

Título: COVID-19, el deber de cuidado y el derecho de comunicación de hijos, progenitores y familiares. Los adolescentes adultos. La responsabilidad de los padres por la violación del aislamiento de los hijos

Autor: Medina, Graciela

Publicado en: LA LEY 13/04/2020, 13/04/2020, 1 - LA LEY 2020-B, 593

Cita: TR LALEY AR/DOC/1023/2020

Sumario: I. Introducción. Disposiciones internacionales sobre derechos humanos y limitaciones a las libertades individuales en caso de pandemia.— II. El derecho de comunicación del padre no conviviente.— III. Normativa de emergencia en orden al COVID-19.— IV. El efecto del DNU 297/2020 en el régimen de cuidados parentales.— V. Una alternativa posible en tiempos de aislamiento. El uso de las TIC en los regímenes de comunicación.— VI. La obligación de información.— VII. ¿Qué pasa con los adultos mayores? Los abuelos son grupo de riesgo. La importancia de las TIC.— VIII. La situación en España.— IX. Conclusiones.

(*)

I. Introducción. Disposiciones internacionales sobre derechos humanos y limitaciones a las libertades individuales en caso de pandemia

El COVID-19 es una pandemia mundial que aparece frente al derecho como una situación imprevista; luego de conocida, posee consecuencias inevitables que tienen relevancia en el ámbito del derecho de familia, en el corto, mediano y largo plazo (1). Ello motiva este artículo, que busca dar respuesta a algunos interrogantes planteados con respecto al régimen de comunicación de los hijos con sus progenitores, que en este momento se encuentra influenciado por una innumerable cantidad de decretos y disposiciones de los Poderes Ejecutivos nacional, provinciales y municipales, que restringen las libertades personales en aras de proteger la salud pública.

Los progenitores y familiares preguntan a sus abogados si pueden desplazarse para comunicarse con sus hijos y asistirlos a ellos o al progenitor conviviente.

I.1. Límites para restringir los derechos humanos. Principios de Siracusa

Nos parece importante, antes de comenzar a hablar del régimen de comunicación en tiempos de emergencia, recordar cuáles son los límites establecidos en documentos internacionales para restringir los derechos y garantías individuales.

Esas limitaciones deben tener una duración determinada y ser sometidas a revisión, debiendo, además, reunir los cinco Principios de Siracusa (2).

La Organización Mundial de la Salud (OMS) señala que "...sólo como último recurso se podrá interferir en los derechos humanos para alcanzar un objetivo sanitario. Esa interferencia se justificará exclusivamente si se dan todas las circunstancias definidas con precisión en el derecho relativo a los derechos humanos, en particular en los Principios de Siracusa:

"— La restricción se establece y se aplica de conformidad con la ley.

"— La restricción se establece en pro de un objetivo legítimo de interés general.

"— La restricción es estrictamente necesaria en una sociedad democrática para alcanzar un objetivo concreto.

"— No se dispone de medios menos intrusivos ni restrictivos para alcanzar el mismo objetivo.

"— La restricción no se ha determinado ni impuesto arbitrariamente, es decir, de manera no razonable o discriminatoria de alguna otra forma..." (3).

Ello implica que, en su caso, se podría determinar si las restricciones son legítimas y provienen de una autoridad competente. Por ejemplo, sería ilegítima una suspensión provincial del término de la prescripción basada en la salud pública, porque las provincias carecen de esas facultades.

I.2. Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Además, es importante mencionar, en la temática que estamos abordando, la referencia del Tribunal Europeo sobre la excepción en tiempo de emergencia a los derechos humanos. Recientemente la Corte Europea de Derechos Humanos ha recordado a los Estados la posibilidad de derogar, de manera temporal, limitada y supervisada, su obligación de garantizar ciertos derechos y libertades en virtud de la Convención. Señala que el uso de esta disposición se rige por las siguientes condiciones procesales y sustantivas:

— Un Estado puede tomar medidas que deroguen sus obligaciones en virtud de la Convención sólo en la medida estrictamente requerida por las exigencias de la situación.

— El derecho a derogar sólo puede invocarse en tiempo de guerra y otra emergencia pública que amenace la vida de la nación.

— Ninguna excepción puede ser incompatible con otras obligaciones del Estado en virtud del derecho internacional.

— Ciertos derechos de la Convención no permiten ninguna derogación: prohíbe toda derogación con respecto al derecho a la vida, la prohibición de la tortura y tratos o penas inhumanos o degradantes, la prohibición de la esclavitud y la servidumbre y la regla de "no castigo sin ley".

I.3. Comisión Interamericana de Derechos Humanos

Por otra parte, la relación de los derechos humanos con las limitaciones impuestas por los gobiernos también ha sido puesta de relevancia por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) [\(4\)](#) y su Relatoría Especial sobre Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales (REDESCA) [\(5\)](#) el 20/03/2020. Acerca de las niñas, los niños y adolescentes (NNA), la CIDH y su REDESCA subrayan la importancia de que los Estados hagan primar su interés superior frente a la pandemia.

De todos estos principios extraemos como conclusión que la limitación de los derechos humanos (y el derecho de comunicación de los miembros de una familia es un derecho humano indiscutible) debe ser excepcional, y que deben primar el "interés superior del niño" y la protección de las personas vulnerables.

Sentados estos principios, pasaremos a analizar en particular la cuestión del derecho de comunicación.

II. El derecho de comunicación del padre no conviviente

Finalizada la convivencia de la pareja, y cuando el padre/madre ejerce el cuidado unipersonal del hijo/a, el otro padre/madre, no conviviente, debe tener la posibilidad de continuar con una debida comunicación con el niño/a través del régimen de comunicación pautado en el plan de parentalidad. En ese supuesto, quien conviva con el hijo/a tiene el deber de permitir la comunicación entre el otro progenitor y el niño en forma regular, conforme a lo estipulado en los arts. 653 y 654 del Cód. Civ. y Com. (asimismo, el art. 555 del Cód. Civ. y Com. dispone que quienes tienen a su cargo el cuidado de personas menores de edad, con capacidad restringida, o enfermas o imposibilitadas, deben permitir la comunicación de éstos con sus ascendientes, descendientes, hermanos bilaterales o unilaterales y parientes por afinidad).

En este sentido ha normado la Convención de los Derechos del Niño en sus arts. 9º y 18, al decir: "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", y que se debe "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" [\(6\)](#).

Sobre el tema, la Corte Suprema ha dicho: "el estrechamiento de las relaciones familiares y la necesidad que tienen los hijos de mantener una vinculación permanente con ambos padres, son cánones unánimemente aceptados. También lo es que, prima facie, debieron favorecerse las medidas que contribuyan a subsanar la deficiencia que se presenta, en la asiduidad del trato, respecto de quien no ejerce la custodia, a raíz de la falta de convivencia. Pero ello así, en tanto y en cuanto no medien circunstancias cuya seriedad imponga otro proceder" [\(7\)](#).

III. Normativa de emergencia en orden al COVID-19

Por el decreto de necesidad y urgencia (DNU) 260/2020, el Poder Ejecutivo Nacional amplió la emergencia pública en materia sanitaria, en virtud de la pandemia declarada por la OMS en relación con el coronavirus COVID-19, por el plazo de un año a partir de su publicación en el Boletín Oficial, lo que ocurrió el día 12/03/2020.

En el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, entre otras medidas, por DNU 1/2020 se declaró la emergencia sanitaria hasta el 15/06/2020 a los fines de atender y adoptar las medidas necesarias para prevenir y reducir el riesgo de propagación del contagio en la población del coronavirus (COVID-19).

Posteriormente, el Estado Nacional, por DNU 297/2020, estableció para todas las personas que habitan en el país o se encuentren en él en forma temporaria la medida de "aislamiento social, preventivo y obligatorio" en los términos indicados en el citado decreto. Dicha medida regirá desde el 20 de marzo hasta el 31 del mismo mes, inclusive, del 2020, pudiéndose prorrogar este plazo por el tiempo que se considere necesario en atención a la situación epidemiológica. El plazo fue prorrogado hasta el 13/04/2020.

A raíz de ello, se dictó el dec. 163/2020, por el que se estableció que en el ámbito de la Ciudad Autónoma

de Buenos Aires las personas que requieran acreditar que se encuentran alcanzadas por alguna de las excepciones al "aislamiento social, preventivo y obligatorio" dispuesto en el DNU 297/2020 del Poder Ejecutivo Nacional deben presentar una declaración jurada que les permita justificar que la circulación en cuestión se encuentra dentro del alcance de una de las excepciones contempladas por el art. 6° del DNU referido, con el formato establecido en el anexo I (IF-2020-10161172-GCABA-SSCLTA), que forma parte integrante del decreto.

En este orden ideas, es el art. 6° del DNU 297/2020 y ampliado por las decisiones administrativas APN-JGM 429/2020, 450/2020 y siguientes, el que regula que quedan exceptuadas del cumplimiento del "aislamiento social, preventivo y obligatorio" y de la prohibición de circular las personas afectadas a las actividades y servicios declarados esenciales en la emergencia, según allí se detalla, y sus desplazamientos —recalca y resulta relevante reiterarlo— deberán limitarse al estricto cumplimiento de esas actividades y servicios. El inc. 5° de ese art. 6° se refiere a las personas que deban asistir a otras con discapacidad; familiares que necesiten asistencia; a personas mayores; a niños, a niñas y a adolescentes. A los fines de solicitar el permiso, tales personas deberán aportar, al momento de efectuar la declaración jurada reglada por el art. 2° del dec. 163/2020, una copia del documento de identidad de la persona mayor a asistir, de la que surja su edad y su domicilio, y lo mismo respecto de niños, niñas y adolescentes; en el caso de que se deba trasladar al niño, niña o adolescente referido hacia otro domicilio en donde continuará su "aislamiento social, preventivo y obligatorio", deberán aportar la declaración jurada establecida por resolución del Ministerio de Desarrollo Social de la Nación (res. 132 y 133/2020).

La Ciudad Autónoma de Buenos Aires, mediante la resolución conjunta 1/2020 de la Jefatura de Gabinete de Ministros y la Secretaría Legal y Técnica, ha normado en igual sentido.

IV. El efecto del DNU 297/2020 en el régimen de cuidados parentales

Uno de los dilemas a los que nos enfrentamos es aquel que se presenta al tratar de armonizar el decreto que dispone el aislamiento social, preventivo y obligatorio y la necesidad de traslado de los niños, niñas y adolescentes cuyos progenitores han establecido mediante el pertinente plan de parentalidad el cuidado personal unilateral, en el cual el progenitor conviviente está obligado a llevar adelante todo lo necesario para que los menores de edad tengan una fluida comunicación con el padre o madre no conviviente, de acuerdo con lo dispuesto por los arts. 652 y 653 del Cód. Civ. y Com.

Idéntico problema se nos presenta en los casos del cuidado personal compartido (sea en modalidad alternada o indistinta), el cual se produce si hay alternancia en la guarda material. El cuidado personal compartido alternado es el equivalente a lo que se conoce tradicionalmente como "tenencia compartida". El "cuidado personal compartido alternado" se comprueba —cualquiera sea la designación— si hay alternancia en la guarda material, tomando a su cargo el progenitor no sólo la custodia del hijo en los días de descanso (p. ej., los fines de semana), sino también la atención del niño en sus actividades diarias. Los casos típicos de esta clase de cuidado se presentan cuando los padres se atribuyen la custodia personal del hijo, por ejemplo, dividiendo por mitades cada semana o quincena, o si se asigna un mes completo alternativamente a cada uno, "según la organización y posibilidades de la familia". La diferencia fundamental que existe entre el sistema alternado y el indistinto es que en este último el hijo residirá de manera principal en el domicilio de uno de sus progenitores, con el cual pasará la mayor parte del tiempo, y de forma secundaria lo hará con el otro, compartiendo una menor cantidad de tiempo (8).

La cuestión en estos casos es responder al interrogante relativo a si los progenitores pueden llevar al menor de edad o persona con capacidad restringida al domicilio del otro padre o madre cuando rige un régimen de "aislamiento preventivo y obligatorio", que restringe de forma importante la libre circulación. O si el progenitor se puede trasladar a la casa habitación del otro padre para colaborar en la asistencia del hijo/a. Creemos que no existe una respuesta unívoca y que hay que distinguir los diferentes supuestos que podrían plantearse.

Los supuestos que podrían acontecer son, primero, que los progenitores de común acuerdo quieran trasladar al niño, niña o adolescente o trasladarse ellos a fin de cumplir labores de asistencia, o que no estén de acuerdo en hacerlo.

Si ambos titulares de la responsabilidad parental se encuentran contestes, hay que diferenciar algunas situaciones, como lo hace la res. 132/2020 (9) del Ministerio de Desarrollo Social de la Nación, que atiende sólo al primer supuesto que expusimos.

Por otra parte, si los responsables del niño o niña no se encuentran de acuerdo, deberán recurrir a la conciliación o a la vía judicial, teniendo en cuenta que el Poder Judicial está de feria.

IV.1. Ambos titulares de la responsabilidad parental se encuentran de acuerdo con trasladar al niño

IV.1.a. Principio general. Aislamiento por protección a la salud del niño y en virtud del principio de excepcionalidad

El principio general debe ser que el niño, como todo habitante de la Argentina, cumpla las medidas de aislamiento en pos de la salud pública general y de la suya propia, ya que la circulación es excepcional y sólo se encuentra fundada en razones de interés superior. Ello implica que, en principio, el niño no debe ser trasladado y que el padre conviviente deberá poner a disposición del hijo/a los medios telemáticos para posibilitar la comunicación.

IV.1.b. El niño, niña o adolescente se encuentra en un lugar distinto a su domicilio habitual al momento del dictado y aplicación del DNU 297/2020

Este supuesto constituye una excepción que permite realizar el traslado por única vez 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 a su interés superior, para cumplir el aislamiento mencionado. Así lo dispone el art. 2º de la res. 132/2020 del Ministerio de Desarrollo Social de la Nación.

Esta excepción es, a nuestro juicio, también aplicable cuando el aislamiento comenzó con posterioridad a que entrara en vigencia el DNU, como por ejemplo en el supuesto de que los niños vinieran del exterior.

IV.1.c. El progenitor que tiene a su cuidado el niño se encuentra en uno de los casos de excepción al aislamiento contemplados en el DNU 297/2020

Cuando uno de los progenitores, por razones laborales o sanitarias que se adecuen a alguno de los supuestos establecidos en los diferentes incisos del art. 6º del dec. 297/2020 (10), relativos a la asistencia a terceros u otras causas de fuerza mayor, deba ausentarse del hogar en el que se encuentra el NNA, que pueda trasladarlo al domicilio del otro progenitor, familiar o referente afectivo.

Entre las causas de fuerza mayor que justifican el traslado del niño al domicilio de otro referente afectivo u otro familiar se encuentra la violencia doméstica, que tiene la naturaleza del caso fortuito.

Por otra parte, hay que tener en cuenta que no necesariamente la circunstancia de que el progenitor a cargo del NNA deba ausentarse de la casa implica el traslado de éste del lugar de su residencia efectiva, ya que el inc. b) del art. 2º de la res. 132/2020 utiliza el verbo "poder" y no "deber", lo que es lógico, porque estamos en el supuesto de que ambos padres estén de acuerdo en la conducta a seguir, y nadie mejor que los progenitores para mensurar cuál es el interés superior del NNA.

IV.1.d. Razones de salud

El inc. c) del art. 2º de la resolución establece que por razones de salud, y siempre en beneficio del interés superior del niño/a, se pueda trasladar al hijo/a al domicilio del otro progenitor.

Agregamos que siempre que medien razones de salud prima el interés superior del niño, y se lo puede trasladar al domicilio de otro familiar, referente afectivo o del otro progenitor.

Las razones de salud no sólo deben pensarse con respecto al coronavirus; pueden ser cualquier afectación a la salud que imposibilite la custodia.

IV.1.e. Los adolescentes mayores de 16 años y la salud

Según el art. 26 del Cód. Civ. y Com., el adolescente es considerado como un adulto para las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo.

Como la salud es relativa al cuerpo del joven, es él quien tiene la potestad decisiva frente a las reglamentaciones que hacen al COVID-19 y, como todo adulto, deberá cumplirlas, con las excepciones establecidas en las normas.

Por otra parte, el joven es responsable de su salud y siempre que ella esté comprometida está exceptuado del aislamiento social, preventivo y obligatorio.

IV.1.f. Cómo debe ser interpretada la excepción prevista en el art. 6º, inc. 5º, del DNU 270/2020 relativo a las personas que deban asistir a niños, niñas y adolescentes

El art. 6, inc. 5º, del dec. 297/2020 exceptúa del aislamiento social obligatorio a las "Personas que deban asistir a otras con discapacidad; familiares que necesiten asistencia; a personas mayores; a niños, a niñas y a adolescentes".

Nuevamente, la norma debe ser interpretada, y para ello hay que determinar qué quiere decir "asistir".

Según el Diccionario de la Real Academia Española, "asistir" quiere decir: "Acompañar a alguien en un acto

público. Servir o atender a alguien, especialmente de un modo eventual o desempeñando tareas específicas. Servir interinamente. Socorrer, favorecer, ayudar. Cuidar enfermos y procurar su curación".

Y "asistencia" es: "Acción de estar o hallarse presente. Conjunto de personas que están presentes en un acto. Acción de prestar socorro, favor o ayuda".

"En definitiva, el término asistencia debe 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, niña y adolescente y su bienestar (conf. Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 14, cit., párr. 71); siempre 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, dentro de un marco de emergencia sanitaria y pandemia".

Es decir, siempre que un niño requiera asistencia o ayuda, ambos padres, como titulares de la responsabilidad parental, deben prestársela.

Para una mejor comprensión, debemos dividir:

a. Facultad de los progenitores de desplazarse para brindar asistencia

A fin de brindar asistencia, los progenitores pueden desplazarse, por el bienestar superior del niño.

Por ejemplo, aunque el hijo/a esté conviviendo con la madre, éste puede necesitar asistencia porque la progenitora, como grupo de mayor riesgo, no puede salir a realizar compras; en este supuesto, el padre no viola el aislamiento si se desplaza para brindar asistencia a su hijo.

b. Facultad de traslado de los hijos para ser asistidos por el otro progenitor

El principio general es que todas las personas deben abstenerse de desplazarse. Éste guarda muchas excepciones, como explicamos en párrafos anteriores. Al determinar las excepciones tienen importancia la diferencia de edad y las particularidades del caso, ya que no es lo mismo un adolescente de 16 años, que es considerado un adulto para las decisiones sobre su propio cuerpo, que un niño de 3 años.

Por otra parte, hay que tener en cuenta que las tareas de cuidados en emergencia no pueden agravar las condiciones de las mujeres que tienen a su cargo las tareas de cuidados y asistencia de ancianos o personas de riesgo o personas con discapacidad. Estos supuestos también justifican el traslado de los niños, por su interés superior y por el interés de la salud comunitaria.

IV.1.g. La necesidad de la declaración jurada

La resolución ministerial 132/2020 establece que el familiar que tenga a su cargo realizar el traslado del niño, niña o adolescente deberá tener en su poder la declaración jurada que como anexo (IF-2020-18372000-APN-SENNAF#MDS) integra la mencionada resolución. La declaración jurada debe estar completa, 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.

Es razonable poner de resalto, en primer lugar, que no todos los hogares cuentan con una computadora e impresora para imprimir un formulario. En segundo lugar, los niños no siempre se trasladan al domicilio de sus padres o familiares con el DNI; por ello es muy posible que quien deba realizar el traslado no cuente con él. En tercer lugar, los ciudadanos, en su gran mayoría, desconocen esta disposición.

Por todo lo reseñado, podemos concluir que el incumplimiento de llevar un formulario que no se puede imprimir, o de portar un DNI que no se tiene, no puede generar sanciones y podrá ser suplido con la declaración jurada realizada ante el funcionario requirente en aras del interés superior del menor que debe ser trasladado; tan es así que el formulario podría transcribirse de puño y letra en una hoja en blanco.

IV.1.h. La comunicación entre padres e hijos supervisada o realizada ante terceros en puntos de encuentro

El régimen de visitas a menores durante el estado de aislamiento o de restricciones a la circulación provocado por el COVID-19 a través de los profesionales de los puntos de encuentro, por razones evidentes de seguridad del menor de edad y de salud pública, habrán de suspenderse, sin perjuicio de su posible compensación una vez superada la situación de alerta sanitaria.

IV.1.i. La necesidad de un permiso para circular

Por res. 48 del Ministerio del Interior, del 29/03/2020, se decidió implementar el "Certificado Único Habilitante para Circulación - Emergencia COVID-19" para toda persona que encuadre en los supuestos previstos en el art. 6° del dec. 297/2020 y en los arts. 1° y 2° de la decisión administrativa 429/2020, así como en aquellas excepciones al "aislamiento social, preventivo y obligatorio" que en el futuro se establezcan.

El "Certificado Único Habilitante para Circulación - Emergencia COVID-19" será personal e intransferible y deberá tramitarse a través de la plataforma "Trámites a Distancia" (TAD), ingresando a <https://tramitesadistancia.gob.ar/>, a efectos de su presentación a requerimiento de la autoridad competente al momento de circular por la vía pública, junto con el documento nacional de identidad.

Es decir que los progenitores deberán tramitar esta autorización para circular con el fin de cumplir con las funciones derivadas de la responsabilidad parental.

Las personas mayores de 16 años también lo deberán realizar para el cuidado de su propio cuerpo.

IV.1.j. Fuerza mayor

En el caso de fuerza mayor no es necesario tramitar el "Certificado Único Habilitante para Circulación", de acuerdo con lo establecido por el art. 6º, inc. 6º, del dec. 297/2020. En estos casos, deberá acreditarse la excepción al "aislamiento social, preventivo y obligatorio" mediante documentación fehaciente que dé cuenta del suceso acaecido.

Insistimos en que un supuesto de fuerza mayor es la violencia doméstica o de género.

La fuerza mayor alude a acontecimientos extraordinarios e imprevisibles o que, si bien son previsibles, no son evitables.

IV.2. ¿Qué pasa cuando ambos padres no están de acuerdo sobre el plan de parentalidad?

Los supuestos antes enumerados contemplan excepciones al aislamiento social, preventivo y obligatorio que permiten el traslado de un niño, niña o adolescente en casos de acuerdo de los progenitores, teniendo como fundamento el interés superior del niño.

También hemos aludido al supuesto de un adolescente mayor de 16 años que es adulto para decisiones relativas a su salud —entre ellas, las decisiones relativas a su salud sexual y reproductiva—.

La cuestión ardua se presenta cuando los padres no se ponen de acuerdo sobre el tema, como por ejemplo en el supuesto de que el niño residiera con uno de los progenitores, el cual podría estar afectado a servicios esenciales, y el otro considerara que es conveniente el cambio de centro de vida del niño.

Todos estos casos deben ser resueltos judicialmente y, a nuestro entender, su trascendencia y las cuestiones en juego habilitan en principio la feria judicial.

Sin embargo, un precedente del Juzgado de Familia N° 4 de San Isidro [\(11\)](#) juzgó que el interés superior del niño era respetar el aislamiento, y por tal motivo no habilitó la feria para dar tratamiento al tema del cumplimiento del régimen de comunicación. Nos preguntamos qué sería lo más conveniente en este tipo de casos, toda vez que, si bien es por demás importante preservar la salud y los recursos sanitarios y dar cumplimiento al DNU que decreta el aislamiento, también es por demás trascendente que esta situación excepcional no se convierta en excusa para coartar el derecho-deber del progenitor no conviviente y el derecho del niño a una adecuada comunicación con sus progenitores, sobre todo cuando median razones de salud que hacen necesario el cambio de centro de vida del niño.

No podemos realizar interpretaciones sesgadas, toda vez que no debemos realizar futurismo e intentar adivinar cómo resolverán los diferentes juzgados y tribunales del país en situaciones similares; lo único de lo que sí estamos seguras es que se debe analizar el caso en profundidad y estudiar pormenorizadamente caso por caso, teniendo en cuenta que la CIDH y su REDESCA subrayan la importancia de que los Estados hagan primar su interés superior frente a la pandemia.

Si bien la habilitación de la feria judicial es una medida de carácter excepcional, que debe ser aplicada restrictivamente, sólo en aquellos casos que no admitan demora en su tratamiento (conf. art. 153 del Cód. Proc. Civ. y Com. y art. 4º del RJN), no es menos cierto que en supuestos excepcionales en que esté en juego la integridad de un niño y su salud, aquélla debería ser habilitada a los fines de resolver sobre el cumplimiento de su interés superior, de estar éste en juego.

La habilitación de la feria judicial debe proceder siempre que el régimen de comunicación entrañe un riesgo a la salud, porque el derecho a la salud está vinculado con el derecho a la vida.

V. Una alternativa posible en tiempos de aislamiento. El uso de las TIC [\(12\)](#) en los regímenes de comunicación

En el tema del régimen de comunicación paterno o materno-filial, fue la jurisprudencia la que comenzó a reconocer a las nuevas tecnologías como aptas para tal comunicación, más allá de no descartar la forma tradicional a través del contacto personal (el cual en la actualidad se encuentra diezmado, en atención al DNU 297/2020).

Al respecto, ya bajo la vigencia del Código velezano, un fallo destacó la validez de que padre e hijo efectivicen su régimen de comunicación a través de las nuevas tecnologías (WhatsApp, videoconferencia, etc.) (13).

En un precedente salteño del año 2015 (14) se estableció: "Si el progenitor no conviviente no puede mantener un contacto físico de la manera que él desearía, puede hacer uso de las nuevas tecnologías (como el chat, con o sin cámara web, como por ejemplo, WhatsApp, videoconferencia, o programas similares, etc.), o de cualquier otro medio audiovisual que aunque no permita un intercambio activo, permiten acceder a un grado menor de comunicación, y de esa manera tenerlo de manera virtual, mitigando la distancia física, sea donde fuera el lugar en que se encuentre trabajando".

Es razonable que en estos tiempos que nos tocan vivir se puedan usar los recursos tecnológicos que tenemos a la mano, tan a la mano que son aplicaciones que usamos a diario desde el celular, a fin de que los NNA mantengan una correcta comunicación con el progenitor no conviviente y sus referentes afectivos.

En Formosa, la Dra. María Laura V. Taboada, jueza de feria de la Excma. Cámara Primera en lo Criminal, también ha resaltado el uso de las redes sociales, recordando "a los progenitores/as que se encuentren al cuidado de los hijos que deberán garantizar el contacto con otro progenitor/a y/o familiar hasta el levantamiento de la cuarentena, de manera frecuente y a través de redes sociales, llamados telefónicos, video llamadas y/o mensajería telefónica" (15).

Queremos dejar en claro que no quisiéramos que este tiempo excepcional de aislamiento genere ningún tipo de impedimento de comunicación; por ello resaltamos el uso de las TIC, a fin de poder continuar con la comunicación, al menos de forma alternativa.

VI. La obligación de información

Cuando rige el aislamiento debe tenerse muy presente el "deber de informar" que establece el art. 654 del Cód. Civ. y Com., que dice: "Cada progenitor debe informar al otro sobre cuestiones de educación, salud y otras relativas a la persona y bienes del hijo".

Claro está que si el padre informado no está de acuerdo con alguna de las decisiones tomadas con relación al hijo sobre aspectos relacionados con la pandemia del COVID-19, deberá, en caso de no encontrar una decisión consensuada, accionar judicialmente para evitarla y prevenir que con ello se ponga en riesgo la salud del niño.

El deber de informar previsto en el art. 654 es la continuación de los principios sentados en el art. 653, in fine, en cuanto dispone que el progenitor que no se encuentra a cargo del cuidado del hijo tiene "el derecho y el deber de colaboración con el conviviente", todo lo cual tiene por fin preservar la participación del progenitor no conviviente en la formación del niño/a. Es por lo expuesto que el art. 654 tiene por imperativo que "cada progenitor debe informar al otro sobre cuestiones de educación, salud y otras relativas a la persona y bienes del hijo", imposición que persigue el deber de cooperación de ambos progenitores, lo cual favorece la comunicación fluida entre ellos.

El deber de información de un progenitor a otro sobre los actos de los hijos tiene sus fundamentos en el art. 9.3 de la Convención de Derechos del niño, 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 si ello es contrario al interés superior del niño".

Y, en tiempos de imposibilidad de contacto personal, cobra una importancia radical en aras de la tranquilidad de los miembros de la familia.

VII. ¿Qué pasa con los adultos mayores? Los abuelos son grupo de riesgo. La importancia de las TIC

Ahora bien, volvamos sobre el art. 555 del Cód. Civ. y Com., el cual nombráramos al principio de este artículo. Éste reza que aquellos que tienen a su cargo personas menores, de capacidad restringida, enfermas o impedidas deben "permitir" la comunicación de éstos con sus ascendientes, descendientes, hermanos bilaterales o unilaterales y parientes por afinidad en primer grado.

Tan así es que dentro de los deberes y derechos derivados de la responsabilidad parental, el art. 646 dispone: "Son deberes de los progenitores: [...] inc. e) respetar y facilitar el derecho del hijo a mantener relaciones personales con abuelos, otros parientes o personas con las cuales tenga un vínculo afectivo".

Vamos a detenernos en los ascendientes, los abuelos, que en principio podemos presuponer que están dentro de la población de riesgo, por ser mayores de 60 años (con perdón de los abuelos y abuelas que son menores de esa edad).

Del art. 6º, inc. 5º, del DNU 297/2020 se desprende que "quedan exceptuadas del cumplimiento del 'aislamiento social, preventivo y obligatorio' y de la prohibición de circular las personas que deban asistir a

personas mayores...". Para poder materializar la circulación de la persona que deba asistir a un adulto mayor se debe completar y presentar a la autoridad que lo requiera una declaración jurada (16) que contenga los datos personales del portador, el vínculo familiar o de referencia afectiva para con el adulto mayor y, asimismo, los datos completos de este último. Esta excepción está hecha para que sea una persona la que se movilice para asistir al adulto mayor, y claramente esa persona debe ser mayor de edad.

Entonces, ¿qué pasa con el resto de la familia? ¿Qué pasa con la comunicación de los NNA con sus abuelos? Aquí es importante comprender que esta comunicación es trascendente tanto para el NNA como para el adulto mayor, para el abuelo o la abuela; este contacto reafirma los vínculos familiares. El "permitir" que reza el artículo mencionado precedentemente no es facultativo del progenitor que tiene a su cargo el cuidado personal del NNA; debe ser garantizado, cumplido y alentar su realización.

Ahora bien, en este tiempo de aislamiento, debemos pensar en primera medida en la salud de los grupos de riesgo; esto no es óbice a la comunicación, puesto que, como mencionamos anteriormente, se puede mantener una comunicación mediante el uso de las TIC.

Hoy en día todos tenemos un celular, incluso los más grandes, y en ellos encontramos distintas aplicaciones que permiten la comunicación instantánea; sólo por mencionar algunas, podemos indicar las aplicaciones WhatsApp, Telegram, Messenger, Hangouts, Line, Soma, Skype, WeChat. Y, de no poseer celular, recordemos que aún sigue existiendo el gran invento de Antonio Meucci (aunque fuera Alexander Graham Bell quien lo patentara): el "teléfono".

VIII. La situación en España (17)

VIII.1. Fiscalía de Violencia sobre la Mujer de España

La Fiscalía de Violencia sobre la Mujer de España (18) ha emitido una comunicación informativa sobre cómo ha de interpretarse el régimen de visitas a menores durante el estado de aislamiento o de restricciones a la circulación provocado por el COVID-19, cuando este régimen ha sido acordado por un juzgado especializado en violencia de género.

En la información, la Fiscalía recuerda que el real decreto de alarma (19) permite la circulación por las vías de uso público para la realización de determinadas actividades, entre las que incluye la asistencia y el cuidado de mayores, menores, dependientes, personas con discapacidad o personas especialmente vulnerables. El desplazamiento de los progenitores para proceder a la entrega y recogida de los menores ha de entenderse incluido en ese epígrafe, señala. Prima el interés del menor (20).

No obstante, aclara, se trata de una excepción a la regla general, de manera que deberá ser interpretada de forma restrictiva y teniendo en cuenta en todo caso el interés superior del menor, que implica garantizar su salud —"no exponiéndolo innecesariamente a situaciones de contagio"—, que debe primar por encima de cualquier otro interés. En este sentido, recuerda que siempre se puede acudir al art. 158 del Cód. Civil, que faculta al juez de oficio o a instancias del Ministerio Público a dictar las medidas necesarias para apartar al menor de cualquier peligro.

Cuando se trate de un régimen de visitas cuya entrega y recogida se haya designado en el punto de encuentro por haber una prohibición de aproximación vigente, los progenitores "habrán de designar una persona de su confianza para que proceda a las entregas y recogidas en la puerta del centro o en un lugar distinto y más próximo a sus domicilios con la finalidad de limitar hasta donde sea posible la estancia de los menores en la vía pública, siempre que se respeten las limitaciones que en su caso se hubieran acordado judicialmente". La nota aclara que si los progenitores no designaran a una persona de su confianza para proceder a la entrega y recogida de los menores, los fiscales procederán a solicitar la suspensión del régimen de visitas, con base en proteger y garantizar la salud del menor, sin perjuicio de su posible compensación cuando cese la situación de alerta sanitaria.

VIII.1.a. Posible compensación

Añade que las visitas supervisadas a través de los profesionales de los puntos de encuentro, por razones evidentes de seguridad del menor, habrán de suspenderse, sin perjuicio de su posible compensación una vez superada la situación de alerta sanitaria.

Si el régimen de visitas fuera de sólo unas horas al día y sin pernocta, los fiscales solicitarán la suspensión temporalmente, por no resultar ni proporcionado ni razonable respecto de la duración de la visita el tiempo de exposición del menor en la vía pública para la entrega y recogida. Se valorarán excepciones cuando la visita tuviera una duración de al menos 8 horas y se trate de desplazamientos breves tanto en tiempo como en distancia, y siempre atendiendo al interés superior del menor. Todo ello sin perjuicio de su compensación posterior.

La Fiscalía recuerda que, como toda la actividad judicial se centraliza en los juzgados de guardia "y en los pocos juzgados de violencia sobre la mujer que hacen guardias", es preciso que esta nota se difunda entre el resto de los fiscales.

VIII.2. Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial de España

La Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial [\(21\)](#) (CGPJ) acordó el 20/03/2020 que durante el estado de alarma se mantienen los regímenes de visita de los hijos en casos de divorcio, así como las custodias compartidas, aunque los jueces podrán decidir caso por caso si debe haber modificaciones [\(22\)](#).

Concretamente, dijo que "La necesidad de preservar la salud de los hijos y de los progenitores puede imponer, según las circunstancias, la modulación o la modificación del régimen de custodia, visitas y estancias, alterando o suspendiendo la ejecución de las medidas acordadas, o determinando una particular forma de llevarlas a efecto. Sin perjuicio de la posibilidad, e incluso conveniencia, de que esta variación del régimen de custodia, visitas y estancias y de la forma de ejecutarlo en razón de las finalidades del real decreto 463/2020 sea producto del consenso entre los progenitores, en defecto de acuerdo corresponde al juez o magistrado adoptar la decisión que proceda, en función de las circunstancias del caso, acerca de la suspensión, alteración o modulación del régimen de custodia, visitas y estancias, en garantía de la finalidad tuitiva del real decreto y de la preservación de la salud y bienestar de los hijos, así como de la salud de los progenitores y, en general, de la salud pública".

Esto coincide con lo que venimos afirmando.

Por su parte, el Ministerio de Igualdad publicó también este 27/03/2020 una guía contra la violencia machista en la que se manifiesta el respeto a las resoluciones judiciales, pero se matiza, por ejemplo, que en caso de custodias compartidas los niños se deben quedar con el progenitor con el que estaban en el momento en que se decretó la alarma.

VIII.3. Unificación de criterio de los Juzgados de Familia de Barcelona del 24/03/2020

Los Juzgados de Familia de Barcelona unificaron su criterio y dictaron una resolución conjunta por la cual consideran que el real decreto 463/2020 de Declaración del Estado de Alarma, del 14/03/2020, no legitima el incumplimiento de resoluciones judiciales, por lo que se han de llevar a cabo y cumplir todos los sistemas de guarda, custodia, visitas y comunicaciones fijadas en las resoluciones judiciales vigentes.

Es decir, los tribunales de Barcelona entienden que los sistemas de custodia deben seguir cumpliéndose.

Los jueces señalaron que los progenitores deberán observar, en todo caso, las normas de las autoridades gubernativas y sanitarias a los efectos de evitar la propagación del coronavirus, procurando un ejercicio responsable de la potestad parental y alcanzando los mayores acuerdos posibles, teniendo siempre presente que nos encontramos ante una situación excepcional y, por el momento, por un espacio de tiempo limitado hasta que finalice el estado de alarma.

En la resolución conjunta se resolvió que, a fin de conseguir el necesario y deseable contacto paterno-filial, el progenitor custodio deberá facilitar, particularmente por medios telemáticos (Skype, Facetime o video llamada de WhatsApp), el contacto del/los hijo/os con el progenitor no custodio, siempre y cuando no se perturben las rutinas u horarios de descanso de los menores.

IX. Conclusiones

En materia de niños, niñas y adolescentes ha de primar la autocomposición de los conflictos y el interés superior del niño en todo lo referente a su cuidado.

En tiempo de aislamiento cobra mayor importancia el deber de "información" entre los progenitores.

En materia de salud, los adolescentes mayores de 16 años son "adultos" en los actos atinentes al cuidado de su propio cuerpo.

Los tribunales han de asegurar la posibilidad de atención de los casos urgentes donde exista la posibilidad de producción de un daño grave e irreparable, preservando la salud de todos quienes presten servicios en el Poder Judicial.

Las TIC brindan herramientas eficaces para lograr preservar la comunicación entre los miembros de la familia y entre éstos y las autoridades.

(A) Doctora en Jurisprudencia. Jueza de la Cámara Civil y Comercial Federal. Presidente de la Asociación Argentina de Derecho Comparado. Vicepresidente de la Academia Iberoamericana de Derecho de Familia y de las Personas. Profesora titular de Familia y Sucesiones de la Facultad de Derecho (UBA).

(1) El 11/03/2020, la Organización Mundial de la Salud (OMS) declaró el brote del nuevo COVID-19 como una

pandemia, luego de que el número de personas infectadas por COVID-19 llegara a 118.554, y el número de muertes a 4281, afectando hasta ese momento a 110 países.

(2) Principios de Siracusa sobre las Disposiciones de Limitación y Derogación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Naciones Unidas, Consejo Económico y Social, Comisión de Derechos Humanos, 41 período de sesiones, <http://www.derechos.org/nizkor/except/siracusa84.html>; <http://legislacion.bvsalud.org/php/level.php?lang=es&component=37&item=8>, fecha de consulta: 24/03/2020.

(3) OMS, "25 preguntas y respuestas sobre salud y derechos humanos", Serie de Publicaciones sobre Salud y Derechos Humanos, nro. 1, julio/2002, <https://www.who.int/hhr/activities/Q&AfinalversionSpanish.pdf>, fecha de consulta: 24/03/2020.

(4) La CIDH es un órgano principal y autónomo de la Organización de los Estados Americanos (OEA), cuyo mandato surge de la Carta de la OEA y de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. La Comisión Interamericana tiene el mandato de promover la observancia y la defensa de los derechos humanos en la región y actúa como órgano consultivo de la OEA en la materia. La CIDH está integrada por siete miembros independientes que son elegidos por la Asamblea General de la OEA a título personal, y no representan sus países de origen o residencia.

(5) La REDESCA es una oficina autónoma de la CIDH, especialmente creada para apoyar a la Comisión en el cumplimiento de su mandato de promoción y protección de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales en el continente americano.

(6) AR/LEGI/1R10.

(7) CS, 26/10/2010, AR/JUR/64441/2010.

(8) MIGUES, María Soledad, comentario a los arts. 648-657, en RIVERA, Julio César - MEDINA, Graciela (dirs.), "Código Civil y Comercial comentado", Ed. La Ley.

(9) AR/LCON/800B.

(10) Art. 6º: "Quedan exceptuadas del cumplimiento del 'aislamiento social, preventivo y obligatorio' y de la prohibición de circular, las personas afectadas a las actividades y servicios declarados esenciales en la emergencia, según se detalla a continuación, y sus desplazamientos deberán limitarse al estricto cumplimiento de esas actividades y servicios: 1. Personal de salud, fuerzas de seguridad, fuerzas armadas, actividad migratoria, Servicio Meteorológico Nacional, bomberos y control de tráfico aéreo. 2. Autoridades superiores de los gobiernos nacional, provinciales, municipales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Trabajadores y trabajadoras del sector público nacional, provincial, municipal y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, convocados para garantizar actividades esenciales requeridas por las respectivas autoridades. 3. Personal de los servicios de justicia de turno, conforme establezcan las autoridades competentes. 4. Personal diplomático y consular extranjero acreditado ante el gobierno argentino, en el marco de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas y la Convención de Viena de 1963 sobre Relaciones Consulares y al personal de los organismos internacionales acreditados ante el gobierno argentino, de la Cruz Roja y Cascos Blancos. 5. Personas que deban asistir a otras con discapacidad; familiares que necesiten asistencia; a personas mayores; a niños, a niñas y a adolescentes. 6. Personas que deban atender una situación de fuerza mayor. 7. Personas afectadas a la realización de servicios funerarios, entierros y cremaciones. En tal marco, no se autorizan actividades que signifiquen reunión de personas. 8. Personas afectadas a la atención de comedores escolares, comunitarios y merenderos. 9. Personal que se desempeña en los servicios de comunicación audiovisuales, radiales y gráficos. 10. Personal afectado a obra pública. 11. Supermercados mayoristas y minoristas y comercios minoristas de proximidad. Farmacias. Ferreterías. Veterinarias. Provisión de garrafas. 12. Industrias de alimentación, su cadena productiva e insumos; de higiene personal y limpieza; de equipamiento médico, medicamentos, vacunas y otros insumos sanitarios. 13. Actividades vinculadas con la producción, distribución y comercialización agropecuaria y de pesca. 14. Actividades de telecomunicaciones, internet fija y móvil y servicios digitales. 15. Actividades impostergables vinculadas con el comercio exterior. 16. Recolección, transporte y tratamiento de residuos sólidos urbanos, peligrosos y patogénicos. 17. Mantenimiento de los servicios básicos (agua, electricidad, gas, comunicaciones, etc.) y atención de emergencias. 18. Transporte público de pasajeros, transporte de mercaderías, petróleo, combustibles y GLP. 19. Reparto a domicilio de alimentos, medicamentos, productos de higiene, de limpieza y otros insumos de necesidad. 20. Servicios de lavandería. 21. Servicios postales y de distribución de paquetería. 22. Servicios esenciales de vigilancia, limpieza y guardia. 23. Guardias mínimas que aseguren la operación y mantenimiento de yacimientos de petróleo y gas, plantas de tratamiento y/o refinación de petróleo y gas, transporte y distribución de energía eléctrica, combustibles líquidos, petróleo y gas, estaciones expendedoras de combustibles y generadores de energía eléctrica. 24. SE Casa de Moneda, servicios de cajeros automáticos, transporte de caudales y todas aquellas actividades que el Banco Central de la República Argentina disponga imprescindibles para garantizar el funcionamiento del sistema de pagos".

(11) JFamilia N° 4 San Isidro, 19/03/2020, "L. A. H. E. c. S. M., S. s/ medidas protectorias",

AR/JUR/3260/2020. "Rechazo de habilitación de fería. Con la finalidad de fortalecer la prevención y la salud como bien fundamental de la comunidad, corresponde desestimar 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 de los mismos".

(12) Se denomina "tecnologías de la información y la comunicación" (TIC) al conjunto de tecnologías que permiten la adquisición, producción, almacenamiento, tratamiento, comunicación, registro y presentación de informaciones, en forma de voz, imágenes y datos contenidos en señales de naturaleza acústica, óptica o electromagnética. "Formación de técnicos e investigadores en tecnologías de la información", Ed. Faunescio, Madrid.

(13) BELLUCCI, Claudio A., "La aplicación de las nuevas tecnologías en el derecho de familia", Revista de Derecho de Familia, Persona y Sucesiones, Ed. La Ley, agosto/2019, p. 17.

(14) JCiv., Personas y Familia N° 6 Salta, 24/04/2015.

(15) Resoluciones varias 14/2.020, Formosa, 21/03/2020, juez de fería de la Excelentísima Cámara Penal.

(16) Véase <https://www.argentina.gob.ar/noticias/coronavirus-excepciones-para-la-asistencia-de-personas-mayores>.

(17) Véase www.fiscal.es/web/fiscal/-/la-fiscalia-general-del-estado-coordina-la-actuacion-del-ministerio-publico-en-la-crisis-del-coronavirus consultado el 23/03/2020.

(18) Entre los instrumentos encaminados a fortalecer y garantizar el vigente marco penal y procesal de protección, la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, ha creado la figura del "fiscal contra la violencia sobre la mujer" como delegado del fiscal general del Estado, y en las Fiscalías territoriales ha creado, asimismo, la "Sección contra la Violencia sobre la Mujer", que interviene en las materias y procedimientos penales y civiles que conozcan los Juzgados de Violencia sobre la Mujer. La Sección contra la Violencia estará integrada por un fiscal delegado de la Jefatura, que "asume las funciones de dirección y coordinación que específicamente le son encomendadas", y los fiscales adscritos que se determinen pertenecientes a las respectivas plantillas.

(19) Real decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19.

(20) Real decreto de alarma, art. 7º: "Limitación de la libertad de circulación de las personas. 1. Durante la vigencia del estado de alarma las personas únicamente podrán circular por las vías o espacios de uso público para la realización de las siguientes actividades, que deberán realizarse individualmente, salvo que se acompañe a personas con discapacidad, menores, mayores, o por otra causa justificada".

(21) La Comisión Permanente estará compuesta por el presidente del Tribunal Supremo y del Consejo General del Poder Judicial, que la presidirá, y otros siete vocales.

(22) Véase <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Servicios/Acuerdos-del-CGPJ/Acuerdos-de-la-Comision-Permanente/Acuerdos-de-la-Comisio> consultado el 01/04/2020.