

5. Que ello es así, pues la Cámara, al admitir la capitalización de intereses, autoriza la violación de una norma expresa de orden público (art. 623 CC.) sin que concurren los supuestos legales de excepción, de modo que la resolución adoptada por el a quo aparece desprovista de fundamento (conf. Fallos 316-3131).

6. Que, en tales condiciones, corresponde admitir el remedio federal, pues media relación directa e inmediata entre lo decidido y las garantías constitucionales que se expresan vulneradas (art. 15 ley 48) (6).

Por ello, se hace lugar a la queja, se declara procedente el recurso extraordinario y se deja sin efecto la sentencia de fs. 227/230 con el alcance indicado. Con costas. Vuelvan los autos al tribunal de origen a fin de que, por quien corresponda, se dicte nuevo fallo con arreglo a lo expresado. Reintégrese el depósito de f. 1. Agréguese la queja al principal. Notifíquese.— Eduardo Moliné O'Connor.— Augusto C. Belluscio.— Adolfo R. Vázquez.— Gustavo A. Bossert.— Enrique S. Petracchi. En disidencia: Julio S. Nazareno.— Carlos S. Fayt.— Antonio Boggiano.

DISIDENCIA DE LOS DRES. NAZARENO, FAYT Y BOGGIANO.— Considerando: Que el recurso extraordinario, cuya denegación origina esta queja, no cumple con el requisito de fundamentación autónoma.

Por ello, se la desestima. Declárase perdido el depósito de f. 1. Notifíquese y, oportunamente, archívese, previa devolución de los autos principales.

(1) JA 1995-I-477 — (2) JA 1991-IV-478 — (3) LA 1991-A-100 — (4) JA 1994-II-690 — (5) LA 1994-B-1587 — (6) ALJA 1853-1958-1-14.

* * *

PATRIA POTESTAD: Padres divorciados — Tenencia compartida de los hijos menores — Derechos del niño

1 — La jerarquía constitucional de la Convención sobre los Derechos del Niño (art. 75 inc. 22 CN.),

impone a los magistrados el deber de operar considerando modificadas o derogadas las disposiciones que vulneren, desconozcan, restrinjan o contradigan los derechos de la infancia, sin necesidad de que tales disposiciones infraconstitucionales sean expresamente derogadas o reformadas.

2 — El art. 264 CC. comienza poniendo en cabeza de ambos padres la patria potestad — como conjunto de deberes y derechos que corresponden a aquellos sobre las personas y bienes de sus hijos —, lo cual implica un juicio de valor respecto de la titularidad y del ejercicio a favor de ambos padres.

3 — Si la ley reconoce a ambos padres — la titularidad y el ejercicio de la patria potestad — privilegiada que, se trata de una tríada, no de un vínculo diádico. En consecuencia no existe medio más bondadoso que el ejercicio en forma conjunta de ella, sin perjuicio de que en algunos supuestos, ha de ser menester una debida adecuación a las particularidades del caso.

4 — Si la patria potestad se articuló en la ley, sobre la base de conferirla a ambos padres, de manera que deba guardar su ejercicio relación con los intereses de los hijos, respetando la igualdad de los progenitores, sin distinción de sexo, la jerarquía que tiene este principio no debe ser desvirtuado por una interpretación no acorde con él.

5 — La ley no prohíbe la tenencia conjunta, sencillamente no la legisla. Pero la ausencia de normas no permite olvidar que los niños necesitan siempre a ambos padres. Los contactos continuos y significativos entre los padres disminuyen el impacto traumático del divorcio en los hijos.

6 — Aunque se creyera que el art. 264 inc. 2 CC. impide otorgar la tenencia en forma conjunta a los padres de los menores, lo dispuesto en la Convención sobre los Derechos del Niño, en cuanto establece como uno de sus principios destacados el dar una consideración primordial al interés superior del niño, debe hacer variar la solución en el caso de que tal tipo de tenencia constituya la opción que más respete dicho interés superior.

7 — Es indudable que un niño necesita continuar el contacto que tenía con ambos padres, no sólo porque ello mitiga el sentimiento de abandono y la presión sobre él sino porque también le garantiza la permanencia de las unidades parentales y con

ello el mejor cumplimiento de las funciones afectivas y formativas.

C. NAC. CIV., sala J, 24/11/1998 – P., F. v. P., E. N.

2ª INSTANCIA.– Buenos Aires, noviembre 24 de 1998.

La Dra. *Wilde* dijo:

1. La sentencia de f. 26 en su punto III otorga la tenencia de los menores con exclusividad a la madre, argumentándose para sostener la decisión, lo normado en el art. 264 inc. 2 CC. y lo dictaminado por el asesor de menores.

2. Tiempo atrás ha habido exégetas ortodoxos de la norma que interpretaron ésta, sin tener preocupación por las consecuencias efectivas de la decisión asumida. Refería Planiol que para Laurent "el texto era todo, las soluciones injustas o desagradables no le preocupaban, él aplicaba imperteriblemente lo que creía que era el pensamiento del legislador" (Planiol, Marcel, *Traité élémentaire de Droit Civil*, t. 1, p. 50, n. 131, 7ª ed., *Librairie Générale*, París, 1915).

Nótese que en el auto obrante a f. 13, la jueza a cargo del Juzgado del Fuero n. 106 adeantó opinión con relación al tópico, al afirmar que "en atención a que el convenio sobre tenencia se contrapone con lo dispuesto por el art. 264 inc. 2 CC., previo a todo, córrase vista al asesor de menores a fin de que dictamine lo que en derecho corresponda".

El acuerdo en cuestión ponía de relieve que "tomando en cuenta fundamentalmente el interés y bienestar de nuestros hijos, asumiendo el compromiso para participar en el cuidado, protección y formación integral de los mismos 'convinimos en compartir la tenencia y guarda de nuestros hijos M. E. y N. E., ya que ambos nos consideramos con idoneidad para velar por la protección y formación integral de nuestros hijos'".

En dicho escrito se deja constancia de la instrumentación deseada en relación al ejercicio en cuanto a tiempo y espacio, se pone en conocimiento de la jueza de anterior instancia que ese "régimen se viene implementando desde poco después de nuestra separación de hecho, con resultado ampliamente favorable hacia los menores y hacia las partes, con buena adaptación escolar y contención

afectiva de los menores, permitiendo una mayor y mejor dedicación de cada padre en nuestros hijos y en este caso *ratificamos* el mismo régimen y modalidad de compartir nuestros afectos y responsabilidades como padres" (ver fs. 9 vta.).

Después de la audiencia celebrada con los padres y el asesor de menores (f. 14), las partes ratificaron el convenio, poniendo de resalto que "es nuestra mayor preocupación preservar la estabilidad emocional de los menores, manteniendo un vínculo de los hijos con ambos padres, ratificando nuestra disposición a la cooperación mutua, asumiendo nuestra responsabilidad como padres, proveer a sus necesidades, participar en la formación, educación y crianza de nuestros hijos, evitando vulnerar lo menos posible la relación con los mismos" (sic. f. 16).

A f. 19 el papá reitera la ratificación de lo convenido, pone de manifiesto lo prescripto por la Convención sobre los Derechos del Niño (1), sugiere se entreviste a los menores, solicita se designe asistente social para tomar conocimiento del estado de ellos, y de la relación con sus padres e inclusive peticona se oficie al colegio al que concurren, para conocer acerca de la evolución de los niños desde el momento de la separación (ver fs. 19/20).

A f. 23, luego de la celebración de la segunda audiencia conforme el procedimiento instituido en los arts. 215 y 236 CC., para obtener el divorcio vincular, los padres reiteran su ratificación respecto al régimen de tenencia compartida pactado, por ser beneficioso para sus hijos.

La resolución final dictada rechazando lo convenido no tiene más basamento que el ya puesto de relieve; en ella también se decide el otorgamiento de la guarda exclusivamente a favor de la madre.

Es dable poner de relieve que el art. 264 CC. comienza poniendo en cabeza de *ambos padres* la patria potestad –"como conjunto de deberes y derechos que corresponden a aquéllos sobre las personas y bienes de sus hijos". Ello implica un juicio de valor respecto de la titularidad y del ejercicio a favor de ambos padres.

Si esa *protección y formación integral de los hijos* desde la concepción de estos y mientras sean menores de edad y no se hayan emancipado, es el objetivo buscado por la ley, no puede olvidarse ese norte para su instrumentación.

Ese objetivo puede concretarse a través de distintos medios, algunos más adecuados que otros.

No cabe duda de que si la ley reconoce a ambos padres —la titularidad y el ejercicio de la patria potestad— privilegiada que, se trata de una tríada, no es de vínculo diádico. En consecuencia, no existe medio más bondadoso que el ejercicio en forma conjunta de ella, sin perjuicio de que en algunos supuestos, ha de ser menester una debida adecuación a las particularidades del caso.

La interpretación ha de realizarse en consonancia con el propósito que inspiró la elaboración de la norma.

“Las normas del derecho positivo son instrumentos prácticos, elaborados, contruidos por los hombres para que, mediante su manejo, produzcan en la realidad social unos ciertos efectos, precisamente el cumplimiento de los propósitos concebidos que inspiraron la elaboración de tales normas” (Recasens Siches, Luis, “Introducción al estudio del Derecho”, Ed. Porrúa, México, 1970, ps. 213 a 215).

En igual sentido se ha manifestado nuestro distinguido y respetado jurista —Dr. Guillermo Borda—, en las “Reglas prácticas para la interpretación de la ley civil” (separata de la Revista General de Legislación y Jurisprudencia, Ed. Reus, Madrid, 1951, p. 12).

Lo concreto es que evaluar los resultados de la interpretación permite la confrontación con el objetivo perseguido por la norma. Si la patria potestad se articuló en la ley sobre la base de conferir a ambos padres, de manera que deba guardar su ejercicio relación 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.

La IX Conferencia Internacional Americana que aprobó la Convención de Bogotá, que nuestro país ratificó, mediante el decreto 9983/57, establece en su art. 1 que “los Estados americanos convienen en otorgar a la mujer los mismos derechos que goza el hombre”.

En igual sentido, la ley 23.179 (2) aprueba la Convención sobre eliminación de todas las formas

de discriminación contra la mujer aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, estableciendo y reafirmando la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana y en la igualdad de los derechos del hombre y de la mujer.

Esta declaración reafirma el principio de no discriminación, proclamando que todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos... sin distinción de sexo.

Adoptar las medidas adecuadas para evitar todo tipo de discriminación para la mujer, no significa que ella tenga mejores derechos que el hombre, la base es la igualdad para ambos.

De allí que no se comprenda ante el absoluto desconocimiento de elementos fácticos en relación a los niños al tiempo de lo resuelto, esa decisión que contraría la voluntad de los padres vertida en el convenio, que es coincidente con el espíritu de la norma explicitada, y además en violación a la eliminación de las discriminaciones, sin diferencia alguna y por ende, sin distinción de sexo” (consid. 2).

Focalizar la decisión sobre la instrumentación olvidando el propósito, o dicho de otro modo, no preocupándose por lo mediato, es un camino errado, más cuando lo resuelto en este caso ayuda a producir cierto desbalance de poder entre los padres.

Nuestro máximo tribunal reiteradamente y en ocasión de distintos tópicos ha hecho mención de este primer paradigma, concretamente en el caso puntual, ha expresado “si la inteligencia de un precepto, basado exclusivamente en la literalidad de sus términos, conduce a resultados que no armonizan con principios axiológicos superiores, arriba a conclusiones reñidas con las circunstancias singulares del caso, o a las consecuencias notablemente disvaliosas, la interpretación de la ley debe integrarse a su espíritu, a sus fines y los principios fundamentales del derecho en grado y jerarquía en que éstos son valorados por el todo normativo” (Corte Sup., voto de los Dres. Pedro J. Frías y Elías P. Guastavino, “Saguir y Dib, Claudine G.”, Fallos 302-1284 [3], en igual sentido, Corte Sup., causa U.48 XXII “Unión del Centro Democrático y otro v. Gobierno de la Provincia de Mendoza”, 12/11/89; ídem, causa P.410 XXII “Partido del Trabajo y del Pueblo s/reconocimiento de personería jurídica po-

lítica de distritos Córdoba", 12/8/89, LL 1990-A-279).

Lo decidido no sólo vulnera este principio que fija la ley respecto de ambos padres sino que olvida que toda interpretación debe ser integral:

El texto dentro del contexto.

Por otra parte la ley no prohíbe la tenencia conjunta, sencillamente no la legisla. Pero la ausencia de normas no permite olvidar que "los niños necesitan siempre a ambos padres". Los contactos continuos y significativos entre los padres disminuyen el impacto traumático del divorcio en los hijos" (ver Cárdenas, E. J., "Acercar la justicia a la familia que sufre separación" [Balance de una experiencia], LL 1986-C, Sec. Doctrina, p. 838).

Por otra parte, ¿cuál sería el interés del Estado en no aceptar una responsabilidad más amplia y dedicación duplicada? Sólo en caso de que tales acuerdos resultaran perjudiciales para los hijos, se justificaría el rechazo.

"Se ha comprobado que el progenitor que no tiene la guarda de los hijos —de ordinario el padre— inmediatamente después de la separación mantiene un contacto más estrecho con sus hijos, pero se muestra menos dispuesto en medida que transcurre el tiempo" (C. Grossman, "La tenencia compartida después del divorcio. Nuevas tendencias en la materia", LL 1984-B-806).

Por último he dejado para considerar las normas contenidas en la Convención sobre los Derechos del Niño, ratificada por nuestro país.

Aunque no se coincidiera con todo el desarrollo llevado a cabo hasta aquí, es necesario hacer notar que si se considerara una barrera infranqueable lo dispuesto en el art. 264 inc. 2 CC. para otorgar la tenencia compartida a ambos padres, bastaría recordar la pirámide de jerarquía en cuanto a las normas (H. Kelsen).

Nuestra Constitución Nacional ha consagrado en la cúspide de la pirámide a los convenios y tratados internacionales al considerarlos complementarios de las disposiciones de la ley fundamental (art. 75 inc. 22 [4]).

Lo que se ha visto claramente reflejado en lo

resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Esta convención trae como uno de sus principios destacados que cuando los tribunales, las instituciones de bienestar social o las autoridades administrativas, toman medidas concernientes a los niños, darán una consideración primordial al *interés superior del niño*. Se examinarán inclusive con atención, las opiniones del niño.

Gracias a la adecuada y oportuna intervención de la defensora de menores de Cámara, Dra. Elsa G. Arias, se realizaron entrevistas individuales con ambas partes y visitas a domicilio de cada una en donde se entrevistó a los menores con sus respectivos padres y sus abuelos maternos, examinando con atención sus opiniones.

Del informe surge que ambos progenitores tienen relación estrecha con el derecho, por ser la madre oficial de un juzgado y el padre, abogado, lo que hace presumir que conocen la dimensión de sus actos y sus implicancias jurídicas con más profundidad que en otros casos.

Con respecto a los niños, el mayor cuenta con doce años y su hermanita con diez.

Los niños manifiestan haber aceptado esta realidad del divorcio de sus padres y adecuarse a esta nueva vinculación que comparten; refieren estar bien, ser comprendidos, protegidos y estimulados por ambos padres (ver f. 44).

Las conclusiones de las visitas hacen notar que "de acuerdo al trabajo realizado observamos que el acuerdo inicial respecto a la tenencia (obrante a f. 9 de autos) se cumple, habiendo responsabilidad y afecto de ambos padres. Los menores se encuentran bien tanto en la casa paterna como en la materna, o sea que estos padres han preservado la estabilidad emocional de sus hijos como así también sus intereses (escuela, amigos, barrio)... Finalmente consideramos que no hay motivos aparentes que justifiquen una modificación a lo acordado por las partes respecto a compartir la tenencia de M. y N." (sic fs. 44 vta.). Por otra parte, lo resuelto no condice en lo referente a evitar cambios a fin de lograr estabilidad cuando es conveniente para el menor o los menores" (C. Nac. Civ., sala E, 7/11/95, "L.P.A. y B.C.J.", 1998-II, síntesis, sala K, 25/3/96, "G., H. L. v. P. M. V.", 1998-II, síntesis, C. Civ. y

Com. Morón; sala 2ª, 14/2/95, "G.C.A. v. L.L.", 1998-II, síntesis).

La convención también surca nuevos senderos al establecer el derecho del niño a participar de su propio desarrollo, a expresar opiniones y a que éstas se tengan en cuenta en las decisiones relativas a su vida.

Mal podría decidirse, como se ha hecho, contrariando el deseo de todos los integrantes de esta familia, sin que existiera ninguna constancia al tiempo de la sentencia que mostrara lo inadecuado de lo acordado.

Obsérvese que *a posteriori* del pronunciamiento, las partes en una mediación reestructuraron el tema del régimen de convivencia a través de este proceso voluntario. El acta confeccionada con motivo de ella, muestra que ese ejercicio compartido continuaba a pesar del encuadramiento legal dado a la situación por la sentencia.

No puedo más que recordar en esta ocasión lo dicho por Salvador Mimuchin en cuanto a que "los tribunales todavía defienden el sistema antagónico. En su estructura no cabe la opción de intervenir en la familia como sistema de apoyo" (ver "Caleidoscopio familiar. Imágenes de violencia y curación", Ed. Paidós, 1985, ps. 53 y 116).

Aquí, la sentencia en crisis, sin análisis de ningún elemento fáctico porque se carecía de ellos, es la que ayuda a dejar a una parte como vencedora y a otra como vencida y de su historia.

No ha habido interés en respetar el conocimiento que tienen las partes de su propia vida.

Tampoco ha habido una prudente abstención de intervenir frente a la decisión conjunta y sin que hubiera motivo para dudar de lo acordado, lo realizado no ha sido para ayudar a los ex esposos a reforzar la cooperación que muestran para criar y educar a sus hijos, sino ha sido una intervención que deja a una parte como perdedora y débil.

En conclusión, aunque se creyera que el art. 264 inc. 2 CC. impide otorgar la tenencia en forma conjunta a los padres de los menores, lo dispuesto en la convención debería hacer variar la solución ante el superior interés de estos niños.

El incumplimiento de la convención que tiene je-

rarquía constitucional por imperio directo y automático del art. 75 inc. 22 CN. (Bidart Campos, Germán, Ponencia en el Seminario Internacional "El derecho de los chicos. Balance y perspectivas de las reformas legislativas", Bs. As., 21-24 de marzo de 1995), los magistrados deben operar considerado modificadas o derogadas las disposiciones que vulneren, desconozcan, restrinjan o contradigan los derechos de la infancia sin necesidad de que tales disposiciones infraconstitucionales sean expresamente abrogadas o reformadas" (Belluscio, A. C., "Incidencia de la reforma constitucional sobre Derecho de Familia", LL 1995-A-936).

A nuestro modesto entender si hay acuerdo entre los padres "son ellos los que están en condiciones de establecer cuál es el mejor interés del hijo" ([juez de 1ª instancia en lo Civil, Dr. A. Repetto, 4/11/92 y 24/6/93; Juzg. Crim. y Com. Gualaguaychú n. 2, Prov. de Entre Ríos, 6/7/92], citados en la publicación "Los Derechos del Niño en la familia. Discurso y realidad" con la dirección de la Dra. Grossman, Ed. Universidad, p. 192).

Las ventajas que implican para los niños han sido destacadas con claridad por los autores citados en un apretado resumen: "a) ambos padres se mantienen guardadores; b) equiparación de los padres en cuanto a la organización de su tiempo y vida personal y profesional; c) convivencia con cada uno de los padres; d) menos problemas de lealtades y e) no hay padres periféricos" (sic obra *ut supra* cit., p. 192).

Asimismo, resulta claro que en este caso es factible esta tenencia en estas condiciones porque se reúnen determinados requisitos que muestran las ventajas que tienen para los hijos (ver en este sentido, "Partir o compartir la tenencia. ¿Es posible compartir la tenencia de los hijos en casos de divorcio?", por R. Oppenheim y S. Szylowicki, publicado en "Lecciones y ensayos", p. 78 y Mizrahi, Mauricio L., en "Familia, matrimonio y divorcio", Ed. Astrea, p. 423).

Hasta hace poco tiempo las tradiciones sociales y legales han tenido por efecto "divorciar", en ciertos casos, al niño del progenitor "no guardián", en los hechos el padre. Ello ha creado una situación insostenible tanto para las madres como para los padres. Las mamás, presas del grave peso de la tenencia exclusiva o casi exclusiva, con una cuota alimentaria a veces mal, o no pagada y un exceso

de responsabilidades y papás poco presentes o inconstantes en el ejercicio de sus deberes de "visita" a su hijo.

En modesta opinión, que es la de muchos padres que se acercan a los tribunales, entiendo que la separación y el divorcio se inscriben en el interior de un proceso, un ciclo a través del cual los hijos y los padres deben pasar por diversas etapas. En este proceso, los niños también pueden pasar de una tenencia exclusiva a una conjunta o viceversa, en la medida que resulte más conveniente para su desarrollo y buen crecimiento.

El proyecto de compartir las responsabilidades paternas sobre el hijo, es mucho más que la elección del lugar de residencia del mismo.

Después del divorcio, los padres se encuentran necesariamente redefiniendo los conceptos tradicionales en lo tocante a la familia y a sus roles, reorganizándose para el futuro; creo que la reconocida necesidad de estabilidad de un menor, debe ser definida más en términos relacionales que en términos geográficos y temporales.

Y en este sentido, hoy en día, es indudable que un niño necesita continuar el contacto que tenía—cuando su familia se encontraba "intacta"—con ambos padres. Ello, no sólo porque *mitiga el sentimiento de abandono y la presión sobre el niño*—quien no debe elegir entre sus padres, intentándose eliminar, o eliminándose, los "conflictos de lealtad" en buena medida—, sino porque también le *garantiza la permanencia de los cuidados parentales* y con ello el *mejor cumplimiento de las funciones afectivas y formativas*.

En la Edad Media, lo que hoy se llamaría la función paterna, se designaba con dos términos: genitor y pater, que denominaban distintas personas y servían para designar como algo diferente a aquel que había gestado al niño de quien le daba el nombre y posiblemente se hacía cargo de él. Con los cambios sociales, los dos términos que señalaban esas dos funciones diferentes fueron confluyendo en una, y se generó un nombre que reunía ambas: progenitor.

Esta peculiaridad etimológica de la palabra *progenitor* contiene la marca con la cual la cultura distingue dos tipos básicos de vínculo. Los vínculos de sangre—el genitor en nuestro caso—circunscribe

el parentesco sobre el hecho de la base biológica y la paternidad en cambio se basa en compromisos recíprocos entre las personas.

Debemos aceptar que el niño se constituye como hijo a través de una matriz identificatoria familiar y no sólo a través de la biología-sangre.

Existe en nuestros días una práctica—cada vez más frecuente y todo un síntoma social en relación al problema aquí presentado—que consiste en tener hijos *sin* padres, es decir reduciendo el lugar del progenitor al de genitor.

Y ello implica un serio peligro para la formación de esos niños como sujetos.

Ya Lacan en su obra comenzó desde muy pronto a atribuir una gran importancia al papel del padre en la estructura psíquica. En su artículo de 1938 sobre la familia, atribuye la importancia del complejo de Edipo al hecho de que combina en la figura del padre dos funciones casi conflictivas: la función protectora y la función prohibitiva. También señala la declinación social contemporánea de la imagen paterna (claramente visible en las imágenes de padres ausentes y padres humillados) como causa de las actuales peculiaridades psicopatológicas (Lacan, 1938, 73). Posteriormente, Lacan subraya continuamente el papel del padre como tercer término que, al mediar la relación dual imaginaria entre la madre y el niño, salva a este último de la psicosis y le hace posible el ingreso en la existencia social.

De modo que el padre es algo más que un mero rival con el cual el sujeto compite por el amor de la madre; es el *representante del orden social como tal*, y sólo identificándose con el padre en el complejo de Edipo puede el sujeto lograr el ingreso en ese orden. La ausencia del padre es por lo tanto un importante factor en la etiología de todas las estructuras psicopatológicas.

Se ha dicho también que la estructura familiar se constituye en transmisora y transformadora de significaciones a través de un par: función materna y función paterna.

La función paterna es el representante de los mandatos socioculturales derivados del tabú del incesto en la dinámica familiar. Garantiza la inserción de la familia en el orden de la reciprocidad social en cuanto hace a la circulación exogámica.

Por todo ello, y si bien está claro que la presencia física del padre no garantiza el cumplimiento de la función, creemos que la justicia y el juez –a su vez como representante de la ley– debe actuar apoyando en consonancia el lugar de la “ley”, cuando se encuentra con un “padre” preocupado en mantener el contacto con sus hijos y la responsabilidad del ejercicio de la patria potestad. Intervenir de otro modo, sólo puede resultar en perjuicio de los menores.

Reitero, como decía, 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. No se trata necesariamente de pasar 3,5 días en lo de papá y 3,5 días en lo de mamá para que exista una distribución equitativa de las responsabilidades. Consiste, en cambio, en reconocer a ambos padres el derecho a tomar las decisiones y distribuir equitativamente, según sus distintas funciones, sus recursos, sus posibilidades y características personales, las responsabilidades y deberes.

La relación padres-hijos es independiente de los avatares de la pareja, diferenciándose entre “pareja” y “dos padres”. Por ello, no creo sinceramente que para compartir el ejercicio de la autoridad paterna sea necesario tampoco un código común de educación, dado que ello estaría en contradicción con la manera por la cual un chico aprende a socializarse.

Creer, es descubrir que en la vida *no hay un solo código de relación con los otros*, comprender que cada persona tiene sus hábitos, prohibiciones, tolerancias. Es necesario que, progresivamente, un niño admita que existe un código materno y uno paterno, y que ello es verdad aún en el caso de una pareja unida.

La verdadera cuestión, para los padres que han transitado un divorcio, es cómo seguir siendo padres cuando ya no se es más pareja. Y en este punto creo que no debe afrontarse 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. Esa es la única manera de dirigirse hacia una verdadera coparentalidad, que es la que pareciera emerge de los informes realizados por el cuerpo

especializado de la Asesoría de Cámara, en este caso.

Nótese que en nuestro caso el contacto con los niños en el desarrollo del proceso muestra que la guarda así establecida funciona sin dificultad para ellos.

No cabe dudas de que en autos el interés superior de los niños provoca que deba ser revocado lo decidido y en consecuencia propiciando la homologación del convenio presentado por los padres.

Tal es mi voto.

La Dra. *Brilla de Serrat* y el Dr. *Zaccheo* adhieren al voto precedente.

Por consiguiente, se resuelve: revocar la sentencia recurrida, homologándose el convenio presentado por los padres a fs. 9/10, ratificaciones de fs. 19/20 vta. y fs. 23/23 vta. y reestructuración de fs. 42 bis.– Zulema Wilde.– Ana María R. Brilla de Serrat.– Benjamín E. F. Zaccheo.

(1) LA 1994-B-1703 – (2) LA 1985-A-12 – (3) JA 1981-II-61 – (4) LA 1995-A-26.

* * *

• PODER JUDICIAL: Corte Suprema – Recusación de sus integrantes – Oportunidad

1 – La oportunidad para recusar a los integrantes de la Corte, cuando intervienen en la instancia del art. 14 ley 48, es el momento en que se interpone la apelación extraordinaria.

2 – Es extemporánea la recusación de los integrantes de la Corte introducida en el recurso de hecho por denegación del extraordinario.

3 – La recusación de los integrantes de la Corte debe efectuarse al contestar el traslado del recurso extraordinario y no al tomar conocimiento de la queja por su denegación.

4 – El subjetivo estado de incertidumbre no configura un supuesto de recusación.