

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES.

"B. , G. S. C/ M.G. , R. A. s/ INCIDENTE DE MODIFICACIÓN DE RÉGIMEN DE VISITAS",

Fecha : 05/12/2007

Dispone la residencia alternada de los hijos menores con sus progenitores separados, estableciendo la tenencia compartida por ambos padres e instando al pleno ejercicio de la coparentalidad en relación a los menores.

ACUERDO: En la ciudad de La Plata, a 5 de diciembre de 2007, habiéndose establecido, de conformidad con lo dispuesto en el Acuerdo 2078, que deberá observarse el siguiente orden de votación: doctores de Lázzari, Kogan, Genoud, Hitters, Pettigiani, se reúnen los señores jueces de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario para pronunciar sentencia definitiva en la causa C. 87.970, "B. , G. S. contra M.G. , R. A. Incidente de modificación de régimen de visitas".

ANTECEDENTES: Tribunal de Familia N° 4 del Departamento Judicial de Lomas de Zamora no hizo lugar al recurso de reconsideración interpuesto, confirmando la resolución de fs. 117/119 que desestimó la nulidad impetrada, así como la revocatoria deducida contra el pronunciamiento de fs. 81/83 que rechazara el cambio de domicilio y de escolaridad de los menores. La Corte Suprema de Justicia hizo lugar a la queja deducida por la actora por haberse denegado el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley. Oído el señor Subprocurador General, dictada la providencia de autos y encontrándose la causa en estado de dictar sentencia, la Suprema Corte resolvió plantear y votar la siguiente

CUESTION: ¿Es fundado el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley

VOTACION: A la cuestión planteada, el señor Juez doctor de Lázzari dijo:

I. El Tribunal de Familia N° 4 del Departamento Judicial de Lomas de Zamora resolvió rechazar la queja por recurso denegado planteada a fs. 134/143 (fs. 144). A su vez a fs. 172 desestimó el recurso de reconsideración deducido a fs. 123/124 vta., confirmando la resolución de fs. 117/119 que había declarado la improcedencia de la nulidad planteada, así como el recurso de revocatoria y la reconsideración interpuesta subsidiariamente; con costas.

II. Contra esas decisiones, la actora deduce el presente recurso denunciando la violación de los arts. 14, 18, 19 y 28 de la Constitución nacional, 206, 264 ter. y 531 del Código Civil, 163 incs. 4, 5, 6 y 375 del Código Procesal Civil y Comercial. Al respecto alega que: a) Con el dictado del auto que rechaza el cambio de domicilio de los menores, se altera el régimen de tenencia vigente, resultando obligada a relegar sus posibilidades laborales para volver al domicilio de origen Lomas de Zamora, o más aún, resignar dicha tenencia a favor del demandado, renunciando a la posibilidad de vivir con sus hijos sin razones que lo justifiquen. b) La mentada decisión vulnera su derecho de defensa en juicio, privándola de probar debidamente los extremos pertinentes en sustento de su derecho, conculcando los principios procesales que imperan en la especie. c) Se atenta contra su más mínima garantía a ser oída, aún frente al discutible cambio en el objeto procesal, debiendo cobrar operatividad la regulación prevista por el art. 264 ter del Código Civil que remite al proceso más breve organizado por la ley local. d) La resolución adversa de los planteos recursivos incoados trasunta un excesivo formalismo por parte del Tribunal, toda vez que, con un apego ritual, sorteando la debida dilucidación de las pretensiones de fondo debatidas. e) El Órgano Colegiado desconoce que al mudar de domicilio conjuntamente con sus hijos menores de edad ejerció una facultad propia avalada tanto por la Constitución nacional como por leyes de fondo, la que no puede resultar cercenada condicionándola a la previa autorización de terceros; invirtiendo, a su turno, en su perjuicio, la carga de la prueba, la que debió recaer en la contraria en los términos del art. 375 del Código procesal.

III. En mérito a los sucesivos actos procesales recaídos en autos y a fin de precisar las circunstancias acaecidas en el mismo, liminarmente estimo pertinente recorrer sus aspectos más relevantes.

1. Entre las fs. 24 y 25 de estas actuaciones se encuentran agregadas copias certificadas del acuerdo celebrado por las partes de autos en el proceso de divorcio (que corre por cuerda), que en lo que aquí interesa establece la adjudicación a la madre de la tenencia de los hijos menores.

2. La pretensión inicial de la actora que luce a fs. 18 procura la fijación de un adecuado régimen de visitas en relación al padre, aduciéndose que el mismo se conduce arbitrariamente en su contacto con los hijos lo que requiere un ordenamiento razonable. Inmediatamente, a fs. 25 y sgts., subsigue una solicitud cautelar de suspensión del régimen de visitas sobre la base de presuntos actos de violencia del progenitor en perjuicio de los menores.

3. A fs. 48 se celebra una audiencia en la que se determinan días de la semana, horas y demás detalles de la vinculación que a partir de entonces tendrá el padre con sus hijos, incluido vacaciones.

4. A fs. 62 obra presentación de G. B. haciendo saber que procederá a cambiar de domicilio trasladándose a la localidad de Tortuguitas, partido de Pilar, a partir del mes de enero de 2002.

5. Anoticiado el señor M. G. de tal circunstancia solicita la fijación de una audiencia con carácter de urgente (fs. 65). Dejando de lado alternativas carentes de interés a los efectos que nos concitan, en la audiencia de fs. 75, las partes "desean exponer sus peticiones concretas: la señora B. mantiene su petición de vivir en Pilar y que los niños concurren a un colegio de la zona. El señor M. G. solicita que la señora B. viva en Lomas de Zamora y que los niños continúen concurriendo al Colegio San Albano y se mantenga lo acordado en el acta de fs. 48".

6. A fs. 81/83 el Juez de Trámite resuelve la incidencia. Habíamos visto que el objeto procesal estaba constituido por el requerimiento de la señora B. de obtener la fijación de un régimen de visitas más adecuado, en atención a cierto desorden o arbitrariedad que atribuyera a su ex consorte. Ahora bien, a continuación la misma parte incorporó la solicitud cautelar de suspensión lisa y llana de las visitas sobre la base de presuntos comportamientos violentos del demandado (cfr. ap. 2, precedente). Pero ese objeto procesal de alguna manera resultó ampliado con lo que en la audiencia de fs. 75 se calificó como "petición". Concretamente, la demandante "mantiene su petición de vivir en Pilar y que los niños concurren a un colegio de la zona", lo que es resistido por el demandado al sostener "que la señora B. viva en Lomas de Zamora y que los niños continúen concurriendo al Colegio San Albano" (cfr. ap. 4 precedente). En esas condiciones, el primer tramo de lo pretendido quedó girando en el vacío. No hubo pronunciamiento alguno al respecto, aún cuando pueda entenderse que la solución acordada en la audiencia de fs. 48 constituyó una autocomposición al respecto. El segundo de los requerimientos (suspensión del régimen de visitas), fue rechazado sobre la base de que no se incorporó elemento de juicio alguno que justificase aquella cautela. El tercer punto también fue desestimado: "se rechaza el cambio de domicilio y de escolaridad de los menores, manteniéndose la situación previa de los mismos al momento del inicio de las presentes actuaciones" (fs. 83 ap. 2º). En la pertinente fundamentación se entiende que lo solicitado por la señora B. refleja solamente una conveniencia personal que en definitiva redundaría en menoscabo del padre, a quien se dificulta el trato con los niños.

7. A fs. 99/101 la actora plantea la nulidad de dicha sentencia sosteniendo que su dictado no estuvo precedido del debido proceso legal en tanto se le impidió ejercer adecuadamente su defensa y articular medios probatorios tendientes a justificar la legitimidad de su accionar, la inexistencia de perjuicio hacia los menores y aún la conveniencia de las modificaciones en cuanto al domicilio y al ámbito escolar propiciados.

8. Sin perjuicio de dicho intento nulificador, a fs. 102 y sgts., contra la misma resolución de fs. 81/83 articula reposición y subsidiariamente reconsideración ante el pleno del Tribunal.

9. A fs. 117/120 el Juez de Trámite desestima tanto la nulidad planteada como los recursos de revocatoria y reconsideración.

10. Tal resolución es objeto de un nuevo planteo de reconsideración (v. fs. 123/124 vta.), que es rechazado por el plenario del Tribunal (fs. 172/174).

11. Paralelamente, contra la decisión de fs. 117/120, denegatoria de la reconsideración de fs. 81/83 (véase aps. 7 y 8 precedentes), la actora interpone queja por recurso denegado a fs. 134/143.

12. Este nuevo remedio es rechazado en el capítulo III de fs. 144, por el Tribunal en pleno.

13. El decisorio de fs. 172/174, que confirma todo lo actuado por el Juez de Trámite (ver punto 9 que antecede), es el que motiva la interposición del recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley de fs. 183/194. De igual manera el marco recursivo está constituido por el ap. III de fs. 144 en tanto en su consecuencia queda confirmado el resolutorio de fs. 81/83 que desestimó el cambio de domicilio de la accionante y el traslado de establecimiento escolar de los menores.

14. Hasta aquí la referencia puntual de los hitos conducentes para esclarecer la enmarañada marcha de este proceso posibilitando el adecuado tratamiento del recurso extraordinario planteado. Pero la descripción de antecedentes no sería completa si se omitieran actos acaecidos en el transcurso y a posteriori de este complejo recorrido, a saber: a) A fs. 177 el señor M. G. solicita se intime a la actora a dar estricto e inmediato cumplimiento a la resolución de fs. 81/83 que desestimó el cambio de domicilio y de escolaridad (ver punto 5 precedente). Emerge así la providencia de fs.

178, por la cual se intima a la señora B. a dar cumplimiento con lo resuelto a fs. 83, bajo apercibimiento de aplicarse astreintes. b) La señora B. interpone reconsideración ante el pleno del Tribunal contra dicha resolución (fs. 195), recurso que es denegado (fs. 197, II). c) A fs. 199, M. G. denuncia que la señora B. no ha dado cumplimiento a la orden del Tribunal, en cuya virtud solicita se libere mandamiento de secuestro de los menores. d) Tal requerimiento es acogido por el Juez interviniente, quien ordena dos medidas. La primera es el secuestro peticionado. La segunda es la intimación a la progenitora "a fijar residencia en la localidad de Lomas de Zamora, bajo apercibimiento de otorgarse provisoriamente la tenencia de los menores al padre" (fs. 203). El mandamiento es cumplimentado (fs. 211). Con respecto al apercibimiento, el demandado pide su efectivización (fs. 233), lo que es finalmente receptado a fs. 235 y vta., otorgando provisoriamente la tenencia de los menores al señor M.G. .

15. El recuso de inaplicabilidad de ley de fs. 183/194 no fue concedido a fs. 197, por entender que lo impugnado no constituye sentencia definitiva. La actora dedujo queja ante esta Suprema Corte (fs. 342 y sigts.), la que no fue receptada. Recurso federal mediante, también denegado, y articulada queja ante la Corte Suprema de la Nación, este último Tribunal hizo lugar a la misma y dejó sin efecto el decisorio recurrido (fs. 449).

16. A fs. 485 esta Corte, haciendo mérito de la naturaleza de la cuestión debatida ordena la realización de pericia socioambiental, la producción de plexo informativo a cargo de la institución escolar a la que concurren los menores, y convoca a audiencia a celebrarse en esta sede jurisdiccional, con la presencia de los progenitores, los menores causantes, el Representante del Ministerio Pupilar, y el perito psicólogo que resulte designado por la Asesoría Pericial de La Plata.

17. A fs. 514, 517/540, 546/548, 552/553, se anexan a la causa las probanzas de mención.

18. A fs. 556 se posterga la citada convocatoria y se designa nueva fecha a idénticos fines, concretándose conforme resulta en acta obrante a fs. 566.

IV. No comparto el criterio propiciado por el señor Subprocurador General y opino que el recurso debe prosperar, con los alcances que he de explicitar. Como se advierte del marco referencial precedente, en el sub discussio el debate se halla delimitado a la determinación de si ha sido quebrantado o aplicado erróneamente el orden normativo mediante el cual el

tribunal a quo, con su denegatoria de las vías impugnatorias entabladas por la recurrente (resoluciones de fs. 144/145 y 117/120), mantiene lo decidido a fs. 81/83 en relación al cambio de domicilio y régimen escolar de los menores T. y J. M.G. , de 14 y 11 años de edad respectivamente. En el abordaje del planteo, estimo necesario comenzar por los aspectos traídos por la agraviada relacionados con el alegado rigor formal en que según su parecer ha incurrido el tribunal a quo en el dictado de las resoluciones impugnadas, conjugada su estimación con las garantías del debido proceso y de la defensa en juicio. Entiendo que le asiste razón en este tópico.

a) Iniciados los obrados por la progenitora, quien ejercía la tenencia por convenio judicialmente homologado, con el objeto de reajustar u ordenar el régimen de visitas paternofilial, luego de sucesivas actuaciones el Tribunal no puso freno a significativo desborde que desembocó, como se ha visto, en el cambio de la tenencia. Este último resultado llegó a materializarse en función de una ambigua interpretación de las recíprocas posiciones de las partes. Lo que originariamente conformaba simple comunicación del cambio de domicilio pasó a generar una nueva litis de contenido dispar. Pero aún concediendo que lo actuado en la audiencia de fs. 75 conformaba un requerimiento nuevo que debía resolverse dado la resistencia del padre de los menores al cambio de domicilio y de establecimiento escolar, el tribunal interviniente obró en forma casi automática. Sin dar la oportunidad de incorporar los elementos de juicio que eran indispensables para pronunciarse al respecto, pasó directamente a dictar sentencia concluyendo en la inconveniencia del traslado y, por tanto, dispuso la obligación en cabeza de la madre de mantener su domicilio en Lomas de Zamora. No estoy sosteniendo que tal conclusión, en lo sustancial, no pueda ser válida. Me detengo en un momento anterior, pues constato que el expediente se convirtió en un desagradable juego de confusiones y enredos en detrimento de la posición que sustentara la actora. Las garantías de la tutela judicial efectiva (art. 15 de la Constitución provincial) y del debido proceso (arts. 14, 18, 19, 28, 33, Constitución nacional, 10 y 15 de la provincial) imponían una interpretación más justa y equilibrada en el análisis del caso. Era necesario tomar todas las medidas adecuadas para remover los obstáculos existentes a fin de que las partes pudiesen disfrutar de los derechos que la ley, la Constitución y los Tratados les reconocen.

b) La mentada resolución de fs. 81/83 evidencia que en su dictado quedaron alineadas argumentaciones puramente dogmáticas. En efecto, se pone allí el acento en que el cambio de domicilio de la madre y de los menores no responde a razones laborales de la primera ni a conveniencia de los segundos pues tales aspectos no han sido corroborados. Ciertamente que tal ausencia de prueba efectivamente se constata en la causa. Sin embargo,

puede apreciarse que ninguna oportunidad de verificación de esos extremos fue dada a la incidentista. La petición de fs. 75, que data del 1 de marzo de 2002, fue resuelta el 5 de marzo del mismo año (fs. 83 cit.) siendo precedida tan sólo por un dictamen del Asesor minoril (fs. 77) y un informe del médico del Tribunal que ilustra sobre la inexistencia de alteraciones psiquiátricas en los causantes (fs. 78/79).

c) Sobre ese frágil punto de partida, esto es, sin contar con las necesarias comprobaciones que circunstancias de la magnitud de las contenidas en el incidente hacían imprescindibles, se concluye a continuación que la solicitud de la ex esposa aparece "más como una conveniencia personal" (fs. 82 vta.). A renglón seguido se desemboca en una cabal descalificación para la demandante al referirse el decisorio a la necesidad de "corregir los abusos de los representantes legales", que habríase quebrado "la solidaridad que supone la existencia de un núcleo familiar, impidiendo o dificultando las relaciones y el trato entre el padre y los hijos", lo que "sería un ejercicio abusivo, antinatural, que sin beneficio para los menores e incluso a veces en perjuicio a los mismos (se) agraviaría al padre" (fs. 83). Estas gravísimas aserciones emergen desprovistas de todo sustento, conformando en definitiva meras opiniones personales del juzgador. La arbitrariedad del decisorio, en cuanto no constituye derivación razonada de las circunstancias de la causa debidamente comprobadas, queda en evidencia.

d) A partir de esta premisa pierde relevancia la consideración de los sucesivos rechazos de cada uno de los medios de impugnación intentados por la actora pues en la materia que nos ocupa ningún rigor formal es invocable (cfr. mi voto en la causa Ac. 62.007, sent. del 21IX-1998). e) Por último, interesa destacar que la consecuencia de esta decisión, por el modo en que fue articulada intimación, mandamiento de secuestro y cambio de la tenencia, fs. 203, 235/236- controvierte normas relativas a los derechos fundamentales y libertades que la Constitución reconoce (arts. 14 y 19 de la Const. nac., 531 del Código Civil) al supeditar el sistema hasta entonces vigente al mantenimiento de la residencia de la madre en la localidad de Lomas de Zamora, así como cercena normas que regulan la atribución del ejercicio de la responsabilidad parental (art. 264 inc. 2, C.C.). f) En síntesis, los vicios en que ha incurrido el Órgano Colegiado a que se ha hecho referencia precedentemente no pueden ser soslayados por este Tribunal, quien debe velar, en virtud de las prerrogativas que le son propias, por el debido cumplimiento de las reglas que gobiernan el principio del debido proceso legal, de honda raigambre constitucional (art. 18, C.N.).

V. Las consideraciones que preceden podrían conducir al acogimiento del recurso disponiéndose la remoción del decisorio de fs. 81/83, con el mandato

de que en la instancia de origen se evalúen debidamente las circunstancias del caso, procediéndose a dictar la resolución que corresponda. Sin embargo, hay razones que determinan que sea esta Suprema Corte quien otorgue respuestas en lo sustancial. En primer lugar, ello viene impuesto por el inc. 2 del art. 289 del Código Procesal en lo Civil y Comercial. A ello se agrega la especial naturaleza de la controversia, en la que está en juego el interés de dos menores, el tiempo consumido en la actividad recursiva y los elementos de juicio allegados a la causa por propia decisión de este Tribunal (Fallos 269:31, 308:1087, 316:1824, entre muchos otros).

Antes de evaluar las circunstancias determinantes abordaré dos presupuestos que he tenido presente, en la difícil tarea de juzgar: en primer lugar, constatar si las partes, ante el cambio de objeto del proceso así como en relación a las ulterioridades seguidas incluso ante la actividad probatoria dispuesta oportunamente por esta Corte, se han encontrado en condiciones de ejercer el derecho de defensa (art. 18, Const. nac.) y, en particular, si se ha colocado a una de ellas, la madre, en una situación desigual (arts. 16 y 75 inc. 22, Const. nac.; 34 inc. 5 inc. "c" del C.P.C.C.), en tanto inicialmente encontró vedada la posibilidad de prueba en relación a su pretensión de cambiar el domicilio y el asiento escolar de los niños. En segundo lugar, cabe delimitar el papel de la intervención de la justicia en la vida familiar.

A) Conforme se ha pronunciado esta Corte, en los procesos donde se ventilan conflictos de familia y en general cuestiones de interés social, se amplía la gama de los poderes del juez, atribuyéndosele el gobierno de las formas, a fin de adaptar razonable y funcionalmente el orden de sus desarrollos a la finalidad prioritaria de que la protección se materialice. Es evidente que en estos litigios aislar lo procesal de la cuestión sustancial o fondal, limitarlo a lo meramente técnico e instrumental, es sustraer una de las partes más significativas de la realidad inescindible (conf. Ac. 56.535, sent. del 16III1999). En este contexto, circunscribir la decisión a evaluar sólo los efectos de la resolución de fs. 81/83, esto es las atribuciones que sustentaba la madre elección de residencia y colegio al tener el ejercicio de la autoridad (art. 264 inc. 2, C.C.) y las que correspondían al padre que no ejercía la tenencia (art. 264 inc. 2 del mismo Código), sin contemplar los cambios acaecidos en la vida real de los niños, contraría los fines de protección jurisdiccional (arts. 3, 4 y 12 de la Convención de los Derechos del Niño).

Es por ello, que corresponde adentrarnos en los motivos que entorpecen seriamente el ejercicio de la patria potestad, aunque no hubiera planteado el padre formal oposición en los términos del art. 264 ter del Código Civil, ni se le hubiera permitido a la madre probar la conveniencia para los niños de permanecer en el colegio al que concurrieron cuando vivían en Pilar. De otro modo las actuaciones llevadas a cabo en esta instancia para resolver lo más

conveniente para el interés de los hijos se frustrarían, con el disfavor de prolongar su definición. Máxime cuando la propia recurrente propicia el marco legal del art. 264 ter del Código Civil (cfr. fs. 337), y todos los partícipes del proceso conocían lo que se estaba debatiendo (cfr. Ac. 84.102, sent. del 10V2006, mi voto). Sobre este último aspecto, en uso de los poderes deberes otorgados al Juzgador por el art. 36 incs. 2 y 4 del Código procesal, con carácter previo al pronunciamiento de este decisorio (cfr. fs. 485), **esta Suprema Corte dispuso la realización de distintas medidas. Así, convocó a los menores de autos a su presencia, los que fueron escuchados (art. 12 de la Convención de los derechos del Niño, fs. 563);** se proveyó la realización de probanzas imprescindibles para arribar a una justa decisión (informes socioambientales de fs. 546, 548; 552/553 vta.; informe de la escuela de fs. 517/540); se citó a los padres a una audiencia en presencia de una psicóloga de la Asesoría Pericial y del representante del Ministerio Pupilar (fs. 485, 485 vta., 563). Todos fueron oídos, acordándose una instancia de diálogo, sin que se arribara finalmente a un acuerdo satisfactorio (fs. 563, 566).

En todos esos tramos las partes se han encontrado en condiciones de ejercer sus derechos de defensa y postulación (art. 18, C.N.). De este modo entiendo superada la posición desigual en que en la instancia de origen quedara colocada la progenitora, a la vista de que su contraparte tampoco aduce situaciones de inidoneidad para el cuidado de sus hijos. Incluso cualquier objeción de índole procesal queda superada no bien se repare lo reitero una vez más en que la infancia es ámbito específico de la justicia de protección, en la cual a toda costa cabe impedir que las exigencias formales frustren el primordial interés en juego (ver mi voto en Ac. 62.007, sent. del 29IX1998; arts. 19 del Pacto de San José de Costa Rica, 75 inc. 22 de la Const. nacional; C.S.J.N., "T., A.D. s/ adopción", sent. del 15-II-2000, cons. 9, en "Jurisprudencia Argentina", 2001IV, p. 20) B) Respecto del papel de la justicia en la vida familiar, ejemplifica Delia Iñigo sobre la falta de vigencia de la antigua y tajante división entre la esfera de lo privado y la esfera de lo público; que **"la igualdad de los progenitores para decidir respecto de la crianza de sus hijos hace que en caso de controversia deban recurrir a un tercero neutral para resolverla, ya sea un juez (quien suele estar asistido por profesionales de otras disciplinas, como asistentes sociales, psicólogos, informes escolares) o un mediador"** ("Una acertada decisión judicial sobre patria potestad compartida", "La Ley", 1999D, p.480481). De igual modo, concuerdan Zannoni Bossert, en que "la intervención de la justicia aparece como único camino para la solución pacífica de la controversia, cuando en los hechos se produce el conflicto" ("Régimen legal de filiación y patria potestad", ed. Astrea, p. 301).

No se trata de que el Estado, a través de la actuación judicial, se inmiscuye en la esfera íntima del individuo, pues en relación con el cuidado y educación de los niños como señala Cecilia Grosman, los padres son los primeros encargados de defender los intereses de sus hijos, ya que se considera que están mejor ubicados para garantizar su salud psicofísica y para saber qué es lo que más los beneficia (art. 18.1 de la Convención de los Derechos del Niño); sin embargo esta discrecionalidad de medios siempre encuentra un límite cuando el interés del menor aparece afectado (cfr. "Los derechos del niño en la familia. Discurso y realidad", ed. Universidad, año 1998, págs. 47 y 51)

En síntesis, el ejercicio de la libertad de intimidad, expresada en la autonomía de los integrantes del grupo familiar en la toma de decisiones que a ellos conciernen, encuentra su valla en el reconocimiento de los derechos fundamentales de las personas individuales que conforman esa familia y, en particular, en la expresión del art. 3 de la Convención de los Derechos del Niño, que remite al interés superior del menor (ver también mi voto en Ac. 86.142 del 17XII2003). C.

Paso a valorar las circunstancias determinantes de la causa:

a) Del informe de la perito asistente social de fs. 552/553 vta., en base a la entrevista con el progenitor, surgen los siguientes datos de interés: "El hijo mayor del deponente realiza tratamiento psicopedagógico desde hace seis años. Lo inicia por presentar dificultades de aprendizaje en la escuela debido a estado emocionales. El hijo menor desde hace cinco meses concurre a tratamiento psicopedagógico por orientación de la escuela donde concurre, debido a síntomas de déficit de atención e hiperactividad". "La dinámica interfamiliar se describe con buena vinculación de los hijos del deponente y actual esposa. La vida cotidiana se presenta organizada, por actividades laborales del matrimonio, quedando el hogar y el cuidado de los miembros menores en empleada doméstica que cumple horario diario de 8 a 19.30 hs.". "La actividad escolar de los hijos se desarrolla en horario de doble escolaridad y la social informal en integración a actividades deportivas sistemáticas, vinculadas a ámbitos institucionales".

b) Del informe de la perito asistente social de fs. 546/548, en base a la entrevista con la progenitora de los menores, surgen los siguientes datos de interés: "reclama que le devuelvan a sus hijos, ya que ellos nunca quisieron irse de su lado. Los menores necesitan que la madre se ocupe de ellos, ya que tienen problemas de salud, el mayor, tiene problemas en el colegio. En la casa del padre no tienen contención ni del padre ni de la esposa de éste. Son atendidos directamente por la empleada de la casa, según expresiones de la entrevistada. El mayor está en tratamiento psicológico y próximamente estará el menor. La señora B. los retira del domicilio los viernes, a la salida del

colegio, y los reintegra el lunes por la mañana; los martes los tiene todo el día. El hijo menor tiene una displasia en cadera, por tener una pierna más corta que la otra. No tiene control médico". Concluye que la madre "brinda contención familiar a sus hijos".

c) De los informes escolares provenientes de la institución a que asisten los niños se constatan dificultades de aprendizaje, por falta de atención y de responsabilidad en el cumplimiento de las tareas en las áreas de mayor concentración, pese a que los maestros, en su mayoría, concuerdan en diagnosticar la amplia capacidad cognoscitiva de ambos; en cambio para la asignatura de plástica y actividades físicas, donde la concentración es distinta, el resultado es óptimo (fs. 514/540);

d) la señora G. S. B. es ama de casa (fs. 546); el señor M. G. trabaja en empleo formal (fs. 552) y regresa a su domicilio a las 19.30 hs., lo que en principio autoriza a pensar que la madre posee mayor disponibilidad horaria para cubrir las necesidades afectivas y formativas de los niños;

e) la madre es flexible en los cambios de días preestablecidos para contactarse con sus hijos, priorizando sus requerimientos (fs. 553) y se ocupa de los traslados desde ambos hogares Pilar y Lomas de Zamora;

f) Los menores interactúan en diversas esferas; en la escuela, con jornada doble y actividades deportivas intensas; en la residencia en que habitan con el padre durante los días hábiles y en el domicilio de la madre los fines de semana y algún otro día;

g) el señor M. G. está casado en segundas nupcias con K. A. (fs. 552/553). h) La señora B. también presenta un nuevo vínculo, de cuya unión nació otra hija (fs. 239 vta. y 240 vta.).

i) Incorporo ahora un dato fundamental proveniente del contacto personal que este Juzgador ha tenido con los propios menores, escuchándolos ampliamente. De esa circunstancia he adquirido la convicción de que cualquier cambio en su actual régimen de vida lo perciben como una amenaza a la estabilidad alcanzada. Así, han exteriorizado que en los días lectivos, la mayor carga horaria transcurre en la escuela; que en los días feriados el tiempo completo es compartido con la madre. La cercanía del domicilio del padre a la escuela la estiman dato favorable o relevante; ansían conservar los amigos dentro del círculo social en que se mueven. Por ello claramente han definido su preferencia por el mantenimiento de la actual organización familiar (días de semana con el padre, feriados y un día hábil con la madre y continuación en el mismo establecimiento escolar), lo que les da seguridad y les permite compartir el mayor tiempo libre con su madre.

j) pese a la disputa judicial, la relación de los progenitores ha perdurado mínimamente en lo necesario para la coordinación de las actividades de los niños (fs. 225 vta., 228 vta.); aún cuando esa pareja parental no ha logrado

instalarse suficientemente aún en un vínculo colaborativo (informe de la perito psicóloga de fs. 244/246);

k) el rendimiento escolar de los niños no alcanza a cumplir las expectativas de logro de la mayoría de las áreas de aprendizaje (fs. 517/540).

VI. Por el rol instrumental que la ley encarga a los progenitores, la pareja parental, pese al divorcio, debe actuar procurando un sano equilibrio entre ambos, y las decisiones relacionadas con la vida de sus hijos tienen que ser tomadas en un marco de diálogo, presidido por la aspiración del máximo bienestar de los hijos. Al formularse estas reflexiones no pueden desconocerse los hondos sentimientos del padre, defendiendo en larga disputa la convivencia con sus hijos y la permanencia en la escuela de tradición familiar (fs. 225, ex alumno del colegio San Albano, donde concurren sus hijos, adherente al Campo de Deportes de la referida institución).

Sin embargo, tampoco cabe desconocer el esmero de la madre en su prédica, demostrada a través del cumplimiento de las funciones afectivas y formativas de sus hijos, que tuvo que adecuarse, a costa del sacrificio personal, a transitar desde Pilar a Lomas de Zamora toda vez que sus hijos lo requerían (los lunes los acerca a la escuela, los martes los lleva a almorzar y pasa el día con ellos, fs. 547 vta.; los viernes los retira de la escuela), incluso con la frustración de vivenciar la sinrazón de la decisión judicial, que condicionó su autonomía personal de vivir en una determinada localidad para conservar la tenencia legal.

Si el nuevo paradigma en las organizaciones familiares es construir nuevos ciudadanos, "respetar los derechos del niño no implica ir en detrimento de los padres, existiendo un equilibrio entre su libertad educativa y representación, con la posibilidad de ejercer sus derechos de acuerdo con su edad. Se trata de una educación hacia la responsabilidad. Dentro de un grupo familiar cada miembro debe saber respetar los derechos de los demás. La familia no puede defender su estabilidad sobre la base de la degradación de sus integrantes. Debe lograrse una mayor integración, fomentándose la participación y solidaridad de cada miembro del grupo familiar de acuerdo con su rol" (cfr. Pietra, María, "El interés superior del niño y la atribución de tenencia a los abuelos maternos. Un fallo poco convencional", LNBA, 200691108 y sigts.).

En el marco de este proceso siguiendo a Enrique Cárdenas "sólo es útil un juez que se instale con su imperio en medio de la crisis de la familia, y que la apoye, acompañe y entrene en el proceso de organización o reorganización en que se encuentra" ("La familia y el sistema judicial, una experiencia innovadora", Buenos Aires, 1988). En este acompañamiento, juzgo que el interés de los niños (art. 3 de la Convención), ligado a los derechos derivados

de la relación paterno filial, se construye a través de la aplicación de los siguientes principios:

a) Los padres deberán procurar la realización del principio de corresponsabilidad en el ejercicio de la autoridad, ante el esquema de organización familiar surgido después del divorcio (arts. 5, 9.3, 18.1 y 27 de la Convención de los Derechos del niño, 14 bis, 16, 75 incs. 22 y 23 de la Constitución nacional; 36 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires; 7 de la ley 26.061);

b) en este cometido les viene impuesto:

1. efectivizar el mejor grado de desarrollo personal de los niños (arts. 6.2 y preámbulo de la Convención de los Derechos del Niño; 3 inc. c) y d) y 9 de la ley 26.061), en particular los deberes de educación y crianza estarán focalizados a satisfacer sus necesidades;

2. respetar las diferentes etapas evolutivas de los niños con sus propios requerimientos y expectativas (arts. 5, 14.2 y 18.1 y preámbulo de la Convención de los Derechos del Niño);

3. garantizar que los niños, por la madurez alcanzada, puedan expresar sus opiniones y ser escuchados (arts. 5 y 12, 1er. párrafo de la Convención de los Derechos del Niño).

Este supremo interés debe ser atendido y protegido por los progenitores a lo largo de la existencia del menor, entendiendo que las acciones y responsabilidades derivadas de la relación paterno filial representan mucho más que el simple contacto físico derivado de la convivencia con el mismo. Cualquiera de los padres el que tiene la guarda o el que no la conserva puede desplegar una suerte de cuidados, protección y actividades en relación al hijo que no exigen necesariamente la vida en común. En este caso, se abre paso a una idea cardinal: compartir.

En su significación implica participar en la vida de relación del hijo, colaborar, apoyar, sugerir e incluso decidir en conjunto ambos progenitores.

De tal modo, se aventa el preconcepto existente en torno a que quien no tiene la tenencia de los hijos es un mero supervisor, un tercero ajeno a la relación que vigila si la tarea conferida se lleva a cabo adecuadamente (conf. "La tenencia compartida después del divorcio. Nuevas tendencias en la materia", Cecilia Grosman, en "La Ley", Tomo 1984B, página 806; cfr. también Grosman, Cecilia Scherman, Ida, "Criteria for children custody Decision marking upon Separation and Divorce", quienes hacen una reseña actualizada sobre las opiniones doctrinarias y jurisprudenciales respecto al tema tenencia compartida en nuestro país, en Rev. Family Law Quarterly, vol. 39, summer 2005, 543).

VII. Es entonces, desde la perspectiva que dimana de estos principios que propondré la solución del diferendo, en el interés concreto de los niños.

a) T. y J. M. G. convivieron con su progenitora en la localidad de Lomas de Zamora concurriendo al Colegio San Albano, aledaño a la zona de residencia. Como ya quedó plasmado, la actora comunica su traslado, conjuntamente con los citados menores a Tortuguitas, Partido de Pilar, quienes en virtud de ello iniciaron el ciclo escolar en el Colegio "Godspell", ubicado en el partido citado. La imposibilidad de avenir a las partes en relación al tema en examen a consecuencia de la firmeza en sus antagónicas posturas se proyecta de modo ostensible en el presente y en el futuro de los niños. Emergió así la decisión recaída a fs. 81/83 la que, como quedó detallado supra, resultó adversa al planteo de la actora. En el devenir de los acontecimientos, se produce el cuadro fáctico que ya ha sido explicado, cambiándose radicalmente el sistema que existía al momento en que la madre tenía la tenencia: los menores, en tiempo de actividad escolar residen con el padre y desarrollan el contacto con la progenitora los fines de semana en el Partido de Pilar desde hace cuatro años.

b) Este Tribunal, siguiendo el sendero predominante en la materia, tomó contacto personal con los menores en audiencia que da cuenta el acta labrada a fs. 563, y que se celebró con la presencia de sus padres, la señora Representante del Ministerio Pupilar y la perito psicóloga convocada al efecto (conf. Ac. 78.446, sent. del 27-VI-2001).

c) Los niños transitan por una etapa la adolescencia donde el medio en general y el marco familiar en particular desempeñan un papel de gran importancia, en la medida en que actúan sobre ellos transformando su estructura psíquica y emocional, así como el modo de percibir a los demás y al mundo que los rodea, de sentir y comportarse. Sin perjuicio, claro está, de que al mismo tiempo modifican el entorno con su presencia. Es en este período, donde de manera elocuente, se ha señalado que los adolescentes "entran en guerra con la adultez" de modo que es aquí, frente a esta confrontación, cuando el comportamiento y actitudes de los padres hacia los hijos son por cierto, determinantes (ver Gil Domínguez, Anare´s Herrera, Marisa Fama, María Victoria, "Derecho constitucional de familia", t. II, ed. Ediar, 2006, p. 545).

d) Al ser escuchados en esta instancia extraordinaria, los menores han expresado su deseo de continuar sus estudios en la institución a la que asisten (Colegio San Albano), ubicado en las cercanías de su residencia actual y que se mantenga esta dinámica familiar incluida su convivencia con el padre los días de semana. Si bien esta opinión no puede dejar de ser apreciada en su contexto, careciendo de efectos vinculantes para el juzgador, en las particulares circunstancias de la causa se revela como atinada, plena de sentido común. Esa manifestación de voluntad que evidenciaron en la citada

oportunidad los menores T. y J. evidencia la disconformidad con nuevos cambios y se complementa con distintas probanzas que conllevan a otorgarle sustento.

En particular, corresponde ponderar que la situación escolar de los niños permaneció inalterable, con continuidad desde el año 2003 y que su proceso de socialización se efectiviza en un ámbito educativo "... con pertenencia institucional y actividades informales sistemáticas relacionadas al desarrollo de deportes..." (fs. 552/553).

Desde este punto se tornaría disvaliosa cualquier modificación, en esta etapa del año lectivo, en tanto afectaría el normal acontecer en el aprendizaje y formación que tiene lugar en el establecimiento de mención (arts. 75 inc. 22, C.N.; 3 y 12 Convención de los Derechos del Niño; 163 inc. 5, 384, 474, C.P.C.C.) Empero, más allá de la solución propuesta en este tema trascendente en la vida de los menores, no escapa al criterio del suscripto lo informado por las autoridades escolares en cuanto al oscilante rendimiento de los causantes a lo largo del ciclo lectivo así como las dificultades apreciadas en torno a su conducta (fs. 520/540). Sin dudas que este aspecto no puede disociarse de lo vivenciado por los menores en el transcurso de los continuos desacuerdos de sus padres, lo que seguramente habrá incidido en la atención de sus reales necesidades acorde con su etapa madurativa (apoyo escolar fs. 265, 517). e) Es así que, desde el prius de su supremo interés (art. 3 Convención cit.), las partes deben ajustar su cometido ejerciendo de modo efectivo y pleno los deberes que dimanen de su rol parental. Ya no podrá centrarse el eje de la disputa de los padres en la custodia de los hijos, sino en sobrellevar el hecho de la convivencia separada, procurando que las desavenencias del mundo adulto no se traduzcan en situaciones dañosas para la psiquis de quienes son los mas desprotegidos.

VIII. De modo pues que como situación superadora, sin perjuicio que resulta conveniente la permanencia de los menores con el progenitor merced al entorno educacional y vínculos de relación que mantienen éstos en la ciudad de Lomas de Zamora en la que residen, he de propiciar que esa permanencia con el padre no posea la naturaleza de la tradicional tenencia unipersonal, en los términos ya expuestos, en cuanto se la entiende como que corre por cuenta de quien cohabita con los niños el manejo en general de las cuestiones que les atañen, mientras que el restante progenitor ocupa un rol secundario de contralor y vigilancia. En otras palabras, no puede mantener vigencia la decisión del tribunal a quo de entregar los niños al padre en tales condiciones sustrayéndolos de la órbita de la madre. Contrariamente, propongo que con independencia de las respectivas cohabitaciones en el marco y tiempo que los propios menores han entendido satisfactorios, se ponga en marcha un sistema

absolutamente compartido y común en cabeza de ambos representantes legales. Ciertamente que a la vista de la conflictiva existente una concepción como la que auspicio requiere permanentes acuerdos y negociaciones entre las partes, aún con el auxilio de la instancia ordinaria, para arribar a soluciones adecuadas sobre aspectos fundamentales de la vida de sus hijos, que tengan en cuenta sus específicas necesidades.

No descuento que el sentimiento legítimo de cada progenitor, depositado en la jurisdicción, es que se valoren las características de ambos para lograr una definición por uno de ellos, con el firme propósito de tener consigo a los niños por mayores lapsos, mas en las circunstancias de esta causa en la que fundamentalmente se exhibe el sentido común de los propios hijos, ello no redundaría en beneficio de ellos. Quede claro que en virtud de esta sentencia no puede subsistir el concepto proveniente de la instancia de grado conforme al cual la madre ha sido descalificada mediante presunciones abstractas de ineptitud siguiendo la terminología de Grosman, en ob. cit. "Los Derechos del Niño en la familia", p. 59, fs. 82 vta., y también que su comportamiento revela amplia disposición a las funciones del rol (ver puntos. 4,d y e y fs. 547 vta.). Pero ocurre que el tiempo transcurrido modificó las situaciones humanas de los destinatarios del conflicto en manera tan intensa que al presente no puede ignorarse ese cambio, el que asume fuerza decisiva (cfr. C.S.J.N., Q.21.XXXVII "Quiroz, Milton Julio y otros c/ Caporaletti, Juan y otros", 1-VI-2004, art. 12.2 de la Convención de los Derechos del Niño).

Tampoco debe verse en este statu quo que propicio, la consolidación irreversible de la organización familiar, sino que en dicho tiempo de búsqueda pueda encontrarse la mejor solución que proteja el interés de los niños. La lectura de la causa y, una vez más lo destaco, el contacto directo con los menores y con los padres, nos da una verdadera lección de vida. En los hechos, en la realidad de las cosas, por encima del rigorismo formal de las actividades procesales y aún por encima de premisas legales enarboladas en abstracto, ha tenido lugar un nuevo punto de enclave de la organización familiar, un nuevo sistema cointegrado de relaciones paterno filiales, un mecanismo emergente de la propia fuerza de los acontecimientos cuyos resultados aparecen, al menos a este tiempo, como los mejores para los niños. Para preservar y promover la plena realización de los derechos de los niños (arts. 4 de la Convención de los Derechos del niño y 29 de la ley 26.061), estimo necesario ordenar que se mantengan las circunstancias actuales, con más el agregado ya expuesto de que no es el padre el único titular de la tenencia como tampoco lo es la madre. Ambos son los titulares.

Corresponderá entonces la residencia dividida de los niños en forma alternada en el domicilio de cada uno de sus padres, de lunes a viernes en el del padre, y de viernes a lunes en el de la madre, **atribuyendo el ejercicio conjunto de la**

responsabilidad parental a ambos progenitores (arts. 3, 5, 9 de la Convención de los Derechos del Niño; cfr. mi voto Ac. 78.446, sent. 27-VI-2001; Fallos 318:1269, especialmente considerando 10, de todo lo cual resulta la primacía de lo dispuesto en los Tratados aún sobrepasando pautas establecidas en la legislación vigente). En particular, las especialísimas circunstancias del caso imponen trascender la solución corriente establecida en el inc. 2 del art. 264 del Código Civil porque el camino marcado por esta norma, confrontado con las pautas privilegiadas por la Convención, se revela aquí como insuficiente para el logro de la prevalencia del interés de los menores. Es lo que emerge de la causa en el específico marco fáctico que nos ocupa constituido en los hechos por una alternancia.

No se trata de descalificar el criterio del Código Civil en forma omnicompreensiva porque, ciertamente, existirán supuestos en los que el ejercicio de la patria potestad en cabeza exclusiva de uno de los progenitores resulte el mejor arbitrio para la consagración de aquel interés superior, y en tales condiciones ninguna objeción podrá encontrarse a esa manera de resolver la situación. Pero en autos, reconocida la disposición de ambos, sus respectivas instalaciones y los demás elementos anteriormente analizados, la forma compartida del ejercicio es la que mejor garantiza la satisfacción de la premisa que preside el sistema. IX. Si lo expuesto es compartido, deberá hacerse lugar parcialmente al recurso planteado por la actora manteniendo el régimen escolar de T. y J. M. G. y su residencia con el progenitor en la ciudad de Lomas de Zamora y con la madre en Pilar durante los días que han quedado fijados, estableciendo la tenencia compartida por ambos padres, instándose al pleno ejercicio de la coparentalidad en relación a los citados menores (arts. 75 inc. 22, C.N., 3 y 9 de la Conv. de los Derechos del niño; 264 ter, C.C., 289, C.P.C.C.).

Ello sin perjuicio de advertir al Tribunal de Familia, para los ulteriores desarrollos, que es imperioso garantizar el debido proceso legal con base en el conjunto de normas que se han citado al comienzo, evitando incurrir en los errores procesales a que he hecho referencia. Con el alcance propuesto, voto por la afirmativa. La señora Jueza doctora Kogan, por los mismos fundamentos del señor Juez doctor de Lázzari, votó la cuestión planteada también por la afirmativa.

A la cuestión planteada, el señor Juez doctor Genoud dijo:

I. Adhiero al voto del doctor de Lázzari, con el alcance que formularé seguidamente.

II. El interés superior del niño: Según lo normado en el art. 264 del Código Civil, la patria potestad, constituye un conjunto de deberes y

facultades de los progenitores respecto de sus hijos oponibles frente a terceros y al mismo Estado, sólo para el cumplimiento de una función, cual es su crianza y formación. Mas, el contenido de este deber ha encontrado como complemento una pauta normativa, objetiva, axiológica y fundamental: el interés superior del niño reconocido en el art. 3 de la Convención.

Este precepto señala que "En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas del bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño". En su hermenéutica, ha señalado reiteradamente esta Corte que la atención primordial de este interés apunta a dos finalidades básicas: constituirse en una pauta de decisión ante un conflicto de intereses y en un criterio para la intervención institucional destinada a proteger al niño.

Este principio proporciona así un parámetro objetivo que permite resolver los conflictos del menor con los adultos que lo tienen bajo su cuidado. La decisión se define por lo que resulta de mayor beneficio para el menor. De esta manera, frente a un presunto interés del adulto se prioriza el del niño (conf. Ac. 84.418, sent. del 19VI2002; Ac. 87.832, sent. del 28VII2004).

Se ha concebido al interés superior del niño como el conjunto de bienes necesarios para el desarrollo integral y la protección de la persona y los bienes de un menor dado, y entre ellos el que más conviene en una circunstancia histórica determinada, analizado en concreto (...) Máxime cuando en materia de menores todo está signado por la provisoriedad, lo que hoy resulta conveniente mañana puede ya no serlo, y a la inversa, lo que hoy aparece como inoportuno puede en el futuro transformarse en algo pertinente (del voto del doctor Pettigiani en el Ac. 78.099, 28III-2001).

El concepto de interés superior del niño se conecta con la idea de 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" (Kuyundjian de Williams, Patricia, "El traslado del menor a otra provincia y los derechos del progenitor no conviviente. Pautas", R.D.F., 2004I135; íd., Grosman, Cecilia, Los derechos del niño en la familia, Universidad, Bs. As., 1998, p. 23 y ss.). La ley 26.061 dice, al respecto, en su art. 3: "A los efectos de la presente ley se entiende por interés superior de la niña, niño y adolescente la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley. Debiéndose 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 por centro de vida el lugar donde las niñas, niños y adolescentes hubiesen transcurrido en condiciones legítimas la mayor parte de su existencia. Este principio rige en materia de patria potestad, pautas a las que se ajustarán el ejercicio de la misma, filiación, restitución del niño, la niña o el adolescente, adopción, emancipación y toda circunstancia vinculada a las anteriores cualquiera sea el ámbito donde deba desempeñarse. Cuando exista conflicto entre los derechos e intereses de las niñas, niños y adolescentes frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros".

Si bien desde lo formal la litis quedó trabada en otros términos, lo cierto es que ya hace más de cuatro años que el padre ejerce la tenencia de los niños hoy preadolescente uno (11 años) y adolescente el otro (14 años), que han hecho del lugar donde viven su centro de vida (art. 3, ley 26.061). Hechos, que más allá de lo que se le impugna a la sentencia de grado, tuvieron su origen en una decisión judicial (fs. 81 y ss., 203 y 211). En el informe presentado por la perito asistente social, Cristina Sakurai, se concluye: "El contexto socio familiar del señor R. M.G. , aparece en la entrevista con relaciones vinculares estables y dinámica interaccional que brindan un ámbito de contención a los hijos que se encuentran a su cargo. El proceso de socialización de los hijos, se desarrolla en ámbito escolar con pertenencia institucional y actividades informales sistemáticas relacionadas a desarrollo de deportes.

Al momento de peritar las relaciones materno filiales de los hijos con la progenitora, se desarrolla sin dificultades a través del régimen de visitas semanal".

III. El derecho del niño a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta. Como es sabido, el art. 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño les reconoce a los menores el derecho a ser oídos, derecho reafirmado, por la ley 26.061. El art. 24, de la citada ley, dice: "Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a: a Participar y expresar libremente su opinión en los asuntos que les conciernan y en aquéllos que tengan interés; b Que sus opiniones sean tenidas en cuenta conforme a su madurez y desarrollo. Este derecho se extiende a todos los ámbitos en que se desenvuelvan las niñas, niños y adolescentes; entre ellos, al ámbito estatal, familiar, comunitario, social, escolar, científico, cultural, deportivo y recreativo". Lo expuesto no significa que haya que aceptar incondicionalmente el deseo del niño si ello

puede resultar perjudicial para su formación (Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, 2-V-2003, "La Ley", 2003A, 425). "Su palabra no es vinculante y debe valorarse con los restantes elementos del juicio" (C.N.Civ., Sala H, 20-X-1997, "La Ley", 1998D-261). Sin embargo, se exige que su opinión sea considerada en la decisión (C.Civ. y Com., San Isidro, sala 1ª, 27-VIII-1999, "Jurisprudencia Argentina", 2000I354; conf. Grosman, Cecilia P., "La guarda de los hijos después de la separación o divorcio de los padres", su ponencia en Segundo Encuentro Regional de Derecho de Familia en el MERCOSUR, celebrado en la Facultad de Derecho de la U.B.A. los días 24 y 25 de agosto de 2006).

Como bien se ha expresado: "Sus ideas, sus sentimientos, cuentan, y no pueden ser rechazados sólo 'porque es un niño" (conf. Burrows, David, *A child's understanding*, Law Family, 1994, vol. 24, p. 579, cit por Kemelmajer de Carlucci, Aída, "El derecho constitucional del menor a ser oído", en Rev. de Derecho Privado y Comunitario Nro. 7, RubinzalCulzoni, Santa Fe, 1994, p. 167). En la misma línea argumental, se ha sostenido que: "debe tenerse en claro que oír al menor no significa aceptar incondicionalmente su deseo; en otros términos, la palabra del menor no conforma la decisión misma; el niño no debe pensar que él debe elegir entre su madre y su padre, y que de su opinión, exclusivamente, depende la decisión judicial, el juez resolverá priorizando el interés del menor; para tomar esta decisión tendrá en cuenta sus argumentos, lo que no implica acogerlos plenamente pues del mismo modo escucha al litigante, aunque no comparta la solución que la parte le propone (...)

En la 'lectura' de los dichos del menor, el juez suficientemente capacitado, deberá desentrañar cuál es la voluntad real, más allá de lo declarado sobre base de eventuales adoctrinamientos e interferencias" (Kemelmajer de Carlucci, Aída, "El derecho constitucional del menor a ser oído", en Rev. de Derecho Privado y Comunitario Nro. 7, RubinzalCulzoni, Santa Fe, 1994, p. 177. En similar sentido, Gil Domínguez, Andrés; Famá, María V.; Herrera, Marisa, *Derecho constitucional de familia*, Ediar, Bs. As., 2006, T° I, p. 574). Es de resaltar que, en los casos en que el menor se ha negado a mantener contacto con alguno de los padres, los jueces evitaron imponer la comunicación forzosamente y acudieron a la intervención de especialistas para superar la disfunción familiar (C.N.Civ., Sala E, 20-II-1989, "El Derecho", 136685) "pues juzgaron que se trataba de un derecho del hijo y que el camino debía ser procurar la revinculación" (Grosman, ponencia cit.).

Sobre esta temática se ha expedido ya esta Corte, afirmando que no escuchar al niño afecta la validez de las decisiones que se dicten con ese vicio. En oportunidad de sentenciar, en un caso donde se debatía la custodia y el régimen de comunicación de dos infantes, sostuvo: No pudo prescindirse de

recabar la opinión que tenía el niño respecto de cómo podría distribuirse su tiempo disponible para mantener un contacto provechoso con ambos padres (...)

Por cierto que escuchar al menor no implica que eventualmente no puedan desatenderse sus preferencias expresadas, si de los elementos obrantes en poder del juez, en particular los provenientes de una objetiva valoración de su medio, para lo cual cabe contar con el aporte inestimable de asistentes sociales, psicólogos, psiquiatras, surge que satisfacerlas no es conducente al logro de su superior interés, en cuyo caso se torna necesario equilibrar esa posible frustración mediante adecuados auxilios terapéuticos y fundamentalmente orientándolos a la comprensión de la decisión y sus motivos.

De todos modos es menester que en tales supuestos de colisión con el deseo del menor el juez exprese los motivos de su apartamiento de la opinión recogida (del voto del doctor Pettigiani, Ac. 78.728, sent. del 2V2002). J. y T. fueron oídos en esta Corte y han expresado su deseo de continuar asistiendo al Colegio San Albano. Asimismo, se mostraron conformes con la convivencia en el domicilio paterno en el cual sienten que han alcanzado cierta estabilidad. Por otra parte, también ven con beneplácito la cercanía entre la escuela y el hogar. Una decisión diferente, implicaría, además de cambiar el statu quo en cuanto a la residencia, un cambio de colegio, y es sabido la resistencia que los adolescentes suelen ofrecer cuando han encontrado un entorno de amigos y compañeros tan importantes en esta etapa de la vida. Nótese que la madre se ha mudado a Pilar lo cual haría imposible mantener este entorno de contención.

IV. La solución propuesta: tenencia y responsabilidad parental compartida. a El ejercicio de la autoridad parental frente a la separación. Dispone el art. 264 del Código Civil: "La patria potestad es el conjunto de deberes y derechos que corresponden a los padres sobre las personas y bienes de los hijos, para su protección y formación integral, desde la concepción de éstos y mientras sean menores de edad y no se hayan emancipado". El precepto que nos ocupa, en su segunda parte, regula quienes tienen el ejercicio de la patria potestad en distintos supuestos que hacen a la vida de los padres.

Es decir, se distinguen los casos en que los progenitores viven juntos (incs. 1 y 5) de aquellos otros que no cohabitan (incs. 2 y 5). En el primer caso, ambos tienen el ejercicio de la autoridad parental. En el segundo, el padre o madre que tenga legalmente la tenencia luego de producida la ruptura conyugal, sea por separación de hecho, separación personal, divorcio vincular o nulidad del matrimonio (inc. 2). En el caso de hijos extramatrimoniales que no viven

juntos será ejercido por aquél que tenga la guarda otorgada en forma convencional, judicial, o reconocida mediante información sumaria (inc. 5). Es decir, que el principio general es el ejercicio compartido de la patria potestad si los padres viven juntos y unilateral si viven separados. Sin embargo, ésta no es, en la actualidad, la opción que mejor protege el derecho de los niños a tener dos padres que asuman la responsabilidad de su crianza y educación. Cobran aquí relevancia los tratados internacionales incorporados a la Constitución con la reforma introducida en el año 1994 (art. 75, inc. 22; Chechile, Ana María; Lopes, Cecilia, "El derecho humano del niño a mantener contacto con ambos progenitores. Alternativas en la atribución de la custodia y en el ejercicio de la autoridad parental. Su vinculación con los derechos fundamentales de padres e hijos", LNBA, 2006133).

Veamos: La Convención sobre los Derechos del Niño dispone en el preámbulo que "... la familia, como grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños, debe recibir la protección y asistencia necesaria para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad...", reconociendo que el niño "... debe crecer en el seno de una familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión...".

El art. 18.1, de la citada convención, dispone: "Los Estados Partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. Incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño"; y el art. 9.3 expresa que "Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de 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 su parte, el inc. 4 del art. 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) establece que: "Los Estados Partes deben tomar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria a los hijos, sobre la base única del interés y conveniencia de ellos".

Ya hace casi dos décadas y marcando un hito en el ejercicio compartido de la responsabilidad parental, aunque los padres vivían separados, afirmó la sala F de la Cámara Nacional Civil, que: "Mantener el ejercicio compartido de la patria potestad significa sostener, en la conciencia de los progenitores extramatrimoniales, la responsabilidad que sobre ambos pesa respecto del

cuidado y la educación de los hijos, no obstante la falta de convivencia; y, además, preserva el fin querido por la ley, de que no sea uno sino ambos padres quienes tomen las decisiones expresa o tácitamente atinentes a la vida y el patrimonio de los hijos" (C.N.Civ., Sala F, octubre 23 de 1987, "La Ley", 1989A-94).

Más tarde, fueron varias las sentencias que homologaron los acuerdos que los padres presentaban en este sentido (C.N.Civ., Sala D, noviembre 21 de 1995, "La Ley", 1996D-678; íd., Sala J, noviembre de 1998, "Jurisprudencia Argentina", 1999IV603, "La Ley", 1999-D-477).

La responsabilidad parental compartida de los padres que viven separados es ampliamente aceptada por la doctrina (Barbero, Omar U., "Padres que dejan de convivir pero acuerdan seguir coejerciendo la patria potestad: ¿lesión al orden público, "La Ley", 1989A94; Zannoni, Eduardo A., "La autonomía privada en la solución de conflictos familiares", en Zannoni, Eduardo A.; Ferrer, Francisco A. M.; Rolando, Carlos H., Coords., Derecho de Familia, Rubinzal Culzoni, Sta. Fe, 1991, p. 195; íd. Zannoni, Eduardo A., Derecho Civil. Derecho de Familia, 4ª ed., Astrea, Bs.As., 2002, T° 2, p. 726; Grosman, Cecilia P., "El derecho infraconstitucional y los derechos del niño", en el Libro de Ponencias del Congreso Internacional "La persona y el Derecho en el fin de siglo", Santa Fe, Universidad Nacional del Litoral, 1996, p. 244; Mizrahi, Mauricio L., Familia, matrimonio y divorcio, Astrea, Bs. As., 1998, p. 424; Iñigo, Delia B., "Una acertada decisión judicial sobre patria potestad compartida", "La Ley", 1999D477; Chechile, Ana María, "Patria potestad y tenencia compartidas luego de la separación de los padres: desigualdades entre la familia intacta y el hogar monoparental", "Jurisprudencia Argentina", 2002III1308.).

En el derecho comparado se observa una tendencia creciente a que la separación de los padres no altere los postulados de la corresponsabilidad, así, por ejemplo regulan la patria potestad compartida frente a la no convivencia el art. 207 del Código de Familia del Salvador, el art. 70 del Código de la Niñez y adolescencia del Paraguay, el art. 21 del Estatuto del Niño y adolescente de Brasil en concordancia con los arts. 1631 y 1632 del Código Civil, el art. 3732 del Código Civil francés ("La separación de los padres no incide sobre las reglas de atribución del ejercicio de la autoridad parental) y el art. 156 del Código Civil español, con matices ("La patria potestad se ejercerá conjuntamente por ambos progenitores o por uno solo con el consentimiento expreso o tácito del otro..." "... Si los padres viven separados, la patria potestad se ejercerá por aquél con quien el hijo conviva).

Sin embargo, el Juez, a solicitud fundada del otro progenitor, podrá, en interés del hijo, atribuir al solicitante la patria potestad para que la ejerza conjuntamente con el otro progenitor o distribuir entre el padre y la madre las funciones inherentes a su ejercicio"). Todo lo expresado me lleva a concluir

que lo más beneficioso para T. y J. es contar con dos padres que asuman la responsabilidad de su formación integral. b La tenencia compartida como la alternativa que mejor satisface el interés superior del niño.

Grosman expone que la guarda compartida es la que mejor asegura el cumplimiento del art. 9 de la Convención sobre los Derechos del Niño en tanto que garantiza el derecho del menor "a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño" (Grosman, Cecilia P., "La tenencia compartida después del divorcio. Nuevas tendencias en la materia", "La Ley", 1984B806). La citada autora ha realizado un exhaustivo análisis de las ventajas de esta forma de tenencia que apuntan a resaltar la mayor vinculación entre padres e hijos pese a la ruptura y el mejor manejo de los tiempos por los miembros de la pareja parental (Grosman, "La tenencia compartida..." cit., págs. 814/816). La jurisprudencia, lentamente, ha ido receptando este tipo de custodia resaltando los beneficios que representan para los niños que se encuentran inmersos en el proceso de separación de sus padres (C.N.Civ., Sala J, "Jurisprudencia Argentina", 1999-IV-603; id., sala H, abril 28 de 2003, RDF, 252003-187. En similar sentido S.T. Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur, octubre 8997, "La Ley", 1998F-569).

En el derecho comparado se la ha comenzado a legislar expresamente. A título ejemplificativo me permitiré citar las reformas operadas en este siglo XXI en países como Francia y España. El art. 37329, del Código Civil francés (t.o. ley 3052002) dispone que la residencia del niño puede ser fijada en forma alternada en el domicilio de cada uno de sus padres, o bien en el domicilio de uno solo de ellos.

Ante la solicitud de uno de los progenitores o en caso de desacuerdo entre ellos sobre el modo de determinar el lugar en que habitará el infante, el juez puede ordenar a título provisorio una residencia dividida precisando la duración de la misma, al término de la cual decidirá el sitio en que vivirá el niño de manera definitiva, ya sea optando por una custodia compartida, ya sea eligiendo el hogar de uno de los padres.

A su vez, la reforma operada por la ley Nro 12 del año 2005 al Código Civil español, reguló tanto la posibilidad de que los padres acuerden una tenencia compartida (art. 92 inc 5), como que ésta sea impuesta por el juez quien, "a instancia de una de las partes, con informe favorable del Ministerio Fiscal, podrá acordar la guarda y custodia compartida fundamentándola en que sólo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor" (art. 92 inc. 8).

Se ha dicho que la sentencia que conceda la custodia compartida puede ser el resultado de tres solicitudes diferentes:

1. Guarda compartida convenida por los padres;
2. Guarda monoparental solicitada por uno de los progenitores mientras que el otro reclama una tenencia compartida;
3. Guarda unilateral solicitada por cada uno de los padres para sí e impuesta la compartida como mejor solución por el juez (Chechile; Lopes, ob. cit.).

Huelga decirlo, que la primera de las opciones es la que reconoce el menor nivel de conflicto y la mayor madurez de los progenitores que al margen del quiebre conyugal desean ejercer los roles parentales en beneficio de sus hijos (C.N.Civ., sala J, 24-XI-1998, "Jurisprudencia Argentina", 1999IV603; íd., sala H, abril 28 de 2003, RDF, 252003187).

Por el contrario, la última de las opciones es la que demuestra el mayor nivel de hostilidad.

En general, el expediente, tal como ocurre en el caso que nos ocupa, denota constantes presentaciones, denuncias y años de pleito que transcurren junto con la infancia de sus hijos.

Sin embargo, este caso no enmarca perfectamente en el tercer supuesto sino en una variante.

Me explico. En sus orígenes los ex cónyuges habían acordado que la tenencia la tendría la madre con un amplio régimen de visitas a favor del padre (en agosto del año 1999). Luego, la madre consideró inconveniente tal amplitud y solicitó se pauten días fijos (fs. 18 y ss) llegando a un acuerdo en la audiencia del día 18 de diciembre de 2001 (fs. 48).

Diez días después, la progenitora pone en conocimiento del tribunal que se mudaría a Pilar (fs. 62) y cambiaría a los niños de colegio. Ante esto reaccionó Mc. Gaw por considerar que, debido a la distancia existente con el nuevo domicilio de la madre, se hacía imposible el acuerdo al que habían arribado y con ello se estaba afectando el derecho a mantener una comunicación fluida, además, de que el cambio de colegio implicaría una ruptura en la tradición familiar, (el se educó en esa institución y está asociado al campo de deportes de los ex alumnos, fs. 225), y día a día se fueron sumando más presentaciones, decisiones y recursos.

En esta alternativa, frente a la incapacidad de los padres de encarar con madurez la crianza de sus hijos que algún día proyectaron juntos, nos toca a los jueces decidir. Y la opción por la tenencia compartida implica, ni más ni menos, recordarles que, a pesar de la ruptura conyugal, deben cumplir con aquel objetivo de educación y formación de los vástagos, colaborando para lograr lo que ambos dicen desear: lo mejor para sus hijos.

No puede haber nada mejor para los menores que sus dos padres pensando en lo más beneficioso para su desarrollo (en esta línea argumental, S.T. Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur, octubre 8997, "La Ley", 1998F569;

C.Civ. y Com., Azul, sala II, junio 4 de 2001, "La Ley Buenos Aires", 20011425; C.Civ. y Com., Azul, sala I, mayo 8 de 2003, "La Ley Buenos Aires", 2003998).

Que se conceda la custodia compartida no significa igualdad matemática de tiempo con cada uno de los padres. Su principal objetivo es implicar e incluir a ambos instando a la colaboración en las principales actividades de los menores, sin desmerecer al otro.

El vocablo 'compartida' "... denota en una de sus acepciones participar uno en alguna cosa, concepto que trasladado a la materia en estudio implica que las partes (padre y madre) se vinculen para participar en el cuidado y formación de los hijos..." (Arianna, Carlos, "Régimen de visitas", RDF, 21989119; C.N.Civ., sala F, 14-II-2002, "Jurisprudencia Argentina", 200211666).

V. Conclusión. Por todo lo expuesto, más allá de las imputaciones formales de que adoleciera la sentencia de grado, la decisión a la que arribo se funda principalmente en los derechos de los adolescentes a contar con padres que deben reasumir la tarea que algún día empezaron juntos, concediéndoles a los hijos el derecho a dos progenitores que se responsabilicen de su crianza y educación, tal como lo estipulan los arts. 9 y 18 de la Convención de los Derechos del Niño.

La distribución del tiempo de convivencia con cada uno de los padres se continuará como hasta el presente, salvo que los padres en el ejercicio compartido de la autoridad parental acuerden otra cosa. Con el alcance desarrollado, voto por la afirmativa. El señor Juez doctor Hitters, por los mismos fundamentos del señor Juez doctor Genoud, votó la cuestión planteada también por la afirmativa.

A la cuestión planteada, el señor Juez doctor Pettigiani dijo:

I. Adhiero a la solución propuesta por el doctor Genoud, si bien por los siguientes fundamentos.

II. Hoy se encuentra firmemente arraigada la concepción del menor como sujeto y nunca como objeto de derechos. Sin embargo, en franca oposición con este verdadero apotegma del derecho minoril, en ciertas ocasiones, no se trepida en disponer del niño como si se tratara de un bien mueble que se cambia de lugar y se traslada de acuerdo a los humores de su progenitor o del funcionario de turno, pasándolo de mano en mano, sin reparar en que con cada desarraigo al que se le somete se le cercena irreparablemente una porción de su identidad y se le ocasiona un gravísimo trastorno psicológico en su esfera afectiva (Ac. 66.519, sent. del 26X1999; Ac. 71.303, sent. del 12IV2000; AC. 78.726, sent. del 19II2002). "Interés del menor" es el conjunto de bienes necesarios para el desarrollo integral y la protección de la persona y los bienes de un menor dado, y entre ellos el que más conviene en una

circunstancia histórica determinada, analizado en concreto, ya que no es concebible un interés del menor puramente abstracto, el que excluye toda consideración dogmática para atender exclusivamente a las circunstancias particulares que presenta cada caso (Ac. 63.120, sent. del 31III1998; AC. 73.814, sent. del 27IX2000; AC. 79.931, sent. del 22X2003). Máxime cuando en materia de menores todo está signado por la provisoriedad. Lo que hoy resulta conveniente mañana puede ya no serlo, y a la inversa, lo que hoy aparece como inoportuno puede en el futuro transformarse en algo pertinente (Ac. 66.519, sent. del 26X1999; Ac. 71.303, sent. del 12IV2000; AC. 78.726, sent. del 19II2002).

La jerarquía de los derechos vulnerados, que interesan sin duda alguna al interés público, y la consideración primordial del interés del menor deben guiar la solución del caso en orden a restablecerlos por una parte y hacerlo con el menor costo posible entendiendo esto último en términos de economía y celeridad procesales, atendiendo a razones de elemental equidad, todo ello sin mengua de la seguridad jurídica, valor igualmente ponderable por su trascendencia en toda decisión que tomen los jueces (Ac. 56.535, sent. del 16III1999; AC. 84.418, sent. del 19VI2002). Por ello, en aras de ese interés superior del menor y de la protección y defensa de sus derechos, quedan relegados en una medida razonable los de los mayores, y el proceso de establecimiento de la tenencia de los menores y su régimen de visitas despojado de toda consideración ritualista, para tender casi exclusivamente a la satisfacción de aquella meta, aún mucho más resaltada a partir de la incorporación de la Convención de los Derechos del Niño a nuestro texto constitucional por imperio de la reforma de 1994 (art. 75 inc. 22).

III. Con lo apuntado, entiendo que corresponde ingresar en la consideración del régimen de guarda de los menores dispuesto por el tribunal a quo, que rige en la actualidad; el que nunca debe ser resuelto en función de parámetros genéricos, sino atendiendo a las circunstancias particulares de cada caso, debiéndose ponderar la conveniencia de lo que se resuelva, principalmente respecto de los derechos e intereses de los menores involucrados (conf. Zannoni, Eduardo, "Derecho Civil. Derecho de Familia", vol. 2, núm. 781, pág. 205), pero asimismo de las reales posibilidades y capacidades de sus progenitores.

Así, es posible afirmar inicialmente que el establecimiento de un régimen de tenencia compartida tal la propuesta de los votos precedentes constituye la mejor manera de resolver el problema de desmembramiento de la guarda, pues posibilita que el niño mantenga un trato fluido y significativo con ambos padres.

Cabe recordar que el art. 9.3. señala que "los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de 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". Con la tenencia compartida se reconoce y se le otorga la relevancia que merece al derecho que tienen los niños a ser educados por ambos padres dentro de un sistema que permite el ejercicio de la coparentalidad (conf. Polakiewicz, Marta, "El derecho de los hijos a una plena relación con ambos padres", en Los derechos del niño en la familia. Discurso y realidad", Grosman (Directora), Ed. Universidad, Buenos Aires, 1998, p. 190).

Se han señalado las ventajas que presenta la tenencia compartida frente a la tenencia unipersonal. "Entre esas ventajas se ha señalado que la tenencia compartida: permite al niño mantener un estrecho vínculo con ambos padres; promueve la participación activa de ambos padres en las funciones de educación, amparo y asistencia; atenúa el sentimiento de pérdida de quien no tiene la guarda estimulando las responsabilidades del progenitor no guardador; atenúa el sentimiento de pérdida padecido por el hijo; incentiva a ambos padres a no desentenderse de las necesidades materiales del niño; facilita el trabajo extradoméstico de ambos padres (Grosman, Cecilia, 'La tenencia compartida después del divorcio. Nuevas tendencias en la materia', "La Ley", 1984B, 806); evita que existan padres periféricos, posibilita que el menor conviva con ambos padres; reduce problemas de lealtades y juegos de poder (Chechile, Ana M., 'Patria potestad y tenencia compartidas luego de la separación de los padres: desigualdades entre la familia intacta y el hogar monoparental', "Jurisprudencia Argentina", 2002III1308); la idoneidad de cada uno de los padres resulta reconocida y útil; fomenta una mayor y mejor comunicación entre padres e hijos (Medina, Graciela y Hollweck, Mariana, 'Importante precedente que acepta el régimen de tenencia compartida como alternativa frente a determinados conflictos familiares', "La Ley Buenos Aires", 20011425); el hijo se beneficia con la percepción de que sus padres continúan siendo responsables frente a él (Schneider, Mariel, 'Un fallo sobre tenencia compartida', "La Ley Buenos Aires", 20011443); se compadece más con el intercambio de roles propio de la época actual (Mizrahi, Mauricio L., 'Familia, matrimonio y divorcio', Ed. Astrea, Buenos Aires, 1998, p. 422)... [y se] promueve y alienta la participación del hombre y la mujer en pie de igualdad en lo que se refiere a la crianza de los hijos, generando así una mayor equidad genérica en el interior de la familia" (Zalduendo, Martín, 'La tenencia compartida: Una mirada desde la Convención sobre los Derechos del Niño', "La Ley", 2006E, 512). Así, en el caso, el otorgamiento de la tenencia y custodia compartida resulta consecuente, por un lado, con los sucesivos planteos que ambos progenitores a su turno han formulado en estas actuaciones, en las que ambos padres han reclamado la tenencia de sus hijos, acreditando cada uno por su parte la idoneidad moral y las materiales posibilidades de ejercerla;

alegadas aptitudes que las partes no se han objetado. Por otro lado, resulta asimismo consecuente la concesión a ambos progenitores y por igual, de la tenencia compartida de sus hijos, con las acciones y conductas llevadas a cabo y mantenidas por aquéllos durante estos últimos años, en los cuales ambos se han mostrado activos para nutrir a sus hijos de la presencia y afecto propios del vínculo que los une.

Tampoco se ha observado que los ex esposos, pese a las perturbaciones que pudieran haber sufrido en razón de la ruptura matrimonial, hubieran desplegado en la vida relacional mantenida con sus hijos, actitudes hostiles entre sí o utilizado a los niños en su hostigamiento recíproco (más allá del contenido de los reclamos contrapuestos canalizados en estas actuaciones). Por demás, la edad de los menores (11 y 14 años) permite una solución como la propuesta, ya que los problemas y dificultades que pueden presentarse como consecuencia de la instrumentación de este mecanismo compartido de guarda suelen ser sensiblemente menores cuando mayor es la edad de los niños (conf. Mizrahi, "Familia, matrimonio y divorcio", punto c, apart. b, ley 418 y sigtes.). Ahora bien, frente a lo expuesto, es necesario poner de resalto que naturalmente, la tenencia compartida exige por parte de todos los miembros de esta tríada padre, madre e hijos un mayor compromiso y mayor responsabilidad acorde.

Tenencia compartida implica reconocer a ambos padres el derecho a tomar decisiones y distribuir equitativamente, según sus distintas funciones, recursos, posibilidades y características personales, sus responsabilidades y deberes (conf.: C.N.Civ., sala J, "La Ley", 1999D, 479). No implica necesariamente tenencia alternada sino la asunción compartida de autoridad y responsabilidad en relación a todo cuanto concierna al niño, el respeto de su derecho a continuar contando afectivamente y realmente, con un padre y una madre (conf.: Salzberg, Beatriz, "Los niños no se divorcian", p. 161, BeaS Ediciones, Buenos Aires, 1993).

Lo esencial de la tenencia compartida es participar con amplitud y activamente de las decisiones respecto del hijo, aun cuando la custodia física estuviera en cabeza sólo de uno de los progenitores (conf. Jones, Freed Doris y Foster, Henry H. "Family Law in the Fifty States" An Overview. Family Law Quarterly, vol. XVI, p. 289 y sigts., núm. 4, Winter 1983; Jay, Folberg, H. and Graham, Marva, "Joint Custody of Children following Divorce", vol. 12, p. 523, núm. 2, U. C. A. Law Review, University of California, Davis, Summer, 1979, citados por Grosman, Cecilia, "La tenencia compartida después del divorcio. Nuevas tendencias en la materia", "La Ley", 1984B, 806).

Así, en general, los esposos pueden convenir la división de la guarda por ciertos períodos, es decir, 'repartirse el cuidado del hijo' o bien mantener en cabeza de uno de ellos la custodia física del hijo, es decir, la convivencia con el

menor, con un régimen de visitas para el otro, pero asumir en forma compartida las responsabilidades de educación y formación del hijo ... No debe olvidarse que en el régimen vigente, no obstante conservar quien no ostenta la tenencia del hijo el ejercicio de la patria potestad si se otorga al otro progenitor su custodia, aquél pierde muchas de las facultades que asume la guardadora, razón por la cual podría interesar a ambos progenitores participar conjuntamente en el ejercicio de los poderes paternos..., [que] formaliza una necesidad de participación que si bien puede llevarse a cabo sin una manifestación expresa y así acontece muchas veces dentro del modelo ordinario, también a veces es deseada y requerida como un reconocimiento externo de que persiste la relación paternofilial cuyo menoscabo se teme (conf. Grosman, Cecilia, "La tenencia compartida después del divorcio. Nuevas tendencias en la materia", "La Ley", 1984B, 806).

IV. Comparto en lo demás el mantenimiento del domicilio de los menores junto a su padre, habida cuenta la cercanía con el ámbito de desarrollo de los hijos (escolaridad, amistades, actividades extracurriculares), sin que esta decisión pueda ser entendida como sanción alguna a la progenitora que ha mudado su domicilio.

En tanto las posibilidades lo permitan, y ello en este caso es así, el mantenimiento del estilo de vida de los menores dentro de su autónomo núcleo relacional en tanto no resulte perjudicial debe ser entendido como una pauta exclusivamente dirigida a preservar su salud física y emocional (Preámbulo, arts. 3, 9, 16, cccts., Convención sobre los Derechos del Niño, 75 inc. 22, Constitución nacional).

V. Finalmente, al decidir respecto de la tenencia y régimen de visitas de un menor no puede prescindirse de recabar la opinión que tenía el niño respecto de cómo podría distribuirse su tiempo disponible para mantener un contacto provechoso con ambos padres.

Opinión que debe ser analizada con un criterio amplio y pasada por el rasero que implican la edad y madurez del niño, para lo cual es imprescindible que el juez pondere cuidadosamente las circunstancias que lo rodean, y las balancee mesuradamente en relación con las restantes connotaciones que presente el caso, y particularmente con la índole del derecho en juego (Ac. 78.728, sent. del 2V2002).

Habiendo asistido a la audiencia fijada al efecto (fs. 563), tuve oportunidad de tomar conocimiento de la persona de los menores, escuchando sus opiniones y percibiendo sus expectativas, las que aún no resultando vinculantes, me permitieron auscultar su realidad actual y llegar a la convicción de que la solución propuesta es la que a todas luces resultaría más funcional en la armonización de todos los apreciables intereses puestos en juego (conf. arts.

12, 13 y ccdtes., Convención sobre los Derechos del Niño, 75 inc. 22, Constitución nacional).

VI. Por lo expuesto, y con el alcance dado, voto por la afirmativa. Con lo que terminó el acuerdo,
dictándose la siguiente

SENTENCIA:

Por lo expuesto en el acuerdo que antecede, oído el señor Subprocurador General, se hace lugar al recurso extraordinario interpuesto, manteniéndose el régimen escolar de T. y J. M. G. y su residencia con su progenitor en la ciudad de Lomas de Zamora y con la madre en Pilar durante los días que han quedado fijados, **estableciéndose la tenencia compartida por ambos padres,** instándose al pleno ejercicio de la coparentalidad en relación a los citados menores (art. 75 inc. 22, C.N., 3 y 9 de la Conv. De los Derechos del Niño; 264 ter, C.C.; 289, C.P.C.C.). Ello sin perjuicio de advertir al Tribunal de Familia para los ulteriores desarrollos, que es imperioso garantizar el debido proceso legal con base en el conjunto de normas citadas en la votación, evitando incurrir en los errores procesales destacados. Costas por su orden en atención a la naturaleza y alcance de la decisión (art. 68, C.P.C.C.). Notifíquese y devuélvase.