En la ciudad de Comodoro Rivadavia, Provincia del Chubut, a los días del mes de mayo del año dos mil quince, reunida en Acuerdo la **Sala A** de la Cámara de Apelaciones de la Circunscripción Judicial con asiento en la ciudad de Comodoro Rivadavia, con la presidencia de su titular, Dra. Silvia Noemí Alonso, y asistencia de los señores jueces de Cámara Dr. Fernando Nahuelanca y Dr. Julio Antonio Alexandre, para dictar sentencia definitiva en estos autos caratulados: **"S., I. J. c/ V., M. G. s/ CUSTODIA", expte. nro. 619/14**, venidos del Juzgado Letrado de Familia nro. 3 (expte. nro. 129/14), y atento al resultado del sorteo establecido en el art. 271 del Código de Procedimientos Civil y Comercial (fs. 224), correspondió el siguiente orden para la votación: Dr. Julio Antonio Alexandre, Dr. Fernando Nahuelanca y Dra. Silvia Noemí Alonso.

Acto seguido se resolvió plantear y votar por su orden las siguientes cuestiones: **PRIMERA**: ¿Es justa la sentencia recurrida de fs. 175/186vta.? y **SEGUNDA**: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A la primera cuestión, el Dr. Alexandre dijo:

Que la resolución por la que si bien formalmente se rechaza la demanda y se hace lugar a la reconvención, bien entendida, se llega a la solución intermedia, sugerida en la contestación de demanda (fs. 66 p. III, y se establece la responsabilidad parental compartida de los niños en cabeza de ambos progenitores (fs. 175/186vta.).

Tal decisorio es apelado en lo sustancial por la actora a fs. 190, de conformidad al informe que luce a fs. 209/217vta., sin merecer contestación de su oponente y obra contestación de la vista conferida a la Asesora

de Familia a fs. 224/224vta., sosteniendo el fallo. A fs. 191, la accionante también cuestiona la fijación de honorarios por altos y sus letrados a fs. 192 y por derecho propio, por bajos.

Se imputa errónea apreciación de la prueba, lo que incidió en la comprensión de la realidad familiar y del rol que le cupo a cada a las partes en la preocupación y cuidado de sus hijos. Además, el recurrente cuestiona las ventajas de la solución brindada, ya sea desde el punto de vista doctrinario como de su aplicación en el caso concreto.

Adelanto que siendo la obligación de los magistrados decidir las cuestiones conducentes para el fallo, me circunscribiré a las que estime necesarias para la tal fin (ver, *v. gr.*, Santiago C. Fassi en "Código procesal...", t. I, pág. 278), y a que no me encuentro ceñido a seguir el enfoque jurídico esgrimido por la parte, ni tampoco a rebatir todos y cada uno de sus fundamentos (Fallos 258:304, entre muchos), por lo que me limitaré a considerar los agravios sobre aquellas cuestiones centrales que sean útiles para la decisión (fallos 272:225 entre

muchos y CNCiv., sala C, 23/03/2011 – "Ferrocarriles Metropolitanos SA c. Agli, Jorge A. en JA 2011-IV, fascículo n. 5, pág. 61).

Así, tendré especial consideración a la significativa palabra de los niños oportunamente escuchados por mis colegas y anoticiado de las mismas (fs. 208) y es que cuando se trata de encontrar la mejor solución posible, la opinión de estos no puede ser dejada de lado, ya que puede ser un indicador válido y muy importante de cuál es su interés. Objetivo esencial inasible si nos dejamos llevar por la desmesura, aún

bien intencionada de los padres. Vale recordar que "cuando se trata de resguardar el interés superior del niño, atañe a los jueces buscar soluciones que se avengan con la urgencia y la naturaleza de las pretensiones, encauzar los trámites por vías expeditivas y evitar que el rigor de las formas pueda conducir a la frustración de derechos que cuentan con particular tutela constitucional" (CS, 23-nov-2004, cita: MJ-JU-M-3066-AR - MJJ3066 - MJJ3066). Todo dentro de lo razonable, conforme ciencia y experiencia adquirida en el tema y tendiendo como principal meta al interés de los menores.

Tal como lo dije en autos “B., G. c/ V., J.A. s/ CUSTODIA” (expte. N° 87/2014). RSD N° 7-2014-F, pareciera que tras el debate de fondo existieran discrepancias interpretativas en cuanto al alcance y significado del instituto en cuestión, lo que merece la necesaria adecuación a la normativa constitucional que se nos impone y que lamentablemente no repercutió con la debida comprensión en la última reforma del art. 206 CCiv. (Ley 26618, inc. 4), preocupando más el matrimonio igualitario que el régimen de tenencia, custodia o guarda.

Ahora bien, tras una detenida lectura de las alegaciones iniciales, en especial las del recurrente, vienen a mi memoria las sabias conclusiones de Augusto M. Morello cuando afirmaba: “La sentencia, por regla, recoge no la versión afirmada, sino la versión probada”: lo que supone, obviamente, que es en ese tramo en que se “hace” esa reconstrucción. Y que si bien existió preocupación por demostrar errores u omisiones del otro en el trato diario, se han ido olvidando aspectos a los que considero de suma importancia referidos a especial y debida atención que merecen en S. I., máxime cuando

sus dolencias obligaron a adecuar las instalaciones del hogar conyugal para su mejor movilidad y comodidad y no se advierte que el cambio de custodia pretendido en el inmueble aledaño otorgue las mismas ventajas. Tengo además presente las opiniones concordadas de actuaciones que obran por cuerda, sin perjuicio de toda la prueba adquirida en la causa.

Entrando en tema y dentro de los límites jurisdiccionales a que me autoriza el memorial de agravios, entiendo que el decisorio ha sabido apreciar la realidad que emerge de toda la prueba y en especial de los informes del ETI y del Centro de Rehabilitación "Pilares" concordando con la opinión de la Asesora de Familia conforme la opinión vertida oportunamente en la instancia de grado.

Y es que vale recordar que pacíficamente se sostiene que la "tenencia" o preferiblemente la "custodia", ya que aquél término no se compadece con el real alcance de su significado en la materia y hasta objetado por nuestra CSJN, 29/10/87, "S. de L., M.C.", ED, 128-541; íd., 4/12/95, "H., C.S., y otro", JA, 1996-III-436 señalando que debe referir a sujetos y nunca objetos de derechos de terceros a lo que cabe agregar, conforme lo señala Mauricio Luís Mizrahi en su trabajo "El cuidado personal del hijo en el Proyecto de Código" publicado en LL 2013-C, 925, que los derechos que se les reconocen en la Convención sobre los Derechos del Niño, en otros tratados internacionales (todos con jerarquía constitucional) y en la Ley de Protección Integral de los Derechos del Niño (26061). Es decir, si coincidimos en que el hijo (que no ha alcanzado la mayoría de edad), aunque más pequeño, es un igual al adulto en dignidad y derecho, mal podemos hacer alusión a su "tenencia" en la medida en que constituye un semejante y no un

minusválido que hay que rehabilitar", debe ser dada a ambos progenitores o al progenitor que pueda satisfacer el interés superior del niño, visto este principio no solo desde el punto de vista del plexo normativo, sino también analizado dentro del contexto de realidades que cada caso conlleva, situación que implica la máxima satisfacción del niño para el despliegue integral y armónico de su personalidad.

En consideración a tal punto y a la dubitativa opinión preferencial de los menores, cuando en definitiva lo que rescato es cariño hacia ambos progenitores y el sueño de una vida en común, la solución alternativa dada por la reconviniente y alentada también por la asesora ha dejado de ser novedosa y ha tenido buena acogida, sin perjuicio de las variantes y matices, que se sustentan tanto en doctrina como en jurisprudencia – pese a las críticas de la recurrente- el fallo de la SCBA, de 2007/12/05 en autos "B., G.S. c. M. G., R.A." motivó a Nestor E. Solari a comentar en su trabajo "El ejercicio compartido de la autoridad parental", que está pendiente la necesidad de modificar el criterio, aun vigente, la tenencia unipersonal en nuestro derecho interno (conforme las leyes 23264 y 23515 —Adla, XLVIII-B, 1535—), pues, en este aspecto, en casos de separación, continúa atribuyéndose las obligaciones personales a la madre, en su condición de tal, produciendo una desigualdad en perjuicio de la mujer, al seguir siendo ella quien tiene la carga exclusiva de criar a sus hijos. Ello así, pues en lo patrimonial se ha colocado a la mujer en igualdad de condiciones que el padre (art. 271 CCiv.); mientras que en la crianza de los hijos sigue siendo la madre quien debe estar a cargo de los mismos (art. 206 CCiv.). Por ello, el criterio más adecuado, en punto a la igualdad

de los padres no convivientes en relación a sus hijos, en lo que respecta al ejercicio de la patria potestad, es el régimen de custodia compartida. Todo lo cual, se encuentra garantizado luego de la reforma constitucional de 1994, en virtud de la inclusión de tratados de derechos humanos, con jerarquía constitucional.

Así, resulta claro que la previsión que indica que toda persona tiene el deber de asistir y educar a sus hijos, no es aplicable únicamente cuando los padres conviven. También la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, establece claramente que los Estados partes adoptarán todas las medidas adecuadas para asegurar las condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, en cuanto a los mismos derechos y responsabilidades como progenitores, cualquiera sea su estado civil, en materias relacionadas con sus hijos (*cf.* párrafo 1, inciso d, art. 16).

Adviértase que en los documentos internacionales, no se efectúan distinciones, en punto a los derechos y deberes, según se tratare de padres que conviven o no. Los derechos y deberes derivados de la paternidad no puede verse alterado por la circunstancia de que los padres del niño estén o no casados, convivan o no; en fin, que hayan cesado dicho convivencia, ya fuere matrimonial o de una unión de hecho. Para ello, en todo caso, se contemplan las causales de suspensión y privación en la institución de la patria potestad. De ahí que el ejercicio de la patria potestad no debe sufrir alteraciones por circunstancias ajenas a la relación paterno-filial, como lo es la no convivencia de los padres. El vínculo afectivo y el ejercicio concreto deben mantenerse no obstante la no convivencia de sus progenitores. Esa efectivización se lograría con la

inclusión expresa de la denominada "tenencia compartida".

Debemos distinguir dos aspectos en esta temática aclara el autor citado-, para evitar confusiones conceptuales. El ejercicio conjunto por un lado y el hecho material de la guarda del niño. Lo que hasta aquí hicimos referencia es a lo atinente al ejercicio de la patria potestad, en cuanto a los derechos y deberes de la persona y de los bienes del menor de edad. En decir, la distribución de roles y la coparticipación en los actos y decisiones de los hijos, no obstante la no convivencia de sus padres.

En cambio, lo referente a la guarda física del niño, con la separación de los padres, inevitablemente sufrirá alteraciones; ello así, pues, simultáneamente, el niño no podría seguir conviviendo con ambos padres. Aquí sí se produciría el desmembramiento de la patria potestad, que no alteran lo antes señalado. Es decir, el hijo podrá, físicamente, estar mayor tiempo con uno u otro, en forma alternada, de acuerdo a las distancias y actividades de cada uno de los integrantes de la relación paterno-filial, independizándose de la cuestión que define el tema que nos convoca, cual es la igualdad de los padres en los derechos y deberes de la persona y los bienes del menor.

Y esta distinción lo hace, correctamente, el fallo bajo análisis, separando el hecho material de estar con el niño, con el ejercicio de los derechos y deberes de los padres respecto de sus hijos.

Con tal pauta, se supera el régimen interno de la Ley 23264, que no distingue estas cuestiones, pues el que tiene la guarda del niño tiene el ejercicio de la patria potestad (incs. 2 y 5 del art. 264 C.C.). Mientras

que el otro progenitor tiene el derecho a solicitar la fijación de un régimen de visitas.

En conclusión, el fallo ha hecho aplicación, en la solución del caso, a criterios y pautas actuales basadas en tratados internacionales, por encima de normativas internas, por lo que resulta de conformidad a las peculiaridades de la presente de suma utilidad a los fines de la solución deseada.

Y es que comparto, en definitiva lo que el Dr. Genoud expresaba en su voto (mayoría): "Frente a la incapacidad de los padres de encarar con madurez la crianza de sus hijos que algún día proyectaron juntos, 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".

Así como en tal precedente, conviene entiendo que la tenencia o custodia 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 (*cf.*: C.N.Civ., sala J, "La Ley", 1999 D, 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 (*cf.*: 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 (*cf*. Grosman, Cecilia, "La tenencia compartida después del divorcio. Nuevas tendencias en la materia", "La Ley", 1984-B, 806).

Por todo lo expuesto, propongo que se confirme la solución decidida por la *iudex a quo* al disponer el ejercicio compartido de la autoridad parental sin perjuicio de la guarda física en la persona de la accionada y el cumplimiento de un amplio régimen de comunicación mediante acuerdos adultos y equilibrados que privilegien el bienestar de sus hijos, todo bajo el debido control de los organismos pertinentes. Instando a las partes para que inicien y sostengan un espacio psicoterapéutico a fines de asegurar el vinculo concordante y afectivo con su hijos. Tal solución y por sus fundamentos que llevan a la convicción que las costas deben imponerse por el orden causado en ambas instancias y se difiere la regulación de honorarios al momento del acuerdo en el que se tendrán en cuanta las pautas arancelarias de la Ley XIII Nos. 4 y 15.

Ya he adelantado que propicio, en razón de lo expuesto, la distribución de costas por el orden causado en ambas instancia y en la queja por la estimación de honorarios en la instancia de grado, no se advierte apartamiento de las pautas arancelarias que permitan modificar lo decidido.

A la segunda cuestión, el Dr. Alexandre dijo:

Rechazar el recurso de apelación opuesto por la accionante y en consecuencia se mantiene firme el fallo de fs. 175/186vta. en cuanto fuera materia de agravios. Costas por el orden causado y se difiere la regulación de honorarios al momento del acuerdo. Se tiene presente la reserva formulada del llamado “caso federal”.

A la primera cuestión, el Dr. Nahuelanca dijo:

La sentencia se dicta a fs. 175/187, por la que se rechaza la demanda interpuesta por la parte actora I. J. S., se hace lugar a la reconvención, en consecuencia se otorga la custodia o responsabilidad parental compartida de los niños L. C. S., C. B. S. y S. I. S., manteniendo la residencia en el hogar materno, conforme al considerando respectivo. En segundo término se insta a los progenitores a iniciar y sostener un espacio terapéutico individual y procurárselo a los hijos. Impone las costas en el orden causado y regula los honorarios de los profesionales intervinientes.

A fs. 182/182vta., se plantea aclaratoria la parte demandada reconviniente, que se rechaza a fs. 189. Se concede el recurso de apelación en subsidio.

La parte actora apela, a fs. 190 y fs. 191, la sentencia y por altos los honorarios regulados.

Los recursos se conceden a fs. 193.

Los agravios de la parte actora reconvenida se formulan a fs. 209/217vta., señalando en el primer agravio: arriba a una solución injusta a partir de una arbitraria y errónea apreciación de la prueba y de la realidad de los niños L. C. y S. S., que se resuelve partiendo de la aplicación del art. 206 CC., respecto a la tenencia de los menores de cinco años; explica el derrotero de la sentencia y analiza las conclusiones del Equipo Técnico Disciplinario, que realizó dice, un arduo y concienzudo trabajo, que incluyó variadas actividades del mismo; transcribe un párrafo que considera esclarecedor, que a partir de la separación el padre va involucrándose de manera más coactiva en lo cotidiano de los hijos, que esto se refleja en la institución donde S. asiste; es en dicho espacio donde se toman las

primeras referencias de la dinámica familiar y sus problemas, rencillas, retos, golpes por parte de la madre, hijos desaliñados; destaca asimismo en “negrita”: “Desde esta institución expresan la preocupación por algunas actitudes de la señora frente a señalamientos realizados por ejemplo ante la sugerencia de realizar consultas médicas. Conductas que pueden evaluarse como negligentes aún más teniendo en cuenta la patología del niño”. Sigue transcribiendo otra parte que señala que la vivencia de las niñas es coincidente con la observación realizada por el padre, escenas de desborde con los hijos, llantos o gritos y el desgaste que implica la crianza de un hijo con necesidades especiales. Con el informe señala asimismo el fracaso de una entrevista que se haría en el domicilio para conversar con S. y no estaba ninguno de los dos, refiriendo asimismo a la madre. Fueron atendidos por L., que asumió el rol de mostrar la vivienda, la que refiere que los hermanos quieren estar más con el papá pero ella quiere a los dos. Que las niñas comprenden la situación de la mamá y sus complejidades del carácter, tratan de cuidar y tolerarla, respetándola con su nueva pareja porque es feliz. También el informe con respecto al Sr. Sánchez detectan su capacidad de autocuestionamiento y revisar la mirada de la relación de madre e hijas y aspectos positivos del rol materno; que en cambio con relación a la señora mantiene una actitud rígida proyectando hacia su expareja una actitud querellante, invasiva, intrusiva sin que estime que haya algo que modificar, que atribuye un discurso mágico que el amor todo lo puede por eso no tiene que cambiar, postura que mantiene pese a los ejercicios que sugieren desde un centro profesional. También informa que la madre no puede visualizar la problemática de sus hijos, situación vinculada a la

inestabilidad emocional de la progenitora. Que en función de tales antecedentes, señala el informe que es necesaria una nueva organización del grupo familiar y que en el momento la mayor presencia y participación en la cotidianeidad de los niños por parte del padre será una alternativa pertinente. Se afirma en consecuencia que tal como se expresara al demandar, el padre resulta ser una figura de sostén y referente de los niños. Se cita otro informe respecto a la actitud de los niños en su interferencia con los progenitores y se van destacando contenidos del informe del ETI. En el punto b, se sostiene que la sentencia: "Arriba a una solución injusta a partir una apreciación parcializada y arbitraria del alcance del principio de estabilidad y *statu quo* en el caso concreto", lo que así afirma ya que pese a un razonamiento aparentemente lógico arriba a conclusiones erróneas y premisas falsas, desconsiderando la prueba que no logran persuadirla; que la línea adoptada importa una total discordancia con los hechos relatados en la demanda. Niega como no veraces las afirmaciones del fallo que frente a la situación conflictiva de los padres, los informes del ETI dan cuenta que al presente se han ido superando las dificultades de las partes para el ejercicio de la coparentalidad, logrando al menos en principio una organización familiar. Que el Sr. Sánchez no tiene la comodidad necesaria y la realidad es que L., C. y S. conviven parte del día con su madre y parte con su padre, pernoctando con la madre, encontrándose ambos padres involucrados en la organización y cumplimiento de las actividades escolares, extraescolares y tratamientos médicos de los infantes; que los padres realizan un gran esfuerzo para la organización familiar.

Sostiene la recurrente que pareciera que la sentenciante no hubiera leído el contenido de la demanda, pretendiendo presentar el conflicto como superado, cuando no es así. Reitera circunstancias de la demanda cuando peticionaba la custodia, los malos tratos de la Sra. Villegas y que ello no se modificó; que pese a la parcialidad de la sentenciante, el conflicto se visibilizó a partir de las probanzas. No evalúa la sentencia los extremos invocados por su parte, que la sentencia no evalúa el estado de vulnerabilidad en que se encuentran los niños y se han desoído las recomendaciones del ETI. En el punto c. de fs. 216, manifiesta que la sentencia: "Arriba a una solución injusta a partir de un pronunciamiento meramente declarativo y dogmático, reitera la situación de peligro y vulnerabilidad de los niños Sánchez, pero que el fallo mantiene una postura excesivamente conservadora. Amplía en torno a las argumentaciones precedente. Se opone respecto a la guarda o la residencia y reitera lo que sostiene al demandar, rechaza de plano toda posibilidad de que los niños sigan residiendo permanente y exclusivamente en el domicilio materno, por las razones señaladas Peticiona se revoque la sentencia y mantiene la reserva del caso federal.

El traslado de los agravios no es respondido por la demandada. Corrida vista a la Asesora de Familia, estima que la resolución obliga a los padres a construir una especial afinidad dotada de energía suficiente para sobreponerse al

propio conflicto. Peticiona se confirme la sentencia.

Tratamiento de los agravios.

Se advierte que la revisión amplia de los agravios de la parte actora reconvenida, se formula en base a la

crítica inicial por resolución que considera injusta y de errónea apreciación de la prueba, donde la sentenciante luego de aplicar el art. 206 CC respecto a la tenencia de los niños, dice que ha analizado las conclusiones del ETI, pero a su juicio no siempre coincidentes con dicho informe, que a su juicio es contundente y del que extrae en su concepto párrafos esclarecedores de lo que se ha dejado constancia en este voto. Así, destaca de su lectura los sectores de la redacción que importan una situación disvaliosa de la conducta de la madre, en contraste con la de mayor compromiso del actor sobre la cotidianeidad de la vida de los hijos; que así toma conocimiento de la trascendencia en la institución de enseñanza de las crisis de los cónyuges donde concurre uno de los hijos, la preocupación desde dicha institución por no seguir la madre determinadas sugerencias. Otras valoraciones destacadas en negrita y hasta concluir que el padre es la figura sostén, referente de los niños y alternativa pertinente.

Pero el conjunto de los agravios por vía de la selección de párrafos desfavorables a la personalidad de la madre, estimo que son evaluaciones que bien el fallo no los ha considerado dirimentes por la naturaleza de las acciones, donde lo que se intenta preservar es el derecho de familia parental atento a la incidencia en los intereses de los hijos. No se puede oponer, por lo tanto, que no se ha leído la demanda, porque no se siguen sus lineamientos que se estiman decisorios para que prospere.

Tal conducta jurisdiccional es concordante con lo que previenen los autores de la materia, que no se trata de demostrar por el enfoque argumental el mejor padre o la mejor madre en base a la descalificación de uno u

otro, sino el punto de vista es procurar el contacto de los hijos con los padres en un pie de igualdad, sin demeritar las figuras parentales.

Por ello se rechaza la crítica de la actora descalificando a la sentencia como de injusta y errónea apreciación de la prueba, porque su norte no iba en la búsqueda de ocasionales inconductas de la madre para privarla de la custodia total de los hijos, lo que no importa que desconozca los contenidos de los informes

interdisciplinarios. Así, refiere o con el informe del ETI de fs. 102, que en la actualidad ambos padres tendrían mayor participación mas activa en la vida de los hijos, condicionados que uno y otro ejercen sus profesiones y que se encuentran posicionados como referentes nutricios; con ello y otro informe, de fs. 151/154, deja sentado que en tanto duró la convivencia de los padres y existía empatía amorosa, ambos eran continentes afectivos de los hijos; a la separación y peleas en su curso de los progenitores, impactaron negativamente en los niños L., C. y S., porque aumentó la discordia; todos tuvieron que reacomodarse ante el quiebre del ideal familiar, los niños en el escenario de las disputas entre los padres, donde señala el informe dificultades de la madre para visualizar lo que les pasa a sus hijos y responder a sus requerimientos, pero con lo que se sugiere el tratamiento psicológico de la Sra. Villegas, también del padre, L. y C.. Considera asimismo la Sra. jueza la evaluación del cuerpo de expertos que es necesaria una nueva organización familiar, en beneficio de los niños, que sean contenidos por sus padres y no al revés y que en el momento es mayor la presencia y participación del

padre de los niños, que sería una alternativa pertinente. Valora asimismo –dice el fallo– el informe del Centro de Rehabilitación Neuropediátrico Pilares, respecto al diagnóstico de S., de 7 años de edad, su asistencia a las sesiones semanales en el Centro, llevado por su papá, todos los días, menos los jueves que lo retira su mamá, deber ser asistido en todas sus necesidades de alimentación e higiene, hay una Sra. Encargada para tales cuidados y dependiente de ser asistido de todas las actividades de la vida diaria, que son ambos progenitores los encargados de satisfacer las mismas; que el niño comenzó a manifestar su disconformidad en la convivencia con la madre y su deseo de convivir con su padre, pero dado que el bienestar psicofísico del niño se encuentra determinado por múltiples factores, sería inestimable el impacto que podría sufrir S. tras la convivencia con su padre, que también se mantuvo entrevistas con las niñas L. y C., observándose que las mismas tienen un excesivo cuidado hacia S. en lo que respecta a los cuidados posturales vestimenta y traslado. Desde el inicio, de las entrevistas con las niñas mencionaron la separación de los padres, manifestando que convivían con su madre y mantenían visitas semanales con el Sr. Isidro. Por entonces, tanto L. como C. manifestaron espontáneamente sus deseos de convivir con el padre. También respecto a las niñas señala que su bienestar se encuentra determinado por múltiples factores, ambientales, educativos, vinculares, etc., a cuyo respecto asimismo informan que resulta inestimable el impacto que podría causar la convivencia de ambas niñas con su padre. Que asimismo tiene en consideración de las declaraciones testimoniales, la amplia participación del Sr. S. en la vida y cotidianeidad de sus hijos menores de edad y

sobre todo de S., que por su condición requiere cuidados especiales permanentes, es el progenitor principalmente quien lo acompaña en sus terapias y controles médicos, que los testigos han manifestado que el actor mantiene con sus hijos una excelente y fluida relación filial, dado el amplio régimen de comunicación oportunamente acordado. Tiene asimismo especial consideración lo manifestado en su declaración testimonial por S. N. G., psicóloga tratante de S., destacando la colaboración de ambos padres para el cumplimiento de los tratamientos de S., que este nunca ha referido malos tratos, que si ha contado en el marco de la terapia que las hermanas y el mismo ha sido retado por su mamá y que por su patología, S. le da mucha importancia a ciertos episodios, que es un niño muy sensible. A fs. 52/60 de los autos por cuerda: "V., M. G. c/S., I. J. s/ Incidente de aumento de cuota alimentaria", expte. N° 126 año 2014, surgen las constancias del dictamen conjunto de los profesionales del Centro de Rehabilitación Pilares, respecto a los requerimientos del instrumental de ortopedia facilitador del desplazamiento de S. y de posturas recuperadoras de funciones.

Como se ha advertido, la sentencia no rehúye las notas de los equipos interdisciplinarios que reconocen el notable comportamiento del padre, pero ello no impide como dice la sentencia que se trata de una situación compleja, pues asimismo la madre presta la asistencia de su condición frente a los requerimientos fundamentales de la vida de los niños, sin que definan la cuestión determinadas rispideces del trato cotidiano, que no pueden definir la pérdida total de la custodia. Si aflora el desacuerdo por temas no resueltos del

matrimonio disuelto, no existen comportamientos reales impedientes del cuidado de los hijos por uno y otro de los padres. Es lo que se entiende bien dicho por la sentencia desde óptica similar, la temática se presenta como compleja porque no existen indicadores relevantes que permitan deducir en forma absoluta que uno solo de los progenitores sea el más idóneo para ejercer la custodia de sus hijos conforme lo establece el art. 206 del C.C.

Es el punto de derivación a la tenencia compartida, que luego funda en textos de jurisprudencia, por encontrarse asimismo sustentada en el trato fluido y asistencial brindado por el padre. Pero asimismo se advierte priva el criterio prudencial preservando el modo habitual y sin cambios lo que llama la residencia de los niños, ya que las evaluaciones del ETI respecto a L. C. y S. –si bien surge la necesidad de una nueva organización del grupo familiar– consideran inestimable el impacto que podría causar la convivencia de los niños con su padre, de evidente referencia a la imposibilidad de dictaminar respecto al cuadro de situación de una custodia excluyente del modo peticionado en la acción.

Es claro que se han escuchado a los hijos y con determinadas variables, aceptan la convivencia con el padre, pero la jurisprudencia recepta que el juzgador no siga simplemente las preferencias expresadas, si se neutraliza en prevención lo que expresan en el caso el grupo de especialistas asistenciales.

Al respecto es oportuno confirmar por el rechazo de los extremos en que se desenvuelven los agravios de la actora para sostener que se resuelve en contra de los intereses superiores de los niños, pues con la sentencia se atienden el conjunto de los derechos de los padres. Estos se traducen como se expresaran en el caso de esta

Sala – "G., C. A. c/ B., S. E. s/ Tenencia", expte. N° 37 año 2008 – la jurisprudencia de la Suprema Corte de Buenos Aires en los autos; "B., G. S. c/M., G. R. A. s/ incidente de modificación de régimen de visitas", causa N° 87.970, donde se insta a los padres al pleno ejercicio de la coparentalidad en relación a los hijos (art. 75, inc. 22, C.N. y arts. 3 y 9 de la Convención de los Derechos del Niño… y en cuanto amplían, que en los conflictos de familia y en general en cuestiones de interés social, se amplía la gama de 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, como se debe en el presente juicio. Con ello, el fallo de la CNCiv. Sala J, noviembre 24/1998- "P.,F.E. y P.,
E.N. s/ Divorcio art. 215 – Proceso Especial" (E.D.185102), que contiene en su extracto un compendio de principios en la materia, que se reproducen en lo pertinente: "1. No cabe duda de que si la ley reconoce a ambos padres la titularidad en el ejercicio de la patria potestad, no existe medio más bondadoso que el ejercicio en forma conjunta de ella, sin perjuicio de que en algunos supuestos, ha de de ser menester una debida adecuación a las particularidades del caso. 2. Si la patria potestad se articuló en la ley sobre la base de conferirla a ambos padres, de manera que deba guardar su ejercicio con los intereses de los hijos, respetando la igualdad de ambos, sin distinción de sexo, la jerarquía que tiene este principio no debe ser desvirtuada por una interpretación no acorde con él... 3... 4. La ley no prohíbe la tenencia conjunta, sencillamente no la legisla; pero la ausencia de normas no permite olvidar que los niños necesitan siempre de

ambos padres, pues los contactos continuos y significativos entre los padres disminuyen el impacto traumático del divorcio en los hijos... 5. Aunque se creyera que el art. 264, inc. 2 del Cód. Civil impide otorgar la tenencia en forma conjunta a los padres de los menores, lo dispuesto en la Convención de los Derechos del Niño debería hacer variar la solución ante el superior interés de estos niños... 6... 7. 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 en partir al niño ni en igualdad matemática alguna entre los padres; consiste en cambio en reconocer a ambos padres el derecho de tomar las decisiones y distribuir equitativamente, según sus distintas funciones, sus recursos, posibilidades y características personales, las responsabilidades y deberes. 8. La relación de padres-hijos es independiente de los avatares de la pareja, diferenciándose entre "pareja" y "dos padres". Por ello, para compartir el ejercicio de la autoridad paterna no es necesario tampoco un código común de educación, dado que ello estaría en contradicción con la manera por la cual un chico aprende a socializarse. 9. La verdadera cuestión para los padres que han transitado un divorcio es cómo seguir siendo padres cuando ya no se es más pareja. En este conjunto no debe apuntarse obstinadamente a conservar un código común, sino a buscar la compatibilidad entre dos códigos en los puntos esenciales y, en esos ítems, negociar una posición común, pues esa es la única manera de dirigirse hacia una verdadera coparentalidad".

Por todo lo expuesto, se rechazan en definitiva los agravios interpuestos por la parte actora.

La parte demandada reconviniente apela la imposición de las costas por su orden, desde que se rechaza la acción intentada y considera un supuesto error involuntario (fs. 188/188vta.).

No existe error en la forma de la imposición de costas.

Si bien la sentencia pudo resolver sobre la procedencia parcial de la demanda atento al resultado del juicio, el reconocimiento de las costas por su orden se ajusta a derecho, porque implícitamente el otorgamiento de la custodia compartida comporta el reconocimiento de los iguales derechos del padre, principio de igualdad que, ya se ha señalado, preside la solución de la causa. Se confirma en consecuencia la imposición de las costas por su orden y se rechaza el recurso interpuesto (art. 69, 2da. parte, Ley XIII N° 5 del Digesto Jurídico).

A la segunda cuestión, el Dr. Nahuelanca dijo:

Por todo lo expuesto y atento a las concordancias del derecho a aplicar conforme resulta del presente acuerdo, corresponde el pronunciamiento propuesto por mi colega de primer voto y teniendo asimismo presente la reserva del caso federal.

En este estado, y de conformidad con lo establecido en los arts. 274 y 275 del CPCCCh (Ley XIII-5-DJ, Anexo A), se deja constancia que la decisión se adopta por mayoría, por lo que la Dra. Alonso no emite su voto.

Con lo que se dio por terminado el acto, quedando acordado dictar la siguiente **SENTENCIA**:

1) Rechazar el recurso de apelación opuesto por la accionante y, en consecuencia, mantener firme el fallo de fs. 175/186vta. en cuanto fuera materia de agravios. **2)** Costas por el orden causado, a cuyo fin se regulan los honorarios profesionales de las Dras. L. D. J. de

M. y A. C. R., conjuntamente, en el veinticinco por ciento (25%) de lo regulado a su parte por la labor en la instancia de grado.

3) Tener presente la reserva formulada del llamado caso federal.

4) Regístrese, notifíquese y devuélvase.

JULIO ANTONIO ALEXANDRE
Juez de Cámara

FERNANDO NAHUELANCA
Juez de Cámara

REGISTRADA BAJO EL nro. DEL AÑO 2015
DEL LIBRO DE SENTENCIAS DEFINITIVAS "F"

INDIANA L. MARINI
Secretaria de Cámara