

Título: Autorización para radicarse en el extranjero con hijos menores. Una resolución controvertida

Autor: Groisman, Eliana G.

Publicado en:

Cita: TR LALEY AR/DOC/7159/2012

"...Si tal cosa como la justicia objetiva existiera de veras, entonces no harían falta juicios.(...) nadie hace nada convencido de su injusticia, no al menos al momento de hacerlo, nuestra idea de justicia va variando según nuestras necesidades, y siempre consideramos que lo necesario puede también ser justo" (1).

## I. INTRODUCCIÓN

El planteo de la radicación con hijos menores de edad en el extranjero es cada vez más frecuente debido a las nuevas propuestas laborales en el mundo globalizado y la facilidad en el desplazamiento. Muchas veces las nuevas parejas de los progenitores tienen propuestas profesionales en el extranjero, lo que lleva en forma inevitable a solicitar la autorización para modificar el domicilio del hijo menor de edad fuera de nuestro país.

A diferencia de otros temas del derecho de familia que han ido generando tendencias mayoritarias o unanimidad de criterios, el presente es muy controversial, con posturas muy disímiles.

## II. EL CASO

La madre, quien detenta la tenencia de sus hijos menores, plantea la demanda requiriendo autorización para radicarse con los niños en España.

El juzgado de primera instancia hace lugar a la demanda.

La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala H, confirma la sentencia que autorizó a la madre a radicarse en España junto a los hijos menores de las partes.

El tribunal de alzada se focaliza en dos ítems fundamentales frente al requerimiento de la progenitora para obtener la autorización de radicarse en el exterior junto a los hijos menores de edad: la tenencia atribuida y el interés superior de los menores.

Analizaremos en qué medida deben estas pautas ser determinantes a la hora de autorizar la radicación de hijos menores de edad en el extranjero.

Partiendo del fallo, en este trabajo se analizarán los parámetros que evaluó la sala H para confirmar la sentencia de primera instancia.

## III. TITULARIDAD DE LA CUSTODIA EN NUESTRO ORDENAMIENTO. ¿FACULTA A MODIFICAR LA RESIDENCIA HABITUAL DEL HIJO MENOR FUERA DE LA REPUBLICA?

En primer lugar, debemos analizar si la guarda otorgada jurídicamente o por acuerdo entre partes faculta a quien la detenta a decidir el domicilio o modificar el lugar de residencia habitual de su hijo menor de edad fuera del país.

Para ello, acudiremos primeramente a las fuentes de la ley.

Puede definirse a la guarda como el derecho deber de los padres de convivir con los hijos y la correlativa obligación de éstos de habitar con sus padres. El art. 265 señala que los hijos se encuentran bajo la autoridad y el cuidado de los padres, y los arts. 275 y 276, que los hijos menores no pueden dejar la casa de sus progenitores, o aquella que éstos le hubieren asignado, sin licencia de sus padres, previendo la posibilidad de requerir legalmente su reintegro (2).

Nuestro Código Civil establece en su art. 264, inc. 1º, que el ejercicio de la patria potestad corresponde a ambos progenitores en forma conjunta.

Por su parte, el inc. 2º del art. 264 establece que el ejercicio de la patria potestad corresponde "en caso de separación de hecho, separación personal, divorcio vincular o nulidad de matrimonio, al padre o madre que ejerza legalmente la tenencia, sin perjuicio del derecho del otro de tener adecuada comunicación con el hijo y de supervisar la educación".

Ahora bien, el ejercicio de la patria potestad supone ámbitos de actuación práctica, delimitados por la ley, que permiten a uno u otro titular o a ambos desarrollar el conjunto de facultades que la titularidad confiere (3).

Esto implica que el progenitor que no tiene la guarda, ejerce un control sobre la forma en que el otro conduce la formación y la educación del niño.

Por ello se puede inferir que el poder de iniciativa corresponde al progenitor que tiene la guarda del hijo.

Fleitas Ortiz de Rozas establece que resulta más eficaz hablar de "ejercicio preponderante" para el

progenitor que tiene la tenencia o la guarda y "ejercicio atenuado" para el otro (4).

Por su parte, el art. 264 quater exige el consentimiento expreso de ambos padres a fin de autorizar la salida del país del hijo menor de edad.

Zannoni aclara que la previsión legal parece prudente, toda vez que pretende evitar la sustracción del hijo del ámbito de jurisdicción de los jueces argentinos y mantenerlo al alcance de las medidas que puede solicitar uno de los padres para restituir al niño al hogar, en caso de una inesperada decisión de alejamiento por parte del otro progenitor (5).

Por su parte, el art. 9º de la CDN, en su inc. 3º, establece que "Los Estados partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o 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".

Por otro lado, el art. 5º de la Convención de La Haya sobre los Aspectos Civiles del Secuestro Internacional de Menores establece: "En el sentido del presente Convenio: a) El derecho de guarda comprende el derecho relativo a los cuidados de la persona del menor y en particular el de decidir su lugar de residencia".

El juez siempre tendrá que indagar y acceder a las particularidades de la legislación sustancial del ordenamiento de referencia. Si esa legislación no concibe el derecho de custodia con las notas señaladas en el art. 5º, inc. a), de la Convención de La Haya, sólo cabe concluir que ese progenitor no goza del "derecho de custodia" en los términos del tratado, es decir que ese padre no puede por su sola voluntad sin el consentimiento del otro progenitor y sin autorización del juez modificar la residencia habitual del hijo, estableciéndola fuera del país (6).

Con el juego de estas normas debemos determinar si nuestro derecho le confiere a quien goza de la tenencia de un hijo menor la facultad de modificar el domicilio o lugar de residencia de aquél fuera de las fronteras de nuestro país.

Ahora bien, el art. 264 otorga el poder de iniciativa a aquel progenitor que detenta el ejercicio de la patria potestad, y el deber de respetar la supervisión y el control por parte del padre no conviviente. El art. 264 quater exige el consentimiento expreso de ambos progenitores para que el hijo menor de edad abandone el país y el Estado debe garantizarle al niño mantener relaciones personales y contacto directo de modo regular con ambos padres (art. 9º de la CDN), por lo que resulta que la determinación de un progenitor de modificar unilateralmente la residencia habitual del hijo menor en un país extranjero constituye, sin duda, una decisión abusiva y que de ninguna manera se encuentra incluida dentro del poder de iniciativa.

La Corte Suprema de la Nación determinó que un cambio de residencia puede representar una injerencia arbitraria en la vida privada del hijo, vedada por la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño arts. 2º.2, 12.1 y 16.1 e, incluso, abre la posibilidad de que se configure abuso del derecho en la elección del domicilio familiar (7).

Volviendo al fallo, la alzada no tuvo una redacción muy acertada al referirse al tema. Específicamente dice: "Coincido con el señor defensor público de menores de primera instancia en que la tenencia que ejerce no puede limitar absolutamente la decisión de radicarse en otro país, ni el derecho de la actora a buscar mejores horizontes profesionales o económicos. Claro que, como contrapartida, debe establecerse un adecuado régimen que contemple el derecho paterno de no perder el contacto con sus hijos".

Queda claro que la sala H considera que el hecho de que la madre actora ejerza la tenencia, le permite tomar la decisión de radicarse en otro país, siempre y cuando aclara se establezca un adecuado régimen que contemple el derecho paterno de no perder el contacto con sus hijos.

Esta misma postura fue sostenida por la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires (8).

Considero que la sala H se excede en afirmar que la tenencia atribuida a la madre no puede limitar la decisión de radicarse en otro país.

Establecer que quien ejerce la tenencia de un hijo menor de edad puede modificar la residencia habitual de aquél es definitivamente peligroso, porque entonces ello nos lleva a replantear el tema de la atribución de la guarda, debiendo ser los abogados mucho más prudentes al momento de acordarla.

En conclusión, consideramos que acorde a nuestra legislación y lo ya dictaminado por nuestra Corte Suprema, la tenencia legalmente atribuida de hijos menores no faculta al progenitor que la detenta a modificar unilateralmente la residencia habitual del hijo y mudarse al extranjero. Dicha actitud constituirá, sin duda alguna, un verdadero abuso de derecho.

#### IV. INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO

El segundo eje que fue basamento del decisorio en el fallo en cuestión es el "Interés superior del niño".

Determinarlo en cada caso es la tarea más difícil para el tribunal.

No caben dudas de que cada proceso tiene integrantes únicos y particulares, con causales exclusivas que deberán ser analizadas minuciosamente.

Sin embargo, en el presente fallo, los argumentos esgrimidos por la alzada para ponderar el interés superior de los menores no fueron, a mi entender, lo suficientemente sólidos para arribar a la sentencia. La pretensión de separar a los hijos menores de su progenitor no conviviente, como de su centro de vida, ha de estar sustentada por argumentos de peso, con fuerza suficiente para dar verosimilitud casi absoluta de que el alejamiento propuesto como alternativa redundará en una mejor situación para el menor (9).

Entiendo lo difícil que resulta el planteo de mudar el domicilio de los hijos menores de edad, y cada caso puede tener sus particularidades, pero nos focalizaremos en los casos como el fallo que analizamos en los que ambos progenitores han estado siempre presentes en la vida cotidiana de los menores y donde el resultado de las pericias no arroja en forma determinante una inclinación hacia algunos de ellos.

Del fallo se observa que de las pericias realizadas, tanto el vínculo materno como el paterno resultan buenos y positivos.

Escuchada la opinión de los niños, uno de ellos sostuvo su clara voluntad de viajar y el otro manifestó mayor resistencia al viaje.

Al momento de analizar el mejor interés de los menores, la alzada desarrolla el tema destacando que se deben respetar: "a) su condición de sujeto de derecho; b) el derecho de las niñas, niños y adolescentes a ser oídos y que su opinión sea tenida en cuenta; c) el respeto al pleno desarrollo personal de sus derechos en su medio familiar, social y cultural; d) su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales; e) el equilibrio entre los derechos y garantías de las niñas, niños y adolescentes y las exigencias del bien común; f) su centro de vida. Se entiende como centro de vida el lugar donde las niñas, niños y adolescentes hubiesen transcurrido en condiciones legítimas la mayor parte de su existencia".

Concluye afirmando que el interés superior de los menores tiene dos finalidades: 1) ser una pauta de decisión ante el conflicto de intereses; 2) establecer un criterio para la intervención institucional destinada a proteger el menor (frente a la colisión con un interés del adulto, debe priorizar el mayor beneficio de los niños).

Ahora bien, ¿de qué manera evaluó la alzada el mejor interés de los menores involucrados en el proceso, dejando de lado el respeto de su medio familiar, social y cultural, o modificando su centro de vida?

No hay dudas de que el centro de vida de los menores se desarrolla en nuestro país y de que su modificación por el órgano jurisdiccional debe responder a argumentos muy sólidos, fundados y consistentes, que por lo menos la lectura del fallo no aparecen con claridad.

Por otro lado, en un tema que sería la contracara del presente, esto es, en la restitución internacional del niño a través de la aplicación del Convenio sobre los Aspectos Cíviles de la Sustracción Internacional de Menores (La Haya, octubre 1980, ratificado por ley 23.857, BO del 31/10/1990), se ha determinado que el concepto "interés del menor" para el Convenio está representado por su objetivo, es decir que va a consistir en la pronta restitución del menor a su residencia habitual por entender que es en este punto donde se logra la protección del menor en el plano internacional (10).

Tampoco surge del fallo de referencia que haya quedado probado que la modificación de la residencia habitual de los niños los coloque en una situación más beneficiosa que la que gozan actualmente (11).

Por su parte, la jurisprudencia reiteradamente ha puesto énfasis en resguardar la estabilidad de los menores involucrados en los procesos de los adultos. "En efecto, de lo que se trata es de proveer al statu quo más conveniente para la vida de los menores y no de sus progenitores, manteniendo el principio de estabilidad y continuidad para los niños. El mentado principio de continuidad ha sido acogido por la ley 26.061 (ADLA LXV-E-4635), en su art. 3º, inc. f), en los siguientes términos: "Su centro de vida. Se entiende por centro de vida el lugar donde las niñas, niños y adolescentes hubiesen transcurrido en condiciones legítimas la mayor parte de su existencia. La estabilidad que promueve la norma se dirige a evitar que el niño atravesase cambios bruscos, a raíz de la separación de sus padres, que no hagan más que enardecer la angustia y desorientación que tal hecho necesariamente provoca. Es por ello, que la idea del precepto se empeña en que el menor conserve, en caso de ser positivo, el entorno que conoce desde que nació, su lugar de residencia, la escuela, en fin las costumbres y los hábitos cotidianos" (12).

Asimismo, el Consejo de Estado (13) hace una utilización pragmática del interés superior del niño, y de ese modo se ha apartado de disposiciones generales que no permitían mantener los vínculos de los niños con sus

padres, o su reagrupamiento familiar, aduciendo que dichas disposiciones no eran compatibles con el interés del niño (14).

No se logra saber, a través de la lectura del fallo comentado, las edades de los menores, que en un tema como el del caso en cuestión, la madurez y la opinión de los niños involucrados será de mucha relevancia.

Como se pregunta el Dr. Pettigiani en el fallo antes referido, ¿el derecho de vivir en un país u otro lo afecta? La respuesta es afirmativa; en consecuencia, cabe garantizar al niño la expresión libre de su opinión, dándole oportunidad de ser debidamente escuchado (15).

No caben dudas de que el ejercicio de la guarda y la inconveniencia en los cambios pueden ser elementos determinantes en los primeros años de vida del individuo, en donde dichas alteraciones pueden significar trastornos innecesarios producidos por el cambio de tenencia (16).

Justamente, opino que el interés superior del niño pasa por respetar su statu quo y que la modificación de su residencia a un país foráneo implica un cambio radical en su vida social, escolar, cultural y familiar.

#### V. DERECHO DEL NIÑO A TENER RELACIONES FRECUENTES Y PERSONALES CON AMBOS PROGENITORES

El cambio de residencia habitual de un niño modificará inevitablemente el vínculo con el progenitor que no detenta la tenencia. Impedirá un contacto frecuente y regular, como lo prevé la CDN, y perderá ineludiblemente la cotidianeidad que hace y forja el vínculo materno-paterno-filial.

Hace muy poco tiempo, la Cámara Civil de Apelaciones, sala G, denegó la autorización solicitada por la madre de una menor a fin de radicar su residencia en el exterior con su hija, pues, más allá de las comunicaciones que la niña pudiera tener con su padre gracias a los modernos dispositivos tecnológicos y de los viajes que realizaran para encontrarse personalmente, no cabían dudas de que el desplazamiento alteraría profundamente su fluida relación con su progenitor (17).

Si bien la sala H hace referencia fugazmente a que, como contrapartida a permitir a la progenitora mudar su domicilio, se debe establecer un adecuado régimen que contemple el derecho paterno de no perder el contacto con sus hijos, no enfatiza ni ahonda en la importancia que merece el contacto cotidiano, personal y frecuente que debe respetarse en el vínculo filial.

Conforme la Convención sobre los Derechos del Niño, la tutela por parte del derecho del niño a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos progenitores de modo regular (art. 9º, inc. 3º, CDN) debe prevalecer como factor primordial en toda relación judicial (18).

#### VI. REFLEXIONES ACERCA DEL FALLO

Como ya expresamos, consideramos que la sala H se equivoca al autorizar la radicación de la madre junto a sus hijos menores fuera del país.

La tenencia en cabeza de un titular nunca puede traducirse en una prerrogativa para mudar el domicilio de los hijos menores. En todo caso, la atribución de la tenencia será un elemento más a tener en cuenta en forma conjunta con el resto de la prueba, pero de ninguna manera puede facultar al progenitor que la detenta a decidir unilateralmente el domicilio del hijo menor de edad.

Por su parte, la edad de los menores, su centro de vida y su consecuente opinión serán también de gran peso al momento de ponderar los argumentos de cada una de las partes.

No ignoramos la complejidad de estos casos y por ese motivo no propiciamos establecer parámetros únicos para situaciones similares o análogas, pero esperamos poder haber aportado otra mirada a estas cuestiones que día a día son más frecuentes.

(1) MARÍAS, Javier, *Mañana en la batalla piensa en mí*, 3ª ed., Punto de Lectura, Madrid, 2001, p. 164.

(2) C. Nac. Civ. sala G, 20/9/2001, LL 2002-B-352.

(3) ZANNONI, Eduardo A., *Derecho de familia*, 5ª ed., Astrea, Buenos Aires, 2006, p. 731.

(4) FLEITAS ORTIZ DE ROZAS, Abel, "El ejercicio de la patria potestad en caso de separación", LL 1997-A-127.

(5) ZANNONI, Eduardo A., *Derecho de familia*, cit., p. 782.

(6) NAJURIETA, María Susana, "El interés superior del niño a ser rápidamente restituido a su residencia habitual. Un nuevo aporte jurisprudencial en la aplicación de la Convención de La Haya del 25/10/1980", RDF, nro. 45, AbeledoPerrot, marzo/abril 2010, p. 106.

(7) Corte Sup., 29/4/2008, "M. D. H. v. M. B. M. F.", LL del 28/5/2008, p. 10, con nota de Néstor E. Solari;

LL 2008-C-540, con nota de Néstor E. Solari; LL del 9/6/2008, p. 7; LL 2008-C-694; LL del 12/6/2008, p. 7.

En el mismo sentido, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala G, señaló que si bien la residencia habitual de los menores no constituye una noción pétrea o inmodificable, ella no puede ser establecida ni modificada por uno de los padres en fraude a los derechos del otro, o por vías de hecho, aun si fuera el único titular del derecho de tenencia (10/3/2010, "L. L., P. F. y otro v. V., R. A.", LL online AR/JUR/3632/2010).

(8) En ese caso la Sup. Corte Bs. As. determinó que el cambio de residencia no constituye una vulneración de los derechos del padre, sino el ejercicio de una prerrogativa propia de quien goza de la guarda jurídica del niño, en tanto el derecho de custodia comprende la potestad de decidir el lugar de residencia (LLBA 2006 [febrero], con nota de Wenceslao Tejerina; LLBA 2006-36; LLBA 2005-283).

(9) PÉREZ HEGI, Leonardo - ANTELO, Susana B., "Autorización supletoria para salir del país", LLBA 2006-1021; DJ del 15/11/2006, p. 773.

(10) GOICOCHEA, Ignacio, "Aspectos prácticos de la sustracción internacional de menores", RDF, nro. 30, LexisNexis - AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2005, p. 77.

(11) La Cámara Nacional de Apelaciones, sala K, decidió confirmar la resolución que denegó la autorización solicitada por la actora respecto de su hija menor a fin de radicarse en el exterior por cuanto no acreditó indefectiblemente que dicha radicación, en este momento, importe para la niña un beneficio inexcusable, sino que responde fundamentalmente a intereses y circunstancias personales de su madre (C. Nac. Civ., sala K, 29/5/2006, "P., M. E. v. S., J. C.", LL online AR/JUR/2484/2006).

(12) SOLARI, Néstor E., "El cambio en el régimen de tenencia", LL 2007-D-462.

(13) "El Consejo de Estado es el máximo organismo jurisdiccional administrativo francés, asegurando la unidad de la jurisprudencia en el plano nacional, teniendo además como funciones aconsejar al gobierno para la preparación de proyecto de leyes y decretos, y administrar el conjunto de la jurisdicción administrativa".

(14) CARNAVAL DE FAINGUERSCH, Alicia A., "La Convención Internacional sobre los Derechos del Niño veinte años después", RDF, nro. 45, AbeledoPerrot, p. 169.

(15) *Íd.*, nro. 9.

(16) *Íd.*, nro. 12.

(17) C. Nac. Civ., sala G, 10/3/2010, "L. L., P. F. y otro v. V., R. A.", LL online AR/JUR/3632/2010.

(18) C. Nac. Civ., sala I, 26/12/1997, "S. M., M. R. v. A., P. C.", LL 1998-D-144, AR/JUR/97/1997.