello no implica que se deje sin efecto el contacto que se venía llevando vía llamados telefónicos, redes sociales, videollamadas, mensajería telefónica.

Abogamos para que este escenario nuevo y desconocido no se convierta en otro foco de conflicto sino que opere como un puente en el cual se piense en el bienestar de las niñas, niños y adolescentes.

Recordemos que las niñas, niños y adolescentes empezaron este aislamiento el día 16 de marzo y desde ese entonces no concurren a los establecimientos escolares, ni a otras actividades, no comparten con amigas y amigos actividades presenciales, no visitan a otros familiares, y se han ido adaptando a todos los cambios establecidos, por lo cual, generarles un espacio de contención y de escucha es esencial y hace al rol de cuidado que debería brindar cada progenitor/a.

Sabido es que los NNyA son ciudadanos en el ejercicio de los derechos, más aún en el derecho a la salud – derecho humano fundamental en ésta etapa de evolución-, situación advertida por el Comité de Derechos del Niño, sobre la complejidad del grave efecto físico, emocional y psicológico de la pandemia en ellos. Por tal motivo la excepción debe ser entendida en base al mejor interés de aquellos.

Es fundamental abordar cada situación desde una perspectiva de niñez y adolescencia a fin de garantizar y efectivizar los derechos de niñas, niños y adolescentes.

[1] **SARA CÁNEPA.** Abogada UNLP. Abogada de NNA. Presidenta de la Comisión del Registro de Abogadas y Abogados de NNA - CALP. Ver cv en <http://www.saracanepa.com.ar/>

MARÍA DONATO. Abogada y Especialista en Derecho de Familia. UNLP. Abogada de NNA. Integrante de la Comisión del Registro de Abogadas y Abogados de NNA. CALP. Profesora titular del Postgrado en Derecho de Familia UNLP y de UCALP.

LAURA TAFFETANI. Abogada UNLP. Abogada de NNA. Miembro de la Fundación Pelota de Trapo y del Movimiento Nacional de los Chicos del Pueblo. Integrante de la Comisión del Registro de Abogadas y Abogados de NNA. CALP.

GRISELDA ESEIZA. Abogada UNLP. Abogada de NNA. Integrante de la Comisión del Registro de Abogadas y Abogados de NNA. CALP.

FABIANA ROGLIANO. Abogada UNLP. Abogada de NNA. Integrante de la Comisión del Registro de Abogadas y Abogados de NNA. CALP.

BEATRIZ PELITTI. Abogada UNLP. Abogada de NNA. Integrante de la Comisión del Registro de Abogadas y Abogados de NNA. CALP.

[2] Artículos 1 y 2 CCyC comentado. Caramelo-Picasso-Herrera. Tº I,p.5/16. 2.2. p.10 *“Dinamismo constitucional-convencional Los valores axiológicos mencionados —y los demás que también se explicitan en los Fundamentos del Anteproyecto, antecedente directo del CCyC— se fundan en principios y derechos de derechos humanos y se derivan de manera directa de la Constitución Nacional y de los tratados de derechos humanos en los que el Estado es parte. De este modo, se refuerza el diálogo expreso entre la CN y el CCyC, postura totalmente contraria a la adoptada por el CC.”*. Ver: [http://www.saij.gob.ar/docs-f/codigo-comentado/CCyC Comentado Tomo I%20\(arts.%201%20a%20400\).pdf](http://www.saij.gob.ar/docs-f/codigo-comentado/CCyC_Comentado_Tomo_I%20(arts.%201%20a%20400).pdf)

Citar: elDial.com

-

DC2AB4

Publicado

el

15/05/2020

Copyright 2020 - elDial.com - editorial albrematica - Tucumán 1440 (1050) - Ciudad Autónoma de Buenos Aires - Argentina