

**Patria potestad.** Tenencia de los hijos. Facultades del padre que ejerce la tenencia. Viajes. Autorización a la madre para radicarse con los hijos menores en otro país. Razonabilidad. Interés superior del menor\*

**Hechos:**

*La Cámara confirmó la resolución del a quo por medio de la cual se autorizó a la madre a radicarse con sus hijos menores en el extranjero, con la obligación de traerlos al país una vez al año durante el receso escolar de los mismos y de garantizar una permanente comunicación con el otro progenitor vía correo electrónico y/o telefónica.*

*nores para radicarse con éstos en otro país —en el caso, donde iba a contraer matrimonio—, pues de las pruebas aportadas en la causa se concluye que más allá del legítimo y comprensible interés del padre de que sus hijos no se trasladen al extranjero, la autorización no resulta abusiva en la medida en que se preserve la vinculación de los menores con su padre, en protección del interés de aquéllos.*

**Doctrina:**

*Corresponde confirmar la autorización otorgada a la madre que ejerce la tenencia de sus hijos me-*

*Cámara Nacional Civil, Sala E, octubre 20 de 2004. Autos: “ H., P. D. c. B., H. C.”*

2ª Instancia. — Buenos Aires, octubre 20 de 2004.

*Considerando:* I. Contra la resolución de fs. 76/80, que autoriza a la madre

\*Publicado en *La Ley* del 3/11/2004, fallo 108.266.

a viajar con sus hijos menores F. y J. B. y radicarse en Barcelona, España, con la obligación de traerlos al país una vez al año durante el receso escolar de los nombrados, quedando a su exclusivo cargo los gastos del traslado con la cuota alimentaria que el padre abona, sin perjuicio de garantizar una permanente comunicación con el progenitor vía correo electrónico y/o telefónica, alza sus quejas el nombrado, quien las vierte en el escrito de fs. 89/95, cuyo traslado fuera contestado a fs. 96/98.

Las partes no pudieron arribar a una solución consensuada pese a los esfuerzos llevados en tal sentido a cabo en la instancia de grado (ver acta de fs. 38), así como también por el Sr. Defensor de Menores de Cámara (ver acta de fs. 110) quien, al haber vencido el plazo acordado en dicho comparendo, sin resultado positivo, se expide a fs. 113 pidiendo que se confirme el pronunciamiento en recurso.

II. Es sabido que el recurso de nulidad debe ser rechazado cuando los agravios –de ser fundados– pueden ser reparados por vía del de apelación (conf. CN. Civ., esta Sala, *La Ley*, 1988-B, 349, fallo N° 86.416; c. 141.618 del 9-12-93; c. 148.786 del 5-8-94; c. 169.746 del 7-6-95).

En el caso, los argumentos vertidos no permiten lograr el apartamiento de la decisión apelada, la que se funda en las constancias de la causa.

III. La directiva dada a los jueces por el art. 264 quater, último párrafo, del Código Civil, en los casos en los que se solicita su intervención con carácter supletorio de la voluntad de los progenitores, se orienta a la protección, no del interés de uno solo de ellos, sino de lo que “convenga al interés familiar” (conf. Bossert-Zannoni en Belluscio, *Código Civil y leyes complementarias...*, tomo 6, pp. 822/823, núms. 25 y 27).

En este sentido, ha interpretado la Corte Suprema de Justicia de la Nación que la norma citada apunta a impedir el ejercicio antifuncional o abusivo de la patria potestad, la que la ley define como el conjunto de derechos y deberes que se atribuye a los padres, pero en correspondencia directa con la protección y formación integral de los hijos (“Fallos”, 311:762).

Por otra parte, quien requiera del juez la resolución, dado que pretende que se supla un consentimiento cuya prestación o negativa forma parte de las facultades del otro cónyuge, deberá demostrar la conveniencia que para el interés familiar significa el acto. Sin embargo, el otro progenitor tendrá también a su cargo las pruebas de las razones por las cuales se niega, ya que este aspecto de la carga de la prueba no debe llevar a la equivocada conclusión de que quien da su consentimiento para el acto puede limitarse a expresarlo y señalar la negativa; el interés en cuestión, que trasciende el mero individual, impide que se coloque en la simple actitud de negarse (conf. Bossert-Zannoni, en op. y loc. cit., n° 26, pág. 823).

Ahora bien, la valoración de la prueba incorporada a la causa persuade al Tribunal de que, más allá del legítimo y comprensible interés del padre de que sus hijos no se trasladen al extranjero, la autorización requerida por la madre no resulta abusiva y, en la medida en que se preserve la vinculación con el recurrente, así como lo dispone el Juez *a quo*, resulta ajustada al referido interés,

en consonancia, claro está, con el de los menores (arg. art. 3º de la Convención de los Derechos del Niño, de jerarquía constitucional, de conformidad con lo prescrito en el art. 75, inc. 22 de nuestro máximo ordenamiento).

IV. En el caso, los progenitores se separaron a partir del mes de septiembre de 1996 cuando los hijos tenían 7 y 3 años de edad (ver acta de fs. 15 del expediente n° 87.903/96), en cuya oportunidad se convino el retiro del hogar del padre y se atribuyó la custodia a la madre, además de los otros aspectos relativos a alimentos provisorios, régimen de visitas y adjudicación de los bienes que tenía la pareja (ver, también, posterior acuerdo de fs. 17).

Quiere decir que, desde entonces, la madre ejerce la tenencia de F. y J., quienes tienen 15 y 11 años.

Con posterioridad se fijó otro régimen de visitas (ver resolución de fs. 152/157 del incidente n° 59.994/97). Si bien los testigos G., B. y B. son contestes en declarar que la relación del recurrente con sus hijos era buena, también afirman que hace mucho tiempo que no los ven porque los chicos hace más de un año que no van a lo del padre (ver video n° 457). En el mismo sentido, el progenitor expresó que hacía casi dos años que el citado régimen de visitas no se cumplía e hizo la denuncia recién a fines de noviembre de 2003 (ver fotocopia certificada de la causa n° 55.803 “Heffes, Patricia, inf. Ley 24.270”, agregada a fs. 164/171 del juicio de régimen de visitas, que dio lugar a la homologación que en copia obra a fs. 169).

De ello se deriva que la relación con sus hijos no era del todo fluida en este último tiempo.

Desde otra óptica, el progenitor no dio total cumplimiento con el pago de la cuota alimentaria fijada en la sentencia de fs. 145/149, confirmada a fs. 291/293 del juicio de alimentos, lo que derivó en una deuda que, por el momento, no ha podido cobrarse por carecer de bienes a su nombre (ver liquidación de fs. 448, aprobada a fs. 457 vta. y resolución de fs. 473; confirmada a fs. 484).

Frente a tal contexto, los testigos L., H. y S. son contestes en afirmar que el proyecto de trasladarse a España tiene visos de seriedad y está fundado, por un lado, en que la madre va a contraer matrimonio con el ingeniero J. G., a quien califican de persona honesta, seria y trabajadora, quien ya está allá radicado en la ciudad de Barcelona y tiene una empresa “próspera”, como la calificó H., que además de ser prima de la actora, conoce profesionalmente al nombrado desde hace mucho tiempo en su condición de ingeniera industrial. Tal empresa consiste en la distribución y venta de componentes electrónicos.

Asimismo, los testigos afirmaron que hace tiempo trabaja en España una prima psicóloga que también facilitaría los contactos para que la actora ejerza allá idéntica profesión. Al respecto, H. declaró saber, por su otra prima que está en dicho país, que el trámite para el reconocimiento del título de la actora no es complicado y que hay campo de acción.

Por otra parte, afirman que acá la situación del grupo familiar es ajustada y que ella tiene que trabajar muchas horas por día para atender adecuada-

mente a sus hijos: trabaja en un consultorio en..., en una escuela y también en la Capital.

Refieren asimismo que, según lo explicado por la actora, los chicos siguen directamente la escuela sin tener que rendir equivalencias.

Por lo demás, ellos manifestaron al Juez su deseo de seguir viviendo con la mamá (ver video respectivo), a lo que cabe agregar que en la audiencia celebrada en la Defensoría de Cámara, B. manifestó haber hablado con sus hijos acerca del viaje y radicación en el exterior, reconociendo que el deseo de los mismos era irse (ver fs. 113 vta.).

En conclusión, la ponderación de los elementos de juicio apuntados persuaden al Tribunal de que la oposición del padre no resulta fundada, por lo que habrá de confirmarse la resolución apelada.

Sin embargo, la naturaleza de la cuestión debatida y los derechos en juego, autoriza a distribuir las costas de Alzada en el orden causado (arg. art. 68, segundo párrafo, del Código Procesal).

Por estas consideraciones, y de conformidad con el dictamen de fs. 113, se resuelve: Desestimar el recurso de nulidad y confirmar, en lo que fue materia de queja, la resolución de fs. 76/80. Con costas de Alzada en el orden causado. — *Juan C. G. Dupuis.* — *Oswaldo D. Mirás.* — *Mario P. Calatayud.*