

**“El traslado del menor a otra provincia y los derechos del progenitor no conviviente. Pautas”** Comentario de Jurisprudencia. Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia. Lexis Nexis. Abeledo Perrot. Año 2004. Número 1. pág. 135

## **EI TRASLADO DEL MENOR A OTRA PROVINCIA Y LOS DERECHOS DEL PROGENITOR NO CONVIVIENTE. PAUTAS**

### **I.- INTRODUCCIÓN.**

El Fallo en comentario resuelve el caso de una madre que detentando la tenencia de sus hijos dispone, por motivos laborales, trasladar su domicilio, junto con los menores, a otra provincia, quedando así afectado el derecho del padre de mantener una comunicación fluida con sus hijos.

En primera instancia el Juez de la Ciudad de Mar del Plata niega el pedido de cambio de la tenencia provisoria solicitada por el padre, autoriza a la madre a establecer la residencia de sus dos hijos en la provincia de Córdoba y fija un régimen de visitas.

Dicho pronunciamiento es apelado por el padre por considerar que el Juez cometió un error de interpretación al fundamentar su decisión en el incumplimiento alimentario y que el nuevo régimen de visitas lo convierte en “un padre de temporada”.

La Cámara Civil y Comercial de Mar del Plata (Sala 2º) confirma el decisorio de Primera Instancia en todos sus términos.

En los últimos años hemos presenciado cómo la migración, tanto interna como internacional, ha aumentado considerablemente en especial como consecuencia de la fuerte crisis económica que vivimos y la necesidad de procurar un mejor bienestar económico.

Cuando esta situación se presenta en casos en que los padres de los menores ya no conviven se produce una problemática muy difícil de resolver en materia de tenencia y régimen de visitas.

### **II.- PAUTAS PARA DISCERNIR LA TENENCIA.**

En el caso a estudio, el Juez debió evaluar la conveniencia de un cambio de tenencia y para ello, de acuerdo a lo previsto por el artículo 206 del Código Civil, debió decidir cual era el padre más idóneo, ya que los niños eran mayores de 5 años.

La cuestión a resolver es cuáles son las pautas que se deben tener en consideración al momento de evaluar la idoneidad del progenitor.

La doctrina y jurisprudencia, en general, han tenido presente las siguientes pautas:

**1.- INTERES SUPERIOR DEL MENOR:**

Se sostiene que: A fin de juzgar la idoneidad de los padres debe tenerse esencialmente en cuenta el interés superior del menor.

La Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, que tiene jerarquía constitucional según el art. 75 inc. 22 de nuestra Constitución Nacional a partir de su reforma en el año 1994, dispone en su art. 3º: “que en todas las medidas concernientes a los niños, que adopten las instituciones públicas, privadas, los tribunales, las autoridades administrativas y los órganos legislativos, deberá atenderse primordialmente al “interés superior del menor”.

Este principio, según la Dra. Grossman, apunta a dos finalidades básicas: constituirse en pauta de decisión de un conflicto de intereses y en criterio para la intervención institucional destinada a proteger al niño.<sup>1</sup>

Claramente la norma nos indica que no es ni el interés de la madre, ni el del padre el que se debe considerar primero, sino que la decisión se define por lo que resulta de mayor beneficio para el menor.

La noción del interés superior del menor se emparenta con la de su bienestar en la más amplia acepción del vocablo y son sus necesidades las que definen su interés en cada momento de la historia y de la vida.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> Grossman, Cecilia “Significado de la Convención de los Derechos del Niño en las relaciones de familia” –La Ley- 26 de mayo 1993.

<sup>2</sup> Grossman, Cecilia “Los derechos del Niño en la familia” Ed. Universidad, Bs. As., 1998- p. 23 y sgtes.

En los casos en que el padre que detenta la tenencia decide trasladar su domicilio a otra provincia o país, resulta muy difícil determinar cual es el interés superior del menor, ya que la situación planteada lo obliga a separarse de uno de sus progenitores y por lo tanto va a resultar muy difícil mantener una adecuada comunicación con el otro.

¿Será mejor para el niño permanecer en el lugar donde siempre vivió, continuar asistiendo al mismo colegio, mantener su círculo de amigos y afectos, en general también su familia extensa aunque ello implique un cambio en la tenencia y alejarse del padre con quien siempre convivió?

O por el contrario, ¿será mejor para él continuar con su madre, mantener el *statuo quo* en materia de tenencia, aunque ello implique alejarse del padre y del entorno en el cuál creció?.

Las dos situaciones enfrentan al menor a alejarse de un padre.

El fallo que comentamos sostiene que debe buscarse una solución que implique una estabilidad –aunque no inmutabilidad- que posibilite el buen desarrollo emocional de los niños.

## 2.- OPINIÓN DEL MENOR.

La Convención Internacional de los Derechos del Niño también establece en su art. 12 el derecho del menor a ser oído en función de su edad y madurez.

La cuestión radica en determinar a partir de que edad se lo debe oír y cuál es la extensión que debe darse a sus dichos.

La doctrina considera que, si bien no puede ser el único elemento a tomar en consideración en orden a dar sustento a la decisión que se tome, adquiere importancia cuando por su edad y madurez pueda ser considerada como personal y auténtica.<sup>3</sup>

---

<sup>3</sup> Stilerman, Marta “Menores- Tenencia Régimen de visitas”. Editorial Universidad, pag. 69 y sig. Buenos Aires. 1997.

La jurisprudencia ha sostenido que si bien la opinión del menor no puede tener fuerza vinculante para definir cual de los dos padres detendrá la tenencia, la misma debe ser considerada cuando aquel cuenta con doce años de edad y se ha expresado con libertad.<sup>4</sup>

Entre los elementos a tomar en consideración a fin de analizar la evaluación de la opinión del menor podemos mencionar:

a) Su edad: sin determinar una edad estricta, es posible sostener que a mayor edad, se presume mayor capacidad de objetividad y discernimiento.

b) Influencia de uno de los progenitores.

c) Interrelación entre deseo del menor y “el interés del menor”. Debe tenerse presente que si bien los deseos de las partes deben ser consultados, ellos pueden entrar fácilmente en colisión con sus verdaderos intereses.<sup>5</sup>

La opinión del menor debe ser relevante, en la situación en análisis ya que el traslado de los menores fuera del medio en el que viven y por necesidades que le son totalmente ajenas, como las necesidades laborales del progenitor con el que conviven, lo afectan de manera determinante.

Del fallo no surge la edad de los menores, pero resulta llamativo que los mismos no hayan sido oídos.

### **3.- AQUEL QUE FAVORECE LA BUENA COMUNICACIÓN CON EL OTRO PROGENITOR.**

Los art. 9.3 y 18.1 de la Convención citada prevé el derecho del niño de padres separados o divorciados a mantener contacto con el progenitor no custodio.

Asimismo la ley establece que el impedimento de contacto con el progenitor no conviviente puede traer como sanción el cambio de tenencia y por ello la doctrina y jurisprudencia han sostenido que entre las pautas a tener en cuenta al momento de discernir la tenencia, el juez evaluará cual es el progenitor que favorecerá mejor la comunicación de los niños con el otro no conviviente.

---

<sup>4</sup> C.N. Civ., Sala E, nov. 7- 995- L. L. 16/X/1997.

<sup>5</sup> CN Civ., Sala C, 17/7/1973, ED- T° 50, pag. 465.

El derecho de comunicación es a su vez un deber de los padres y un derecho del hijo. El contacto con el progenitor no conviviente es indispensable para la formación, corrección, vigilancia y educación de los niños.<sup>6</sup>

El fallo hace hincapié en este punto al recomendar a la madre “el cumplimiento estricto del régimen de visitas, sin obstaculizarlo, bajo apercibimiento de que- tratándose de un régimen provisorio- el progenitor no conviviente pueda pedir una modificación del régimen”.

#### 4.- MANTENER EL STATUO QUO.

Este ha sido un principio que la jurisprudencia ha siempre sostenido considerando que debe evitarse cualquier cambio en el régimen de vida de los menores salvo razones graves, en procura de una estabilidad que resulta necesaria para la formación equilibrada de la personalidad<sup>7</sup>

Sin embargo, considero que las circunstancias en que se otorgó la tenencia en un primer momento pueden haber variado y no es necesario que existan causas graves para acceder a un cambio de tenencia, sino que bastaría demostrar que el cambio es beneficioso para el menor.

Por lo tanto, comparto la opinión de la Dra. Stilerman en el sentido de que esta pauta de estabilidad o de conservación de la situación de hecho existente, solo puede aplicarse en forma subsidiaria, cuando de las circunstancias de autos no surja otro criterio que resulte de utilidad a los efectos de inclinar la decisión judicial hacia uno u otro de los progenitores. O sea, para el caso de igualdad de aptitud en ambos progenitores para el cuidado y educación de sus hijos<sup>8</sup>

En el caso que comentamos nos preguntamos cuál es la situación que mantendría la estabilidad de los niños, provocando los menores cambios. Si

---

<sup>6</sup> CN Civ, Sala A, 26/6/85 –LA LEY, 1985 –E- Zannoni, “Derecho Civil- Derecho de Familia” T. 2- pag. 711- Vidal Taquini, Carlos “Matrimonio Civil- Ley 23.515”, pag 438, 2º ed. –Ed. Astrea- Bs. As., 2000

<sup>7</sup> Conf. CN Civ., Sala D, J.A., 1983- IV- 296; CN Civ., Sala E, noviembre 7-995 La Ley, 16-X-97.

<sup>8</sup> Stilerman, obra citada- pag. 131 y sig.

permanecer viviendo en Mar del Plata con el padre, o mudarse a Córdoba con la madre.

El Tribunal entendió que “si bien la radicación de la madre en otra provincia no es la ideal, un cambio de tenencia, en las circunstancias del caso, en nada beneficiaría a los niños.” Sostuvo que “el concepto de estabilidad debe encuadrarse en una realidad que va más allá de lo afectivo y que requiere condiciones externas que resguarden, afirmen y aseguren la misma”. Asimismo interpretan que la “estabilidad” de los menores está dada por su entorno que no debe ser modificado, refiriéndose a su nueva hermana.

#### **5.- MANTENER JUNTOS A LOS HERMANOS.**

Al fallar a favor de la madre, el Tribunal tuvo muy en cuenta no separar a los menores cuya tenencia se disputa, de su nueva medio- hermana, producto de la unión de la madre con su actual pareja.

Aquí vemos ampliado el principio de mantener juntos a los hermanos, ya que en general la jurisprudencia y doctrina se referían a la necesidad de no separar a los hermanos fundamentándola en la idea de mantener unido lo que queda de la familia.

El fallo es coherente con lo preceptuado por la ley 23.264, en razón de que el vínculo afectivo entre hermanos es idéntico, sean unilaterales o bilaterales.

La Dra. Grossman sostiene que en las familias ensambladas se originan redes fraternas que unen a hermanos nacidos de padres comunes, con los hermanos engendrados por la misma madre o el mismo padre y resulta de sumo interés fortalecer dichos lazos, beneficiando la integración familiar como lo hace el fallo comentado <sup>9</sup>

#### **6.- RAZONES DEL TRASLADO.**

En los casos de pedido de cambio de tenencia por traslado del padre conviviente a otra provincia o país será también importante estudiar las

---

<sup>9</sup> Grossman- Martínez Alcorta “Familias Ensambladas” Editorial Universidad- pag. 259.

razones que motivaron ese traslado y si tienen el peso suficiente para justificar separar al niño del otro progenitor, impidiendo su contacto asiduo.

**a.-** Si se trata de razones laborales, como el fallo en análisis, sí tendrá importancia evaluar el grado de cumplimiento por parte del padre de la cuota alimentaria y la necesidad de la contribución de quien detente la tenencia a la manutención del niño. Si con el monto que el padre aporte en concepto de cuota alimentaria la madre no puede cubrir las necesidades de sus hijos, el traslado por mejora laboral estaría ampliamente justificado y sería beneficioso para el menor.

Por el contrario, si el padre no conviviente cubre todas las necesidades de sus hijos y ha venido cumpliendo sus obligaciones correctamente, se debería atender con más atención la posibilidad de un cambio de tenencia.

**b.-** Si las razones son de índole familiar, como por ejemplo, volver a su lugar de origen con su familia extensa, el desarraigo no será tan difícil y puede ser beneficioso para el niño.

**c.-** Las opciones son enormes y deberá evaluarse cada caso en particular.

En los supuestos en que el traslado se realice a otro país, la problemática es mayor y deberemos además recurrir al derecho internacional privado y a las distintas convenciones ratificadas por los gobiernos nacionales.<sup>10</sup>

### **III.- CONVENIENCIA DE TRABAJAR PARA UN ACUERDO-MEDIACIÓN FAMILIAR.**

Ante las dificultades que presentan los casos de traslado de menores considero necesario poner de resalto que solo los padres a través de un acuerdo pondrán aportar soluciones que protejan el interés de los niños.

El fallo comentado recalca en coincidencia con fallos anteriores que:

La actualidad de la justicia, al dirimir el conflicto necesariamente dejará disconforme al perdedor, agudizando aún más la problemática existente y

---

<sup>10</sup> Szylowicki, Susana y Oppenheim, Ricardo “El derecho a la comunicación de los menores. Su correlato con el derecho de los padres a trasladar su domicilio” – La ley- 17 de julio 2001.

originando descreimiento hacia la institución encargada de zanjar tales problemas en un estado de derecho<sup>11</sup>.

“Por ello, se ha propiciado modernamente la tendencia de que el juez debe actuar bajo un nuevo modelo de justicia en donde no prevalezca la contienda, el magistrado no actúe como mero órgano legal, controlando el cumplimiento de las leyes de fondo y de rito para llegar a una sentencia formalmente válida, pero que no soluciona el problema existente en la familia<sup>12</sup>.

#### **IV.- CONCLUSIONES.**

En los casos de traslado de menores a otras provincias o al exterior deben analizarse las circunstancias que lo rodean y en modo alguno, puede establecerse una norma de validez general.

Deben estudiarse las ventajas y desventajas que dicho traslado implicará para el menor, el desarraigo que ello conllevará, las posibilidades o no de mantener una adecuada comunicación con el otro progenitor y las consecuencias que un cambio de tenencia importarían para el niño.

Considero que la opinión del menor, de acuerdo a su edad y madurez, deben ser fundamentales a la hora de evaluar cuál es su interés superior.

Otro elemento a tener en cuenta es cuál es el vínculo que el menor tenía hasta ese momento con el padre no conviviente y como este progenitor asumía sus derechos y obligaciones como tal y en que medida va a ser posible mantener una buena comunicación con el padre que no detenta la tenencia.

La conservación de la situación de hecho existente solo puede aplicarse en forma subsidiaria, para el caso de igualdad de aptitudes de ambos progenitores para el cuidado y educación de sus hijos.

Por las consideraciones expuestas considero que el fallo es correcto al mantener la tenencia de los menores en cabeza de la madre e instarla a favorecer la comunicación con el otro progenitor.

---

<sup>11</sup> conf. C. N. Civ., Sala K, Exp. 172.966 s/tenencia 10/4/96

<sup>12</sup> Andrea R. Alberto “Conflictos resultantes de la separación de los padres”, Dj, 1993- 2- 497 citado C N Civ, Sala K, 2000/11/03- La Ley 21 de junio 2001



## **BIBLIOGRAFÍA.**

- Belluscio “Manual derecho de familia” .
- Grossman, Cecilia “El derecho infraconstitucional y los derechos del niño” Libro de ponencias del Congreso Internacional “La persona y el derecho en el fin de siglo” Univ. Del Litoral, 1996.
- Grossman, Cecilia P. “Significado de la Convención de los Derechos del Niño en las relaciones de familia” L. L. 1993- B- 1089.
- Zannoni, Eduardo, “Derecho Civil- Derecho de familia”- T2- 3° ed. Astrea Bs. As.
- Mizrami, Mauricio L. “Familia, matrimonio y divorcio” Ed. Astrea Bs. As., 1998.
- Fanzolato, Eduardo I- “Comentario a los arts. 198 a 218 del Código Civil” en Buenos Aires- Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial. T1, - Ed. Hammurabi, Bs. As., 1995-.
- Grossman, Cecilia- Martínez Alcorta “Familias Ensambladas- Ed. Universidad- Bs. As. – 2000.
- Szylowicki, Susana y Oppenheim, Ricardo “El derecho a la comunicación de los menores. Su correlato con el derecho de los padres a trasladar su domicilio”. La Ley 17/7/2001.
- Walsh, Bernadette “The United Nations Convention on the rights of the Child: A british view “International Journal of Law and the family N° 5- 1991 .
- Stilerman, Marta “Menores- Tenencia- Régimen de visitas” Editorial Universidad- Buenos Aires- 1997.
- Grossman, Cecilia “Los derechos del niño en la familia”. Ed. Universidad, Bs. As., 1998.
- Vidal Taquini, Carlos “Matrimonio Civil- Ley 23.515”, 2° ed.- Ed. Astrea- Bs. AS., 2000.
- Andrea R. Alberto “Conflictos resultantes de la separación de los padres”- DJ 1993-11- 497.

