

Partes: A. S. c/ T. M. C. y T. M. C. c/ A. S. s/ tenencia

Tribunal: Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Azul

Sala II Fecha: 16-jun-2009

Ventajas de la tenencia compartida de los hijos.

Sumario:

1.-Corresponde confirmar la sentencia que atribuyó la tenencia compartida de los menores, pues de la prueba analizada se desprende que, en la actualidad, ambos padres se encuentran en perfectas condiciones para ejercer la tenencia de sus hijos, no existiendo circunstancias que revelen la ineptitud de alguno de ellos ni su inconveniencia para los niños. No existe mérito para descalificar a uno de los progenitores en beneficio del otro para ejercer la tenencia, ni para apartarse de las comprobaciones médicas y psicológicas que dan cuenta de la plena aptitud de la madre.

2.-No se ha probado que la madre, padezca actualmente de inestabilidad emocional, ni que consuma medicamentos que provoquen adicción. Por el contrario, las experticias han sido concluyentes en punto a negar la existencia de indicadores que alerten sobre tales circunstancias potencialmente riesgosas para los niños.

3.-Partiendo de que en materia de tenencia de menores corresponde atender al interés de los mismos, cabe ponderar con efectos coadyuvantes la espontánea manifestación de aquéllos, expuesta ante el Tribunal, de la que se desprende la conveniencia de confirmar el régimen de tenencia compartida decidida en la sentencia apelada.

4.-La afirmación del padre apelante según la cual, la tenencia compartida es una solución problemática, no puede ser aceptada, ya que nuestro ordenamiento jurídico reconoce la autoridad parental sobre los hijos menores, siendo ejercida por ambos en tanto y en cuanto, el grupo familiar convive como tal. La cuestión se plantea cuando padre y madre deciden poner fin a la vida en común mediante su separación física por mera separación personal, de hecho o divorcio. Es en tales circunstancias que la tenencia es un derecho preferente a ejercer la guarda del menor por uno de los padres, desplazando al otro progenitor de dicha convivencia.

5.-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; evita que existan padres periféricos, posibilita que el menor conviva con ambos padres; reduce problemas de lealtades y juegos de poder; la idoneidad de cada uno de los padres resulta reconocida y útil; fomenta una mayor y mejor comunicación entre padres e hijos ; el hijo se beneficia con la percepción de

que sus padres continúan siendo responsables frente a él ; se compadece más con el intercambio de roles propio de la época actual.

Fallo:

En la ciudad de Azul, a los 16 días del mes de Junio del año Dos Mil Nueve, reunidos en Acuerdo Ordinario los Señores Jueces de la Excma. Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial Departamental, Sala II, Doctores Víctor Mario Peralta Reyes y Jorge Mario Galdós, habiéndose retirado del Acuerdo la Dra. Ana María De Benedictis (arts. 47 y 48 de la ley 5.827), para dictar sentencia en los autos caratulados: "A., S. C/T., M. C. S/TENENCIA." (CAUSA N°52.645) y "T., M. C. C/A., S. S/TENENCIA" (CAUSA N° 52.645 bis), se procedió a practicar la desinsaculación prescripta por los arts. 168 de la Constitución Provincial, 263 y 266 del C.P.C.C., resultando de ella que debían votar en el siguiente orden: Dr. GALDOS - Dr. PERALTA REYES - Dra. DE BENEDICTIS.

Estudiados los autos, el Tribunal resolvió plantear y votar las siguientes:

CUESTIONES

1ª.- ¿Son justas las sentencias de fs. 517/533 (Causa N°52.645) y fs. 66/82 (Causa N°52.645bis)?

2ª.- ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

VOTACION

A LA PRIMERA CUESTION, el Doctor GALDÓS dijo:

I. Entre las partes, S. A. A. y M. C. T., se tramitó el juicio de divorcio que tengo a la vista, autos caratulados "A., S. y T., M. s/ Divorcio" (Exp. N° 1796), radicado el 12/02/2002 ante el Juzgado de Paz Letrado de Benito Juárez. En el escrito inicial se acordó la tenencia a favor del padre, con un amplio régimen de visitas en provecho de la madre (fs. 8 vta.). La sentencia de divorcio se dictó el 21/05/2002 (fs. 30/31), homologándose el acuerdo sobre tenencia y régimen de visitas celebrado (fs. 15/16 y 25). Destaco que se estableció la tenencia a favor del padre por un plazo de once meses a partir del 28/02/2002 (fs. 15), previéndose que al fenecer el plazo las partes acordaran sobre ambas cuestiones. Posteriormente se hicieron ajustes relacionados con el régimen de visitas, previéndose situaciones tales como fiestas de cumpleaños, vacaciones y atención en caso de enfermedad (fs. 25).

El 25/03/2003 el padre de los menores promovió demanda ante el Juzgado de Paz Letrado de Benito Juárez, autos caratulados "A., S. c/ T., M. C. s/ Tenencia" (Exp. 49, luego Exp. 1795). Posteriormente, el 22/05/2003 la madre hizo otro tanto ante el Juzgado de Paz Letrado de Tapalqué, autos caratulados "T., M. C. c/ A., S. s/ Tenencia" (Exp. 1794). Mediando recusación con causa los autos quedaron en definitiva radicados, y acumulados, ante el Juzgado de Paz Letrado de Tapalqué (fs. 31 y fs. 32).

El señor S. A. A. demandó a la señora M. C. T., procurando se le otorgue la tenencia de sus hijos menores L. y C. (fs. 6/16 vta.). A su vez, la segunda demandó al primero persiguiendo el mismo fin (fs. 16/25). La señora Juez "a quo" dictó sentencia otorgando la tenencia en forma compartida a los progenitores; la misma resultó así dividida, en forma alternada, en el domicilio de cada uno, durante 15 días. Se impusieron las costas por su orden y regularon honorarios.

II. La señora Juez "a quo", para así decidir la controversia, juzgó probado que las partes contrajeron matrimonio civil el 15/12/1994; naciendo de dicha unión L. A. el 07/05/97 y C. A. el 04/12/99 (fs. 5/7 y fs. 522 vta.). Destacó:

- Las partes, en la audiencia del 28/02/2002 (fs. 15/16 del exp. 1796), acordaron al padre la tenencia provisoria de L. y C. por el plazo de 11 meses, concediéndose a la madre un amplio régimen de visitas.

- Posteriormente, el 21/05/2002, se acordó que los menores almorzarían con su padre (fs. 43 del exp. 1796); señala la sentencia que se pactó que al término del plazo se acordaría la tenencia definitiva (fs.522 vta.). Luego, el 21/05/2002 se dictó sentencia de divorcio vincular homologándose, además, el convenio (fs. 30/31 del exp. 1796 y fs. 522 vta.).

- El 06/03/2003, vencido el plazo acordado para la tenencia provisoria otorgada al padre, se celebró la audiencia para establecer la tenencia definitiva; proponiéndose la tenencia compartida, lo que sería evaluado (fs. 523). El 18/03/2003, el padre se opuso a la tenencia compartida, por lo que se decidió mantener el régimen de tenencia provisoria hasta tanto se resuelvan las cuestiones planteadas (fs. 102 del exp. 1796 y fs. 523).

- Del expediente promovido por el padre la Sra.Juez de grado ponderó (fs. 523/528): a) el informe de la Guardería Travesuras (fs. 253 del exp. 1795); b) el informe del sacerdote M.T. con relación a la madre (fs. 306); c) el informe psicopedagógico con relación a los menores (fs. 20/28), agregado por el actor; d) el informe psicológico con relación a los menores (fs.

298/300); y con relación a la madre (fs. 301); d) el informe socio ambiental realizado en el domicilio de la madre, sito en Benito Juárez (fs. 303/305); e) el informe psicológico analítico con relación a la madre (fs. 302); f) el certificado médico con relación a la madre (fs. 46); g) la pericia ambiental en el domicilio de la madre (fs. 284); h) las declaraciones testimoniales de Troncoso (fs. 159/161); Hernández (fs. 162/164); Lúquez (fs. 165/166).

- Las pericias psicológicas al padre, madre e hijos, revelan datos de vital importancia y en función de tales estudios, agrega la Sra. Juez "a quo", del interés concreto de los menores, del tiempo transcurrido que desplaza la preferencia establecida por el art.206 del C.C., la solución más adecuada es la tenencia compartida, necesaria para revertir el estado emocional desfavorable en que se encuentran los menores; siendo un sistema igualitario y familiar; permitiendo una mayor vinculación entre padres e hijos; no resultando afectado el principio de congruencia atento que ambos progenitores reclaman para sí la exclusiva (fs. 529/531).

III. 1. Apeló el padre (fs. 548 expte.52.645), recurso que fue concedido libremente (fs. 549 expte. cit.). Fundado en tiempo y forma (fs. 571/576 expte. cit. 52.645), se dispuso la sustanciación (fs. 578 vta.), siendo contestado el traslado conferido a la apelada (fs. 583/586 vta. expte. cit.).

En el restante proceso acumulado (expte. 52.645 bis) se reitera esa impugnación (fs.83, 84, 87, 90/95, responde fs.97/100).

El apelante se agravia en ambos procesos, porque:

- La señora Juez "a quo" ha denegado la producción de prueba testimonial (fs. 136), medida que se reitera ante la Alzada; quejándose además de la actitud de la señora Asesora de Incapaces, quien consintió la reducción de prueba.

- Se ha seleccionado el material probatorio para formar convicción, soslayando el informe psicopedagógico de fs. 20 y ss., que fuera ratificado. Alega que gracias a la intervención del padre se produjo un cambio positivo y beneficioso para los hijos, situación que se mantiene en la actualidad, dado que con respecto a la madre no se han modificado las circunstancias que justificaron la activa participación del apelante en beneficio de los menores.

- No se ha ponderado que la conducta de la madre pone de manifiesto su inestabilidad emocional, dado que tiene la obsesión de la delgadez y para lograrla consume medicamentos tales como anfetaminas y laxantes; menciona el "Maxitratobes" y "Emotival"; lo que ha sido corroborado por la prueba rendida.

- La tenencia compartida es, en sí misma, una solución problemática. Según la sentencia los menores deben deambular entre dos viviendas cada quince días. La solución adecuada consiste en atribuir la tenencia al padre y fijar a favor de la madre un régimen de visitas adecuada y para que los hijos lo disfruten juntos.

- En la actualidad, ejerciendo la tenencia el padre, los hijos se encuentran bien, no requieren de terapia, tienen un buen desarrollo personal, se encuentran bien alimentados, se desempeñan bien en sus estudios y gozan del esparcimiento.

III. 2. A fs.593 (expte.52.645) y fs.103 (expte.52.645 bis) se llamaron autos para sentencia disponiéndose el contacto personal del Tribunal con los menores, medida que se efectivizó (fs.598 expte.52.645), encontrándose ambas causas en condiciones de ser resueltas.

IV. 1. Anticipo opinión en el sentido de que el recurso no puede prosperar. Y ello es así porque el agravio no puede conmover los sólidos argumentos de la sentencia toda vez que por lo demás- no existe ningún elemento probatorio que revele la inidoneidad de la madre para el ejercicio de su derecho, a lo que se añade con valor coadyuvante los dichos de los menores, que fueron escuchados por el Tribunal (fs.598 expte.52.645).

2. Del cotejo de los hechos alegados en los escritos constitutivos del proceso resulta claro que el Sr. S.A. atribuyó a la madre de los niños ?L. y C.- ineptitud para ejercer la tenencia de ambos. En cambio, ella se ha focalizado en la conveniencia e interés de los menores y en la necesidad que tiene como madre de pasar más tiempo con sus hijos. La prueba rendida, valorada adecuadamente en el fallo recurrido, descarta la alegación del padre y da cuenta de la idoneidad de la madre (arts.264 inc.2, 264 ter, 265 y concs. Cód.Civ.; arts.375 y 384 C.P.C.).

Veamos: Durante el ciclo lectivo 2002, (fs. 20), la psicopedagoga Alba Mariel Rossi realizó - extrajudicialmente-, el estudio de que da cuenta la documentación agregada por el actor (fs. 20/28 y fs.218/226, causa 52.645). Se trata del informe efectuado cuando ya los menores habían convivido unos diez meses con el padre, quien ejercía la tenencia. Las conclusiones a las que arribó la experta (fs. 28), destacan, en distintos planos, los logros y aspectos

positivos que se han derivado en el marco de esa convivencia: "cambios relevantes que generan en los menores las innovaciones aprehendidas en el hábitat familiar, las cuales se constituyen en el reaseguro de una vida emocional cualitativamente ponderable".

Por su lado la Farmacia Dellavalle contestó el oficio que le dirigió el Juzgado y acompañó copias de las recetas archivadas que fueron presentadas por la madre de los menores para la adquisición de sus medicamentos, en fechas correspondientes a los años 2 000, 2001 y 2002 (fs. 264/279). Se trata de recetas extendidas en los formularios que se utilizan para dispensar psicofármacos.

Con fecha 07/10/2002, a pedido de la madre, se produjo un informe psicológico con relación a los menores L. y C., de 5 y 3 años de edad para esa época. En su conclusión destaca "que cada uno de los niños. L. y C., expresan de modo inverso, la relación con la madre." [?] "Para ambos es imprescindible contar con la cercanía y la seguridad de la presencia materna, en un marco de estabilidad, dada su edad y sus circunstancias, para un adecuado desarrollo psíquico". Con fecha 28/03/2003 (fs. 301), la experta dice haber visitado a la madre, a la que encontró en buen estado de salud mental, sus funciones psíquicas son normales y observó una disminución del monto de angustia reactiva con respecto al mes de octubre. Concluyó que está en condiciones psíquicas para hacerse cargo de sus hijos. Respecto de los niños, reitera que, por la edad y las necesidades propias de ellas, es aconsejable que vivan con la madre.

El 12/04/2003 (fs.303/305), Rubén Oscar Rodríguez, en su condición de "Trabajador Social", realizó un estudio y produjo un informe socio-ambiental en el domicilio correspondiente a la pareja conformada por la madre de los menores y el señor C.E.L. El informe es descriptivo, afirmándose que se observó muy buena relación entre los menores y los adultos en las tareas del hogar y en las actividades lúdicas.

La señora Asistente Social de este Departamento Judicial, M.H.L., presentó el informe, fechado el 21/11/2003 (fs. 283/284), cuando los menores seguían bajo la tenencia del padre y transcurrido ya casi un lapso de un año once meses desde la separación de los progenitores. Transcribo la conclusión final de la experta: "Familia con buena relación de acople paterno-filial, materno-filial, pero no así entre la pareja, lo que va en desmedro del desarrollo socio-emocional de los menores. [?] "Por ende, considero oportuno, salvo mejor opinión, viabilizar como medida cautelar una pericia psicológica a los adultos involucrados cuya finalidad apuntaría, por un lado internalizar en los adultos que a pesar de la disolución del vínculo conyugal, los hijos requieren inexorablemente de la atención y contención de ambos padres, cuyo principio rector es mantener un diálogo fluido, lo que coadyuvaría a lograr un estado emocional saludable en los menores; por otro lado indagar el aspecto

emocional de cada uno, lo que permitiría arribar a una resolución fidedigna sobre la temática que nos ocupa".

Con fecha 02/12/2004, se realizó la pericia psiquiátrica encomendada a la doctora Cristina Garófalo, experta del Cuerpo de Médicos Psiquiatras de la Suprema Corte de Justicia (fs. 338/341 y ampliación de fs. 361/362), en la que debe destacarse que la madre "no adopta actitud crítica hacia el padre de sus hijos, a pesar de manifestar su intención de recuperar la tenencia de los menores." [?] "Se descarta la presencia de actividad alucinatoria y/o ilusoria". [?] "Emocionalmente estable durante el estudio. Volición conservada. Eutímica". Estimo importante enfatizar que la perito se expidió en términos claros y concluyentes: "De la evaluación efectuada no surge la existencia de anorexia en la examinada". [?] "No se observan indicadores de adicciones a sustancias". [?] "No se detectan al momento de la presente evaluación psiquiátrica, indicadores de inmadurez emocional". [?] "Al momento de la pericia se la observa emocionalmente estable". [?] "No se observan a través de la evaluación de T., M. C., elementos que contraindiquen que la misma detente la tenencia de sus hijos." (arts.384 y 474 C.P.C.).

En la misma fecha, 02/12/2004, se expidió el doctor Carlos Eduardo Bachellerie, Perito del Cuerpo de Médicos Forenses de la Suprema Corte de Justicia (fs. 342/343 y ampliaciones de fs. 360 y vta. y 388). Describió a la madre como "lúcida ubicada en tiempo y espacio." [?] "Refiere haber tomado en el año 2001, en forma discontinua y por el lapso de un año, medicación adelgazante, las cuales tienen efectos de anfetaminas y ansiolíticos. Refiere haber sido indicada por médico especialista". Preciso el experto que no consta en el examen clínico de la paciente que haya padecido anorexia o adicción a las anfetaminas u otro tipo de drogas.

El 21/07/2005 (fs. 389/391), la Psicóloga María Eugenia Navarro, del Cuerpo de Peritos de la Suprema Corte de Justicia, realizó el dictamen concerniente a la evaluación de M. C. T. El extenso dictamen, también en la parte que interesa puntualizar, expresa que: "Teniendo en cuenta la evaluación realizada a la Sra. T., M. C., no se detectan indicadores en su funcionamiento psíquico que contraindiquen la convivencia con sus hijos." [?] "La evaluación psicológica de la Sra. T., M. C., permite afirmar que se encuentra apta para ejercer la función materna".

La pericia psiquiátrica con relación al padre apelante se realizó el 21/06/2005 (fs. 392/394). Las expertas, Cristina Garófalo y M. Eugenia Navarro, médica psiquiatra y licenciada, coinciden en afirmar respecto de A. que se encontraba: "Emocionalmente estable al momento del presente estudio". [?] "Sensopercepción desarrollada que le permite captar estímulos provenientes de la realidad. Se descarta la presente de actividad alucinatoria y/o ilusoria". [?]

"No surgen indicadores de inmadurez emocional". [?] "Aparecen indicadores de aspectos narcisistas, necesidad de recibir afecto así como de tener el control de las situaciones (Cuestionario desiderativo)". [?] "Las pruebas gráficas muestran indicadores de represión normal, cautela, control de los impulsos, objetividad, capacidad de síntesis, sentimientos de inseguridad, aislamiento como defensa". [?] "No surgen indicadores de trastornos de alimentación." [?] "Dentro de las características de su personalidad aparece una tendencia a la búsqueda de la perfección, lo que no excluiría el cuerpo". [?] "No surge de la evaluación una patología adictiva". [?] "No presenta signos de adicción al alcohol". [?] "Existe correlación entre la madurez psíquica del actor y su edad cronológica". [?] "No surgen indicadores de inestabilidad psicológica". [?] "En la personalidad y características de la conducta del actor, no surgen indicadores que tornen desaconsejable que el mismo ejerza la tenencia de los menores".

Con fecha 30/10/2006 (fs. 472/477 vta.). la Lic. María Eugenia Navarro elaboró el dictamen que da cuenta de las evaluaciones realizadas a los menores C. (6 años) y L. A. (9 años). Con respecto a la niña la experticia indica que no surgen indicadores que justifiquen terapia o tratamiento psicológico. Se afirma que "C. tiene una representación internalizada del vínculo con ambos progenitores que en su generalidad es positiva. Transmite vivencias de bienestar en el vínculo con ambos y también de malestar, relacionadas con las versiones negativas que vierten respecto del otro, o las evidencias de tristeza que sobre todo en el padre aparecen frente a la exteriorización de su amor por la madre, según sus percepciones". [?] En cuanto a L., "No se considera que deba ser sometido a tratamiento, dado que el estado emocional de L. depende de que sus padres no lo sometan a situaciones estresantes o altamente conflictivas. Si éstos no pueden hacerlo, requerirán ellos asistencia psicológica". [?] "L.transmite su vinculación con ambos progenitores, que en términos generales es positiva, más allá de la existencia de actitudes a revertir en ambos, expresadas en el punto d y desarrollo pericial".

De los informes pedagógicos (fs. 485/494), resulta que la menor C. "es una alumna responsable y dedicada en las actividades planteadas a diario, demostrando en los cuadernos de actividades la calidad de sus producciones. Es de destacar su participación y colaboración con el grupo de pares y adultos". En cuanto a L., se emitieron opiniones sectorizadas por áreas (lengua, matemática, ciencias sociales y ciencias naturales); en todas ellas existen conclusiones positivas.

3. En fin, de la prueba analizada se desprende que, en la actualidad, ambos padres se encuentran en perfectas condiciones para ejercer la tenencia de sus hijos, no existiendo circunstancias que revelen la ineptitud de alguno de ellos ni su inconveniencia para los niños. No existe mérito para descalificar a uno de los progenitores en beneficio del otro para ejercer

la tenencia, ni para apartarme de las comprobaciones médicas y psicológicas que dan cuenta de la plena aptitud de la madre (arts.384 y 474 C.P.C.).

A riesgo de resultar insistente y para dar respuesta al agravio concluyo que no se ha probado que la madre, padezca actualmente de inestabilidad emocional, ni que consuma medicamentos que provoquen adicción. Por el contrario, las experticias han sido concluyentes en punto a negar la existencia de indicadores que alerten sobre tales circunstancias potencialmente riesgosas para los niños (arts. 375, 384, 457 , 474 y concs., C.P.C.C.).

4. Finalmente, y partiendo de que en materia de tenencia de menores corresponde atender al interés de los mismos, cabe ponderar con efectos coadyuvantes la espontánea manifestación de L. y de C., expuesta ante el Tribunal (conf.audiencia fs.598) de la que se desprende la conveniencia de confirmar el régimen de tenencia compartida decidida en la sentencia apelada.

Y si bien tales manifestaciones no son vinculantes para el Juez, no existe ningún dato objetivo para apartarse de las necesidades explicitadas en esa audiencia, atendiendo a su edad y maduración, lo que por otro lado es coincidente con lo informado por los dictámenes periciales analizados (fs. cit. supra). Sobre el tópico tiene dicho esta Sala en consideraciones que habré de reiterar que "es indiscutible en esta hora el reconocimiento de la normativa constitucional y supra constitucional sobre el derecho del menor a ser oído "en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño." y se garantiza su derecho "de expresar su opinión libremente en todos los asuntos (que lo) afecten teniéndose debidamente en cuenta (sus) opiniones en función de su edad y madurez" (art.12 de la Convención sobre los Derechos del Niño, incs.1, y 2, art.75 inc.22 Const. Nacional; arts.264 ter Código Civil; Blanco, Luis Guillermo - Gavotti, Alicia Marta - Polakiewicz, Marta, "Interés del menor: derecho de comunicación (visitas)", J.A., 1993-I-p.871; Risolía de Alcaro, María, "La opinión del niño y la defensa de sus derechos", en Grosman, C., "Los derechos del niño en la familia", pág.257 y ss.).

Demás está destacar que la opinión de niños no es vinculante pero que por su edad, "su versión de los hechos, indicaciones y deseos, pueden ser ilustrativos para el Juez" (Zannoni, Eduardo, "Tratado de Derecho de Familia", Tº 2, p.695, Nº 1220; Grosman, Cecilia, "La opinión del hijo en las decisiones sobre tenencia", E.D., 107-1011; ver: Gowland, Alberto, "Tenencia de hijos:criterios de atribución", L.L., 1984-C, p.929).

En caso similar la Corte Nacional resolvió que "la consulta a la voluntad y deseo de la niña, dada su edad, serán ponderadas de manera que sus legítimos afectos . se vean fortalecidos y armonizados" (C.S., 5/9/89, "S.R.P." en Doctrina Judicial, Tº 1989-A, p.973 y apostilla de Gustavo Ferrari y en L.L., suplemento diario del 15/12/89, p.5). Esta es, además, la invariable doctrina legal de la Suprema Corte (S.C.B.A. Ac.87832, 28/7/2004 "Clatt, Gustavo c/Martínez, Susana s/Tenencia; Ac.78728, 2/5/2002, voto Dr.Pettigiani "Suárez de Ramos, Silvana c/Ramos, Julio s/Divorcio contradictorio"; Ac.72890, 19/2/2002, voto Dr.Hitters "González, Fernando s/Adopción").

"El niño siempre debería ser escuchado, lo cual no implica en absoluto que de inmediato se hará lo que él pide" (Dolto Françoise, "Cuando los padres se separan", p.130 y ss.). La autora francesa recuerda que "la justicia no deberá olvidar que las medidas tomadas . representan las condiciones para que el niño sea autónomo en la adolescencia . porque experimenta una dinámica evolutiva -que comienza a los 9 años- que implica que la decisión relativa a la custodia deberá poder ser revisada con frecuencia." (aut.y ob.cit., p.125; esta Sala causa N°42616, 4/06/01 "T.C. c/M.J. Incidente Tenencia y Régimen de Visitas").

En definitiva: las necesidades de L. y C. se atienden, más y mejor, con la atribución conjunta de su tenencia.

IV. La afirmación del apelante según la cual, la tenencia compartida es una solución problemática, no puede ser aceptada. Nuestro ordenamiento jurídico reconoce la autoridad parental sobre los hijos menores, siendo ejercida por ambos en tanto y en cuanto, el grupo familiar convive como tal.La cuestión se plantea cuando padre y madre deciden poner fin a la vida en común mediante su separación física por mera separación personal, de hecho o divorcio. Es en tales circunstancias que la tenencia es un derecho preferente a ejercer la guarda del menor por uno de los padres, desplazando al otro progenitor de dicha convivencia (cf. Lloveras, Nora, Voz "Tenencia de menores", en "Enciclopedia de Derecho de Familia", Lagomarsino - Salerno (directores), Ed. Universidad, Buenos Aires, 1994, T. III, págs. 734/36). Suele acontecer que padre y madre, autocompositivamente, resuelven la cuestión, definiendo mediante un acuerdo cuál de ellos ejercerá la tenencia y cuál dispondrá del régimen de visitas. Y en ese marco se han verificado casos en los cuales los padres, de común acuerdo, establecen un régimen de tenencia compartida, alternándose durante un cierto lapso en la guarda de los hijos menores (cf. Grosman, Cecilia, "La tenencia compartida después del divorcio. Nuevas tendencias en la materia", L.L, 1984-B-806; Medina, Graciela y Hollweck, Mariana, "Importante precedente.", L.L. Bs. As., 2001-1425). Empero el conflicto entre los padres no puede ser resuelto entre ambos cuando la solución debe implementarse heterocompositivamente, siendo en definitiva el órgano jurisdiccional competente quien solucione la controversia. La solución que normalmente se instrumenta por uno u otra vía ha sido conceptualizada como tenencia unipersonal, resultando posible según las normas

atingentes del Código Civil (arts. 206, 264 inciso 2°), pues en ellas se contemplan, precisamente, supuestos en los cuales la tenencia del hijo menor de edad se otorga a uno solo de los progenitores.

En el presente caso la tenencia compartida no resulta de un acuerdo, sino de una sentencia. No encuentro mérito ni fundamento legal para modificar tal solución (art.19, Constitución Nacional). Sobre el tema, ya en anterior precedente, esta Sala recogió la viabilidad del ejercicio compartido o alternado de la tenencia cuando sostuvo que el ejercicio conjunto de la patria potestad y consiste, esencialmente, en reconocer a ambos padres el derecho a tomar decisiones y distribuir equitativamente, según sus distintas funciones, sus recursos, posibilidades y características personales, responsabilidades y deberes, basándose en la indubitable necesidad del niño de contar con ambos progenitores, atendándose a las soluciones de raíz constitucional que atienden al interés superior del niño" (esta Sala, 4/6/2001, "T., C.A. c/ M., J." con nota aprobatoria de Hollweck Mariana y Medina Graciela cit. L.L.Bs.As. 2001-1425). "Entre su 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; evita que existan padres periféricos, posibilita que el menor conviva con ambos padres; reduce problemas de lealtades y juegos de poder; la idoneidad de cada uno de los padres resulta reconocida y útil; fomenta una mayor y mejor comunicación entre padres e hijos ; el hijo se beneficia con la percepción de que sus padres continúan siendo responsables frente a él ; se compadece más con el intercambio de roles propio de la época actual ." (Grosman, Cecilia, "La tenencia compartida después del divorcio. Nuevas tendencias en la materia", L.L. 1984-B-806"; Zalduendo, Martín "La tenencia compartida: Una mirada desde la Convención sobre los Derechos del Niño", L.L. 2006-E-512; Chechile, Ana María, "Patria potestad y tenencia compartidas luego de la separación de los padres: desigualdades entre la familia intacta y el hogar monoparental", J.A., 2002-III-1308; Schneider, Mariel, "Un fallo sobre tenencia compartida", L.L.Bs.As. 2001-1443; Mizrahi, Mauricio L., "Familia, matrimonio y divorcio", Ed. Astrea, Buenos Aires, 1998, p. 421).

Finalmente señalo ?porque no es un dato menor-, que los progenitores tienen su residencia habitual en la misma ciudad, Benito Juárez; es más, guardando una proximidad que facilita el cumplimiento del régimen tenencia compartida y alternada, según lo explicaron los niños en oportunidad de ser oídos en la audiencia del 18 de mayo del corriente. Al respecto, también dejo puntualizado que ambos menores han expresado su agrado y la alegría, al saber que pueden convivir con el padre y la madre mudándose cada quince días.

Por todo lo expuesto, corresponde confirmar la sentencia apelada en todo lo que ha sido objeto de agravios.

Así lo voto.

A la misma cuestión el señor Juez, doctor PERALTA REYES, votó en idéntico sentido.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN, el Señor Juez Dr.GALDÓS, dijo:

Atento lo acordado al tratar la cuestión anterior, demás fundamentos del acuerdo, citas legales, doctrina y jurisprudencia referenciada y lo dispuesto por los arts. 266 y 267 y concs. del C.P.C.C., corresponde confirmar la apelada sentencia de fs. 517/523 (causa 52.645) y 66/82 (causa 52.645 bis), en todo cuando decide y ha sido materia de agravios, imponiéndose las costas de la Alzada al apelante vencido (arts. 68 y 274, C.P.C.C.).

Por los trabajos realizados ante este Tribunal y atento a lo dispuesto por el art.31 del Decreto/Ley 8904/77, REGÚLANSE los honorarios en la siguiente forma: 1) Por la presente resolución: los de las Dras.R.E.F. y M.A.R., en la suma de pesos . (\$.-) a cada una y los del Dr.E.V.L., en la suma de pesos . (\$.-); 2) Por la resolución de fs.32/33vta.de la causa N°47.468 (acollarada por cuerda): los de las Dras.R.E.F. y M.A.R., en la suma de pesos . (\$.-) a cada una y los del Dr.E.V.L., en la suma de pesos . (\$.-), todos con más el aporte legal correspondiente."

Así lo voto.

A la misma cuestión el señor Juez, doctor PERALTA REYES, votó en idéntico sentido.

Con lo que terminó el acuerdo, dictándose la siguiente:

S E N T E N C I A

Azul, 16 de Junio de 2009

AUTOS Y VISTOS:

CONSIDERANDO:

Por todo lo expuesto, atento lo acordado al tratar las cuestiones anteriores, demás fundamentos del acuerdo, citas legales, doctrina y jurisprudencia referenciada, habiendo

dictaminado la señora Asesora de Incapaces y lo dispuesto por los arts. 266 y 267 y concs. del C.P.C.C., CONFÍRMASE la sentencia apelada de fs. 517/523 (causa 52.645) y 66/82 (causa 52.645 bis), en todo cuando decide y ha sido materia de agravios, IMPÓNENSE las costas de la Alzada al apelante vencido (arts. 68 y 274, C.P.C.C.).

Por los trabajos realizados ante este Tribunal y atento a lo dispuesto por el art.31 del Decreto/Ley 8904/77, REGÚLANSE los honorarios en la siguiente forma: 1) Por la presente resolución: los de las Dras.R.E.F. y M.A.R., en la suma de pesos . (\$.-) a cada una y los del Dr.E.V.L., en la suma de pesos . (\$.-); 2) Por la resolución de fs.32/33vta. de la causa N°47.468 (acollarada por cuerda): los de las Dras.R.E.F. y M.A.R., en la suma de pesos . (\$.-) a cada una y los del Dr.E.V.L., en la suma de pesos . (\$.-), todos con más el aporte legal correspondiente.

Glósesse copia de la sentencia en ambas causas. Por razones de economía y celeridad procesal (art. 34 inc.5º del C.P.C.C.), NOTIFÍQUESE la presente a la Sra.Asesora de Menores, Dra.Edith Domínguez de Sabalza, en la instancia de origen. REGÍSTRESE. NOTIFÍQUESE por Secretaría (art. 135 inciso 12 , C.P.C.C.) y devuélvase.

Fdo.: Dr.Víctor Mario Peralta Reyes ? Presidente ? Cámara Civil y Comercial ? Sala II.

Dr.Jorge Mario Galdós - Juez ? Cámara Civil y Comercial ? Sala II.

Ante mí: Dra.M. Fabiana Restivo ? Secretaria ? Cámara Civil y Comercial ? Sala II.