000334/2009

--- En la ciudad de Trelew, a los días de octubre del año dos mil nueve, se reúne la Sala “B” de la Cámara de Apelaciones, con la Presidencia del Dr. Aldo Luis De Cunto y presencia del Sr. Juez del Cuerpo Dr. Sergio Rubén Lucero, para celebrar Acuerdo y dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: **“B., P. S. c/ G., S. V. s/ Tenencia” (Expte. 334 - Año 2009 CANE)** venidos en apelación. Los Sres. Magistrados resolvieron plantear las siguientes cuestiones: PRIMERA: ¿es ajustada a derecho la sentencia apelada?, y SEGUNDA: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar? y expedirse en el orden resultante del sorteo practicado a fs. 238.---

--- **A LA PRIMERA CUESTIÓN**, el Dr. De Cunto dijo: ----------

----Vienen estas actuaciones a conocimiento de la Alzada con motivo del recurso de apelación interpuesto por la parte actora a fs. 214 en contra del pronunciamiento definitivo dictado en autos a fs. 208/212, por el cual se otorga la tenencia compartida de la menor V. B. a sus progenitores S. V. G. y P. B., imponiendo las costas por su orden.-

------A fs. 215 se concede el recurso, expresándose agravios a fs. 223/226, sin que la demandada conteste el traslado pertinente conferido a fs. 227. A fs. 232/234 obra el acta de la audiencia dispuesta por el art. 130 de la ley 4347.- ----------

----I.- Comenzaré por efectuar una reseña de los agravios vertidos por el actor recurrente. Señala que la jueza de grado no tuvo en cuenta, en su decisorio, situaciones fácticas de trascendencia y consideró afirmaciones del ETI que se vinculan más con situaciones ideales que con realidades concretas presentes en la vida de la menor. Así se precisa que se brinda como fundamento una expresión de deseos que la madre participe más activamente en las actividades de la niña, para lo cual no es necesario otorgar la tenencia compartida. Expresa que de las constancias de autos surge que fue él quien intentó una comunicación entre la hija y la madre, evidenciando esta última una actitud procesal que refleja falta de compromiso.- ----------

----Indica como otro fundamento de la tenencia compartida la expresión de deseos de que los padres puedan generar vínculos menos beligerantes, reconociendo las dificultades entre ambos padres, y señalando que intentó que se respeten los horarios de V. mas no lo logró. Cuestiona el razonamiento según el cual, con la tenencia compartida se respete el interés superior de la menor, ya que el régimen de comunicación de la misma con su madre le permite compartir con ella sus actividades, mientras que con la tenencia compartida se pretende lograr una conducta en los adultos más que privilegiar el interés de la hija. Considera que gran parte de lo escrito a favor de la custodia compartida se trata de conceptos ideales, deseados, pero difíciles de concretar. Señala que en caso de su grupo familiar existen dificultades para tomar decisiones sobre la vida de V., considerando que la sentencia apelada ha creado más confusión y no ha ayudado a obtener pautas claras. Reitera que el fallo se basa en situaciones ideales, olvidando las concretas, agregando que no se tuvieron en cuenta dos informes del ETI en otros expediente conexos.- ----------

----Destaca las bondades del régimen de la tenencia otorgada a uno de los padres, revelando entre ellas el buen orden, el sentido de pertenencia y estabilidad, la claridad de las consignas diarias. A tal fin enfatiza consideraciones de los informes del ETI relativas a que en cada hogar la niña recibe mensajes distintos lo que le genera confusión, indicando que la jueza efectúa una lectura errónea de la tenencia exclusiva, considerándola en desmedro del padre no conviviente.----------

----II.- Delimitada la materia sobre la cual habrá de ejercer este Cuerpo la facultad revisora, me adentraré en el tratamiento de los agravios reseñados.- ----------

----1) La expresión de agravios del actor se fundamenta básicamente en que la decisión adoptada de otorgar la tenencia compartida se basa en meras expresiones de deseos, olvidando la real situación planteada, se dice atender el interés superior de la menor cuando ello no es así, y evidencia una errónea consideración de la custodia exclusiva. Identificados, a mi juicio, esos tres fundamentos de la expresión de agravios, pasaré a su tratamiento en ese orden. Sin perjuicio de ello efectuaré una breve consideración preliminar acerca del instituto de la tenencia o custodia compartida.- ----------

----La reforma del C. Civil introducida por la ley 23264 atribuyó el ejercicio de la patria potestad de los hijos a ambos progenitores en el caso de que convivieren (conf. art. 264, incs. 1 y 5 del C. Civil). En el caso de ruptura de la convivencia se determina el ejercicio exclusivo de la patria potestad por aquel progenitor que conserve la guarda de sus hijos (conf. art. 264, incs. 2 y 5 del C. Civil). Esta solución normativa plasmó la doctrina prevaleciente en la época de sanción de la ley referida, según la cual, producida la separación o divorcio, era forzoso otorgar la tenencia de los hijos a uno solo de los progenitores. Dicha creencia parte de un significado erróneo del término “tenencia”, ya que se lo ha identificado con la guarda física, sin advertir que el concepto es mucho más amplio, ya que comprende un cúmulo de derechos y deberes relativos a la crianza y formación de los niños. Incluso se ha señalado que tales normas resultan inconstitucionales por contrariar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los padres en la crianza y educación de los hijos, contenidas en normas de rango constitucional donde no se hacen distinciones en cuanto a la separación de los padres (conf. Gil Domínguez-Famá-Herrera: “Derecho Constitucional de Familia”, Ed. Ediar, 2006, Tº I, pág. 326).- ----------

----La tenencia compartida, como alternativa a dicha solución tradicional, es un sistema que consiste en reconocer a ambos padres el derecho a tomar decisiones inherentes al ejercicio de la responsabilidad paternal, según sus distintas funciones, recursos, posibilidades y características personales. Permite, así, conservar en cabeza de ambos progenitores el poder de iniciativa respecto de las decisiones que conciernen a sus hijos aún luego de la ruptura matrimonial, apuntando, por otro lado a garantizar mejores condiciones de vida para los hijos al dejarlos fuera de las desavenencias conyugales. En ese sentido se sostiene que luego de la reforma de nuestro Código Civil por la ley 23264, no cabe duda de que el principio rector en materia de responsabilidad parental

es su ejercicio compartido por ambos progenitores. La problemática radica en determinar si dicho principio, vigente sin discusión durante la convivencia de los padres, subsiste ante su ruptura. Si bien el C. Civil no prevé expresamente la posibilidad de atribuir a ambos padres la tenencia compartida de los hijos, tampoco la prohíbe, por lo cual, es posible que los progenitores convengan compartir la tenencia de sus hijos o aún que el propio juez decida otorgar a los padres la tenencia compartida ante la discrepancia de las partes (conf. Gil Domínguez-Famá-Herrera, op. cit., ídem, págs. 326/327).- ----------

----En el mismo orden de ideas se ha sostenido que la tenencia alternativa o compartida alternada, sin inconvenientes de orden material, es posible aunque los padres no hagan vida en común. En cuanto a su compatibilidad con las normas del C. Civil, más allá de que no está prohibida, se consideró que dicho debate ha perdido importancia, habida cuenta de las disposiciones de la Convención sobre los Derechos del Niño (art. 3.1) y de la ley 26061 (art. 3), por lo que la cuestión se desplaza a determinar en cada caso si aquella forma de tenencia preserva los intereses de los hijos, y únicamente en función de este criterio rector los tribunales están llamados a decidir (conf. Mizrahi, Mauricio Luis: “Familia, matrimonio y divorcio”, Ed. Astrea, 2006, págs. 628/630).- ----------

----2) Sentado lo anterior, en cuanto a la factibilidad de la tenencia compartida, corresponde adentrarnos en los agravios, de acuerdo a la distinción que efectuara en el considerando anterior, más allá de la conexión que los tres agravios identificados presentan. Se ha criticado que la decisión apelada se basa en meras expresiones de deseos, en situaciones ideales a obtener y no en la situación real del grupo familiar. En concreto se menciona que con la tenencia compartida se busca que la madre participe más activamente en las actividades de la menor, cuando en realidad la misma presentó siempre una actitud de falta de compromiso con su hija (ver fs. 223 vta.). En realidad esta porción del agravio carece de crítica, porque lejos de discrepar con la jueza, está evidenciándose que es necesario que la madre se involucre más en las actividades de V., lo mismo que se busca en el decisorio, no explicándose fundamentadamente por qué la tenencia compartida no es la herramienta útil para lograr ese objetivo.----------

----Se señala como otra expresión de deseos que los adultos puedan generar vínculos menos beligerantes, poniendo el énfasis en que por desatención de la madre ha debido hacerse cargo de obligaciones que le competían a la parte contraria (ver fs. 224, 2do. párrafo). Ahora bien, justamente se ha precisado que el régimen de tenencia compartida permite la participación activa de ambos padres en la crianza de sus hijos; la equiparación de los progenitores en cuanto a la organización de su vida personal y profesional, distribuyendo entre ambos la carga de la crianza; el reconocimiento de cada progenitor en su rol paterno; la comunicación permanente entre los progenitores; la distribución de los gastos de manutención de los hijos, la atenuación del sentimiento de pérdida o abandono del niño luego de la separación; el reconocimiento del hijo como alguien ajeno al conflicto matrimonial (conf. Gil Domínguez-Famá-Herrera, op. cit.,

ídem, págs. 329/330). Es que esta solución mitiga el sentimiento de abandono y la presión sobre el niño, le garantiza la permanencia de los cuidados parentales y con ello el mejor cumplimiento de las funciones afectivas y formativas (conf. CN. Civ., Sala J, 24/11/98, ED, 185-102). En el mismo sentido se ha resuelto que el ejercicio compartido por ambos padres en paridad de condiciones de todas las cuestiones inherentes a la educación, crianza y cuidado del niño -v.gr. elección de la escuela, control sobre sus amigos, continuidad de los tratamientos médicos, etc.- obligará a los padres, fuera de los supuestos del art. 264 quater del C. Civil, a conciliar y armonizar sus actitudes personales a favor del mejor y mayor bienestar del menor, por lo que ello importaría poner a prueba -definitivamente- su actitud y aptitud como progenitores, y en suma, su capacidad para concretar en lo cotidiano lo que se ha pregonado por años en escritos judiciales (conf. C. Civ. y Com. Azul, Sala II, 4/6/01, LLBA, 2001-142).----------

----A la luz de lo expuesto aparece fundamentado que el razonamiento de la jueza, lejos de apoyarse en meras expresiones de deseos, justamente viene corroborado, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, en cuanto el régimen de la tenencia compartida resulta ser funcional al objetivo de lograr una mayor participación de los padres, de manera igualitaria, en las actividades de los hijos. O al menos resulta el marco adecuado para que aquéllos puedan demostrar su capacidad y aptitud como progenitores responsables. En consecuencia resultan inatendibles las objeciones del apelante, las que radican, precisamente, en la falta de compromiso de la madre en la crianza y cuidado de la menor.----------

----3) La recurrente se refiere luego al interés superior del niño, explicando que el régimen de tenencia ejercido por él con un régimen de comunicación con la madre le permite a madre e hija una adecuada relación, y que, en todo caso, la tenencia compartida se dirige a lograr una conducta en los adultos y no atender el interés superior de V. (ver fs. 224 vta., 1er. párrafo). Al respecto encuentro que el razonamiento del apelante resulta equivocado y simplista, en cuanto separa tajantemente el cambio de actitud que se pretende en los padres con el interés superior de la niña. Parecería que en su argumentación el bienestar y plenitud de vida de la menor estuviera disociado de la conducta desarrollada por los padres, cuando se trata de realidades totalmente imbricadas entre sí. Por lo demás el quejoso parte de una postura cerril en cuanto parte de la premisa que existen cuestiones en las que los padres no pueden ponerse de acuerdo y deberán recurrir al juez (ver fs. 224 vta., 2do. párrafo). Olvida el mismo que aunque tuviera la tenencia en forma exclusiva si la madre estuviera en desacuerdo con ciertas decisiones de peso, también tendría derecho a recurrir a la justicia para que el juez decidiera en caso de desacuerdo.- ----------

----Amén de todo lo expuesto, encuentro que el apelante no tiene en claro cuál es el contenido del interés superior de la menor. Es obvio que éste es el principio por excelencia que habrá que considerar en cualquier debate en torno a la cuestión de la tenencia o custodia y en tal sentido las diversas modalidades que se incluyen dentro del

amplio concepto de tenencia compartida apuntan a satisfacer el interés del niño al asegurarle una relación estrecha y fluida con los dos padres más allá de las contingencias que pueda atravesar la relación conyugal (conf. Gil Domínguez-Famá-Herrera, op. cit., ídem, pag. 331). El recurrente dice que la sentencia crea más confusión (ver fs. 224 vta., último párrafo), lo cual está en línea con cierta doctrina que considera que la tenencia compartida genera indefinición de las funciones propias del padre y de la madre, creando una disociación para el hijo en dos mundos a los que resulta muy difícil adaptarse (conf. Mazzinghi, Jorge (h) y Carpineti de Hughes, Rosa: "La ruptura matrimonial y la importancia de ajustar la función paterna a una nueva realidad (tenencia compartida, régimen de visitas y alimentos en especie)", ED, 158-1006). A ello se ha contestado que tales argumentos fueron esbozados pensando en un modelo de familias que nada tienen que ver con las estructuras familiares modernas. Por lo demás no es preciso que el proceso de crianza y los principios sean idénticos, ya que esto tampoco puede exigirse durante la convivencia de los padres, sólo es deseable que sean coherentes, para proveer al niño de un contexto que la permita una formación adecuada (conf. Gil Domínguez-Famá-Herrera, op. cit, ídem, págs. 331/333).- ----Por último, en cuanto a este agravio, la apelante expresa que la sentenciante de grado no valoró otros informes del ETI que constan en otras actuaciones conexas (ver fs. 225, 2do. párrafo). Al respecto ha de manifestarse que el informe obrante a fs. 28/30 vta. de la causa sobre medida de protección (1.079-2006), que tengo a la vista, de fecha 28/11/06, sugiere que Valentina permanezca en la casa paterna como un espacio de contención emocional e indica un tratamiento psicológico para la madre. En un informe posterior del 14/06/07 (ver fs. 57/58 vta.) se sugiere la continuidad de las visitas de la hija a la madre en un ambiente donde estuviera ésta con sus hijas. También se solicita informe a fin de chequear que los padres continúan con sus tratamientos. En cuanto a la causa sobre restitución de la menor (1.068-2006), que también tengo, a la vista el informe obrante a fs. 12/14 es el mismo que el obrante a fs. 28/30 vta. de la causa precitada. En cuanto al que luce a fs. 63/66 del 03/12/07, se concluye que ambos progenitores presentan dificultades para llevar adelante la crianza de la hija en forma saludable para ella, no considerando oportuno en ese momento determinar una custodia definitiva; V. vivencia presiones por parte del entorno actual para expresarse espontáneamente, básicamente para expresar su deseo o necesidad de ver con mayor frecuencia a su madre y hermana; se observa una mayor rigidización del padre y se recomienda poder incrementar el contacto de la niña con la madre.- ---------- ----Como se puede apreciar, las conclusiones se dirigen a favorecer la vinculación de V. con su madre, observándose una presión del entorno paterno que impide que la niña exprese libremente sus deseos. Esto resulta congruente con las conclusiones del informe obrante a fs. 185/187 de estos actuados, en cuanto se advierten frases no propias en el discurso de la niña, estando condicionada su opinión de convivir con el grupo familiar paterno tanto por beneficios como por amenazas, expresándose que si

los adultos pudieran generar vínculos menos beligerantes ambos tendrían las condiciones para asumir el cuidado de la menor. En línea con los informes mentados deben interpretarse las expresiones de la menor en el sentido expuesto en la audiencia que ilustra el acta de fs. 232. Nótese que todo lo referido conduce a considerar que el padre -el apelante- no ha asumido una actitud favorable para fomentar el vínculo de la niña con su madre, por lo que lejos de dar apoyo a su postura, una consideración global de los informes, no hace más que reforzar el razonamiento expuesto por la jueza en la sentencia impugnada.- ----------

----4) El último de los agravios que identificara, radica en reivindicar las bondades de la tenencia exclusiva, insistiendo en que el régimen determinado en el decisorio aportará más confusión a la menor (ver fs. 225, 2do. y 3er. párrafos/vta.). Parte de esta critica ya fue objeto de respuesta en el considerando anterior, en cuanto se expresó que la idea de la confusión que se predica de la tenencia compartida es hija de una visión estática de la estructura familiar que no responde a los cánones actuales. Agregaré que, en todo caso, las eventuales desventajas del régimen dispuesto en la anterior instancia, encuentran sobrada compensación con las ventajas del mismo, básicamente que significa una responsabilidad más amplia y dedicación duplicada de los padres en la crianza de sus hijos. Al respecto resulta sencillo identificar el interés de todo niño en alcanzar un “pleno y armonioso desarrollo de su personalidad” (conf. Preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño) en el marco de un contexto familiar donde participen activamente sus dos progenitores “en un ambiente de felicidad, amor y comprensión” (conf. Preámbulo citado). A ello debe añadirse que el art. 18 de la Convención mencionada garantiza el principio por el cual ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y desarrollo del niño, lo que involucra la igualdad de los progenitores, tanto en los derechos como en los deberes emergentes de la responsabilidad parental, principio que subyace en la regla del art. 264 del C. Civil (conf. Gil Domínguez-Famá-Herrera, op. cit., ídem, pág. 333).- ----------

----En cuanto a las bondades del régimen de tenencia exclusivo, que el apelante sostiene, es de decir que no es requisito para el interés superior del menor la unidad de dirección y consignas que, por otro lado, tampoco se verifica siempre durante la convivencia de los progenitores; no se estima necesario un código común de educación, porque “crecer es descubrir que en la vida no hay un solo código de relación con los otros”. En tal sentido, el niño debe admitir que el padre y la madre pueden tener criterios distintos en cuanto a su educación, y que en tal supuesto, habría que buscar la compatibilidad entre ambos en los puntos esenciales (conf. Mizrahi, op. cit., pág. 632). La posición esgrimida por el recurrente trasunta el razonamiento según el cual “como los padres no nos podemos poner de acuerdo, lo mejor para V. es que yo tome las decisiones esenciales para su vida”. En lo relativo a la bondad de “estabilidad” que emerge de la tenencia exclusiva, se contrarrestó afirmando que el precio de tal directiva no puede ser la pérdida paulatina del padre no conviviente, y que hay que propender a

lograr la estabilidad “emocional” del hijo, la cual se obtiene con la presencia y cuidado de los dos padres (conf. cita de Grosman, en Mizrahi, op. cit., pág. 633).- ----------

----A lo dicho hasta aquí, sólo agregaré, y con ello vuelvo al segundo agravio, que el límite es siempre el interés superior del niño, y en dicha línea argumental, se ha afirmado que el régimen compartido de tenencia de los hijos, debiera ser el principio general -la regla y no la excepción- en nuestro ordenamiento jurídico; y ello por cuanto atribuir el ejercicio de la responsabilidad parental a ambos progenitores aun tras el cese de la convivencia implica reconocerle al menor el derecho de contar con dos padres que se responsabilicen en su formación conforme a las pautas desarrolladas por los arts. 7, 9 y 18 de la Convención sobre los Derechos del Niño (conf. Gil Domínguez-Famá-Herrera, op. cit., ídem, pág. 335).- ----------

----A la luz de los conceptos vertidos, no se aprecia que la decisión apelada, de acuerdo a la situación y antecedentes considerados sea inconveniente para el interés superior de la menor, por el contrario importa la solución que mejor se compatibiliza con el mismo, sin perjuicio de eventuales cambios que pudieran resultar convenientes en el futuro de acuerdo a la evolución de la dinámica familiar.- ----------

----III.- En consecuencia de lo expuesto y razonado, corresponderá propiciar al acuerdo que se confirme el fallo en todo cuanto ha sido materia de agravios, con costas en la Alzada al actor apelante (conf. art. 68 del CPCC). Propongo asimismo regular los honorarios de la letrada patrocinante del recurrente actuante en esta sede, Dra. C. L. C., atendiendo a la extensión y eficacia de las tareas, así como al resultado obtenido, en un 25% de lo regulado en la instancia anterior, con adición del I.V.A. correspondiente (arts. 6, 14, 33, 47 y concs. de la ley 2200).- ----------

----Voto entonces a esta cuestión por la AFIRMATIVA.- ----------

----**A LA PRIMERA CUESTION** el Dr. Lucero dijo: ----------

--- Ha interpuesto recurso de apelación la parte actora en autos, Sr. P. S. B. (fs. 214) en contra del pronunciamiento definitivo dictado en autos (fs. 208/212), por el cual se resolviera otorgar la custodia compartida de la niña V. B. a sus progenitores Sres. S. V. G. y P. S. B., con costas por su orden.---------- ----------

----A fs. 223/226, luce agregado el escrito de expresión de agravios.---------- ----------

----Ordenado su traslado a la parte contraria (fs. 227), éste no fue evacuado.----------

--- A fs. 232/234, se encuentra agregada el acta de la audiencia fijada y llevada a cabo en esta segunda instancia en los términos establecidos por el art. 130 de la Ley 4347.---

--- I.- La reseña de los agravios ha sido suficientemente desarrollada por el magistrado de ésta sala que me precede en la votación, Dr. De Cunto, por lo que a ella me atendré a efectos de evitar repeticiones estériles.---------- ----------

----II.- En los límites que provee los términos en que fueran formulados los agravios expresaré liminarmente que el señalamiento que se efectúa en relación a que la referencia que realizara la Sra. Juez a quo en cuanto la importancia de que la madre de la menor participara más activamente en la vida cotidiana de Valentina, no sería más

que una expresión de deseos, no alcanza a reunir las características de una mera disidencia o discordancia con lo que razonadamente expusiera la juzgadora del anterior grado. Es que bien advierte el Dr. De Cunto que desde la perspectiva constitucional no puede sostenerse que el progenitor no conviviente con su hijo, resigne su derecho-deber de participar activamente en su cuidado, educación y crianza.----------

--- Desde esta perspectiva, debe ponderarse que la reforma constitucional operada en el año 1994, significó un gran impacto en el paradigma vigente y trajo a la palestra el otorgamiento de fuerza normativa constitucional de manera originaria o derivada a instrumentos internacionales sobre Derechos Humanos que impone una remozada visión e interpretación de los ordenamientos jurídicos secundarios. Es de allí que uno de tales instrumentos internacionales incorporados al bloque de constitucionalidad, que estimo es de los más trascendentes, es la Convención sobre los Derechos del Niño que obliga a tener una relectura de las instituciones clásicas del Derecho de familia.----------

--- Y, en particular en lo que respecta a la mal llamada “patria potestad”, por ejemplo, se ha propiciado su redefinición normativa a través del concepto de “responsabilidad parental” más acorde con la idea de responsabilidad primaria de los padres en el desarrollo y crianza de los hijos. Y en tal inteligencia de la cuestión destacados estudiosos de la materia, como Cecilia Grossman ha dicho: *“Es preciso, en primer término, ponernos de acuerdo sobre si seguimos usando la expresión de origen latino “patria potestad”, que significa “poder del padre”, terminología que rige en casi todas las legislaciones de América Latina, salvo escasas excepciones, o pensamos en otra denominación que dé cuenta de los cambios que se han producido en la relación entre padres e hijos. Es sabido que ya no estamos frente al ejercicio de un poder sobre los hijos, sino ante el cumplimiento de una función que se manifiesta en un conjunto de facultades y deberes destinado primordialmente a satisfacer el interés del niño o adolecente, en cabeza de ambos progenitores (C.D.N., art. 18). Es por esta razón que se postula actualmente un cambio de designación que encarne con mayor rigor las transformaciones producidas…”*(sic)(aut. Cit. En “La guarda de los hijos después de la separación o divorcio de los padres”, informe presentado en el 2º Encuentro Regional de Derecho de Familia en el MERCOSUR, “Los derechos humanos en la familia. Hacia una armonización de las legislaciones en el MERCOSUR”, celebrado el 24 y 25 de agosto de 2006 en la Facultad de Derecho de Buenos Aires).---------- ----------

----Y traigo a colación lo dicho precedentemente por cuanto hoy es norma vigente el ejercicio compartido de la mencionada responsabilidad parental, al ser receptada la llamada coparentalidad o igualdad de los progenitores en las materias relacionadas con sus hijos (conf. Art. 7º de la ley 26.061), norma ésta que se encuentra en sintonía con lo consagrado constitucionalmente en el art. 16, inc. 1, apart. “c” de la Convención sobre eliminación de toda forma de discriminación contra la mujer, al disponer que los Estados parte asegurarán a hombres y mujeres *“los mismos derechos y responsabilidades como progenitores, cualquiera sea su estado civil, en materias relacionadas con sus hijos; en*

todos los casos, los intereses de los hijos serán consideración primordial".(sic).----------
----Y, en íntima relación con lo expresado, la coparentalidad trae la necesaria revisión crítica de la atribución unipersonal del ejercicio de la responsabilidad parental que adopta el Código Civil para supuestos de padres no convivientes.----------
--- Se ha dicho que *"En un sentido genérico la tenencia compartida –en sus múltiples variantes- es un sistema que consiste en el reconocimiento a ambos padres del derecho a tomar decisiones y distribuir equitativamente las responsabilidades y deberes inherentes al ejercicio de la responsabilidad parental, según sus distintas funciones, recursos, posibilidades y características personales. Este sistema, por un lado permite conservar en cabeza de ambos progenitores el poder de iniciativa respecto de las decisiones que conciernen a sus hijos, aún luego de la ruptura matrimonial. Por el otro, apunta a garantizar mejores condiciones de vida para los hijos, al dejarlos fuera de las desavenencias matrimoniales* "(sic)(Conf. Gil Dominguez-Fama-Herrera, en "Ley de protección integral de niñas, niños y adolescentes, comentada, anotada y concordada", Ed. Ediar, ed. año 2007, pág. 150).----------
----En tal sentido se ha establecido que el proyecto de compartir las responsabilidades paternas sobre el hijo es mucho más que la elección de los lugares de residencia del mismo. La tenencia compartida no consiste ni en partir al niño, ni en igualdad matemática alguna entre los padres. Consiste en reconocer a ambos padres el derecho a tomar las decisiones y distribuir equitativamente las responsabilidades y derechos (Conf. CNCiv., Sala J, 24/11/98, con nota de Alles de Monasterio, Ana M., "Patria potestad. El superior interés del niño y la tenencia compartida", en E.D., 185-103).--------
--- Es más, destacada doctrina especializada en Derecho de familia predica que tras la reforma constitucional de 1994 el ejercicio conjunto de la responsabilidad parental, aún con posterioridad a la ruptura matrimonial, ha dejado de ser la excepción para pasar a ser el principio general (Conf., Chechille, Ana María, "Patria potestad y tenencia compartida luego de la separación de los padres: desigualdades entre la familia intacta y el hogar monoparental", en J.A., 2002-III-1308).----------
----Basándome pues en tal marco hermenéutico, participaré plenamente con lo indicado por el Dr. De Cunto sobre los siguientes puntos que conforman los motivos en los que sostiene el recurrente su impugnación, a saber: A) la afirmación consistente en que *"…La Sra. Jueza basa su decisión en una expresión de deseo. Para que esa expresión de deseo pueda concretarse, no es necesario que se otorgue la tenencia compartida de Valentina solo es necesario que la madre demuestre interés genuino en querer compartir actividades con V.…"*(sic)(escrito de expresión de agravios –fs. 223 vta.-). Francamente encuentro compartible lo señalado por el magistrado que me precede en la votación en cuanto no se explica cómo tal necesidad se satisface mejor manteniendo, como lo pretende el impugnante, la atribución unilateral de la tenencia. O dicho inversamente, no se explica siquiera porqué tal finalidad no se atendería con lo decidido lo cual implica precisamente una participación activa de la progenitora en las

actividades de la hija habida en común. B) Sobre la expresión de deseo expuesta por la sentenciante del anterior grado en cuanto refiere que una custodia compartida impuesta judicialmente termine con las diferencias entre los adultos responsables de V., he de decir únicamente que tal finalidad no integra el ámbito propio de la responsabilidad parental igualitaria de los padres. Esto es, ha de tenerse bien en claro que no se persigue “mejorar” conductas o “cambiar” inconductas de los padres no convivientes, sino observar el interés superior de la niña V. quien necesita de ambos padres por igual. Ello no obstante que participo de que los progenitores tienen el derecho de plantearse su propio proyecto para poder vincularse con sus hijos de manera más conveniente para ellos debiendo asumir las consecuencias de sus yerros u omisiones. Empero, no encuentro que con la tenencia compartida puesta bajo cuestión se perjudique de algún modo el centro de atención del decisorio que, insisto, ha sido correctamente focalizado en el interés de V.. C) En cuanto al interrogante que formula el apelante, relativo a cómo es que se atiende el superior interés de V. con la custodia compartida, la respuesta en gran medida ya ha sido dada al presentar el marco interpretativo que se impone a partir de las normas internacionales incorporadas con rango constitucional por el art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional. Es evidente de lo expuesto allí que de lo que se trata es de que ambos padres compartan las decisiones que vinculen a su hija y que distribuyan equitativamente las responsabilidades y deberes independientemente con quién conviva mas o menos tiempo Valentina. D) Finalmente, en relación a los informes que se dicen omitidos en la consideración de la Sra. Juez a quo (ver: fs. 28/30 y vta.; y 57/58 y vta., del expte. 1079-2006; y, fs. 12/14 y 63/66 del expte. 1068-2006), estimo que de los mismos poco aporte se puede extraer para la elucidación del presente conflicto, máxime cuando se los intenta traer a colación en apoyo de la impugnación deducida. Al contrario, de los mismos, queda más que evidente la dificultades que exhiben ambas partes de autos para afrontar la crianza de su hija, al menos, de un modo apropiado a sus necesidades, y en un contexto que propicie su desarrollo pleno y sin verse presionada a tomar partido entre sus progenitores ni tampoco a preferir a uno sobre el otro. De la lectura de las razones que expusiera la juzgadora de grado emana la tendencia a favorecer la vinculación de V. con su madre, en tanto ésta se ve minusválida en desempeñar su indispensable rol materno, dado el contexto familiar condicionante de la opinión vertida por la menor en la audiencia cuya acta obra agregada a fs. 232, y que se determinara con las intervenciones del equipo técnico interdisciplinario, todo lo cual se encuentra en sintonía con lo informado a fs. 185/187. Y sobre el punto, resulta ineluctable que el progenitor recurrente, en tanto persigue por esta vía impugnativa, mantener el status quo que lo beneficia personalmente no logra entender que tal situación no coadyuva de manera alguna a la mejor protección del interés de su hija V., quien necesita de su madre por igual que de su padre, para posibilitar su desarrollo armonioso y sin carencias afectivas insustituibles.----------Es por ello, que coincidiendo con las demás razones que abundosa y

versadamente expusiera el Dr. De Cunto, concluiré proponiendo al acuerdo la desestimación del recurso de apelación planteado, con costas a cargo de la parte actora vencida en esta instancia (Conf. Arts. 68 y 279 del C.P.C.C.).----------

---------- Corresponderá regular honorarios a la Dra. C. L. C., letrada patrocinante del Sr. B., por sus tareas de alzada, apreciándolas por su extensión, calidad y eficacia, en la suma equivalente al 25% de las que mereciera por su actuación en el anterior grado, con más el I.V.A. pertinente (Conf. Arts. 6, 7, y 14 de la ley 2.200; leyes 23.349 y 23.871).------- ----------

----Finalizo mi intervención en la presente cuestión pronunciándome en ella por la AFIRMATIVA.----------

----**A LA SEGUNDA CUESTIÓN**, el Dr. De Cunto expresó: ----------

----En vista del acuerdo arribado acerca de la cuestión precedente, corresponde por tanto: I) CONFIRMAR el fallo recurrido en todo cuanto ha sido materia de agravios.- -----

----II) Imponer las costas en la Alzada al actor apelante.- ----------

----III) Regular los honorarios profesionales de la Dra. C. L. C. en un 25% de lo que le fuera establecido en la instancia de origen, con más el IVA correspondiente.- ----------

----Así lo voto. ----------

----**A LA SEGUNDA CUESTIÓN** el Dr. Lucero dijo:----------

----El pronunciamiento que corresponde dictar es el propuesto por el Dr. De Cunto, por responder el mismo fielmente al acuerdo antes alcanzado.----------

----ASI LO VOTO.- ----------

----Con lo que se dio por terminado el acuerdo, dejándose constancia que la presente se dicta por dos miembros del Tribunal por no encontrrarse presente al momento del sorteo el Sr. Juez de Cámara Dr. Raúl Adrián Vergara (art. 8 de la ley 1130, To. ley 4550), pasándose a dictar: ----------

---------- **S E N T E N C I A**: ----------

--- Y VISTO: Por los fundamentos del Acuerdo precedente, la Sala “B” de la Cámara de Apelaciones con asiento en la Ciudad de Trelew, **RESUELVE**: ----------

--- CONFIRMAR el fallo recurrido en todo cuanto ha sido materia de agravios.- ----------

----IMPONER las costas en la Alzada al actor apelante.- ----------

----REGULAR los honorarios profesionales de la Dra. C. L. C. en un 25% de lo que le fuera establecido en la instancia de origen, con más el IVA correspondiente.- ----------

--- Regístrese, notifíquese y devuélvase.----------

----REGISTRADA BAJO EL N° _____ DE 2009 – SDC.- Conste.- ----------

CECILIA INES CORNEO

SECRETARIA DE CAMARA