

"B., M. M. c/ V., R. D. S/ DIVORCIO POR PRESENTACION CONJUNTA"

Expte.nº 77480

MSR

Reg. nº

San Isidro, 13 DE MAYO DE 2020.

Y VISTOS: Los presentes actuados venidos a despacho para resolver la fijación de un régimen de comunicación provisorio solicitado con carácter de medida cautelar por el Sr. V., R. D. a fs. 239 y 240 y teniendo en cuenta la intimación dispuesta con fecha 5 de mayo (fs. 241) y las presentaciones de ambas partes y subsiguientes vinculadas a la misma, obrantes a fs. 244 y 245, y de los cuales

RESULTA QUE:

1.- A fs. 239 requiere el Sr. V. como medida cautelar se fije un régimen de comunicación provisorio con sus hijos en razón de la situación excepcional de aislamiento preventivo social y obligatorio a causa de la pandemia mundial de COVID-19.

Relata que en noviembre de 2015 acordaron el régimen de comunicación en estas actuaciones sobre divorcio y que, no sin inconvenientes, fue llevado adelante hasta que a causa del aislamiento referido desde el pasado 20 de marzo vio a sus hijos personalmente solo en tres oportunidades, cuando llevó dinero de la cuota alimentaria. Informa que incluso pudo ingresar en la vivienda que habitan con la progenitora y estar un rato con ellos. Remarca que también pudo comunicarse virtualmente con ellos, aunque con dificultades con su hijo mayor Tomás de 15 años atento el déficit de atención que posee y que le impide concentrarse durante mucho tiempo en la imagen de la pantalla.

Informa que la situación cambió totalmente el día 19 de abril pasado y que desde esa fecha no los ve y que la progenitora Sra. B., M.M. lo bloqueó en Whatsapp, por lo cual requiere la fijación judicial de su comunicación con los hijos y solicita la inconstitucionalidad de la Resolución 132/2020 del Ministerio de Desarrollo Social que le impedía trasladar a sus hijos hasta su domicilio.

Tal presentación electrónica fue efectuada el día 30 de abril y al día siguiente (1º de mayo) se emite la Decisión Administrativa 703 del Jefe de Gabinete de Ministros, frente a lo cual el día lunes 4 de mayo la apoderada del Sr. V. efectúa una segunda presentación electrónica requiriendo se haga efectiva la mencionada disposición

administrativa que autorizaba a los progenitores no convivientes a trasladar a sus hijos como una nueva excepción a la libertad de circulación dispuesta.

2.- Frente a ambas presentaciones del Sr. V. y con fecha 5 de mayo se provee a fs. 241 que, sin perjuicio de haber perdido virtualidad el original planteo de inconstitucionalidad, la Suscripta no advertía la existencia de la misma en la Resolución Ministerial 132/20, toda vez que lejos de restringir, ampliaba el estrecho margen de circulación previsto con relación a los niños, niñas y adolescentes que establecía el art. 6 inc. 5 del DNU 297/20 sancionado por el Poder Ejecutivo Nacional en pos de proteger la salud pública ante la pandemia mundial.

En la misma providencia y ante la vigencia de la nueva DA 703/20 del PEN, emitida en este caso por el Jefe de Gabinete de Ministros (JGM) se dispone intimar a la Sra. B., M.M. a dar cumplimiento con lo dispuesto en la mencionada DA, debiendo coordinar los progenitores el día de retiro y regreso de los hijos haciendo saber lo dispuesto por el art. 652 del CCyC que la negativa injustificada del progenitor conviviente con los hijos a permitir la fluida comunicación y contacto con el otro es regulada en nuestro ordenamiento jurídico como una de las causales de falta de idoneidad para ejercer el cuidado personal sobre los hijos.

Asimismo, se requirió a ambas partes que en el supuesto de no lograr acuerdo propongan días y horarios de retiro y reintegro a fin de resolver.

3.- Con la presentación de fs. 244, de fecha 7 de mayo, la Sra. B. contesta la intimación cursada negando lo expuesto por el Sr. V, toda vez que informa que el progenitor ha estado viviendo durante fines de semana enteros en la casa, desde el sábado a la mañana hasta el domingo por la noche. De lo cual se infiere que la Sra. reconoce haber violado el aislamiento social preventivo y obligatorio dispuesto por normativa federal y, a la vez que - y en función de lo expuesto por la Sra. B.- gracias al Covid-19 habrían logrado las partes retomar alguna forma de convivencia y entendimiento, al punto de llegar a vivir bajo el mismo techo.

Asimismo, peticiona se "revoque la medida dispuesta con fecha 5 de mayo", apela en subsidio, plantea la inconstitucionalidad de la Decisión Administrativa 703-2020, requiere que los hijos sean escuchados virtualmente, requiere la intervención de la Abogada del Niño y propone un régimen de comunicación.

Con la presentación de fs. 245 de igual fecha que la anterior, el Sr. V. informa que no ha podido arribar a un acuerdo con la Sra. B. y propone un régimen de comunicación solicitando se resuelva.

4.- Con la providencia de fs. 246 se hace saber a ambas partes que todas las presentaciones fueron efectuadas en infracción al nuevo Reglamento de escritos, presentaciones y expedientes judiciales? A. 3975 SCBA vigente desde el pasado 27 de abril; que deberán en lo sucesivo ajustarse al mismo y que, en razón de tratarse de asunto de urgente despacho, se pasan los autos a resolver y,

CONSIDERANDO QUE:

I. Respecto del pedido de revocatoria efectuado por la Sra. Bajos en su presentación de fecha 7 de mayo, con relación a la providencia de fecha 5 de mayo, debe entenderse que se interpone recurso de reposición.

La recurrente dice que lo interpone contra una resolución, pero en realidad sólo se ha emitido una providencia simple de intimación a fin de cumplir con el principio de bilateralidad o contradicción, atento la alegada absoluta falta de contacto que el Sr. Volpe refiere respecto de sus hijos, quienes tienen residencia principal con la Sra. Bajos.

Por ello, conforme lo expuesto por el art. 239 segundo párrafo del CPCC, no existiendo resolución alguna sino una providencia de intimación que ha sido contestada por la recurrente, corresponde declarar el recurso de reposición interpuesto a fin de que la Suscripta revoque por contrario imperio lo dispuesto como: manifiestamente inadmisibile.

Con relación a la apelación en subsidio que deduce la Sra. Bajos, no resulta claro si se refiere a la providencia de fecha 5 de mayo respecto de la cual pidió "revocatoria" y a la cual denominó "resolución" o bien si se refiere a la resolución que emitiría la Suscripta, en una especie de actividad recursiva anticipatoria.

Lo cierto es que si se refirió a la providencia de fecha 5 de mayo y ante el rechazo del recurso de reposición, no existiendo resolución alguna que cause gravamen irreparable, presupuesto para su viabilidad (art. 242 inc. 3 CPCC) corresponde rechazar también la apelación en subsidio deducida.

II. Respecto de la alegada inconstitucionalidad de la DA 703, debe señalarse cuál es el status constitucional de la normativa vigente ante el supuesto excepcional en que se encuentran las instituciones en nuestro país.

Desde que el Congreso de la Nación ha dejado de funcionar en virtud de la pandemia mundial del virus COVID 19, se ha configurado el presupuesto constitucional establecido por el art. 99 inc. 3 de la Constitución Nacional, vale decir " Solamente cuando circunstancias excepcionales hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos por esta Constitución para la sanción de las leyes, y no se trate de normas que regulen materia penal, tributaria, electoral o el régimen de los partidos políticos, podrá dictar (el Presidente de la Nación) decretos por razones de necesidad y urgencia, los que serán decididos en acuerdo general de ministros que deberán refrendarlos, conjuntamente con el jefe de gabinete de ministros".

El día 11 de marzo de 2020 la Organización Mundial de la Salud declaró como pandemia el brote del virus COVID-19. A fin de proteger la salud pública y como obligación inalienable del Estado Nacional, el Presidente de la Nación en Acuerdo General de Ministros (es decir a través de un acto con la firma de todos los Ministros del Poder Ejecutivo y del Jefe de Gabinete de Ministros) dispuso a través del DNU

297/20 la medida de aislamiento social, preventivo y obligatorio, desde el 20 de marzo pasado.

Tal disposición ha sido prorrogada por DNU 325/2020; 355/2020; 408/2020 y 459/2020. El último párrafo del artículo 6 del DNU 297/2020 sucesivamente prorrogado, contiene delegación expresa al Jefe de Gabinete de Ministros para ampliar o reducir las excepciones dispuestas a la libertad ambulatoria de las personas.

Tal delegación de atribuciones, propia del derecho administrativo y de la estructura jerárquica y unipersonal del Ejecutivo Nacional (arts. 87 C.N.) surge expresa y claramente de las atribuciones constitucionales del Jefe de Gabinete conforme art. 100 inc. 4 de la Constitución Nacional.

En el marco del tal delegación, y en razón de la vigencia del DNU que la contiene el Sr. Jefe de Gabinete de Ministros a instancias de la Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia del Ministerio de Desarrollo Social y del Ministerio de las Mujeres, Géneros y Diversidad, con el refrendo (es decir el aval técnico) del Ministro del ramo -como exige el texto constitucional- en el caso con el refrendo de los Mtes. Ginés Mario González García (Salud); Daniel Fernando Arroyo (Desarrollo Social), Elizabeth Gómez Alcorta (Mujeres, Géneros y Diversidad), decide lo siguiente:

Artículo 1 "A fin de garantizar el derecho de niñas, niños y adolescentes a mantener relaciones personales y contacto directo con progenitores o referentes afectivos en los términos establecidos por la Convención sobre los Derechos del Niño y el Código Civil y Comercial de la Nación, incorporase 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....".

En el excepcional marco que atraviesa nuestro país y el mundo, asombra a la Suscripta ver con cuánta premura se pretenden inconstitucionalidades y se intenta erosionar el marco normativo que, en estas frenéticas jornadas, las autoridades públicas de los poderes del Estado, cada cual en el ámbito de sus competencias, tratamos de desplegar la mayor inventiva para otorgar certeza institucional en tiempos de tanta incertidumbre y preocupación.

Por las consideraciones expuestas, lo que me releva de considerar las opiniones personales y subjetivas sin fundamento jurídico alguno relativas a un supuesto autoritarismo, abuso de poder y paternalismo emergente de la normativa atacada, corresponde rechazar totalmente la inconstitucionalidad pretendida sobre la Decisión Administrativa 703/20.

III.- Respecto de la escucha de los hijos vía Whatsapp o Zoom como propone la Sra. B. se hace saber que tales mecanismos resultan apropiados para entrevistas de NNA con familiares o amigos, o incluso para la realización de tareas escolares, pero no

para la intervención en el marco de lo dispuesto por el art. 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño, y respetando la Observación General n° 12 (2009) del Comité de los Derechos del Niño de la ONU.

Tal entrevista de escucha en el marco judicial, exige un marco de privacidad e intimidad entre el NNA y la Suscripta y el representante de la Asesoría que no puede garantizarse en modo alguno de manera virtual por dichos mecanismos. En la entrevista deben garantizarse la expresión con libertad del NNA y ello no puede realizarse con los hijos frente a una pantalla y uno de los progenitores a su lado o en un cuarto contiguo.

La Suscripta ha desplegado entrevistas de art. 12 CDN con NNA, siempre acompañada por representante de la Asesoría de Incapaces, y en algunas ocasiones también con Abogado/a del Niño, A veces durante más de una hora, con intervalos, recurriendo a juegos con la Psicóloga, en días diferentes y según la edad y el consentimiento que brinde el NNA se vuelca en el acta todo lo que quiere y está dispuesto a firmar, ya que suscriben el acta con algún dibujo o poniendo su nombre con el color de fibra o lapicera que elijan.

Lo que no puede consignarse en el acta (por temer a las represalias o presiones de alguno de sus progenitores) es guardado por la Suscripta en un archivo personal y privado, básicamente para recordarlo al momento de emitir algún pronunciamiento. Se asombrarían los progenitores de las cosas que los niños transmiten libremente sabiendo que "sus padres no se enterarán".

Como se comprenderá, ello no puede garantizarse con los medios tecnológicos propuestos y, por otra parte la SCBA ha establecido en el art. 7°) de la Resolución n° 480-20 prorrogada por Res. Presidencia 25-20 la prohibición de audiencias presenciales con NNA excepto que su suspensión o postergación pudiera generar un grave perjuicio a derechos fundamentales (art. 6) lo que no sucede en estos autos.

IV.- Con relación a la intervención de la Abogada del Niño que aceptara el cargo en estos autos, Dra. Centurión, debo señalar previamente que, habiendo requerido la Sra. Bajos la designación de Abogado del niño para sus hijos en el mes de abril de 2019 se proveyó afirmativamente ello a fs. 198; que la Dra. Centurión acepto el cargo con fecha 27 de mayo de 2019, informando que recién el día 10/9/2020 (luego de varias dificultades que informó) había logrado tomar contacto con los hijos de las partes, pidiendo se fije audiencia en los términos del art. 12 CDN, sin efectuar ningún tipo de informe ni solicitar ninguna medida.

Que la presentación efectuada se encontraba para agregar junto con otras presentaciones hasta el pasado 13 de marzo de 2020, fecha en la cual fueron devueltas de la Excma. Cámara de Apelaciones las actuaciones, debido a la importante actividad recursiva que despliegan las partes en las numerosas actuaciones en trámite ante este Juzgado.

Por ello, no estimo necesario dar intervención a la Abogada del Niño, quién no ha efectuado informe alguno, de lo cual se desprende que no ha advertido ninguna situación de gravedad en los hijos de las partes puesto que de haber sucedido debiera haber peticionado alguna medida urgente oportunamente y no lo hizo. Asimismo porque se desprende que no tiene contacto con los niños ni conoce la problemática actual vinculada al asunto en resolución.

V.- Despejadas estas cuestiones previas, corresponde abocarse al análisis de lo peticionado como medida cautelar por el Sr. V. es decir evaluar si lo requerido encuadra en los recaudos propios de una medida cautelar y en el contexto de emergencia sanitaria en que se encuentra el mundo conforme la declaración de la Organización Mundial de la Salud, en virtud de la cual se ha dispuesto el aislamiento social, preventivo y obligatorio a la fecha vigente hasta el 24 de mayo de 2020 (DNU459/2020) y, en lo particular en el asueto con suspensión de términos dispuesto por la SCBA cfme. Res. 386/20 y prórrogas, vigente en el fuero de familia para asuntos de urgente trámite.

Ante la interposición de una Medida precautoria corresponde valorar los recaudos que la viabilizan, ellos son, tanto la verosimilitud del derecho como el peligro en la demora (Conf. arts. 195 y ss. del CPCC, Morello, Sosa, Berizonce en "Códigos Procesales en lo Civil y Comercial, Provincia de Buenos Aires y de Nación comentados y anotados"-Tº II, cap. IV, Medidas cautelares, pag. 489 y ss.).-

Sin embargo, estos clásicos recaudos deben analizarse a la luz de la normativa vigente y de acuerdo al nivel jerárquico de la misma, lo cual no es otra cosa que ponderar las normas aplicables en cada caso, a la luz del principio de supremacía de la Constitución Nacional.

En primer término, debo señalar que la responsabilidad parental regulada por el art. 638 del CCC se rige por el principio de respeto al "Interés superior del niño" que emerge del art. 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño de jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22 CN). Desde la vigencia de la mencionada Convención, "... el interés superior del niño deja de ser un objetivo social deseable y pasa a ser un principio jurídico garantista que obliga a la autoridad" Tratado de Derecho de Familia, Kemelmajer de Carlucci, Herrera, Lloveras, Tomo IV, pág. 29. Vale decir, constituye un principio estructurante que opera como garantía para el niño de que las decisiones a tomar siempre serán en su interés y, en aras de la protección a tal interés deben valorarse todas las decisiones que se tomen respecto de niños, niñas y adolescentes.

Es deber de los Estados velar por el disfrute del más alto nivel posible de salud de los niños, niñas y adolescentes (art. 24.1 CDN) y en el contexto de pandemia mundial, es necesario evitar traslados de NNA por zonas extensas (sobre todo en el AMBA) y sobre todo en transporte público.

Aún frente a la autorización para el traslado que permite la D.A. 703 del JGM, es necesario evaluar su conveniencia. Tal DA se impone para garantizar otros derechos de los niños de igual jerarquía constitucional, cuales son tener contacto personal con

ambos progenitores (arts. 7; 9.3 y 18.1 CDN, art. 75 inc. 22 CN), sin embargo es necesario evaluar cada caso con cuidado atento la situación de extrema gravedad epidemiológica en que se encuentra la zona identificada como AMBA.

En el caso de autos ambas partes poseen vehículo automotor propio, viven a escasos minutos en auto y dentro del mismo barrio cerrado del complejo Nordelta del Partido de Tigre.

Ambas partes han propuesto regímenes de comunicación, el Sr. V. requiere retirar a los hijos el día viernes a las 17 hs. y regresarlos al domicilio materno el viernes siguiente en el mismo horario haciéndose cargo de los traslados. Es decir estarían siete días con cada progenitor.

La Sra. B. menciona que el Sr. V. vive en un departamento de tres ambientes y que por ello tienen que dormir en la misma habitación los hijos lo cual no es conveniente por sus edades (la niña y el adolescente) y señala que una semana son muchos días para pasar en un departamento ya que están acostumbrados a su casa que es mucho más amplia con jardín, sol y aire puro y una vista a un lago increíble. Refiere que los hijos no quieren estar una semana completa viviendo con el padre por lo cual propone que los días viernes por el mediodía sean retirados del domicilio materno y reintegrados el domingo por la noche. De igual forma lo planteado por el progenitor, es decir en forma alternada o semana por medio.

Advirtiendo la Suscripta que acuerdan al menos en el día viernes, pero que el Sr. propone que los hijos vivan 7 días con él y la Sra. que vivan con el padre 3 días, estimo que podrían las partes haber arribado a algún acuerdo intermedio, con buena voluntad y teniendo en mira el objetivo y principio rector de los procesos de familia cual es contribuir a la pacificación familiar (art. 706 inc. c. CCyC), lo cual es un deber para todos los operadores del derecho de familia (también los letrados).

Por ello, no advierto razón para que no puedan alojarse en el domicilio paterno durante 5 días, desde el viernes a las 17 hs. hasta el miércoles a la misma hora semana por medio, comenzando el próximo viernes 15 de mayo de 2020, con retiros y reintegros en las máximas condiciones de higiene y seguridad, en el mismo vehículo particular, sin terceras personas, solo con el progenitor Sr. V. con el protocolo de higiene cada vez que ingresan al domicilio y debiendo dormir en cuartos separados, es decir el Sr. V y el hijo adolescente T. en un cuarto y la hija S. en el otro. O bien los hijos solos cada uno en un cuarto y el Sr. V. en el tercer ambiente.

Deberá el Sr. V. garantizar las actividades escolares que los hijos deben realizar en el domicilio conforme las exigencias de la institución educativa a la cual asisten.

Las consideraciones paisajísticas efectuadas por la Sra. B. como necesarias para garantizar el interés superior de sus hijos resultan superficiales y no son imprescindibles en el caso de los hijos de las partes quienes, como la misma Sr. B. alegara en otros expedientes en trámite, debieron vivir hasta hace poco tiempo junto con los padres de la

misma en una casa con escasas comodidades ubicada en el Partido de San Isidro cerca del Acceso Norte. No ocasionará un grave perjuicio a los mismos frente al fortalecimiento del vínculo con su progenitor lo cual sí hace a su interés superior (art. 3.1 CDN).

Durante los días que los hijos no estarán con el otro progenitor tendrán derecho a comunicarse virtualmente cuantas veces ellos quieran. Debiendo garantizar los adultos conversación un día cada dos en horario en el cual no realicen actividades escolares.-

En cuanto al peligro en la demora de no acceder al reclamo intentado por vía cautelar, se configura ya que ambas partes han requerido se resuelva y no han podido ceder en sus disputas y mirar el interés de sus hijos, una vez más.

De no resolver la niña y el adolescente no podrán transcurrir días de su vida con su padre, en el domicilio de éste y en una situación tan especial que permite a los adultos estar junto a los hijos y fortalecer el vínculo con ellos, permitiendo las charlas familiares y el contacto diario con sus necesidades, lo cual es, quizás, el único aspecto positivo de esta pandemia cuando personas como las partes, no afectadas a actividades esenciales, pueden quedarse en sus domicilios y tienen garantizada su subsistencia.

Por todo lo expuesto, citas legales, convencionales y constitucionales y doctrina señalada, **RESUELVO: 1)** Rechazar el recurso de reposición y apelación subsidiaria interpuesto por resultar inadmisibles y no causar gravamen irreparable alguno (arts. 239 y 242 inc. 3 CPCC). **2)** Rechazar el pedido de inconstitucionalidad interpuesto contra la Decisión Administrativa 703/2020 del JGM por improcedente atento la existencia de delegación del Presidente de la Nación (DNU 297/2020 art. 6 último párrafo y prórrogas n° 459/2020 vigente y arts. 99 inc. 3, 86 y 100 inc. 4 Constitución Nacional). **3)** Hacer lugar a la medida cautelar interpuesta y atento la conformidad parcial de las partes, fijar el régimen de comunicación siguiente mientras persista el aislamiento social preventivo y obligatorio y la reglamentación vigente, consistente en que el Sr. V. retirará a los hijos del domicilio materno el día viernes a las 17 hs. y los reintegrará al domicilio materno el día miércoles siguiente a las 17 hs. semana por medio, comenzando el próximo viernes 15 de mayo de 2020, con retiros y reintegros en las máximas condiciones de higiene y seguridad, en el mismo vehículo particular, sin terceras personas, solo con el progenitor Sr. V. con el protocolo de higiene cada vez que ingresan al domicilio y debiendo dormir los hijos en cuartos separados, es decir el Sr. V y el hijo adolescente T. en un cuarto y la hija S. en el otro. O bien los hijos solos cada uno en un cuarto y el Sr. V. en el tercer ambiente. Deberá el Sr. V. garantizar las actividades escolares que los hijos deben realizar en el domicilio conforme las exigencias de la institución educativa a la cual asisten. **4)** Durante los días que los hijos no estarán con el otro progenitor tendrán derecho a comunicarse virtualmente cuantas veces ellos quieran. Debiendo garantizar los adultos conversación o video llamada un día cada dos en horario en el cual no realicen actividades escolares.- **5)** Imponer las costas por su orden atento las particularidades y novedosa situación jurídica (art. 68 CPCC). **6)** Hacer saber a las partes que de recurrir la presente se

concederá la apelación con efecto devolutivo (art. 198 del CPCC) por lo cual el régimen deberá comenzar el viernes 15 de mayo próximo. 7) Notificar a la Sra. Asesora de Incapaces. REGISTRESE. NOTIFIQUESE.

REFERENCIAS: Funcionario Firmante: 13/05/2020 17:09:34 - RAMA Marcela Silvia (marcela.rama@pjba.gov.ar) – 237002202004826084 JUZGADO DE FAMILIA N° 5 - SAN ISIDRO

NO CONTIENE ARCHIVOS ADJUNTOS