

Autorización judicial para viajar con los hijos menores al extranjero. Una solución novedosa para una cuestión de siempre

(Comentario al fallo del Tribunal Colegiado de Familia N° 5 de Santa Fe, del 25 de Octubre de 2018 –
Juez de Trámite: Dr. Alejandro M. Azvalinsky)

Por Luis Guillermo Blanco (*)

I. Relatar los hechos del caso, es sencillo. Al igual que aludir a su marco normativo “preciso”, el cual se encontraba claramente definido por el art. 645, inc. 6°, CCC ⁽¹⁾. Esto último, vale aclarar, destacando que “el ordenamiento jurídico no se agota en la ley, ni ésta puede ser ya concebida como fuente acabada, omnicompreensiva y perfecta donde se prevén todas las soluciones” ⁽²⁾. Simplemente, porque las normas legales son preceptos generales que indican posibles soluciones jurídicas y que, como tales, sólo le proporcionan al juez el más importante programa de decisión -no el único-, pero sin resolver por sí mismas ningún caso ni “determinar” la resolución (decisión) judicial ⁽³⁾, que no es una “inferencia necesaria”, sino *un juicio de valor* ⁽⁴⁾.

(*) Abogado (UBA). Fue docente-investigador de la UBA (Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales “Ambrosio L. Gioja” - Facultad de Derecho) y Miembro del Comité Hospitalario de Ética del Hospital de Clínicas “José de San Martín” (Facultad de Medicina, UBA). Es docente del Instituto de Seguridad Pública de la provincia de Santa Fe.

⁽¹⁾ “Si el hijo tiene doble vínculo filial se requiere el consentimiento expreso de ambos progenitores para los siguientes supuestos: (...) c. autorizarlo para salir de la República o para el cambio de residencia permanente en el extranjero; (...). / En todos estos casos, si uno de los progenitores no da su consentimiento o media imposibilidad para prestarlo, debe resolver el juez teniendo en miras el interés familiar. / Cuando el acto involucra a hijos adolescentes, es necesario su consentimiento expreso”. Tratándose de un tema exhaustivamente expuesto por nuestra doctrina (las citas huelgan), a sus dichos nos remitimos. Para su marco jurídico general y en cuestiones de detalle, puede verse con provecho a Bacchiaga, Silvina: *Niñez y adolescencia en viajes y turismo. Egreso e ingreso de menores del país. Normativa aplicable*, (2015) http://www.saij.gob.ar/doctrina/nv13503-bacchiaga-ninez_adolescencia_en_viajes.htm (Último acceso: 06/12/2018).

⁽²⁾ Cfr. Berizonce, Norberto F.: “El activismo de los jueces”, *L.L.*, 1990-E-936.

⁽³⁾ Lautmann, Rüdiger: *Sociología y jurisprudencia*, Sur, Buenos Aires, 1974, ps. 71/72.

⁽⁴⁾ Esto es así porque, en toda materia justiciable, no existe “deductivismo” normativo alguno, falacia de ordinario traducida en la conocida y sofisticada fórmula imaginaria de la “subsunción de los hechos a (o en) la norma” (premisa mayor: norma; premisa menor: hechos; deducción: sentencia), por la simple razón de que la decisión judicial a la que se arrije nunca puede ser el resultado de una “deducción” tal, de una inferencia necesaria, ya que, en este último caso (silogismo estricto), no se podría hablar propiamente de “decisión” (judicial), pues no estaríamos en presencia de un abanico de posibilidades entre las cuales elegir -incluso y en consecuencia, la o las normas aplicables-, de conformidad con la lógica dialéctica, deliberativa o retórica, propia de la función judicial, que parte de premisas simplemente probables -los hechos de la causa (que el juez desconoce, y que irá conociendo, conforme a la prueba producida, hasta formar su convicción sobre lo acontecido que se somete a su decisión)- y cuyo discurso tiene por fundamento la argumentación, el debate entre varias opiniones (donde se incluye el tema de la determinación de las normas aplicables al caso, así como también su interpretación) y la prueba de las proposiciones a que se refieren los hechos -que los tornarán (o no) verosímiles- (en términos de derecho procesal, “la carga de la prueba”), los que, de no ser acreditados, perderán su calidad de “premisa”, obstando a la procedencia del reclamo judicial de que se trate, e implicando la aplicación de otras normas para el rechazo de la pretensión o petición procesal formulada en juicio, de todo lo cual resulta que, en contra del supuesto “deductivismo” indicado, son esos hechos la “premisa mayor”, dado que están ante todo, y sólo en razón de ellos surge el problema de la determinación de la norma (ver Massini, Carlos I.: “Introducción a la lógica judicial”, en VV.AA.: *La función judicial*, Depalma, Bs. As, 1981, ps. 27 y ss.), al

Pero este caso no era tan sencillo, y puede decirse que fue resuelto, si se nos permite, mediante un juicio de valor fincado en una “sencillez” novedosa y práctica, a la cual se arribó mediante una fundamentación fáctica y jurídica impecable. Veamos.

Inicialmente, a los fines de poder viajar con sus dos hijas menores al extranjero, la actora solicitó que se intimase al padre de aquellas para que otorgase la autorización requerida por el art. 645, inc. 6º, CCC, y en su defecto, que la concediera el Tribunal. Ante el silencio del requerido al traslado que le fuera corrido, la actora precisó que esa autorización lo era para viajar al Uruguay (Punta del Este), haciendo saber las fechas de salida y retorno, el lugar de alojamiento y los demás detalles que se enuncian en la sentencia en análisis. Las niñas fueron escuchadas en presencia de la Defensora General interviniente, quién luego no formuló observación a la venia peticionada, y esta última fue concedida

Pero además, en su escrito de inicio, la actora también había solicitado que la autorización para salir del país fuese “extendida hasta la mayoría de edad de las niñas y a cualquier parte del mundo”, es decir, de modo amplio y general, y por ello, aunque no haga falta aclararlo, sin especificaciones referentes a eventuales lugares determinados y fechas de viajes. Que en tales términos, es claro que no venía a cuento efectuarlas, dada la holgura de su planteo.

Corrida nueva vista a la Defensora General para que dictaminase al respecto, esta funcionaria expresó, por sus fundamentos, que no correspondía hacer lugar a dicha petición. En la cual la actora luego insistió.

Y si bien todo esto se encuentra relatado en detalle en el decisorio que aquí anotamos, ello no obsta a que recordemos que la doctrina mayoritaria entiende que las autorizaciones judiciales supletorias deben ser específicas, debiendo conocerse y así declararse en cada caso, todas las condiciones del viaje. Básicamente, el por qué y el para qué del viaje (vacacionar, razones laborales, etc.), el país o países de destino, el lugar de las fechas de partida y retorno, el o los medios de transporte a emplear, la forma en que el progenitor no conviviente mantendrá comunicación con los menores, y los demás detalles que hagan al caso de que se trate.

igual que cuando acontecen conflictos entre normas jurídicas de igual grado que las leyes no pueden evitar y que los órganos jurisdiccionales no pueden resolver aplicando simplemente alguna norma jurídica previamente establecida. Por ello, podemos decir -con Villey, Michel: *Método, fuentes y lenguaje jurídicos*, Ghersi, Bs. As., 1978, p. 89- que “sabemos muy bien que el trabajo efectivo del juez consiste, hoy como ayer, en buscar la solución de derecho por vía de la dialéctica; en *elegir* en el conjunto de normas legales alegadas por las partes litigantes, normas que no son concordantes y que no constituyen de ningún modo un «orden jurídico» homogéneo; en buscarla, si es necesario, más allá de la norma legal; en forjar nuevas normas, al dictar una sentencia adecuada al caso concreto siempre nuevo”, permitiéndonos agregar que la labor abogadil y, en particular, el desempeño de la magistratura, nada tienen que ver con “deducciones necesarias”, siendo prueba acabada de ello las presentaciones judiciales novedosas que siempre suelen acontecer y las sentencias que se dictan en tales casos (propiaamente pretorianas), máxime en materias biojurídicas, en las cuales la función creadora del juez, cuando se encuentra ante hechos sobre los que nada dicen las normas jurídicas vigentes, habitualmente se encuentra a la orden del día; p.ej., al conceder autorización para proceder a la ablación y trasplante de órganos entre dadores (vivos) y receptores en hipótesis no contempladas expresamente por la ley (p.ej., entre otros pronunciamientos, Juzg. Fed. N° 3, Lomas de Zamora, 01/02/1995, *JA*, 1997-II-279; Juzg. Crim. y Correc. N° 3, Mar del Plata, 06/06/1995, en *Cuadernos de Bioética*, Año 1, N° 0, Ad-Hoc, Bs. As., 1996, ps. 157 y ss.; ídem, 28/06/1996, *J.A.*, 1997-I-315).

Todo esto, por lo común, aludiendo a la trascendencia de los actos (no cotidianos) que contempla el art. 645, CCC. Acerca de la cual, es claro que la revisten de suyo varios de aquellos (p.ej., contraer matrimonio), pero en otros de esos actos, y en ciertos casos (uno por uno, y conforme a sus peculiaridades propias), creemos ese aserto general se torna débil. P.ej., no nos parece que vacacionar un par de semanas en una bonita localidad turística o visitar Disney World revistan tamaña relevancia. Y si se trata de viajes de placer, que a la vez también suelen ser culturales (conocer otros lugares, etc.), cabe recordar que, entre otras normas, los arts. 9, 10, 18, 27, y en particular, 31, de la “Convención sobre los Derechos del Niño”, aluden a sus derechos al esparcimiento y a las actividades recreativas. A cuyo respecto cabe señalar que se ha entendido que las actividades lúdicas son un derecho humano ⁽⁵⁾.

II. Retomando al caso particular, dirimido por la sentencia que anotamos, se encontraba hartamente acreditado que la actora tuvo que iniciar “varios y sucesivos juicios meramente declarativos a los efectos de contar con la autorización para poder salir del país con sus hijas”, cuyo padre “no ha comparecido siquiera a oponerse a la autorización, pese a estar debidamente notificado, negando a prestar su consentimiento sistemáticamente”. Extraña “costumbre” de la cual, al parecer, merced a su “ni sí, ni no”, si alguno se preguntase el por qué y el para qué de estos temperamentos, podría llegarse a la siguiente respuesta: las actividades de sus hijas y de la actora no le interesaban y/o, tal vez (no lo sabemos), mortificarlas un rato a todas ellas, le reportaba algún placer.

Puede que se tratase de lo primero, ya que, por motivos que desconocemos, este hombre “prácticamente no tiene contacto con las niñas”, y además, ellas expresaron en juicio que “no ver a su papá hace mucho tiempo, que no las llama para Navidad, ni para el cumpleaños, no les pregunta por la escuela, no van a la casa del papá y no conocen a dónde vive, y que sólo tienen contacto con los abuelos paternos”.

Adviértase entonces que no estamos aquí ante progenitores separados desavenidos que, ahora no ya unidos por el amor, sino tal vez por el odio, inmersos en una organización post-separación disfuncional, gustan seguir canalizando sus rencores (tal vez psicopáticos) y/o luchas de poder mediante temperamentos que involucran a sus hijos y en expedientes judiciales ⁽⁶⁾ -divorcios y/o separaciones “formales”, pero no emocionales ⁽⁷⁾, que en

⁽⁵⁾ Cfr. Finnis, John: *Natural law and natural rights*, Clarendon Press, Oxford, 1996, p. 87.

⁽⁶⁾ Pueden verse, con provecho, los trabajos de David Abelsohn, Gloria F. Auer, Alfredo Canevaro, Alicia Cohan de Urribarri y Roberto Urribarri, Carlos M. Díaz Usandivaras, Pedro Herscovici, Marla Beth Isaccs, Alberto Serrano y Florence Kaslow, en la Rev. *Terapia familiar*, N° 15 “Divorcio y nuevas organizaciones familiares”, Editor invitado Dr. Carlos María Díaz Usandivaras, Ediciones ACE, IX, Bs. As., 1986. Nos hemos referido a estas disfunciones en materia de derecho de comunicación paterno filial en “Divorcio y derecho de visita. Necesidad psicológica de los menores de mantener comunicación con su progenitor no custodio”, *J.A.*, 1990-II-69, y en “Visitas, derecho de” (voz), en Lagomarsino, Carlos A. R. y Salerno, Marcelo U. (Directores) - Coordinador General: Jorge A. Uriarte: *Enciclopedia de Derecho de Familia*, t. III, Universidad, Bs. As., 1994, ps. 883 y ss.

⁽⁷⁾ Cfr. Despert, J. Louise: *Hijos del divorcio*, Horme, Bs. As., 1987, ps. 15/16, 27 y ss., y 268 y ss.; Isaccs, Merla B., Montalvo, Braulio y Abelsohn, David: *Divorcio difícil. Terapia para los hijos y la familia*, Amorrortu, Bs. As., 1980, ps. 17, 83 y 189 y ss.

ocasiones, han dado lugar a sentencias “inusuales”⁽⁸⁾-, lo cual también acontece en el tema de que tratamos⁽⁹⁾.

En el cual algunos casos fueron de tal tenor que, p.ej., permitieron a un Tribunal censurar a “la actitud recalcitrante evidenciada por TODOS los protagonistas en esta sucesión interminable de frívolo intercambio de mutuas recriminaciones con el desviado propósito de zanjar conflictos emocionales no resueltos”⁽¹⁰⁾.

Sino aquí, y en definitiva, ante un padre cuya ausencia, precisamente por ello, complicaba inútilmente las cosas para todos los demás. Si se prefiere y en los hechos, tal como lo dijo el Juez del caso, al aludir a “la exigencia para la progenitora de tener que promover expedientes de Venia Judicial para todos y cada uno de los viajes que desee emprender con sus hijas, ante la imposibilidad de conseguir que el padre (...) les otorgue autorización”, de todo lo cual resultaba, para la madre, “un desgaste personal en tiempo y dinero que bien podría invertir en favor de sus hijas”. Y para estas últimas y como poco, de un modo u otro, un constante menosprecio por parte de su padre⁽¹¹⁾. Y como seguro, sensaciones de incertidumbre y angustia, por lo anterior y, es de presumir, también en cuanto a la concreción los así tornados inciertos viajes.

Entonces así, ante este estado de cosas, lo ponderable del Juez interviniente es que, en lugar de plantearse un falso dilema entre dos proposiciones que, en apariencia, se presentaban como irreductibles (la opinión doctrinal antes enunciada -venias “puntuales”- y la pretensión actora de mención: obtener una venia “global”, hasta la mayor edad de las niñas), estableció prudentemente, a modo de “excepción” a dar en el caso concreto, a una solución, más que “intermedia”, como se adelantó, realista y práctica, fácticamente “situada” y jurídicamente muy bien fundada.

Otorgando una autorización para viajar al extranjero que, a su decir, “si bien no llega a la extensión peticionada por la actora, estimo le resultará de utilidad, tanto a ella como muy especialmente a las niñas”, concretándola “por el plazo de tres (3) años”. Supeditándola al recaudo de que, en aras de garantizarle a las niñas un futuro posible “contacto paterno filial”, su madre informe fehacientemente al padre (y al Tribunal, obviamente en el expediente y con quince días de anticipación) de “todos los detalles del viaje (tiempo, fechas de egreso y regreso, vehículo, acompañantes, lugar de destino y de hospedaje)”, ello también a los fines

⁽⁸⁾ P.ej., C. Nac. Civ, Sala E, 20/02/89, *E.D.*, 136-683, anotado por Gowland, Alberto J.: “Patria potestad. Visitas. Terapia bajo mandato”. Ver Blanco, Luis G. y Gorvein, Nilda S.: “Cuando los jueces mandan a terapia. Acerca de la intrínseca relación existente entre la justicia y la salud familiar”, en *Perspectivas Sistémicas. Psicología de Hoy*, Año 5, N° 20, Bs. As., Marzo/Abril 1992, ps. 13/14.

⁽⁹⁾ P.ej., ver Vallejos, Soledad: *Conflicto de verano sacar a los chicos del país enfrenta a los padres separados* (09/01/2018) <https://www.lanacion.com.ar/2098975-conflicto-de-verano-sacar-a-los-chicos-del-pais-enfrenta-a-los-padres-separados> (Último acceso: 06/12/2018).

⁽¹⁰⁾ C. Apel. Civ y Com., Sala 3, Corrientes, 16/05/2017, “C. C. E. F. c/ B. G. M. s/ Derecho de comunicación” <http://www.juscorrientes.gov.ar/wp-content/uploads/jurisprudencia/fallos-camara-civycom/pdf/2017/Microsoft-Word-R.83.EXP108942.14.RESERVADO.doc.pdf?iframe=true&width=95%&height=95%%22> (Último acceso: 06/12/2018).

⁽¹¹⁾ Al parecer, resulta válido para este caso el aserto según el cual “el silencio es la forma más perfecta del menosprecio” (George B. Shaw).

de que aquél “pueda ejercer su derecho de oposición si así lo deseara”. Resolución que, además y procesalmente hablando, de no haber sido del agrado de ese padre, bien hubiese podido recurrirla ⁽¹²⁾. Pero no lo hizo, y así esta sentencia quedó firme.

III. Solución la aquí antes reseñada que, a nuestro parecer, no ofende a norma jurídica alguna, ni en general, ni en este caso concreto ⁽¹³⁾. En el cual es también de ver que la trastocada dinámica “familiar-judicial” que se venía viviendo (gráficamente: autorización para viajar → absoluto silencio; demanda → más silencio = venia judicial supletoria), a la vez que ratificaba la residencia de la actora y de las niñas en el país, también por ello, aventaba el riesgo (en el caso, meramente hipotético) de que, todas ellas y como fuera, se radicasen furtivamente en el extranjero ⁽¹⁴⁾. Cuestión cuyo tratamiento fue ajena a esta sentencia, y a cuyo respecto, por tanto, nada correspondía decir. Pero que, así esbozada, también avala a lo decidido.

Por lo demás, si bien en tal decisorio no consta la edad de las menores, hayan sido niñas o adolescente, sino una y otra, cualquiera que fuesen sus edades, se las escucho, quedando así satisfechas las previsiones de los arts. 707 y/o 654, párr. final, CCC. Así como también las mandas legales, generales y específicas, de atender al mejor interés del menor ⁽¹⁵⁾

⁽¹²⁾ Por lo común, esos recursos están destinados al fracaso. P.ej., ver C. Nac. Civ., Sala M, 12/07/2016, “Q, M R y otro s/ Autorización” <https://jurisprudencia.mpd.gov.ar/Jurisprudencia/Q,%20MR%20c.%20S,%20DE.pdf> (Último acceso: 07/12/2018).

⁽¹³⁾ No nos parece que este criterio judicial importase alguna suerte de privación del ejercicio de la responsabilidad parental (sin que exista una sentencia judicial que así lo hubiese decidido) para con el progenitor no conviviente, dado que este último siempre podrá oponerse a algún viaje y, en su caso, solicitar que se revise la decisión anterior. Dado que, si el progenitor privado de dicha responsabilidad puede solicitar, en los términos del art. 701, CCC, que se la deje sin efecto (lo más), también parece claro que puede pedir dicha revisión (lo menos). Que ello se justifique en beneficio e interés del hijo, será materia de prueba.

⁽¹⁴⁾ Que ese cambio permanente de residencia sea fundado, obviamente es otra cosa. P.ej., ver Juzg. Civ. N° 102, Capital Federal, 28/06/2016, “V., L. B. y Otro c/ A., L. N. s/ Autorización” <http://public.diariojudicial.com/documentos/000/069/515/000069515.pdf> (Último acceso: 07/12/2018).

⁽¹⁵⁾ “Mejor interés” del menor (niño, niña o adolescente), no así “interés superior” (art. 3º, ley 12.967), fórmula esta última que es una pésima traducción antojadiza del art. 3. 1. de la “Convención sobre los Derechos del Niño” (“In all actions concerning children, whether undertaken by public or private social welfare institutions, courts of law, administrative authorities or legislative bodies, the best interests of the child shall be a primary consideration”) y que altera su sentido, ya que es muy distinto decir que su interés “siempre” prima por ser “superior”, que entender que, sin dejar de estimar el interés de todas las personas intervinientes en el caso de que se trate como sujetos de derechos, se debe evaluar y establecer el mejor interés del niño en razón de la posición de desequilibrio de poder que ocupan en su relación con los adultos. Precisamente, la pauta del “mejor interés familiar” convalida lo antedicho, dado que ella comprende y atañe a todas esas personas. Y es así como, bajo la vigencia del art. 244 quater del Cód. Civil derogado, se ha entendido que el interés familiar al que aludía dicha norma (“En todos estos casos, si uno de los padres no diere su consentimiento, o mediare imposibilidad para prestarlo, resolverá el juez lo que convenga al interés familiar”), y por extensión, el mentado por el art. 265, CCC, impone que la consideración judicial se efectúe meritando que si el satisfacer el interés del hijo resulta gravemente perjudicial para el interés familiar, éste debe prevalecer (C. Nac. Civ., Sala F, 14/09/1989, *E.D.*, 137-434). Más genéricamente, se ha dicho que “siendo la solidaridad familiar el principio constitucional básico para el ordenamiento social y familiar, el interés de los niños y el interés familiar deben marchar juntos. No se puede efectivizar aquel sin efectivizar también este. Ambos intereses convergen, concuerdan y se identifican”. Herscovici, Pedro: “Nuevo Código Civil y Comercial argentino y su incidencia sobre el derecho de Familia”, en *Sistemas Familiares y otros sistemas humanos*, Año 34 - N° 1, ASIBA, Bs. As., Noviembre 2018, p. 13. Versión digital: <https://asiba.org/index.php/asiba/article/view/30> (Último acceso 16/12/2018).

y, en particular, al interés familiar del caso (art. 654, penúltimo párr., CCC). Que aquí, al igual que en la mayoría de estos casos, coincidían armónicamente. En particular porque, diga lo que se diga con respecto a uno y/u otro interés, en la especie, nadie se vio perjudicado.

En fin, por todo ello, creemos que es ponderable que, advirtiendo mediante un activismo judicial bien entendido, ponderando a los derechos en juego sobre la peculiar plataforma fáctica de cada caso concreto, se sepa atender a esta última, respetando a la vez a la tutela judicial efectiva de todos los involucrados, pero sin estarse rígidamente a moldes legales y/o doctrinales que, si bien tienen su fundada razón de ser, dado que la materia judicial es siempre contingente, móvil y variable, en ocasiones corresponde “adecuarlos” a fin de dictar una resolución prudente y justa. Tal como lo demuestra la sentencia que aquí anotamos. Que en casos similares, bien puede ser tomada como un estándar a seguir.
