



*Cámara de Apelaciones
de Familia*

PODER JUDICIAL

MENDOZA

N° 97/15/10F-82/16

**“P. L. A. P.S.H.M. C/ JOSE A. T. P/
AUTORIZACION (CAMBIO DE
DOMICILIO)”**

Mendoza, 26 de Julio de 2016.

VISTO Y CONSIDERANDO:

I. Llegan estos autos a la Cámara por el recurso de apelación interpuesto por el demandado a fs.134, contra la resolución de fs. 127/132 y su aclaratoria de fs.133, por la que se autoriza la salida del país a M. A. T. junto a su madre para radicarse en Las Palmas de Gran Canarias, España. Impone las costas en el orden causado y regula honorarios

II. El apelante funda el recurso a fs.141/148. Se queja porque se ha permitido que la madre viaje junto a su hijo a España, estando el fallo apelado y por ende, sus efectos suspendidos. Cuestiona que se le haya entregado a la actora copia certificada de la resolución a condición que se consignara que estaba apelada.

Solicita como medida previa, que se orden el inmediato regreso de su hijo a la provincia.

Afirma que la juez a quo no ponderó adecuadamente que el impedimento de contacto y la desvinculación con su hijo se debió a la necesidad de cumplir con lo ordenado judicialmente, por lo que no podía ser un elemento axiológicamente negativo.

Sostiene que el niño ha sido influenciado por su madre, desmereciendo la pericia del C.A.I y la entrevista mantenida por la juez y la asesora con M.

Señala que tampoco la juez tuvo en cuenta que, apenas fue sobreseído en la causa penal, inició juicio tendiente a reestablecer el contacto con su hijo.

Expresa que existía prejudicialidad y que la magistrada no debió emitir el fallo antes de que se resolviera la causa penal.

Denuncia un plan de la madre para llevarse al niño fuera del país con el fin de suprimir todo contacto con su padre.

Pide la revocación del fallo.

III. La actora contesta los agravios a fs.151/156vta. Entiende que el recurso ha devenido abstracto al encontrarse el niño radicado en España y escolarizado. Pide que se confirme el fallo apelado.

*Cámara de Apelaciones
de Familia*

IV. La Asesora de Menores dictamina a fs.170 y vta., a favor de la confirmación de la autorización otorgada.

V. De la lectura de la resolución cuestionada se desprende que la juez de grado funda la autorización en el hecho que es la madre quien ejerce la autoridad parental; en que el padre no tiene participación alguna en la vida de M. desde el año 2012 –el fallo es de diciembre de 2015-; que T. no ha probado que cumpla con su obligación alimentaria, lo que demostraría la falta de compromiso para con su hijo. Asimismo pondera la existencia de una denuncia penal por abuso sexual del padre hacia su hijo y de una medida de protección consistente en la prohibición de acercamiento de T. al hijo y a su madre.

Refiere al informe pericial de fs.82, del C.A.I. salud mental, efectuado a la madre, del que se desprende un adecuado vínculo afectivo entre madre e hijo y que ésta puede mirar y anteponer las necesidades de su hijo, presenta empatía para poder dialogar con M. y no se la observa alienadora. En relación al niño, la pericia muestra que expresa deseo de vivir en España y poder conectarse con los parientes que residen allí. En lo relativo al desarraigo, señalan que resulta un desafío para un niño de tan corta edad ya que no posee aún la madurez para poder evaluar los pro y los contra de tal decisión. Aconsejan apoyatura psicológica de autorizar el cambio de radicación. Observan que el discurso de M. no se encuentra impregnado por el de los adultos.

En relación al apelante, valora la pericia psíquica que se le efectuara en sede penal (fs.95), de la que surge que T., en los vínculos interpersonales muestra escaso compromiso y toma de distancia, no pudiendo expresar en forma adecuada sus afectos. Pudiendo proyectarse dichos rasgos de personalidad en el área sexual, con posibilidades de tener conductas desajustadas.

Reprocha al demandado haber incurrido en omisión probatoria, conformándose con la sola crítica de los informes profesionales y del actuar de la madre en protección de su hijo ante la gravedad de los hechos denunciados.

A su vez, tiene por acreditados los hechos fundantes de la pretensión materna en relación al trabajo en España y la escolarización de M. en dicho país, presumiendo que no le faltarán recursos para solventar los gastos que resulten necesarios para su manutención y para vivir sin privaciones.



*Cámara de Apelaciones
de Familia*

PODER JUDICIAL

MENDOZA

Finalmente, pondera a la audiencia mantenida con el niño, como el acto procesal de mayor importancia.

Relata que en la misma, en forma fluida y espontánea, M. le expresa, con mucho entusiasmo, el deseo de vivir en España. Le confirma que no ve a su padre y hermanos desde hace mucho tiempo, sin observarlo afectado por ello. Le expresa que acá no tiene primos ni abuelo y que sí los tiene en Palmas. Al preguntarle, en definitiva, si quiere ir –a España-, el niño responde afirmativamente.

Valora como positivo para M. este nuevo proyecto de vida, representando un beneficio sustancial para él en relación a lo que resigna

Por último, resalta que tal solución es la que mejor se corresponde con la satisfacción del superior interés del menor.

VI. En primer lugar advertimos que a partir del 01/08/15, entró a regir el nuevo C.C.yC.N. , que la demanda es de fecha anterior y la resolución posterior a su entrada en vigencia, sin perjuicio de lo cual, en el presente y de conformidad a lo preceptuado por el art.7 del nuevo código, no existiría un conflicto de aplicación de leyes en el tiempo toda vez que lo que es materia de análisis –necesidad del consentimiento de ambos progenitores para poder salir del país los hijos menores de edad -se encuentra regulado en forma similar por ambos códigos (art. 264quater inc.4 C.C. y art.645 inc. c) C.C.yC.), (Cf. Luis Moisset de Espanés, "Irrretroactividad de la ley y el nuevo art.3 (Código Civil) (Derecho Transitorio", p.96).

VII. Entrando al análisis de los agravios vertidos, adelantamos opinión en sentido desfavorable al apelante.

En efecto, de su lectura, se aprecia una queja generalizada hacia la autorización otorgada sin que el apelante haya podido desvirtuar en forma clara y precisa los fundamentos del fallo y la valoración que del material probatorio efectuara la juez de grado.

Es que, no basta con objetar los informes periciales sin un fundamento científico-jurídico.

Tampoco resulta idóneo denunciar un plan de la madre para separarlo de su hijo.

Igualmente, no existe prejudicialidad entre la causa penal seguida contra el padre por el presunto abuso sexual hacia su hijo y la presente, ya que el hecho

investigado en sede penal no ha tenido relevancia para el otorgamiento de la autorización para viajar y radicarse en el territorio español.

De la compulsa de los autos n°1336/12/8F, carat.: “OAL p/T. M. p/Med.Conexa, venidos AEV, se desprende que T. no apeló las medidas de prohibición de acercamiento y comunicación por cualquier otro medio con su hijo, dictadas a fs.27/28 en fecha 29/06/12 y a fs.79, en fecha 05/11/12. Que a fs.129 solicita un régimen de comunicación asistido con M., el 08/04/14, el que, casi dos años después, es rechazado a fs.133, siendo que recién el 25/08/15, inicia el juicio civil por la fijación de tal régimen de comunicación (Expte. n°1237715/10F, carat.: T. A. por su hijo menor c/P. L. A. p/Reg. de Comunicación”, venido a AEV).

En ningún momento refuta a la juez a quo, probando estar cumpliendo con la obligación alimentaria para con su hijo, lo que mostraría algún grado de compromiso con el mismo y la asunción responsable del rol paterno. No basta para ello que haya iniciado un juicio por régimen de comunicación, proceso que no impulsa desde octubre de 2015.

Igualmente, no ha probado que el mentado proyecto laboral y de vida para madre e hijo en Las Palmas de Gran Canaria, España, no sea tal o resulte nocivo para M.

La pericia del C.A.I., sumado al contacto directo de la juez con el niño, no dejan dudas sobre la ausencia de influencia de la madre en sus dichos, su espontaneidad y la veracidad en cuanto a su deseo de ir a vivir allí.

No es que se ignoren los derechos del padre y las dificultades que para el contacto fluido con su hijo, representa tal cambio de residencia pero, la verdad, es que la realidad que atraviesa a ésta familia y en especial al vínculo de padre e hijo, lejos de ser positivo y promisorio, resulta fuertemente afectado en forma negativa y hoy carece de significación para M. quien, ante la pregunta de la juez, se muestra indiferente por la ausencia de su padre durante todo este tiempo.

Por el contrario, el niño tiene una vinculación positiva con su madre, signada por el afecto y la empatía, en la que M. es respetado como persona y sus deseos y necesidades son escuchadas y puestas como prioridad por su mamá.

Por aplicación de los arts. 3, 12 y cc. de la CDN y arts.3, 24, 27 y cc. de la ley 26.061, ante un conflicto de derechos, debe prevalecer la opinión de los niños, niñas y adolescentes cuando no sea contrario a su interés superior y goce de la madurez



*Cámara de Apelaciones
de Familia*

PODER JUDICIAL

MENDOZA

suficiente para determinar lo mejor para ellos en razón de su edad, desarrollo intelectual y psíquico. (Cf. Faraoni y ots. Direc., “Régimen Comunicacional”, Ed. Nuevo Enfoque, 20011, p.57).

Desde esta óptica, resulta relevante la opinión de M., expresada al ser peritado y en la audiencia con la juez, desprendiéndose que, a pesar de su corta edad, muestra deseo y entusiasmo en residir en Las Palmas de Gran Canaria junto a su madre.

En relación a los conflictos de intereses dentro del seno familiar hemos dicho: *“El interés familiar importa la consideración tanto del interés del menor como el del grupo familiar, sin que ello justifique posponer los legítimos intereses de los hijos por las diferencias irreconciliables de sus progenitores. La posmodernidad jurídica trajo consigo un desplazamiento de la familia hacia la persona; lo cual a su vez condujo a juzgar a la autonomía del sujeto en el ámbito familiar como un aspecto básico de la organización social y política. En tal inteligencia, hoy ya no puede concebirse al interés familiar como una idea abstracta; esto es, desprendido de los propios intereses de las personas concretas. Lo expuesto significa que cualquier situación familiar está referida a seres individualizados. Dicho de otro modo, los conflictos concretos que surgen a diario ponen de manifiesto que la familia no puede ser entendida como portadora de valores propios; de manera diferente, en ella sólo se realizan intereses que son exigencias de las personas como padres, cónyuges e hijos. Por ese motivo, bien se dijo que en la dinámica familiar lo que existen son relaciones interpersonales de sus miembros; verbigracia, las relaciones de la pareja conyugal; las relaciones de cada uno de los padres con los hijos; las relaciones entre los hermanos o con parientes más lejanos; etcétera. En todas las situaciones de conflictos familiares, éstos se suscitan siempre entre intereses que invocan personas físicas, y no entre los intereses de los individuos (padre, madre, cónyuges, hijos, etc.) y los de un hipotético ente supraindividual llamado familia; y ello es así porque ésta no es un grupo autónomo, en el sentido de que hoy no se concibe una autonomía del grupo familiar con relación a los intereses de sus miembros. Lo que se perfila en nuestros tiempos es una suerte de humanización del interés familiar y, por lo tanto, éste se ha de identificar en todos los casos con el interés del miembro de la familia involucrado en la medida que la pretensión esgrimida se trate del cónyuge, padres o hijos sea legítima, no abusiva y encuadrada dentro de las reglas de la solidaridad familiar.”*(Expte. n° 110/11 DE MARCHI ERICA A. P/ SU HIJA MENOR

BARRAZA MARIA DEL ROSARIO C/ BARRAZA ALEJANDRO G. P/ AUTOR. P/ VIAJAR 22/03/2012,LS 5-215).

El hecho de que la madre haya viajado a España cuando la sentencia no se encontraba firme si bien es reprochable, en nada modifica en lo sustancial lo que es materia de revisión por esta alzada.

En todo caso, el interesado deberá canalizar tal situación irregular por las vías administrativas y/o judiciales que resulten idóneas para su esclarecimiento, excediendo lo que es competencia de esta Cámara.

Del mismo modo, que lo hayan sobreseído en la causa penal, no resulta determinante para negar la autorización pues, no es éste el motivo por el cual la juez de grado hace lugar a la pretensión, sino el nuevo proyecto de vida que se abre para el niño junto a su madre.

Por lo argumentado y como ya lo adelantáramos, corresponde rechazar del recurso en trato.

VIII. Las costas de alzada deben imponerse al apelante por resultar vencido. (art.36 I del C.P.C.).

Por lo que la Cámara

RESUELVE:

I. No hacer lugar al recurso de apelación interpuesto por el demandado a fs.134, contra la resolución de fs. 127/132 y aclaratoria de fs. 133.

II. Imponer las costas de alzada al apelante.

III. Regular los honorarios del Dr. J. T. R., en la suma de pesos ocho mil (\$8.000,00); los de la Dra. F. Q., en la suma de pesos cuatro mil (\$4.000,00) y los del Dr. C. C. A., en la suma de pesos cinco mil seiscientos (\$5.600,00), (arts. 3, 15 y 31 de la ley 3.641).

COPIESE. REGISTRESE. NOTIFIQUESE Y BAJEN.

Dr. Germán Ferrer
Juez de Cámara

Dra. Estela Inés Politino
Juez de Cámara

Dra. Carla Zanichelli
Juez de Cámara