

EL CUIDADO PERSONAL COMPARTIDO EN ARGENTINA EL DERECHO A LA COPARENTALIDAD

Shared custody in Argentina. The right to co-parenting

M.Sc. Martín Miguel Culaciati

Abogado
Universidad de Buenos Aires (Argentina)
<https://orcid.org/0000-0002-1132-2991>
mculaciati@gmail.com

Resumen

Este trabajo intenta brindar un panorama del cuidado personal compartido, los principios fundamentales en los que se apoya, y los parámetros aplicables tanto para el acuerdo entre los progenitores como para la determinación judicial del cuidado compartido en la Argentina. Frente a la ruptura de pareja, y el aumento de la conflictividad que ella puede conllevar, el Código civil y comercial argentino implementó un adecuado sistema de protección que les garantiza a los hijos las condiciones necesarias para su desarrollo, como para alcanzar una comunicación amplia y fluida con ambos padres, no obstante la falta de vida en común.

Palabras clave: familia; responsabilidad parental; cuidado compartido; coparentalidad.

Abstract

This paper attempts to provide an overview of shared custody, the fundamental principles on which it is based, and the parameters applicable both for the agreement between the parents and for the judicial determination of shared custody in Argentina. Faced with the breakup of a couple, and the increase in conflict that it may entail, the Argentine Civil and Commercial Code implemented an adequate protection system that guarantees the children the necessary conditions for their development, such as to achieve broad communication and fluent with both parents, despite the lack of life in common.

Keywords: family; parental responsibility; shared custody; co-parenting.

Sumario

1. Preliminares. 2. La evolución terminológica y legislativa del concepto. 3. El ejercicio de la responsabilidad parental frente a la crisis conyugal. 4. El cuidado personal compartido. 4.1. Fundamentos del cuidado compartido. 4.1.1. Principio de corresponsabilidad parental. 4.1.2. Principio de coparentalidad. 4.1.3. Principio de igualdad entre ambos progenitores. 4.2. Beneficios del cuidado personal compartido. 4.3. Presupuestos para la determinación del régimen compartido. 4.3.1. Convenido por los padres. 4.3.2. Solicitado por uno de los padres. 4.3.3. Impuesto por el juez cuando ambos padres lo piden para sí. 4.4. Pautas para la determinación judicial del cuidado personal. 4.4.1. El derecho del niño a ser oído. 4.4.2. La recomendación de no separar a los hermanos. 4.4.3. La aptitud de los progenitores. 4.4.4. Cumplimiento de sus obligaciones por parte de los progenitores. 4.4.5. Disponibilidad temporal de cada progenitor y posibilidades de conciliación de la vida laboral y familiar. 4.4.6. Relaciones de las partes entre sí. 4.4.7. Estabilidad de los hijos y lugar de residencia de los progenitores. 4.4.8. Posibles riesgos para la salud y formación del hijo. 5. A modo de cierre. **Referencias bibliográficas.**

1. PRELIMINARES

El 10 de abril de 2019, la República de Cuba promulgó una nueva Constitución, cuyo Título V, destinado a los derechos, deberes y garantías, incluye en el Capítulo III el Derecho constitucional de las familias. Allí, en el artículo 84, se consagra el derecho-deber de los padres de cumplir con sus funciones de guarda y cuidado.

En efecto, se constitucionaliza el Derecho de las familias, con una visión actualizada que reconoce el alcance de las responsabilidades parentales, en función de contribuir al desarrollo pleno de la personalidad de los hijos menores de edad y respetar su autonomía progresiva.

Esta carta magna de vanguardia nos brinda la oportunidad de efectuar un breve análisis y algunas consideraciones sobre el cuidado personal compartido y sus múltiples beneficios, regulado en el Código civil y comercial argentino.

2. LA EVOLUCIÓN TERMINOLÓGICA Y LEGISLATIVA DEL CONCEPTO

El Código civil y comercial argentino (en adelante CCyC) reemplazó el término patria potestad por el de responsabilidad parental. Como nos recuerda Eva GIBERTI, “el lenguaje no es neutral”, por el contrario, desempeña un rol de suma importancia que coadyuva a la transformación de las creencias e influye en las actitudes y comportamientos. Ahora bien, ese cambio terminológico no solo

implicó un reemplazo nominal, sino una transformación de fondo en la relación entre padres e hijos y en sus fines y alcances.

El obsoleto concepto de patria potestad llevaba ínsita la idea de los hijos como objeto de protección y no como sujetos de derecho en desarrollo. Ello, sin dejar de tener en cuenta que implicaba un vínculo verticalista o de poder de los padres sobre los hijos. GROSMAN¹ –con el carácter precursor que la caracteriza– señaló hace más de quince años que el término se encontraba perimido, pues aludía a un tipo de relación entre padres e hijos alejado de la visión actual, que se sustenta en el principio de democratización de la familia y de la concepción de los niños como sujetos plenos de derechos.

Así, el CCyC reemplazó las viejas locuciones que se encontraban en revisión desde hace décadas, a la luz de los postulados de la Convención de los derechos del niño que, junto con la Ley 26.061, nos traen una nueva concepción de esta institución. De esta manera, la necesaria perspectiva constitucional-convenicional auspició un cambio de nomenclaturas, con un fuerte valor simbólico y pedagógico, que trajo consigo modificaciones sustanciales de contenido.

Lo propio ocurre con otras locuciones con las que se hace referencia a las funciones, responsabilidades, los deberes y derechos de los progenitores en relación con sus hijos menores de edad (*v.gr.*, tenencia y derecho de visitas) que no tienen cabida en el ejercicio de la corresponsabilidad parental en clave constitucional, toda vez que, como se ha puesto de relieve, no solo desmerecen el vínculo que debe existir entre padres e hijos, sino que cosifican a estos últimos.

De este modo, la responsabilidad parental debe entenderse como una función y acompañamiento que los progenitores ejercen en interés de los hijos, para asistirlos en la incorporación de competencias propias de las distintas etapas de desarrollo. Se encuentra prevista para la formación integral, protección y preparación del niño, quien poco a poco va forjando su propia identidad.

El CCyC prevé en el artículo 639, cuáles son los principios constitucionales-convenicionales sobre los cuales se ha edificado toda la regulación relativa a la responsabilidad parental y, en particular, revaloriza el principio de autonomía progresiva del hijo. Este es un concepto que pretende explicitar una evolución escalonada y paulatina en la esfera de autonomía de los sujetos y asimilar

¹ GROSMAN, Cecilia P., “El cuidado compartido de los hijos después del divorcio o separación de los padres: ¿Utopía o realidad posible?”, en Aída Kemelmajer de Carlucci y Leonardo B. Pérez Gallardo (coords.), *Nuevos perfiles del derecho de familia*, p. 182.

la evolución legal a la psíquica-biológica.² Con miras al interés de los hijos, la responsabilidad de los padres debe evolucionar partiendo de tener un total protagonismo en la decisión sobre ellos a una mera facultad de supervisión.

En efecto, el CCyC reguló su ejercicio compartido con posterioridad al cese de la comunidad de vida. Así, se propició el mantenimiento de la responsabilidad parental en cabeza de ambos padres, pese a la falta de vida en común o divorcio de ellos; ello sin perjuicio de que, por voluntad de los progenitores o decisión judicial, en interés del hijo, se atribuya el ejercicio de la función a uno de ellos o se establezcan distintas modalidades en cuanto a la distribución de tareas.

Si los hijos tienen derecho a relacionarse con ambos padres por igual, el sistema legal que mejor responde a este principio es el del ejercicio conjunto, convivan o no los progenitores. Producida la ruptura, se pretende que ella incida lo menos posible en la relación padres e hijos; de este modo se promueve el derecho a la coparentalidad de los hijos.

3. EL EJERCICIO DE LA RESPONSABILIDAD PARENTAL FRENTE A LA CRISIS CONYUGAL

El artículo 641, inc. a), prevé que en caso de convivencia con ambos progenitores, el ejercicio de la responsabilidad parental corresponde a ambos, trátense de hijos matrimoniales o extramatrimoniales. A renglón seguido, el inc. b) establece que en caso de cese de la convivencia, divorcio o nulidad de matrimonio, el ejercicio también corresponde a ambos padres. Se consagra el principio del ejercicio de la responsabilidad parental conjunta o dual, cuando no existe convivencia de los progenitores o ha operado la finalización de dicha convivencia.

A su turno, el artículo 648 define al cuidado personal como el conjunto de deberes y facultades de los progenitores referidos a la vida cotidiana del hijo. La regla es el cuidado compartido y la excepción es el cuidado unilateral.

Con esa comprensión, el CCyC prevé las distintas modalidades del cuidado personal de los hijos cuando sus padres no conviven, pero a pedido de ambos padres, de uno de ellos, o de oficio, el juez otorgará, como primera alternativa, el cuidado compartido del hijo con la modalidad indistinta.

² LLOVERAS, Nora y Marcelo SALOMÓN, *El derecho de familia desde la Constitución Nacional*, p. 417.

4. EL CUIDADO PERSONAL COMPARTIDO

El cuidado compartido –en sus distintas modalidades– es un sistema que consiste en reconocer a ambos padres el derecho a tomar las decisiones y distribuir equitativamente las responsabilidades y deberes inherentes al ejercicio de la responsabilidad parental, según sus distintas funciones, recursos, posibilidades y características personales.³

En este sentido, el hilo conductor que atraviesa este instituto es la interconexión entre los principios que gobiernan la cuestión, esto es, el principio del interés superior del niño,⁴ el principio de igualdad entre ambos padres y el principio de corresponsabilidad.

El cuidado personal compartido se reconoce como un derecho de hijos y progenitores a seguir teniendo una relación paterno-filial y materno-filial igualitaria; un derecho al que “no se puede ni debe renunciar, que nace de la familia, y no del matrimonio, lo que supone que, tras la crisis, los derechos y responsabilidades de cada uno continúan siendo iguales a los que tenían con anterioridad”.⁵

Este sistema se apoya en los principios de corresponsabilidad parental y de coparentalidad⁶ y se caracteriza por que ambos padres se alternan en el desempeño de las funciones inherentes a la guarda y custodia,⁷ compartiendo en

³ Puede verse el excelente trabajo de ABBUOD CASTILLO, Neylia, “Cuidar de los hijos y las hijas: ¿Derecho irrenunciable e indelegable? Una reflexión a propósito del cuidado compartido”, *Revista Cubana de Derecho*, IV Época, No. 47, enero-junio 2016, p. 124. Respecto del régimen argentino, se remite a MIZRAHI, Mauricio, “Cuidado personal. Régimen de convivencia de los padres separados con sus hijos”, *Revista Derecho de Familia y Persona*, junio 2020, p. 5.

⁴ Vid. RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, *El interés del menor*.

⁵ TAMAYO HAYA, Silvia, “La custodia compartida como alternativa legal”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año 83, No. 700, 2007, p. 668.

⁶ La noción de coparentalidad o biparentalidad encuentra sustento en la idea de compartir y en la importancia de observar el acceso a ambos progenitores como un derecho humano del niño; toda vez que este posee un derecho fundamental a mantener relaciones personales y un contacto directo y fluido con ambos padres de modo regular. CULACIATI, Martín Miguel, “El largo camino hacia la coparentalidad. El fin de un matrimonio mas no el fin de una familia”, *DFyP*, No. 9, 2010, p. 96 y ss.

⁷ MONSERRAT QUINTANA, Antonio, “La custodia compartida en la nueva Ley 15/2005, de 8 de julio”, *Práctica de Tribunales*, No. 23, 2006, p. 1; ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, Luis, *Marco jurídico paterno-filial en las rupturas de pareja: Función parental, custodias alterna y unilateral y régimen de relación o de estancias de los menores con sus padres y otros parientes y allegados*, pp. 721 y 722; entre otros.

un plano de igualdad,⁸ derechos y obligaciones respecto a sus hijos como si se tratase de una familia intacta,⁹ aunque los progenitores ya no viven juntos.

El cuidado personal compartido admite dos formas de organización, que la doctrina española¹⁰ ha identificado como aquella en la que los hijos permanecen en la misma vivienda y los progenitores van rotando¹¹ (conocida como “custodia nido”¹²), o bien que sean los hijos los que roten entre las viviendas de sus padres (conocida como “niño maleta”¹³).

En Argentina, el CCyC reguló distintas modalidades del cuidado personal compartido que pueden ser convenidas, o en su defecto, determinadas por el juez, aunque el ordenamiento civil fomenta y considera preferente la adopción del cuidado compartido en su modalidad indistinta. El artículo 650 define y regula el cuidado alternado y el indistinto.

En el primero, el hijo pasa periodos de tiempo con cada uno de los progenitores, según la organización y posibilidades de la familia. Esta modalidad se asemeja a la tenencia compartida tradicional, en tanto se distribuye entre los padres el tiempo de permanencia del hijo/a sin requerir cuánto tiempo debe permanecer, ni que sea la misma cantidad de días, pero se distingue del indistinto en que no reside de manera principal en uno de los hogares.

A priori, existen distintos parámetros objetivos que condicionan la organización familiar y tienen una incidencia directa en la realidad cotidiana de los hi-

⁸ Vid. DE LA IGLESIA MONJE, María Isabel, “Custodia compartida de ambos progenitores”, *Revista crítica de derecho inmobiliario*, año 83, No. 702, 2007, p. 1822.

⁹ VILLAGRASA ALCAIDE, Carlos, “La custodia compartida en España y en Cataluña: entre deseos y realidades”, en Teresa Picontó Novales (ed.), *La Custodia Compartida a Debate*, p. 83.

¹⁰ *Ibidem*, p. 91.

¹¹ Aunque en principio puede aparecer como el subsistema que menos afecta a la estabilidad de los hijos y la más justa para los progenitores (ya que ambos pueden disfrutar del uso de la vivienda familiar en igualdad de condiciones), lo cierto es que en los hechos presenta varios inconvenientes. MORENO VELASCO, Víctor y John GAUDET, “La problemática del uso de la vivienda familiar en los supuestos de custodia compartida: reflexión comparativa España y EE.UU.”, *La Ley*, No. 7179, 2009, tomo 3, p. 1764; DOMINGO MONFORTE, José, “Custodia y nido compartido: todo cambia”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, No. 891, 2014, p. 5; entre otros.

¹² GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, María, “La vivienda familiar en caso de custodia compartida. Sus implicaciones en el Derecho de las cosas”, *Revista crítica de derecho inmobiliario*, año 89, No. 736, Madrid, 2013, p. 1144.

¹³ ESCRIBANO TORTAJADA, Patricia, “Guarda y custodia compartida y atribución de la vivienda familiar”, *Práctica de Tribunales*, No. 119, 2016, p. 11.

jos, por lo que pueden tornar inviable la determinación de un cuidado compartido alterno (v.gr., distancia entre los domicilios, incompatibilidad entre el horario laboral de los progenitores y el cuidado efectivo de los hijos, entre otros). No obstante, el CCyC admite este sistema en el entendimiento de que, en determinadas circunstancias familiares, puede ser la única opción viable que permita la continuidad del vínculo con ambos padres.

Inicialmente, este último régimen, por el cual el hijo pasa un tiempo considerable con cada uno de los padres, fue considerado como negativo, al estimar que afectaba al hijo, quien se ve obligado a ir cambiando de lugar de residencia y centro de vida con cada periodo. Sin embargo, esta opinión fue cambiando,¹⁴ en el entendimiento de que el mero cambio de domicilio no ha de constituir una objeción importante por regla general y que debe darse prioridad a las necesidades afectivas de los hijos, que requieren la presencia y el acompañamiento de las dos figuras parentales, frente a la estabilidad o inamovilidad del espacio físico donde desarrollan su vida.¹⁵

De esta manera, lo que se planteaba anteriormente como un obstáculo importante de esta modalidad de organización, en tanto puede afectar la estabilidad de los hijos que se ven obligados a realizar continuas mudanzas, en la práctica puede minimizarse si los domicilios de los progenitores se encuentran próximos el uno del otro, y si los periodos de permanencia con cada uno de ellos son suficientemente amplios. Por lo demás, GROSMAN afirma que las dificultades para su implementación (v.gr., tener dos casas, dos juegos de ropa, etc.) carecen de andamiaje, toda vez que la situación no difiere sustancialmente del supuesto de un amplio y libre “régimen de visitas”.¹⁶

Ahora bien, es importante poner de relieve que el cuidado personal compartido no implica necesariamente un reparto igualitario del tiempo, pero sí debería ser equitativo. Así, se ha resuelto que *“el plan de coparentalidad determinado por el juez mediante el cual los niños debían pernoctar nueve noches con su madre y cinco con su padre en un ciclo de quince días debe modificarse, para que se reparta equitativamente el tiempo que puedan compartir los niños con sus padres, a*

¹⁴ Así se explicó que con este régimen *“se aventa el preconceito existente en torno a que quien no tiene la tenencia de los hijos es un mero supervisor, un tercero ajeno a la relación que vigila si la tarea conferida se lleva a cabo adecuadamente”*. C. Civ. y Com. Dolores, 18/03/2008, en autos “M. G. R. v. E. A. I. L. s/ régimen de visitas” (voto del Dr. Francisco A. Hankovits).

¹⁵ VIÑAS MAESTRE, Dolores, “Medidas relativas a los hijos menores en caso de ruptura. Especial referencia a la guarda”, *InDret* 3/2012, p. 40.

¹⁶ GROSMAN, Cecilia P., “El cuidado compartido de los hijos...”, *cit.*, p. 206.

*fin de que estos puedan cumplir con su cuidado cotidiano y la responsabilidad de asistirlos en sus actividades; máxime si los menores manifestaron estar de acuerdo con tal decisión, opinión que debe ser tenida en cuenta conforme al art. 707, CCyC.*¹⁷ Inclusive, en circunstancias excepcionales como el aislamiento social obligatorio decretado durante la pandemia del COVID-19, se hizo hincapié¹⁸ en la distribución equitativa del tiempo en el régimen de alternancia.

Por otro lado, en la modalidad indistinta de cuidado personal compartido, el hijo reside de manera principal en el domicilio de uno de los progenitores, pero ambos comparten las decisiones y se distribuyen de modo equitativo las labores atinentes a su cuidado. En este sistema, el hijo reside de manera estable con uno de sus progenitores, pero ambos comparten las funciones propias de su cuidado personal. Con independencia de con quién viva el hijo, este pasa momentos significativos con ambos padres, quienes contribuyen equitativamente en su crianza. Este sistema pretende conservar la continuidad de las funciones parentales tal como se venían desarrollando con anterioridad al cese de la convivencia. Obviamente, habrá cambios en la dinámica familiar luego del divorcio, pero el CCyC intenta que este repercuta lo menos posible en la crianza de los hijos. Inclusive, existen supuestos en los que las circunstancias hagan aconsejable adoptar esta modalidad (*v.gr.*, cuando el hijo padezca algún tipo de patología que requiera su reposo en un mismo domicilio).¹⁹

En definitiva, en este régimen ambos progenitores comparten obligaciones parentales en favor de la socialización de sus hijos, sin perjuicio de con quién vivan. La característica principal de esta modalidad radica en la permanencia más prolongada del hijo en uno de los dos hogares, aunque las funciones de cuidado siguen siendo compartidas.²⁰

¹⁷ C. 2ª Civ. y Com. de La Plata, sala I, 06/08/2019, en autos "T. L. N. c. G. M. V. s/ cuidado personal de hijos", *Revista Código Civil y Comercial*, febrero 2020, p. 139, cita online: AR/JUR/27565/2019.

¹⁸ En el contexto de emergencia sanitaria por coronavirus COVID-19, corresponde establecer que hasta que el niño retome la actividad escolar, permanezca alternadamente una semana con cada progenitor. Juzg. Nac. Civ. No. 102, 23/04/2020, en autos "C., E. M. B. c/ G., J. N. s/ denuncia por violencia familiar", cita online: AR/JUR/13960/2020.

¹⁹ Vid. MECO TEBAR, Fabiola, "La alternancia y cercanía de domicilios de los progenitores como criterio de atribución de la custodia compartida. Comentario a la STS n° 495/2013, de 19 de julio (EDJ 2013, 149996)", *Revista Boliviana de derecho*, No. 19, 2015, p. 593.

²⁰ Cabe agregar que el domicilio principal no constituye un elemento central para descartar la coparentalidad; todo lo contrario, que un hijo tenga un domicilio principal o viva más en una casa que en otra, no excluye que la comunicación fluida que se mantiene con los progenitores se encuentre dentro de la regla que recepta la legislación civil.

Sentado ello, el CCyC establece un régimen legal supletorio ante la falta de acuerdo de los progenitores, y consecuente inexistencia de plan de parentalidad homologado, en torno a cómo debería resolverse el cuidado personal de sus hijos. Así, el artículo 651 fomenta la modalidad compartida indistinta como primera alternativa y criterio orientador para el juez, lo que se ve reforzado en el artículo 656.

Atento al valor pedagógico de la ley, el CCyC reafirma la idea de compartir las funciones que los padres comenzaron juntos en beneficio de la mejor formación de sus hijos. De hecho, este sistema coadyuva al compromiso de los progenitores y distribuye equitativamente los deberes propios de la responsabilidad parental, más allá de la intensidad temporal de convivencia con uno de los padres.

De esta manera, al operar como regla general, permite remover viejas concepciones relativas a los roles de género dentro de las familias y distribuir la carga alimentaria de formas más prácticas y participativas; incluso, concilia el interés superior del niño y procura que cese la puja permanente de los padres al tener que decidir las cuestiones propias a su crianza.

4.1. FUNDAMENTOS DEL CUIDADO COMPARTIDO²¹

Además de la premisa de perseguir el interés superior del niño, la niña o el adolescente, los pilares fundamentales sobre los que descansa el cuidado personal compartido son el principio de corresponsabilidad parental y el de coparentalidad,²² analizados desde la obligada perspectiva de género.²³

La doctrina mayoritaria española²⁴ apunta que la guarda y la custodia compartida se fundamentan en los citados principios. Aunque algunas voces auto-

²¹ Se remite al exhaustivo análisis efectuado en ABBUO CASTILLO, Neylia, *El cuidado compartido. Una propuesta viable*.

²² Puede ampliarse en CATALDI, Myriam, "El ejercicio de la responsabilidad parental y la noción de coparentalidad", en Supl. Esp. *Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Familia: Filiación y Responsabilidad Parental*, del 20/05/2015, p. 127; MOLINA DE JUAN, Mariel F., "Coparentalidad y cuidado compartido del hijo. Apuntes sobre la dinámica de la corresponsabilidad alimentaria", *Revista de Derecho de Familia*, pp. 72-109; entre otros.

²³ HERRERA, Marisa, "Coparentalidad - (des)igualdad. Hacia un feminismo emancipador en el derecho de las familias", en Aluminé Moreno, Diana Maffía y Patricia L. Gómez (comps.), *Miradas feministas sobre los derechos*, pp. 93-122.

²⁴ MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, María Teresa, "Consecuencias personales y patrimoniales de la guarda y custodia", *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, No. 22, 2009, p. 76; PINTO ANDRADE, Cris-

rales entienden que el cuidado compartido tiene un triple fundamento, toda vez que incluyen también el principio de igualdad entre los progenitores,²⁵ la mayoría considera que este último se encuentra subsumido dentro de los anteriores.

Este régimen se apoya en la idea de que el divorcio pone fin a la convivencia entre los padres, pero no a las obligaciones de estos para con sus hijos; propicia la cooperación de los progenitores en la crianza de estos últimos; y al mismo tiempo se basa en el derecho de los hijos a relacionarse por igual con ambos padres y el correlativo derecho de estos a continuar disfrutando de la compañía de sus hijos.²⁶

Bajo esa comprensión, se harán unas breves consideraciones sobre los principios de corresponsabilidad parental y coparentalidad.²⁷

Prestigiosa doctrina española²⁸ apunta que estos principios no son exclusivos del régimen de cuidado compartido, toda vez que también deben ser tenidos en cuenta en otros regímenes, aunque en un modo e intensidad distintos.

tóbal, "La custodia compartida en la práctica judicial española: los criterios y factores para su atribución", *Misión Jurídica: Revista de Derecho y Ciencias Sociales*, No. 9, junio-diciembre 2015, pp. 148 y 149; MARTÍN MONTALBÁN, Alicia, "Construyendo la custodia compartida entre todos", en María del Mar Venegas Medina y Diego Becerril Ruiz (coords.), *La custodia compartida en España*, p. 155; entre muchos otros.

²⁵ Vid. LATHROP GÓMEZ, Fabiola, *Custodia compartida de los hijos*, p. 347; y BERROCAL LANZAROT, Ana Isabel, "La atribución del uso de la vivienda familiar en la guarda y custodia compartida", *Revista general de legislación y jurisprudencia*, No. 4, octubre-diciembre 2015, p. 589.

²⁶ SARAVIA GONZÁLEZ, Ana María, "Guarda y custodia compartida. Principales novedades de la Ley 15/05 (cuestiones sustantivas)", en Ana María Saravia González y Juan José García Criado (dirs.), *La jurisdicción de familia: especialización. Ejecución de resoluciones y custodia compartida*, p. 211.

²⁷ Se ha considerado que el principio de coparentalidad encuentra fundamento en la igualdad entre hombre y mujer (artículo 402, CCyC) y en el interés superior del niño, quien tiene derecho a mantener un fluido contacto con ambos progenitores. De ahí que la regla general que sienta el artículo 651 es el del cuidado personal compartido, con la modalidad indistinta.

²⁸ MESSÍA DE LA CERDA BALLESTEROS, Jesús A., "El tratamiento de la custodia compartida en el Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental", *La Ley Derecho de Familia*, No. 3, 2014, p. 3. En efecto, los principios de corresponsabilidad parental y coparentalidad deben estar presentes cualquiera que sea el régimen de custodia establecido, y prueba de ello es el mantenimiento de las obligaciones con respecto a los hijos y la previsión de un régimen de comunicación en favor de aquel que no ostenta el cuidado del niño; ello sin perjuicio de que en el resto de regímenes, los principios de corresponsabilidad y de coparentalidad no se den con tanta intensidad como en el de cuidado compartido.

4.1.1. Principio de corresponsabilidad parental²⁹

La característica fundamental de este principio se encuentra en la igualdad de derechos de los progenitores y el reparto equitativo de los deberes en lo inherente al cuidado de sus hijos menores de edad.³⁰ Esta participación igualitaria no solo incluye la adopción de las principales decisiones sobre cuestiones de importancia en la vida del hijo, sino también en las decisiones cotidianas y en el cuidado directo de los hijos.

La efectividad del principio de corresponsabilidad parental será mayor cuando el hijo conviva con ambos progenitores, aunque sea de modo alterno o sucesivo, como ocurre en el régimen de cuidado personal compartido.³¹

Este principio, que tiene su consagración normativa en distintos instrumentos internacionales,³² es un reflejo del cambio de los roles sociales que se produjo en la sociedad y ha ido equiparando las figuras paterna y materna en la asunción de responsabilidades sobre los hijos.

El mismo principio se ha visto favorecido por la instauración evolutiva de la igualdad de género en las familias y por la realidad psicosocial que habla de paternidades más activas. Estas realidades se han moldeado en el cuidado compartido, mediante la abrogación de relaciones de poder asimétricas en el ejercicio de la responsabilidad parental.³³

Por su parte, LATHROP³⁴ pone de relieve que “carece de importancia la existencia o no de un matrimonio toda vez que la responsabilidad parental tiene su

²⁹ Algunos autores prefieren denominar este principio como “responsabilidad coparental”. Puede verse VILLAGRASA ALCAIDE, Carlos, “La custodia compartida en España...”, *cit.*, p. 83.

³⁰ Vid. LATHROP GÓMEZ, Fabiola, “Custodia compartida y corresponsabilidad parental: aproximaciones jurídicas y sociológicas”, *La Ley*, No. 7206, 2009, p. 2031. De la misma autora, *Custodia compartida de los hijos*, *cit.*, p. 348.

³¹ QUINZÁ ALEGRE, Asunción, “Ley valenciana de custodia compartida. Hitos e impacto social”, *Revista valenciana d'estudis autonòmics*, No. 60, Vol. 1, 2015, p. 151.

³² A modo ejemplificativo, puede encontrarse en los artículos 5.b), 16.d) y f), de la CEDAW, en tanto refieren a la “responsabilidad común de hombres y mujeres en cuanto a la educación y al desarrollo de sus hijos” y “obliga a los Estados partes a garantizar a ambos progenitores: los mismos derechos y responsabilidades”; y el artículo 18.1 de la CDN, que habla del “principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño”.

³³ GODOY MORENO, Amparo, “La guarda y custodia compartida. Guarda conjunta y guarda alternativa”, en Cristina de Andrés Irazábal y Gloria Hernández Catalán (coords.), *Diez años de Abogados de familia*, p. 337.

³⁴ LATHROP GÓMEZ, Fabiola, “Custodia compartida y corresponsabilidad parental...”, *cit.*, p. 2035.

generación en otro hecho: el vínculo filial. No se trata de efectos residuales del matrimonio disuelto sino de la continuidad de la relación generada como consecuencia de la filiación”.

Como el principio de corresponsabilidad parental no nace del matrimonio o de su ruptura, sino del vínculo filial, no se ciñe a los supuestos de quiebre conyugal,³⁵ sino que también resulta aplicable durante el matrimonio³⁶ o relación no matrimonial.

Ahora bien, este principio podemos encontrarlo en distintas normas, no solo de carácter supranacional y legal, sino también reglamentarias. En ese sentido, cabe traer a colación la Resolución conjunta No. 3/2020 del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social y del Ministerio de las Mujeres, Géneros y Diversidad,³⁷ suscripta el 24 de junio de 2020, que en el marco de la pandemia del COVID-19 dispuso explícitamente en su artículo 4º –promoción de la corresponsabilidad– que *“los empleadores y empleadoras y los propios trabajadores y trabajadoras, deberán velar por un uso equitativo, en términos de género, de las medidas dispuestas en los artículos anteriores, promoviendo la participación de los varones en las tareas de cuidado, a fin de evitar una mayor feminización de este trabajo en el contexto de aislamiento social y preventivo”*.

4.1.2. Principio de coparentalidad

El principio de coparentalidad puede ser definido como el derecho que poseen los hijos menores de edad a mantener una relación fluida y estable con sus dos progenitores, con independencia de la ruptura matrimonial de estos.

Una relación de coparentalidad puede ser entendida como aquella en la que los dos progenitores interaccionan positivamente, cooperan entre sí y mantienen una relación de apoyo mutuo, centrada fundamentalmente en la crianza de los hijos e hijas.³⁸

³⁵ SARAVIA GONZÁLEZ, Ana María, “Guarda y custodia compartida...”, *cit.*, p. 211.

³⁶ Este principio también se menciona en la Ley española 15/2005, de 8 de julio, por la que se modificaron el Código civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, que en su Exposición de Motivos prevé que los progenitores *“procurarán la realización del principio de corresponsabilidad en el ejercicio de la potestad”*.

³⁷ Tal como lo expresa en sus considerandos, en el ámbito familiar, la corresponsabilidad en las tareas de cuidado debe extenderse a todos los miembros del hogar, sea cual fuera su conformación, para evitar la feminización de estos trabajos y la sobrecarga de las mujeres.

³⁸ YARNOZ YABEN, Sagrario, “Hacia la coparentalidad postdivorcio: Percepción del apoyo de la ex pareja en progenitores divorciados españoles”, *International journal of clinical and health psychology*, Vol. 10, No. 2, 2010, pp. 296-297.

Con suma claridad, WAGMAISTER recuerda que cada niño puede tener dos hogares y dos familias. Un hogar y una familia con su mamá. Un hogar y una familia con su papá. No hay padre tenedor y padre visitante. Son dos hogares reales que se deben construir con seguridad y continuidad, sin duda una meta heroica, pero indispensable para que los padres puedan terminar lo que algún día empezaron juntos: la crianza de los hijos, de los hijos de los dos.³⁹

Sería contrario a este principio que, como consecuencia del cese de la convivencia de los progenitores, los hijos tengan que prescindir de tener una relación habitual con uno de ellos, toda vez que ello perjudica su desarrollo. En efecto, el divorcio nunca debería conllevar una separación de los hijos.

Queda claro entonces que el interés superior del niño o adolescente requiere el contacto frecuente de este con ambos padres.⁴⁰

Así, el principio analizado se concreta como un derecho subjetivo del hijo a mantener una relación constante con sus dos progenitores, pues aun sin negar que los padres también tienen el derecho a mantener una relación estable con sus hijos menores de edad tras la ruptura conyugal, el principio de coparentalidad es sobre todo un derecho del propio hijo.⁴¹

En el ámbito internacional, el principio puede observarse en los artículos 7.1 y 9.3 de la CDN, en tanto el primero reconoce el derecho del niño a ser cuidado por ambos progenitores; y el segundo prevé el derecho de los menores de edad que se encuentren separados de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y tener un contacto directo con ellos, salvo que ello pueda resultar contrario a su interés.⁴²

³⁹ WAGMAISTER, Adriana, "Acceso a ambos progenitores como un derecho humano de los niños", *La Ley*, 2003-C, p. 1212.

⁴⁰ En ese sentido, DELGADO DEL RÍO, Gregorio, *La custodia de los hijos. La guarda compartida: opción preferente*, p. 247.

⁴¹ ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, Luis, *Marco jurídico paterno-filial en las rupturas de pareja...*, cit., p. 393; y BERROCAL LANZAROT, Ana Isabel, "El interés superior del menor y la atribución de la guarda y custodia", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, No. 746, 2014, p. 3290.

⁴² A modo ejemplificativo, el principio de coparentalidad puede encontrarse en los artículos 371.4, 372.2 y 373.2 del *Code Civil* francés, el artículo 337 ter.1 del *Codice Civile* italiano y en los parágrafos 1626 y 1634 del *Bürgerliches Gesetzbuch* (Código civil) alemán.

En suma, al ser este un derecho humano del niño,⁴³ el Estado debe, supletoriamente, tanto en forma directa como indirecta, proveer tal ayuda y colaboración.⁴⁴

4.1.3. Principio de igualdad entre ambos progenitores

Algunos autores consideran que el cuidado compartido tiene un triple fundamento, ya que incluye el principio de igualdad entre los padres. En virtud de este principio es que se derogó la preferencia materna para el cuidado de los hijos menores de cinco años, por ser precisamente violatoria del principio de igualdad y contradictoria con la regla del ejercicio de la responsabilidad parental compartida e incompatible con la Ley 26.618, que reguló el matrimonio entre personas del mismo sexo en la Argentina.⁴⁵

Las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁴⁶ han importado un gran avance en materia de coparentabilidad, sobre la base de la igualdad ante la ley.⁴⁷ Puntualmente, en el caso "Atala Riffo", el tribunal se pronunció por primera vez sobre la discriminación basada en la orientación sexual y sobre el uso de prejuicios discriminatorios en la resolución judicial de asuntos familiares. En efecto, consideró la orientación sexual como un aspecto esencial de la vida privada de las personas que, como tal, debe permanecer exento de interferencias arbitrarias, y sostuvo que aquella es una categoría sospechosa.

El CCyC, además de derogar la preferencia materna de los hijos de hasta 5 años, estableció una norma consagratoria de la igualdad ante la ley en materia

⁴³ CHECHILE, Ana María y Cecilia LÓPEZ, "El derecho humano del niño a mantener contacto con ambos progenitores. Alternativas en la atribución de la custodia y en el ejercicio de la autoridad parental. Su vinculación con los derechos fundamentales de padres e hijos", *La Ley Buenos Aires*, 2006, p. 133.

⁴⁴ WAGMAISTER, Adriana, "Acceso a ambos progenitores...", *cit.*

⁴⁵ VIDO, Martina, "El cuidado personal compartido como corolario del principio de igualdad y no discriminación", en *RDF*, 2020-I, p. 86; *La Ley online*, cita: AR/DOC/3982/2019.

⁴⁶ *Vid.* por todos, Corte IDH, 24/02/2012, "Atala Riffo y niñas v. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas", Serie C n. 239, Responsabilidad Civil y Seguros, 2012-VI-272. *Vid.* también KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída y Marisa HERRERA, "Una voz autorizada del ámbito regional manda no discriminar en razón de la orientación sexual", *La Ley*, 2012-B, p. 1254; y DE LORENZI, Mariana, "Un dolor que no tiene precio. Prejuicios y derechos a la igualdad, a la identidad y a la vida privada y familiar", *cit.* online: AP/DOC/2248/2012.

⁴⁷ Sobre la aplicación de este principio por razón de la orientación sexual, se remite a RICOY CASAS, Rosa María, *¿Qué igualdad?, El principio de igualdad formal y no discriminación por razón de sexo en el ordenamiento jurídico español.*

de crianza y cuidado de los hijos.⁴⁸ De hecho, el artículo 656 prevé en su segunda parte que *“cualquier decisión en materia de cuidado personal del hijo debe basarse en conductas concretas del progenitor que puedan lesionar el bienestar del niño o adolescente no siendo admisibles discriminaciones fundadas en el sexo u orientación sexual, la religión, las preferencias políticas o ideológicas o cualquier otra condición”*.

Así, el CCyC eliminó cualquier criterio basado en el género para resolver el lugar de residencia de los hijos, superando la inconstitucionalidad, por violación del principio de no discriminación, del artículo 206 del código derogado, que disponía la preferencia legal materna respecto de los hijos menores de cinco años, que ya era virtualmente inoperante a la luz de la Ley 26.618, de matrimonio entre personas del mismo sexo. En efecto, se presumen las mismas capacidades en hombres y mujeres para ejercer el cuidado personal de sus hijos y no existe, por lo tanto, una presunción de idoneidad en ninguno de los progenitores. De allí que el citado artículo 656 impide que el sexo o la orientación sexual de uno de ellos pueda ser considerado como una falta de aptitud.⁴⁹

4.2. BENEFICIOS DEL CUIDADO PERSONAL COMPARTIDO⁵⁰

Con anterioridad a la sanción del CCyC, la doctrina y jurisprudencia mayoritaria ya reclamaban la adopción legal de este sistema. De hecho, prestigiosas voces⁵¹ señalaban que el ejercicio conjunto de la responsabilidad parental, aun con posterioridad a la ruptura conyugal, ha dejado de ser una excepción y ha pasado a ser el principio general.

⁴⁸ El CCyC se hizo eco de los estándares fijados por la Corte IDH, en tanto sostuvo que *“la determinación del interés superior del niño, en casos de cuidado y custodia de menores de edad se debe hacer a partir de la evaluación de los comportamientos parentales específicos y su impacto negativo en el bienestar y desarrollo del niño según el caso, los daños o riesgos reales y probados, y no especulativos o imaginarios”*.

⁴⁹ RAGEL SÁNCHEZ, Luis Felipe, “La guarda y custodia de los hijos”, *Derecho Privado y Constitución*, No. 15, 2001, p. 311; y LATHROP GÓMEZ, Fabiola, *Custodia compartida de los hijos*, cit., p. 201.

⁵⁰ GROSMAN ha realizado un exhaustivo análisis de las ventajas del cuidado compartido, por lo que se remite a GROSMAN, Cecilia P., “La tenencia compartida después del divorcio. Nuevas tendencias en la materia”, *La Ley*, 1984-B, p. 806.

⁵¹ Vid. KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, “El derecho de familia en la República Argentina en los inicios del siglo XXI. Su inexorable proceso de constitucionalización y de adecuación a los tratados internacionales de derechos humanos”, *Revista de Derecho Comparado –Derecho de Familia II–*, p. 59.

Efectivamente, muchos autores se ocuparon de analizar los beneficios del régimen compartido y entre sus ventajas incluyeron que evita que existan padres periféricos y posibilita que el sujeto menor de edad conviva con ambos progenitores; reduce problemas de lealtades y juegos de poder.⁵² Ninguno de los padres se siente excluido en el proceso de crianza del niño. Se elimina la lucha por el poder que significa tener “la guarda” del hijo. Además, al responsabilizarse ambos por el hijo se evitan las críticas a los actos realizados por el otro progenitor.

La idoneidad de cada uno de los padres resulta reconocida y útil, y fomenta una mayor y mejor comunicación entre padres e hijos.⁵³ Por otro lado, el hijo se beneficia con la percepción de que sus padres continúan siendo responsables frente a él;⁵⁴ y desde la óptica opuesta, la participación activa de los progenitores en la vida del infante los estimula a proveer a sus necesidades.

Ello se compadece más con el intercambio de roles, propio de la época actual.⁵⁵ Se promueve y alienta la participación del hombre y la mujer en pie de igualdad en lo que se refiere a la crianza de los hijos,⁵⁶ generando así una mayor equidad genérica en el interior de la familia.⁵⁷ A ello puede adunarse que se facilita la inserción laboral de la madre y aumentan las posibilidades de que ambos colaboren en la manutención del hijo.

En consecuencia, este sistema ha demostrado tener amplias bondades,⁵⁸ no solo desde el ámbito del Derecho, por cuanto refrenda el interés superior del

⁵² CHECHILE, Ana M., “Patria potestad y tenencia compartida luego de la separación de los padres: desigualdades entre la familia intacta y el hogar monoparental”, *Revista de Jurisprudencia Argentina*, 2002-III, p. 1308.

⁵³ MEDINA, Graciela y Mariana HOLLWECK, “Importante precedente que acepta el régimen de tenencia compartida como alternativa frente a determinados conflictos familiares”, *La Ley Buenos Aires*, 2001, p. 1425.

⁵⁴ SCHNEIDER, Mariel, “Un fallo sobre tenencia compartida”, *La Ley Buenos Aires*, 2001, p. 1443.

⁵⁵ MIZRAHI, Mauricio L., *Familia, matrimonio y divorcio*, p. 422.

⁵⁶ YÁRNOZ YABEN, Sagrario, “Hacia la coparentalidad postdivorcio...”, *cit.*, p. 303. Esta autora apunta que “la cooperación entre la pareja de progenitores para la crianza de los hijos se considera uno de los factores que más contribuyen al desarrollo armónico de los niños y niñas, aún después de producido el divorcio”.

⁵⁷ ZALDUENDO, Martín, “La tenencia compartida: Una mirada desde la Convención sobre los Derechos del Niño”, *La Ley*, 2006-E, p. 512.

⁵⁸ Puede verse sobre las bondades de este sistema en C. Civ. y Com. Azul, sala 2ª, 16/06/2009, “A. S. c. T. M. C. y T. M. C. v. A. S. s/ tenencia”, MJ-JU-M-44600-AR | MJJ44600; KRASNOW, Adriana,

niño, la niña y el adolescente, el derecho a vivir en familia y el derecho a la coparentalidad; sino también desde la óptica de otras disciplinas sociales, porque coadyuva a instaurar prácticas familiares y patrones de crianza más inclusivos y corresponsables.

En este sentido, el CCyC previó como regla, el cuidado personal compartido de los hijos cuando los progenitores no conviven, y de modo excepcional, el cuidado unipersonal.

Dicho esto, se ha considerado con beneplácito la adopción del cuidado personal compartido como un régimen de custodia normal, e incluso, como el sistema preferente, por el que se puede optar si se dan las condiciones adecuadas. Así, el artículo 651 orienta al judicante considerar como regla el cuidado compartido bajo la modalidad indistinta, ya que cuando los padres han interrumpido la vida en común, esta opción puede ser la que más respete el interés superior del hijo para mantener estrechamente el vínculo con ambos padres, estimulándolos a proveer a sus necesidades.

De esta forma se favorece la obligación económica dual, la reducción del alejamiento parental, la disminución de la sobrecarga de la madre y se posibilita la clara diferenciación entre conyugalidad y parentalidad. De esta manera, se apuntó⁵⁹ que el ejercicio compartido significa sostener, en la conciencia de los progenitores, la responsabilidad que pesa sobre ambos respecto del cuidado y la educación de los hijos, no obstante la falta de convivencia.

En ese orden de ideas, se ha dicho⁶⁰ que el régimen compartido no solo reconoce a ambos padres el derecho a tomar decisiones y distribuir equitativamente las responsabilidades y deberes inherentes al ejercicio parental, sino que también permite a los niños contar con la presencia y participación de ambos en el desarrollo, sin que obviamente sea un cálculo exacto de la mitad del tiempo con cada adulto, pues siempre debe estar en miras el interés superior del niño.

“La responsabilidad parental en el Anteproyecto de Reforma del Código Civil”, JA 2012-II-2; y BENTIVEGNA, Silvia, “La responsabilidad parental en el nuevo Código Civil y Comercial y su cotejo con la violencia familiar”, 11/06/2015, cita Microjuris: MJ-DOC-7263-AR | MJD7263.

⁵⁹ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, Marisa HERRERA y Nora LLOVERAS, *Tratado de Derecho de Familia según el Código Civil y Comercial de 2014*, tomo IV, p. 108.

⁶⁰ C. Civ. y Com. Pergamino, 3/02/2015, “L. c. G. s/ tenencia de hijos”, *La Ley Buenos Aires*, junio 2015, p. 583, y *Revista Código Civil y Comercial*, julio 2015, p. 128, cita online: AR/JUR/1149/2015.

Incluso se ha agregado⁶¹ que este sistema iguala a los padres en el desarrollo de su vida física, psíquica, emocional, profesional, entre otras, distribuyendo equitativamente las tareas de crianza de los hijos; nivela situaciones de competencia en cuanto al reconocimiento del rol que cada uno de ellos cumple, evitando la compulsión a la apropiación del hijo por parte de uno de ellos; posibilita la incorporación de criterios educativos compartidos, necesarios para la formación del niño o adolescente; permite distribuir más equitativamente los gastos de sostén del hijo y disminuir el sentimiento de abandono o pérdida que este último posee, como resultado de la separación.

4.3. PRESUPUESTOS PARA LA DETERMINACIÓN DEL RÉGIMEN COMPARTIDO

Sentado el contexto normativo, así como las diferentes configuraciones que puede adoptar el régimen del cuidado personal, debemos abordar el análisis de los criterios y elementos de valoración que permiten al juez decidir qué modalidad de cuidado personal resulta más adecuada para cada caso. Como se adelantó, el interés superior del niño es el criterio rector al que el juez debe atender en ocasión de adoptar una decisión.⁶² Ese interés superior no solo debe ser el punto de referencia para el juez a la hora de determinar el régimen más conveniente, sino también en los supuestos en que los padres hayan llegado a un acuerdo sobre el régimen de cuidado personal; toda vez que puede rechazar lo convenido si considera que contraviene el interés del hijo.

A continuación se considerarán los supuestos en los que el régimen de cuidado personal es adoptado de común acuerdo por los progenitores, y luego los casos en los que el régimen es impuesto judicialmente.

4.3.1. *Convenido por los padres*

El CCyC concede un amplio margen a la autonomía de la voluntad de los progenitores,⁶³ toda vez que el legislador presume que son los propios padres quienes mejor pueden definir el régimen de cuidado personal que resulta más conveniente para sus hijos. Ellos son quienes están en mejor posición para de-

⁶¹ C. Civ., Com., Lab. y Min. de General Pico, sala B, 19/12/2019, "C., C. A. c. C., M. L. s/ cuidado personal", *La Ley online*, cita: AR/JUR/61252/2019.

⁶² Vid. ACUÑA SAN MARTÍN, Marcela, "El interés superior del niño y los estereotipos en las decisiones de cuidado personal", *Revista Derecho de Familia y Persona*, diciembre 2018, p. 19.

⁶³ Sobre la autonomía privada en materia de Derecho de familia y sus límites, puede profundizarse en BARRIO GALLARDO, Aurelio, *Autonomía privada y matrimonio*.

terminar qué es lo más beneficioso para sus hijos,⁶⁴ ya que son quienes mejor conocen la realidad familiar, y salvo excepciones, quienes más interesados están en velar por su bienestar.⁶⁵

Además, cabe entender que el acuerdo que estos alcancen les resultará más satisfactorio que cualquier medida impuesta por el juez,⁶⁶ favoreciendo así la relación entre las partes y el grado de cumplimiento del régimen acordado.

Dicho esto, cuando las partes llegan a un acuerdo sobre los efectos de la ruptura de su matrimonio, lo harán constar en el documento pertinente y el juez deberá valorar si dicho convenio no resulta dañoso para los hijos o gravemente perjudicial para alguna de las partes. Es conveniente que sean los propios progenitores los que organicen sus responsabilidades, para evitar o minimizar los conflictos en la medida de lo posible y, qué mejor a tal fin que la elaboración de un detallado plan de parentalidad.

Justamente, en respeto de la libertad de los padres, el Código estimula a confeccionar un plan de parentalidad para decidir cómo organizar la convivencia con el hijo en el caso de no convivencia. El plan propuesto puede ser modificado por los progenitores en función de las necesidades del grupo familiar y, puntualmente, del hijo en sus diferentes etapas de desarrollo; y el judicante tiene la libertad de adoptar las decisiones necesarias, teniendo en cuenta la conveniencia de los hijos en cada caso concreto.

En efecto, es indudable que los hijos necesitan continuar el contacto que tenían con ambos padres, no solo porque ello mitiga el sentimiento de abandono y la presión sobre él, sino porque también les garantiza la permanencia de las unidades parentales y con ello el mejor cumplimiento de las funciones afectivas y formativas.⁶⁷

⁶⁴ CNCiv., sala H, 28/04/2003, *Revista de Derecho de Familia*, 2003-25, p. 187.

⁶⁵ Vid. ZARRALUQUI NAVARRO, Luis, "El menor en las crisis matrimoniales de sus padres", en María del Carmen García Garnica (dir.), *La Protección del Menor en las Rupturas de Pareja*, p. 67.

⁶⁶ CERVILLA GARZÓN, María Dolores, "Acuerdos prematrimoniales y matrimoniales con previsiones de ruptura que afecten a los hijos menores: reflexiones en torno a su eficacia", *La Ley Derecho de Familia*, No. 11, 2016, p. 2.

⁶⁷ De esta manera se homologan los acuerdos, siempre que no afecte el interés del niño. Los padres son los que están en mejores condiciones de definir si puede ser cumplido, aunque siempre se debe escuchar al niño o adolescente para definir su mejor interés. CNCiv., sala J, 24/11/1998, JA 1999-IV-603.

4.3.2. Solicitado por uno de los padres

El primer requisito para poder establecer el régimen de cuidado personal compartido, en defecto de acuerdo de los progenitores,⁶⁸ es que dicho sistema haya sido solicitado por al menos una de las partes. Esta posibilidad tiene lugar cuando uno de los padres demanda detentar el cuidado personal y el otro solicita que este sea compartido y el juez concede este último.

En suma, prima una vez más la autonomía de la voluntad de las partes, de modo que la autoridad judicial solo intervendrá en defecto de acuerdo.

En ese sentido se ha dicho⁶⁹ que el pedido de cuidado personal unilateral de dos niños realizado por el padre debe rechazarse, y que en su lugar corresponde disponer que el cuidado de aquellos sea con la modalidad compartida e indistinta y la residencia principal en el domicilio paterno, pues la incomparecencia de la progenitora al proceso y el contacto no frecuente con sus hijos no son circunstancias que permitan resolver la causa sobre la base de la excepción que marca el artículo 653, ni tampoco se infiere de la escucha personal que la forma de cuidado requerida sea la que mejor haga al interés superior de los niños.

Una cuestión importante que se plantea, y nos da la oportunidad de reflexionar, es la relación –si es que la hay– entre la obligación alimentaria y la modalidad de cuidado personal adoptada.⁷⁰ Sobre el particular, el artículo 666 fija las pautas a tener en cuenta en relación con la obligación alimentaria cuando el cuidado personal es compartido.

En efecto, el criterio que define la procedencia y extensión de la cuota alimentaria en los casos de cuidado compartido es estrictamente objetivo, y está relacionado con el nivel patrimonial de cada uno de los progenitores. De este modo, se desliga esta obligación de la circunstancia de con quién convive el hijo, solución que favorece la posibilidad de alcanzar acuerdos de cuidado

⁶⁸ BERROCAL LANZAROT, Ana Isabel, "Los criterios para la atribución del régimen de guarda y custodia compartida", *La Ley Derecho de Familia*, No. 3, 2014, p. 36.

⁶⁹ Juzg. Flia. 2ª Nom. de Córdoba, 12/03/2019, "G. C., G. F. S. c. P., E. J. s/ tenencia", *La Ley online*, cita: AR/JUR/5442/2019.

⁷⁰ Puede verse GRILLO, Juana, "La obligación alimentaria de los progenitores y la modalidad del cuidado personal. ¿Debe tenerse en cuenta el tiempo que cada progenitor dedica al hijo?", *DFyP*, octubre 2019 p. 69; y LAMM, Eleonora, "El valor económico del trabajo de cuidado en materia de alimentos. La importancia de la inclusión de la perspectiva de género en el Código Civil y Comercial", *Revista de Derecho de Familia*, 2017-78, p. 63.

compartido, ya que uno de los grandes inconvenientes advertidos desde la práctica profesional al momento de plantear un acuerdo de cuidado compartido fue el temor a no poder contar con el pago de una cuota alimentaria para satisfacer las necesidades del hijo, debido a la disparidad de recursos de los progenitores.⁷¹

Justamente, el CCyC pretendió neutralizar este efecto, en el entendimiento de que la obligación alimentaria que se deriva de la responsabilidad parental no está directamente relacionada con el cuidado personal compartido⁷². Así, es posible que ambos progenitores comparten con sus hijos una cantidad de tiempo similar, uno de ellos esté obligado a pasar una cuota alimentaria al otro al contar con mayores ingresos.⁷³

4.3.3. Impuesto por el juez cuando ambos padres lo piden para sí

Esta hipótesis se presenta cuando los padres no han logrado acordar cómo compartirán la crianza de sus hijos y, ante esta imposibilidad eligen litigar. Ante esta situación, el juez resuelve otorgar el cuidado compartido pese a que no ha sido solicitado por ninguno de ellos.

Como se adelantó, la regla es el cuidado compartido y la excepción, el unilateral. A su turno, el art. 651 establece que a pedido de los padres, de uno de ellos, o de oficio, el juez otorgará, como primera alternativa⁷⁴, el cuidado compartido del hijo con la modalidad indistinta, excepto que no sea posible o resulte perjudicial para este último.

Si bien es cierto que el cuidado compartido exige una especial predisposición psicológica de ambos progenitores, el CCyC le otorga un carácter preferente y

⁷¹ PELLEGRINI, María Victoria, "Comentario al art. 666", en Sebastián Picasso, Marisa Herrera y Gustavo Caramelo (dirs.), *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, 2015, p. 515.

⁷² HERRERA, Marisa, en Luis Lorenzetti (dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado*, tomo IV, p. 434. Allí se señaló que "la tésis de la norma es que el cuidado personal compartido no puede ni debe ser usado de manera extorsiva, básicamente, para eludir obligaciones alimentarias que permitirían que el hijo pueda gozar de una calidad de vida similar con los dos progenitores". CNCiv., sala B, 13/09/2018, "G., J. y otros c. F., P. D. s/ alimentos", *Revista DFyP*, noviembre 2018, p. 59.

⁷³ STJ Corrientes, 13/02/2019, "J., R. A. c/ L., J. M. s/ alimentos", *Revista Derecho de Familia*, 2019-V, p. 178; La Ley Litoral, 2019 (octubre), p. 7.

⁷⁴ Vid. ROTONDA, Adriana E., "El cuidado personal compartido como regla preponderante en las sentencias", *Revista Derecho de Familia*, 2017-IV, p. 127; cita online: AR/DOC/3805/2017.

permite que el juez lo pueda otorgar de oficio⁷⁵, obviamente, cuando ello sea lo más beneficioso para el interés superior de los hijos. Ahora bien, si se constata que este régimen es lo más favorable a dicho interés, no constituye óbice alguno que ninguno de los padres lo haya solicitado.⁷⁶

Puede ocurrir también ante el supuesto en que ambos progenitores solicitan el cuidado unipersonal, con oposición del otro,⁷⁷ pero el tribunal decide otorgar el cuidado compartido, en función del interés superior del niño. Así se dispuso, a la luz del código derogado, el cuidado compartido como una alternativa superadora de una situación conflictiva entre los padres⁷⁸ cuando no existen elementos para decidir en forma definitiva, o cuando ninguno de los progenitores haya acreditado mayor idoneidad que el otro.

En ese orden de ideas se apuntó que si se otorga el cuidado con exclusividad a uno de los padres, estos y el propio hijo percibirán quién fue el triunfador y quién fue el derrotado, a pesar del esfuerzo y la resignación que realice o soporte el padre “perdedor”, en aras de la felicidad del niño. Lo lógico, más beneficioso y hacia donde deben volcarse todos los esfuerzos para el avance de

⁷⁵ Puede verse RUIZ DE LA CUESTA FERNÁNDEZ, Soledad, “La atribución de la custodia compartida en supuestos de violencia intrafamiliar”, *Práctica de Tribunales*, No. 100, 2013, p. 3; HERRANZ GONZÁLEZ, Agustina, “Revisión jurisprudencial de la guarda y custodia compartida e interés del menor: novedades en torno a la futura ley de corresponsabilidad parental”, *Revista de Derecho UNED*, No. 14, 2014, p. 316; ALBERRUCHE DÍAZ-FLORES, María Mercedes, “Atribución de la guarda y custodia del menor a un tercero, no a sus progenitores”, *La Ley Derecho de Familia*, No. 3, 2014, p. 76; BONACHERA VILLEGAS, Raquel, “La atribución de la guarda y custodia compartida”, *Práctica de Tribunales*, No. 108, 2014, p. 7; y BERROCAL LANZAROT, Ana Isabel, “Los criterios para la atribución del régimen de guarda y custodia compartida”, *La Ley Derecho de Familia*, No. 3, 2014, p. 37; entre otros.

⁷⁶ Así, el caso resuelto por la Suprema Corte de la provincia de Buenos Aires en fecha 05/12/2007, en el que se dispuso la *tenencia* compartida de manera “forzada”, aún sin haber sido solicitada por uno de los progenitores. SCBA, 05/12/2007, *La Ley Buenos Aires*, febrero 2008, p. 50; y *La Ley Buenos Aires*, mayo 2008, p. 367.

⁷⁷ C. Civ. y Com. Azul, sala 1ª, 8/05/2003, *La Ley Buenos Aires*, 2003, p. 997; sala 2ª, 4/06/2001, *La Ley Buenos Aires*, 2001, p. 1425; y CNCiv., sala B, 28/11/2007, “O., J. M. v. V., M. P.”, *La Ley*, 21/2/2008, cita online: AR/JUR/7881/2007, entre otros.

⁷⁸ Así se ha dicho: “deben los padres, en aras del bienestar del niño, de su interés y con el cargo que impone una maternidad y paternidad responsable, realizar lo posible más allá de los motivos de su distanciamiento como pareja, que el niño disfrute de la compañía de ambos padres, conforme a los roles que a cada uno corresponde, lo que incidirá en su seguridad relaciones parentales y sociales que harán a su formación integral”. C. Civ. Com. y Minería San Juan, sala 1ª, 05/06/2012, “A. V. E. M. c. O. G. M.”, *La Ley Gran Cuyo*, septiembre 2012, p. 821.

la maduración intelectual del niño, es tratar de lograr que el único ganador sea él y que no haya “perdedores”.⁷⁹

Ahora bien, este régimen no puede ser impuesto a una situación de hecho que se manifieste como abiertamente contraria a tal decisión, como en el caso de aparecer configuradas por la propia actitud de los progenitores que impiden, con los conflictos irresueltos entre ellos, asumir en conjunto el cuidado y decisión sobre sus hijos.⁸⁰

4.4. PAUTAS PARA LA DETERMINACIÓN JUDICIAL DEL CUIDADO PERSONAL

La doctrina y la jurisprudencia plantean algunos parámetros que sirvan tanto a las partes como al juez para valorar si concurren las circunstancias necesarias para establecer este sistema de cuidado personal compartido. El factor común a todos ellos son las adecuadas capacidades de los padres para el ejercicio de sus responsabilidades en el futuro.

A su vez, todos estos criterios y elementos de valoración deben ser apreciados teniendo siempre en cuenta el interés superior del niño, que es el fin último al que debe atender el juez al adoptar su decisión sobre la determinación del régimen de cuidado personal.

En el derecho comparado, las leyes de distintas entidades autonómicas españolas recogieron un listado de los criterios orientativos que deberá valorar el judicante, entre los que pueden mencionarse los posibles acuerdos existentes entre los progenitores; la opinión de los hijos; su edad; su arraigo social, escolar y familiar; el número de hijos; el principio por el cual se intenta evitar separar a los hermanos; la aptitud de los padres; el cumplimiento de sus obligaciones; la dedicación pasada a la familia; la relación existente entre las partes; la vinculación afectiva de los hijos con cada progenitor; la ubicación de las residencias habituales de los progenitores; las posibilidades de conciliación de la vida laboral y familiar de los padres; la disponibilidad temporal de cada uno de ellos; la predisposición para permitir que el hijo se relacione con el otro progenitor; y los informes de especialistas; entre otros.⁸¹

⁷⁹ ST Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur, 8/10/1997, *La Ley*, 1998-F-569; y Trib. de Familia n° 1 La Plata, 23/12/2003, *Revista Derecho de Familia*, 2005-I, p. 87.

⁸⁰ C. Apel. Flia. de Mendoza, 31/07/2015, “C., M. L. c. S., C. N. s/ tenencia”, *La Ley Gran Cuyo*, diciembre 2015, p. 1234.

⁸¹ A modo ejemplificativo, puede traerse a colación el artículo 80.2 del CDF de Aragón, el artículo 233-11.1, Código civil de Cataluña, el artículo 3.3 de la Ley Foral navarra 3/2011 y el artículo 9.3 de la ley 7/2015 del País Vasco.

En igual sentido, algunos regímenes como el francés⁸² o el inglés⁸³ también contienen un detalle de diversos elementos de valoración a la hora de evaluar el régimen adecuado. Ninguna de las normas citadas establece un orden de prelación, por lo que algunos autores entienden que deben ser tenidos en cuenta en su conjunto.⁸⁴

4.4.1. El derecho del niño a ser oído

Este elemento de valoración guarda una estrecha conexión con el derecho que tiene el niño/a o adolescente a ser oído en la adopción de decisiones que puedan afectarlo, ampliamente reconocido. Este derecho es una manifestación del principio del interés superior del niño.⁸⁵

El derecho del niño/a o adolescente a ser escuchado surge del bloque de constitucionalidad federal, y se encuentra enmarcado en uno más amplio que es su derecho a participar, entendiéndose como el deber de tener en cuenta su opinión al momento de la decisión. Este derecho fue receptado por el artículo 12 de la CDN y los artículos 3, inc. b), 24 y 27 de la Ley 26.061, por lo que ya no es una facultad del juzgador, sino una obligación.

⁸² El *Code Civil* francés prevé una lista de criterios en su artículo 373.2.11, que incluye los siguientes: la práctica que los padres hubieran seguido o los acuerdos a los que hubieran podido llegar anteriormente; los sentimientos expresados por el hijo menor en las condiciones previstas en el artículo 388.1; la aptitud de cada uno de los padres para asumir sus deberes y respetar los derechos del otro; el resultado de los informes efectuados, en su caso, teniendo en cuenta, en especial, la edad del hijo; los datos que se hubieran recogido en las posibles investigaciones y contra investigaciones sociales previstas en el artículo 373.2.12; y la presión o la violencia ejercida por uno de los padres contra el otro.

⁸³ A su turno, el derecho inglés también le indica al juez los criterios que deberá valorar al adoptar el régimen de guarda y custodia. Así, la *Part. 1, Section 1 (3)* de la *Children Act de 1989* prevé un detalle de criterios a los que denomina *Welfare Checklist* (Lista de bienestar), y menciona los siguientes: los deseos y sentimientos del menor, teniendo en cuenta su edad y madurez; sus necesidades físicas, emocionales y educativas; los efectos que el cambio de circunstancias pueda tener sobre el menor; la edad, sexo, antecedentes y cualquier otra característica del menor que el tribunal considere relevante; cualquier daño padecido o que pueda padecer el menor; la capacidad de cada uno de los progenitores o de otras personas que el tribunal considere relevantes para satisfacer sus necesidades; y la extensión de los poderes al alcance del juez de acuerdo con esta Ley en el procedimiento en cuestión.

⁸⁴ RUIZ CALLADO, Raúl y Rafael ALCÁZAR RUIZ, "Factores determinantes en la atribución de la custodia compartida. Un estudio sociológico en los Juzgados de Familia", en María del Mar Venegas Medina y Diego Becerril Ruiz (coords.), *La custodia compartida en España*, p. 111.

⁸⁵ LATHROP GÓMEZ, Fabiola, *Custodia compartida de los hijos*, cit., p. 110; y BERROCAL LANZAROT, Ana Isabel, "La audiencia del menor en los procesos judiciales", *La Ley Derecho de Familia*, No. 7, 2015, p. 1; entre otros.

Cecilia GROSMAN⁸⁶ señaló que la participación del hijo en la decisión sobre su cuidado, con las diversas formas que aquella pueda adoptar según la edad del niño, asegura el respeto a su persona y su condición protagónica. El interés del hijo, principio rector para otorgar la guarda, se determina considerando las necesidades de las cuales se puede tener conocimiento –entre otros elementos–, tomando contacto con aquel, o sea, escuchándolo. La comunicación con el niño o adolescente puede concretarse de diversas maneras de acuerdo con su evolución y grado de madurez; este último dato determinará la gravitación de la voluntad del hijo sobre la resolución judicial.

La autoridad parental debe contribuir al desarrollo de la autonomía progresiva del niño, a través de acciones dirigidas, por un lado, a escucharlos para descifrar sus necesidades y representarlos lo más fielmente posible, y por el otro, intentando que cada niño sea su propio portavoz, tratando de que este decida con la mayor libertad posible, sin querer sustituirlo en su voluntad. No obstante, es sabido que no siempre lo que los padres deciden es lo mejor para sus hijos. Justamente por ello, es tan importante escucharlos.⁸⁷

Ahora bien, el juez deberá valorar la opinión del niño y armonizarla con los restantes elementos de la causa, a fin de no transformarlo en un árbitro de cuestiones que están más allá de su decisión y responsabilidad. Es unánime la tesis que considera que la opinión del niño no es vinculante para el judicante,⁸⁸ toda vez que los deseos expresados no siempre van a coincidir con su interés real.⁸⁹ Por ello, el derecho a ser oído no debe ser confundido con el derecho a decidir, que corresponde exclusivamente al juez.

Así, se ha dicho que *“la sentencia que resuelve otorgar a los padres de un adolescente el cuidado personal compartido indistinto, con residencia principal en el domicilio de su madre debe confirmarse, aun cuando aquel haya manifestado que*

⁸⁶ GROSMAN, Cecilia P., “La opinión de los hijos en las decisiones sobre tenencia”, *ED*, pp. 107-1019.

⁸⁷ CULACIATI, Martín Miguel, “El derecho de los niños y adolescentes a ser oídos en los procesos de familia”, *Revista Derecho de Familia y Persona*, No. 5 (junio), La Ley, Buenos Aires, 2010, p. 26 y ss.

⁸⁸ LÁZARO GONZÁLEZ, Isabel A., Alberto SERRANO MOLINA y Marta SAINZ TORRES, “Ni vencedores ni vencidos en la guerra por los hijos, padre y madre compartiendo la custodia”, *Crítica*, No. 928, septiembre-octubre 2005 p. 28; BERROCAL LANZAROT, Ana Isabel, “La audiencia del menor...”, *cit.*, p. 9.

⁸⁹ ROMERO COLOMA, Aurelia María, “La modificación del régimen de guarda y custodia por la voluntad del hijo”, *La Ley*, No. 7600, 2011, tomo 2, p. 1576.

*le gustaría vivir con su padre y visitar a su madre, pues, si bien la opinión del menor debe ser tenida en cuenta para resolver, no es vinculante para el juez.*⁹⁰

Ahora bien, el hecho de que la opinión del hijo no resulte determinante, no significa que no deba tenerse en cuenta; lo que ocurre es que deberá ser valorada junto al resto de elementos probatorios. Además, las apreciaciones y valoraciones del menor acerca de la conducta de cada uno de sus progenitores pueden resultar muy útiles para que el juez pueda conocer la realidad familiar con más precisión.⁹¹

4.4.2. La recomendación de no separar a los hermanos

La separación de los hermanos tiene y debe tener carácter excepcional. De hecho, el principio general será que los hermanos permanezcan juntos tras la ruptura conyugal.

Así, se ha dispuesto que el cuidado personal de los hijos debe ser compartido mediante la modalidad indistinta, dado que, de tomarse otra decisión, importaría la separación de uno de los niños del grupo familiar en el cual se encuentran sus hermanos.⁹²

La jurisprudencia mayoritaria tiene dicho que resulta conveniente que los hermanos, más aún si son menores de edad, vivan y crezcan juntos,⁹³ pues eso hace al amparo de un factor tan importante como es la identidad familiar, expresión en definitiva de un derecho personalísimo que les asiste.⁹⁴ De hecho, la convivencia de los hermanos hace a su mejor formación y coadyuva a la consolidación de los lazos familiares y a la unidad educativa.⁹⁵

No obstante, podemos encontrar algunos casos en los que dicha separación no solo no sea perjudicial para los niños o adolescentes, sino que resulte lo más

⁹⁰ C. Civ., Com., Lab. y de Minería de General Pico, sala B, 19/12/2019, "C., C. A. c. C., M. L. s/ cuidado personal", *La Ley online*, cita: AR/JUR/61252/2019.

⁹¹ ROMERO COLOMA, Aurelia María, "La modificación del régimen de guarda y custodia...", *cit.*, p. 1576.

⁹² CNCiv., sala C, 07/08/2017, "D. J. L. c. G. G. E. s/ tenencia de hijos", *La Ley*, 2017-F, p. 106; *Revista DFyP*, junio 2018, p. 51; y cita online: AR/JUR/70846/2017.

⁹³ Juzg. Paz Letr. Villa Gesell, 5/5/2003, *La Ley Buenos Aires*, 2003, p. 1071.

⁹⁴ C. Civ. y Com. San Isidro, sala 1ª, 28/12/2004, JUBA sumario B1751126.

⁹⁵ C1ª Civ. y Com. Mar del Plata, sala 2ª, 17/8/1994, JUBA sumario B1401163.

conveniente.⁹⁶ A modo ejemplificativo, se ha decidido optar por la separación de los hermanos en supuestos en los que existía una gran diferencia de edad entre ellos, o cuando estos habían manifestado su deseo de vivir separados, o cuando la convivencia separada de los hermanos había venido siendo habitual en el caso concreto, o bien cuando existía una incompatibilidad fraternal o paterno-filial grave, entre otras hipótesis.

En definitiva, el principio analizado posee una importante excepción, en tanto la unidad de los hermanos no afecte el interés superior del niño.⁹⁷

Ahora bien, incluso en los supuestos excepcionales en los que el juez decida la separación de los hermanos por considerarlo conveniente a su interés superior, debe garantizarse el derecho de estos a seguir relacionándose entre sí.

4.4.3. La aptitud de los progenitores

La aptitud de los progenitores debe entenderse referida a la capacidad natural que tienen los padres para asumir el cuidado de sus hijos menores de edad.⁹⁸ Esta aptitud de ambos padres se presume mediante una presunción *iuris tantum*, que quedará desvirtuada cuando se acredite la existencia de alguna circunstancia que menoscabe la mentada aptitud.

Entre los supuestos más frecuentes en los que dicha aptitud puede quedar de lado, la doctrina suele mencionar la existencia de enfermedades de carácter psíquico.⁹⁹ Si bien en algunas ocasiones pueden alegarse minusvalías físicas, no resulta ocioso señalar que la Convención internacional sobre los derechos

⁹⁶ Vid. CASTILLO MARTÍNEZ, Carolina del Carmen, "La determinación en la guarda y custodia de los menores en los supuestos de crisis matrimonial o convivencial de sus progenitores: especial consideración de la guarda y custodia compartida tras la Ley 15/2005, de 8 de julio", *Actuallidad Civil*, No. 15, 2007, p. 1742.

⁹⁷ C. Civ. y Com. Resistencia, sala 4ª, 10/2/2009, "Z., A. v. M., R. M.", *La Ley online*, cita: AR/JUR/147/2009. Allí se dijo que frente al principio de inseparabilidad de los hermanos debe prevalecer el interés del niño y su reclamo, que debe ser atendido frente a cualquier otra consideración, a menos que existan motivos importantes que justifiquen una decisión contraria.

⁹⁸ CALLIZO LÓPEZ, María Ángeles, "Breve análisis de los factores legales a ponderar por el/la juez al decidir sobre el régimen de guarda y custodia de los hijos en Aragón", *Aequalitas. Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*, No. 30, 2012, p. 30; y MARTÍNEZ CALVO, Javier, "Determinación del régimen de guarda y custodia: criterios jurisprudenciales (A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo nº 257/2013, de 29 de abril)", *La Ley Derecho de Familia*, mayo, 2015, p. 7.

⁹⁹ Vid. LATHROP GÓMEZ, Fabiola, *Custodia compartida de los hijos*, cit., p. 501.

de las personas con discapacidad reconoce explícitamente su derecho a ejercer las funciones de guarda sobre sus hijos menores de edad, y a no ser separados de estos en razón de su discapacidad (*vide* artículo 23.2 y 23.4).

Algunos autores han considerado como falta de aptitud de un progenitor el hecho de padecer algún tipo de adicción; pero inclusive en estos supuestos, es necesario que ello incida en su capacidad para atender correctamente las necesidades de su hijo.

4.4.4. Cumplimiento de sus obligaciones por parte de los progenitores

Una pauta que suele apuntar la doctrina es la relativa al cumplimiento de sus obligaciones por parte de los padres;¹⁰⁰ esto es, que el juez deberá valorar cómo ha sido la contribución de cada progenitor al cuidado de sus hijos. Para ello analizará el modo en el que los padres han contribuido a tal efecto en dos momentos: durante la convivencia y una vez que ha cesado.

El objeto de este parámetro es el mantenimiento del *statu quo* anterior a la ruptura, y permite al juez ponderarlo para condicionar la modalidad de cuidado personal a adoptar, en el entendimiento de que un progenitor que no se ha ocupado del cuidado de sus hijos durante la convivencia pretenda posteriormente el otorgamiento de un régimen compartido. Ahora bien, este criterio será valorado para el otorgamiento del régimen de cuidado en aquellos casos en que la contribución anterior por parte de uno y otro haya sido muy disímil; y aun en estos supuestos, debe analizarse que esta contribución desigual no encuentre justificación en un acto expreso o tácito de los propios progenitores.

Por lo demás, el grado de cumplimiento de sus obligaciones por parte de los padres cuando ha cesado la convivencia es una muestra de la predisposición de cada uno de ellos para continuar atendiendo correctamente a sus hijos. Entre las faltas más frecuentes se suele mencionar la desatención del hijo, aunque en algunas ocasiones también se han considerado otros incumplimientos (*v.gr.*, la mayor predisposición de uno de los padres para permitir las relaciones del hijo con el otro).

¹⁰⁰ MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús, "De los efectos comunes la nulidad, separación y divorcio", en Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), *Comentarios al Código Civil*, p. 213. En sentido contrario, puede verse RUIZ-RICO RUIZ, Catalina, "Hacia la corresponsabilidad como derecho constitucional en las relaciones familiares: la custodia compartida", en Domingo Jiménez Liébana (coord.), *Estudios de Derecho Civil en Homenaje al Profesor José González García*, pp. 1397 y 1399.

4.4.5. Disponibilidad temporal de cada progenitor y posibilidades de conciliación de la vida laboral y familiar

La disponibilidad temporal de cada progenitor para atender a sus hijos con posterioridad al cese de la convivencia deberá ser tenida en cuenta por el juez para la determinación del régimen de cuidado personal. Ello guarda estrecha relación con su situación profesional y sus posibilidades de conciliación de la vida familiar y laboral. De este modo, debe analizarse el tiempo real con el que cuenta cada progenitor para atender a su hijo, algo que está determinado sobre todo por sus obligaciones laborales, pero también por otros factores como las actividades de ocio y compromisos sociales.¹⁰¹

Las dificultades se plantean especialmente en aquellos casos en los que alguno de los progenitores tenga un horario o condiciones laborales (*v.gr.*, jornadas laborales muy largas, turnos rotatorios, desplazamientos continuos¹⁰²) que dificulten la asunción de las obligaciones inherentes al cuidado personal. Sin perjuicio de la valoración negativa que podría conllevar, en algunas ocasiones, ello no es óbice para atribuir el cuidado unilateral¹⁰³ o para determinar el cuidado personal compartido.

En cualquier caso, el cuidado compartido exige que ambos progenitores puedan conciliar la vida laboral y familiar. Su ocupación laboral deberá compatibilizarse con las actividades de sus hijos. A todo evento, es determinante el número de hijos y su edad, atento a que las distintas etapas evolutivas de los niños y adolescentes están sujetas a grandes cambios.

4.4.6. Relaciones de las partes entre sí

El tipo de relación que mantienen los progenitores puede ser especialmente relevante para la determinación de un régimen de cuidado compartido, toda vez que la existencia de una buena relación entre ellos favorece el correcto desenvolvimiento de aquel.

¹⁰¹ GONZÁLEZ DEL POZO, Juan Pablo, "Análisis crítico de las medidas judiciales a adoptar, ante la falta de acuerdo de los progenitores, en la llamada Ley de Custodia Compartida de Aragón", *La Ley*, No. 7537, 2010, tomo 5, pp. 1945/1946.

¹⁰² GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina, "La custodia compartida alternativa: un estudio doctrinal y jurisprudencial", *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, No. 2, 2008, p. 20.

¹⁰³ PÉREZ RUFÍAN, Laura, "La jornada laboral del padre no puede ser un obstáculo para la custodia compartida", *Revista de derecho de familia*, No. 64, 2014, p. 308.

No obstante, esta pauta no posee una interpretación pacífica. En España, por ejemplo, la cuestión ha dado lugar a amplias controversias. Mientras que una corriente se opone al otorgamiento del cuidado compartido en aquellos casos en los que las relaciones entre los progenitores no son buenas, no existe la suficiente comunicación o cooperación,¹⁰⁴ o existe cierto grado de conflictividad;¹⁰⁴ otra línea de pensamiento considera que ella no es determinante,¹⁰⁵ ya que los conflictos son inherentes a toda crisis matrimonial contenciosa.

En una postura intermedia que promueve la determinación del cuidado compartido, aunque la relación entre los progenitores no sea buena, el Tribunal Supremo español dispuso que *“las relaciones entre los cónyuges por sí solas no son relevantes ni irrelevantes para determinar la guarda y custodia compartida. Sólo se convierten en relevantes cuando afecten, perjudicándolo, el interés superior del menor”*.¹⁰⁶

Distintos son aquellos supuestos en los que la relación existente entre las partes va más allá de la conflictividad, apareciendo conductas constitutivas de violencia doméstica. De hecho, es una cuestión que adquiere suma importancia en torno al cuidado personal, debido al impacto negativo que tiene sobre el interés superior del niño.

4.4.7. Estabilidad de los hijos y lugar de residencia de los progenitores¹⁰⁷

Cuando se produce la ruptura de una pareja con hijos, es común que la estabilidad de estos últimos se vea comprometida, por los inevitables cambios que se producirán en su estilo de vida.¹⁰⁸ De allí que resulta necesario minimizar las posibles perturbaciones que estos cambios puedan causar en el menor.¹⁰⁹

¹⁰⁴ MESSÍA DE LA CERDA BALLESTEROS, Jesús A., “El tratamiento de la custodia compartida...”, *cit.*, p. 7; VILLAGRASA ALCAIDE, Carlos, “Valoración de la normativa catalana...”, *cit.*, pp. 18 y 19, entre otros.

¹⁰⁵ LATHROP GÓMEZ, Fabiola, *Custodia compartida de los hijos*, *cit.*, pp. 464 y 465; y VARELA ÁLVAREZ, Carmen, “Custodia compartida”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, No. 870, 2013, p. 3.

¹⁰⁶ *Vid.* Superior Tribunal de Justicia español, sentencia del 22 de julio de 2011, Ar. RJ 2011\5676.

¹⁰⁷ *Vid.* por todos, DE LORENZI, Mariana y Nora LLOVERAS, “Cambio de residencia de los hijos menores de edad. Preguntas y respuestas”, *Revista DFyP*, mayo 2019, p. 17.

¹⁰⁸ DE DIOS PÉREZ, Juan Francisco, “El impacto en los hijos de la separación de la pareja y su relación con la modalidad individual o compartida de custodia”, *La Ley Derecho de Familia*, No. 11, 2016, p. 2.

¹⁰⁹ DELGADO DEL RÍO, Gregorio, *La custodia de los hijos...*, *cit.*, p. 152.

La estabilidad de los niños o adolescentes presenta dos dimensiones: una física y otra emocional o afectiva.¹¹⁰ La estabilidad física se relaciona con el mantenimiento del mismo lugar de residencia, mientras que la estabilidad emocional tiene que ver con la conservación de las relaciones del niño o adolescente –con uno y otro progenitor, con la familia extensa, con los compañeros de colegio y con su círculo de amigos–. De allí que la estabilidad del hijo está condicionada por la conservación, en la medida de lo posible, de la situación preexistente al cese de la convivencia de sus progenitores.

Actualmente, es pacífica la opinión en torno a que el cuidado compartido no supone en sí mismo una alteración de la estabilidad del niño o adolescente. No obstante, ello no implica que no haya algunos casos en los que la determinación del sistema de cuidado compartido pueda poner en riesgo la pretendida estabilidad o *statu quo*.

Ello suele ocurrir cuando uno de los progenitores fija su nueva residencia en un lugar lejano, atento a que para hacer efectiva la estabilidad física y emocional de los hijos resulta conveniente que continúen residiendo en el mismo lugar en que lo venían haciendo.¹¹¹

Cabe traer a colación un fallo¹¹² donde se dispuso que el cuidado personal de los hijos debe ser otorgado unilateralmente a favor de su progenitora, ello por cuanto el centro de vida de los jóvenes se encuentra consolidado en la ciudad donde residen (en una provincia distinta en la que reside su padre).

La ubicación de los domicilios de los progenitores es uno de los criterios a valorar al momento de la determinación del régimen,¹¹³ para no comprometer la necesaria estabilidad de los hijos. En efecto, la corriente mayoritaria entiende que no es conveniente el otorgamiento de un sistema de cuidado compartido

¹¹⁰ LATHROP GÓMEZ, Fabiola, *Custodia compartida de los hijos*, cit., p. 518; DE TORRES PEREA, José Manuel, "Custodia compartida: una alternativa exigida por la nueva realidad social", en *InDret*, No. 4, 2011, p. 24.

¹¹¹ Vid PíCONTÓ NOVALES' Teresa, "Ruptura familiar y coparentalidad: Un análisis comparado", en Teresa Picontó Novales (ed.), *La Custodia Compartida a Debate*, p. 68.

¹¹² C. Civ. y Com. Salta, sala I, 31/08/2018, "P. T., M. B. c. V., L. D. s/ cuidado personal de hijos", *Revista DFyP*, junio 2019, p. 248; *La Ley online*: AR/JUR/89912/2018.

¹¹³ "La 'tenencia' conjunta funciona cuando ambos padres viven en el mismo vecindario, o al menos en la misma ciudad, en la medida en que puedan cooperar en las cuestiones referentes a la educación de los hijos" ("Mc. Dougal v. Mc. Dougal", West Virginia, 1992, *Family Law Quarterly*, No. 4, 1993, citado en *Revista de Derecho de Familia*, 1995-9-194).

cuando no existe cierta proximidad entre los domicilios de los padres,¹¹⁴ pues ello conllevaría el cambio de rutinas, hábitos y actividades de los hijos, e incluso en algunos supuestos, puede incluir cambios de colegio y amistades.¹¹⁵

Así, se ha dispuesto¹¹⁶ que la responsabilidad parental del hijo adolescente debe estar en cabeza de ambos padres, pero el lugar de residencia debe ser con la madre en Buenos Aires y no con su padre en Mar del Plata. En el caso debe considerarse la resistencia del hijo al contacto con la nueva familia paterna, así como la importancia de los lazos de amistad y afectivos logrados por el joven en la ciudad, que se verían desplazados ante un cambio de residencia.

4.4.8. Posibles riesgos para la salud y formación del hijo

Otro de los aspectos a valorar en la determinación del régimen de cuidado personal es la existencia de posibles riesgos para la salud y la formación del niño o adolescente.

Puede suceder que el hijo padezca algún tipo de discapacidad que exija una especial dedicación,¹¹⁷ y en este supuesto deberían valorarse las posibilidades que tienen ambos progenitores para proporcionársela, o en su caso, que se requiera que permanezca siempre en el mismo domicilio.

5. A MODO DE CIERRE

El CCyC argentino iguala la jerarquía de los padres, revalorizando el principio de la coparentalidad, pero va más allá de una transformación legal, pues se constituye en una herramienta útil para modificar creencias y eliminar estereotipos. Pero al mismo tiempo pretende fomentar la intensidad y la profundidad

¹¹⁴ GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina, "La custodia compartida alternativa...", *cit.*, pp. 19 y 20; LATHROP GÓMEZ, Fabiola, *Custodia compartida de los hijos*, *cit.*, p. 192; PINTO ANDRADE, Cristóbal, "La custodia compartida en la práctica judicial...", *cit.*, p. 163; MECO TEBAR, Fabiola, "La alternancia y cercanía de domicilios...", *cit.*, p. 591.

¹¹⁵ El cambio de domicilio y de establecimiento educativo de los hijos efectuado por la progenitora sin comunicarlo debe mantenerse, porque es necesario proteger el interés superior de los niños (quienes ya se encuentran adaptados al nuevo colegio en la nueva localidad). CNCiv., sala H, 28/08/2018, *Revista Derecho de Familia*, 2019-V, p. 286.

¹¹⁶ Juzg. Flia. n° 5 Mar del Plata, 26/06/2017, en autos "M., P. R. c/ A., E. s/ cuidado personal de hijos", *La Ley*, cita online: AR/JUR/103053/2017.

¹¹⁷ *Vid.* MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, Luis, "La custodia compartida derivada de las crisis matrimoniales en la legislación valenciana", en Matilde Cuena Casas, Luis Antonio Anguita Villanueva y Jorge Ortega Doménech (coords.), *Estudios de Derecho Civil en Homenaje al Profesor Joaquín Rams Albesa*, p. 1461.

afectiva de ambos padres para con sus hijos, de modo de instituirse como una defensa eficaz contra el abandono y el alejamiento.

El cuidado personal compartido constituye un régimen basado en los principios de coparentalidad y de corresponsabilidad parental.

Si hay un sistema en el que existe entre los progenitores un compromiso y colaboración mayores, este es el cuidado compartido.

En primer lugar, porque se garantiza que los hijos puedan disfrutar de ambos progenitores de forma similar; esto lleva a que sea menos traumático para aquellos, y los padres podrán seguir ejerciendo sus deberes y derechos, equiparados en cuanto a su tiempo libre para su vida personal y profesional, lo cual previene situaciones de dependencia en sus relaciones con los hijos. Asimismo, al compartir las cargas, los padres suelen adoptar una visión de conjunto con respecto a la educación y el desarrollo de los hijos, evitando disputas.

En segundo lugar, porque se impulsa el diálogo, toda vez que si los padres tienen que cooperar, se favorece que se llegue a acuerdos, sin que exista una dinámica de ganador-perdedor. El compartir lo positivo y lo negativo de la convivencia condiciona el futuro desarrollo de las relaciones dentro de una normalidad y estabilidad.

No obstante, aún queda camino por recorrer en favor de la naturalización y legitimación de la distribución compartida de las tareas de cuidado personal de los hijos, modificar socioculturalmente roles de género asignados a las tareas de cuidado y los prejuicios con los que carga quien acude a la justicia.

En definitiva, como decía Luis Díez-PICAZO,¹¹⁸ “el Derecho de Familia parece dirigido sobre todo hacia el mejor interés del hijo, probablemente porque tenemos un pobre concepto de la sociedad en la que vivimos, aspiramos a mejorarla y comprendemos que solo la mejoraremos en nuestros hijos”.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

FUENTES DOCTRINALES

ABBOUD CASTILLO, Neylia, “Cuidar de los hijos y las hijas: ¿Derecho irrenunciable e indelegable? Una reflexión a propósito del cuidado compartido”, *Revista Cubana de Derecho*, IV Época, No. 47, enero-junio 2016, UNIJURIS, La Habana.

¹¹⁸ Díez-PICAZO, Luis, “Derecho de familia y sociedad democrática”, revista *Arbor*, CLXXVIII, No. 702, junio 2004, pp. 313-321.

- ABBOUD CASTILLO, Neylia, *El cuidado compartido. Una propuesta viable*, 1ª ed., Olejnik, Santiago de Chile, 2018.
- ACUÑA SAN MARTÍN, Marcela, "El interés superior del niño y los estereotipos en las decisiones de cuidado personal", *Revista Derecho de Familia y Persona*, La Ley, diciembre, 2018.
- ALBERRUCHE DÍAZ-FLORES, María Mercedes, "Atribución de la guarda y custodia del menor a un tercero, no a sus progenitores", *La Ley Derecho de Familia*, No. 3, 2014.
- BARRIO GALLARDO, Aurelio, *Autonomía privada y matrimonio*, Reus, Madrid, 2016.
- BENTIVEGNA, Silvia, "La responsabilidad parental en el nuevo Código Civil y Comercial y su cotejo con la violencia familiar", 11/06/2015, cita Microjuris: MJ-DOC-7263-AR | MJD7263.
- BERROCAL LANZAROT, Ana Isabel, "La audiencia del menor en los procesos judiciales", *La Ley Derecho de Familia*, No. 7, 2015.
- BERROCAL LANZAROT, Ana Isabel, "El interés superior del menor y la atribución de la guarda y custodia", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, No. 746, 2014, Madrid.
- BERROCAL LANZAROT, Ana Isabel, "La atribución del uso de la vivienda familiar en la guarda y custodia compartida", *Revista general de legislación y jurisprudencia*, No. 4, octubre-diciembre, Reus, Madrid, 2015.
- BERROCAL LANZAROT, Ana Isabel, "Los criterios para la atribución del régimen de guarda y custodia compartida", *La Ley Derecho de Familia*, No. 3, 2014.
- BONACHERA VILLEGAS, Raquel, "La atribución de la guarda y custodia compartida", *Práctica de Tribunales*, No. 108, 2014.
- CALLIZO LÓPEZ, María Ángeles, "Breve análisis de los factores legales a ponderar por el juez al decidir sobre el régimen de guarda y custodia de los hijos en Aragón", *Aequalitas. Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*, No. 30, 2012.
- CASTILLO MARTÍNEZ, Carolina del Carmen, "La determinación en la guarda y custodia de los menores en los supuestos de crisis matrimonial o convivencial de sus progenitores: especial consideración de la guarda y custodia compartida tras la Ley 15/2005, de 8 de julio", *Actualidad Civil*, No. 15, 2007.
- CATALDI, Myriam, "El ejercicio de la responsabilidad parental y la noción de coparentalidad", en Supl. Esp. *Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Familia: Filiación y Responsabilidad Parental*, del 20/05/2015, La Ley, 2015-C, p. 127.
- CERVILLA GARZÓN, María Dolores, "Acuerdos prematrimoniales y matrimoniales con previsiones de ruptura que afecten a los hijos menores: reflexiones en torno a su eficacia", en *La Ley Derecho de Familia*, No. 11, 2016.

- CULACIATI, Martín Miguel, "El derecho de los niños y adolescentes a ser oídos en los procesos de familia", *Revista Derecho de Familia y Persona*, No. 5 (junio), La Ley, Buenos Aires, 2010.
- CULACIATI, Martín Miguel, "El largo camino hacia la coparentalidad. El fin de un matrimonio mas no el fin de una familia", *DFyP*, No. 9, La Ley, Buenos Aires, 2010, p. 96 y ss.
- CHECHILE, Ana M., "Patria potestad y tenencia compartida luego de la separación de los padres: desigualdades entre la familia intacta y el hogar monoparental", *Revista de Jurisprudencia Argentina*, 2002-III, p. 1308.
- CHECHILE, Ana María y Cecilia LÓPEZ, "El derecho humano del niño a mantener contacto con ambos progenitores. Alternativas en la atribución de la custodia y en el ejercicio de la autoridad parental. Su vinculación con los derechos fundamentales de padres e hijos", *La Ley Buenos Aires*, 2006-133.
- DE DIOS PÉREZ, Juan Francisco, "El impacto en los hijos de la separación de la pareja y su relación con la modalidad individual o compartida de custodia", *La Ley Derecho de Familia*, No. 11, 2016.
- DE LA IGLESIA MONJE, María Isabel, "Custodia compartida de ambos progenitores", *Revista critica de derecho inmobiliario*, año 83, No. 702, Madrid, 2007.
- DE LORENZI, Mariana, "Un dolor que no tiene precio. Prejuicios y derechos a la igualdad, a la identidad y a la vida privada y familiar", cita online: AP/DOC/2248/2012.
- DE LORENZI, Mariana y Nora LLOVERAS, "Cambio de residencia de los hijos menores de edad. Preguntas y respuestas", *Revista Derecho de Familia y Persona*, La Ley, mayo 2019.
- DELGADO DEL RÍO, Gregorio, *La custodia de los hijos. La guarda compartida: opción preferente*, Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor, Navarra, 2010.
- DÍEZ-PICAZO, Luis, "Derecho de familia y sociedad democrática", revista *Arbor*, CLXXVIII, No. 702, junio 2004, CSIC, Madrid, pp. 313-321, disponible en: <http://arbor.revistas.csic.es/index.php/arbor/article/view/569/570> [consultado el 18/12/2021].
- DOMINGO MONFORTE, José, "Custodia y nido compartido: todo cambia", *Actualidad Jurídica Aranzadi*, No. 891, 2014.
- ESCRIBANO TORTAJADA, Patricia, "Guarda y custodia compartida y atribución de la vivienda familiar", *Práctica de Tribunales*, No. 119, 2016.
- GODOY MORENO, Amparo, "La guarda y custodia compartida. Guarda conjunta y guarda alternativa", en Cristina de Andrés Irazábal y Gloria Hernández Catalán (coords.), *Diez años de Abogados de familia*, La Ley, Madrid, 2003.

- GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, María, "La vivienda familiar en caso de custodia compartida. Sus implicaciones en el Derecho de las cosas", *Revista crítica de derecho inmobiliario*, año 89, No. 736, Madrid, 2013.
- GRILLO, Juana, "La obligación alimentaria de los progenitores y la modalidad del cuidado personal. ¿Debe tenerse en cuenta el tiempo que cada progenitor dedica al hijo?", *Revista de Derecho de Familia y Persona*, La Ley, octubre 2019.
- GROSMAN, Cecilia P., "La opinión de los hijos en las decisiones sobre tenencia", *ED*, pp. 107-1019.
- GROSMAN, Cecilia P., "La tenencia compartida después del divorcio. Nuevas tendencias en la materia", *La Ley*, 1984-B.
- GROSMAN, Cecilia P., "El cuidado compartido de los hijos después del divorcio o separación de los padres: ¿Utopía o realidad posible?", en Aída Kemelmajer de Carlucci y Leonardo B. Pérez Gallardo (coords.), *Nuevos perfiles del derecho de familia*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2006.
- GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina, "La custodia compartida alternativa: un estudio doctrinal y jurisprudencial", *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, No. 2, 2008.
- HERRANZ GONZÁLEZ, Agustina, "Revisión jurisprudencial de la guarda y custodia compartida e interés del menor: novedades en torno a la futura ley de corresponsabilidad parental", *Revista de Derecho UNED*, No. 14, 2014.
- HERRERA, Marisa, "Coparentalidad - (des)igualdad. Hacia un feminismo emancipador en el derecho de las familias", en Aluminé Moreno, Diana Maffía y Patricia L. Gómez (comps.), *Miradas feministas sobre los derechos*, Jusbaire, Buenos Aires, 2019.
- HERRERA, Marisa, en Luis Lorenzetti (dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado*, tomo IV, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2014.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, "El derecho de familia en la República Argentina en los inicios del siglo XXI. Su inexorable proceso de constitucionalización y de adecuación a los tratados internacionales de derechos humanos", *Revista de Derecho Comparado –Derecho de Familia II–*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2005.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída y Marisa HERRERA, "Una voz autorizada del ámbito regional manda no discriminar en razón de la orientación sexual", *La Ley*, 2012-B.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, Marisa HERRERA y Nora LLOVERAS, *Tratado de Derecho de Familia según el Código Civil y Comercial de 2014*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2014.
- KRASNOW, Adriana, "La responsabilidad parental en el Anteproyecto de Reforma del Código Civil", *Jurisprudencia Argentina*, 2012-II-2.
- LAMM, Eleonora, "El valor económico del trabajo de cuidado en materia de alimentos. La importancia de la inclusión de la perspectiva de género en el Código Civil y Comercial", *Revista de Derecho de Familia*, 2017-78.

- LATHROP GÓMEZ, Fabiola, "Custodia compartida y corresponsabilidad parental: aproximaciones jurídicas y sociológicas", *La Ley*, No. 7206, 2009.
- LATHROP GÓMEZ, Fabiola, *Custodia compartida de los hijos*, La Ley, Madrid, 2008.
- LÁZARO GONZÁLEZ, Isabel A., Alberto SERRANO MOLINA y Marta SAINZ TORRES, "Ni vencedores ni vencidos en la guerra por los hijos, padre y madre compartiendo la custodia", *Crítica*, No. 928, septiembre-octubre 2005.
- LLOVERAS, Nora y Marcelo SALOMÓN, *El derecho de familia desde la Constitución Nacional*, Ed. Universidad, Buenos Aires, 2009.
- MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, María Teresa, "Consecuencias personales y patrimoniales de la guarda y custodia", *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, No. 22, 2009.
- MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús, "De los efectos comunes la nulidad, separación y divorcio", en Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), *Comentarios al Código Civil*, 3ª ed., Aranzadi Thomson Reuters, 2009.
- MARTÍN MONTALBÁN, Alicia, "Construyendo la custodia compartida entre todos", en María del Mar Venegas Medina y Diego Becerril Ruiz (coords.), *La custodia compartida en España*, Dykinson, Madrid, 2017.
- MARTÍNEZ CALVO, Javier, "Determinación del régimen de guarda y custodia: criterios jurisprudenciales (A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo nº 257/2013, de 29 de abril)", *La Ley Derecho de Familia*, mayo, 2015.
- MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, Luis, "La custodia compartida derivada de las crisis matrimoniales en la legislación valenciana", en Matilde Cuenca Casas, Luis Antonio Anguita Villanueva y Jorge Ortega Doménech (coords.), *Estudios de Derecho Civil en Homenaje al Profesor Joaquín Rams Albesa*, Dykinson, Madrid, 2013.
- MECO TÉBAR, Fabiola, "La alternancia y cercanía de domicilios de los progenitores como criterio de atribución de la custodia compartida. Comentario a la STS nº 495/2013, de 19 de julio (EDJ 2013, 149996)", *Revista Boliviana de derecho*, No. 19, 2015.
- MEDINA, Graciela y Mariana HOLLWECK, "Importante precedente que acepta el régimen de tenencia compartida como alternativa frente a determinados conflictos familiares", *La Ley Buenos Aires*, 2001.
- MESSÍA DE LA CERDA BALLESTEROS, Jesús A., "El tratamiento de la custodia compartida en el Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental", *La Ley Derecho de Familia*, No. 3, 2014.
- MIZRAHI, Mauricio L., *Familia, matrimonio y divorcio*, 1ª ed., Astrea, Buenos Aires, 1998.
- MIZRAHI, Mauricio, "Cuidado personal. Régimen de convivencia de los padres separados con sus hijos", *Revista Derecho de Familia y Persona*, junio, La Ley, Buenos Aires, 2020.

- MOLINA DE JUAN, Mariel F., "Coparentalidad y cuidado compartido del hijo. Apuntes sobre la dinámica de la corresponsabilidad alimentaria", *Revista de Derecho de Familia*, cita online: AR/DOC/5387/2015, pp. 72-109.
- MONSERRAT QUINTANA, Antonio, "La custodia compartida en la nueva Ley 15/2005, de 8 de julio", *Practica de Tribunales*, No. 23, 2006.
- MORENO VELASCO, Víctor y John GAUDET, "La problemática del uso de la vivienda familiar en los supuestos de custodia compartida: reflexión comparativa España y EE. UU", *La Ley*, No. 7179, 2009.
- PELLEGRINI, María Victoria, "Comentario al art. 666", en Sebastián Picasso, Marisa Herrera y Gustavo Caramelo (dirs.), *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, t. II, Libro Segundo, artículos 401 a 723, Infojus, Buenos Aires, 2015.
- PÉREZ RUFÍAN, Laura, "La jornada laboral del padre no puede ser un obstáculo para la custodia compartida", *Revista de derecho de familia*, No. 64, 2014.
- PINTO ANDRADE, Cristóbal, "La custodia compartida en la práctica judicial española: los criterios y factores para su atribución", *Misión Jurídica: Revista de Derecho y Ciencias Sociales*, No. 9, junio-diciembre 2015.
- RAGEL SÁNCHEZ, Luis Felipe, "La guarda y custodia de los hijos", *Derecho Privado y Constitución*, No. 15, 2001.
- RICOY CASAS, Rosa María, *¿Qué igualdad?, El principio de igualdad formal y no discriminación por razón de sexo en el ordenamiento jurídico español*, Dykinson, Madrid, 2010.
- RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, *El interés del menor*, 2ª ed., Dykinson, Madrid, 2007.
- ROTONDA, Adriana E., "El cuidado personal compartido como regla preponderante en las sentencias", *Revista Derecho de Familia*, 2017-IV.
- RUIZ CALLADO, Raúl y Rafael ALCÁZAR RUIZ, "Factores determinantes en la atribución de la custodia compartida. Un estudio sociológico en los Juzgados de Familia", en María del Mar Venegas Medina y Diego Becerril Ruiz (coords.), *La custodia compartida en España*, Dykinson, Madrid, 2017.
- RUIZ-RICO RUIZ, Catalina, "Hacia la corresponsabilidad como derecho constitucional en las relaciones familiares: la custodia compartida", en Domingo Jiménez Liébana (coord.), *Estudios de Derecho Civil en Homenaje al Profesor José González García*, Aranzadi, Universidad de Jaén, 2012.
- SARAVIA GONZÁLEZ, Ana María, "Guarda y custodia compartida. Principales novedades de la Ley 15/05 (cuestiones sustantivas)", en Ana María Saravia González y Juan José García Criado (dirs.), *La jurisdicción de familia: especialización. Ejecución de resoluciones y custodia compartida*, Estudios de Derecho Judicial, No. 147, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007.

- SCHNEIDER, Mariel, "Un fallo sobre tenencia compartida", *La Ley Buenos Aires*, 2001.
- TAMAYO HAYA, Silvia, "La custodia compartida como alternativa legal", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año 83, No. 700, Madrid, 2007.
- VARELA ÁLVAREZ, Carmen, "Custodia compartida", *Actualidad Jurídica Aranzadi*, No. 870, 2013.
- VIDO, Martina, "El cuidado personal compartido como corolario del principio de igualdad y no discriminación", *Revista de Derecho de Familia*, 2020-I.
- VILLAGRASA Alcaide, Carlos, "La custodia compartida en España y en Cataluña: entre deseos y realidades", en Teresa Picontó Novales (ed.), *La Custodia Compartida a Debate*, Cuadernos Bartolomé de las Casas, No. 56, Dykinson, Madrid, 2012.
- WAGMAISTER, Adriana, "Acceso a ambos progenitores como un derecho humano de los niños", *La Ley*, 2003-C.
- ZALDUENDO, Martín, "La tenencia compartida: Una mirada desde la Convención sobre los Derechos del Niño", *La Ley*, 2006-E.
- ZARRALUQUI NAVARRO, Luis, "El menor en las crisis matrimoniales de sus padres", en María del Carmen García Garnica (dir.), *La Protección del Menor en las Rupturas de Pareja*, Aranzadi Thomson Reuters, Navarra, 2009.
- ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, Luis, *Marco jurídico paterno-filial en las rupturas de pareja: Función parental, custodias alterna y unilateral y régimen de relación o de estancias de los menores con sus padres y otros parientes y allegados*, Bosch, Hospitalet de Llobregat (Barcelona), 2013.

FUENTES LEGALES

- Ley 26.994, Código Civil y Comercial de la República Argentina, promulgada el 8 de octubre de 2014, publicada en el *Boletín Oficial de la República Argentina*, No. 32.985. Vigencia: 1° de agosto de 2015, texto según Ley 27.077.

FUENTES JURISPRUDENCIALES

- Superior Tribunal de Justicia Corrientes, 13/02/2019, "J., R. A. c/ L., J. M. s/ alimentos", *Revista Derecho de Familia*, 2019-V; *La Ley Litoral*, octubre 2019.
- Suprema Corte de la provincia de Buenos Aires, 05/12/2007, *La Ley Buenos Aires*, febrero 2008, 50, y *La Ley Buenos Aires*, mayo 2008.
- Superior Tribunal de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur, 8/10/1997, *La Ley*, 1998-F-569.

El cuidado personal compartido en Argentina

- Cámara Civ., Com., Lab. y Min. de General Pico, sala B, 19/12/2019, "C., C. A. c. C., M. L. s/ cuidado personal", *La Ley online*, cita: AR/JUR/61252/2019.
- Cámara 2ª Civ. y Com. de La Plata, sala I, 06/08/2019, en autos "T. L. N. c. G. M. V. s/ cuidado personal de hijos", *Revista Código Civil y Comercial*, febrero 2020, 139, cita online: AR/JUR/27565/2019.
- Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala B, 13/09/2018, "G., J. y otros c. F., P. D. s/ alimentos", *Revista DFyP*, noviembre 2018.
- Cámara Civ. y Com. Salta, sala I, 31/08/2018, "P.T., M. B. c. V., L. D. s/ cuidado personal de hijos", *Revista DFyP*, junio 2019, 248, *La Ley online*, cita: AR/JUR/89912/2018.
- Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala H, 28/08/2018, *Revista Derecho de Familia*, 2019-V.
- Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala C, 07/08/2017, "D. J. L. c. G. G. E. s/ tenencia de hijos", *La Ley*, 2017-F, 106; *Revista DFyP*, junio 2018.
- Cámara de Familia de Mendoza, 31/07/2015, "C., M. L. c. S., C. N. s/ tenencia", *La Ley Gran Cuyo*, diciembre 2015.
- Cámara Civ. y Com. Pergamino, 3/02/2015, "L. c. G. s/ tenencia de hijos", *La Ley Buenos Aires*, junio, 2015, p. 583, y *Revista Código Civil y Comercial*, julio 2015.
- Cámara Civ. Com. y Minería San Juan, sala 1ª, 05/06/2012, "A. V. E. M. c. O. G. M.", *La Ley Gran Cuyo*, septiembre 2012.
- Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala B, 28/11/2007, "O., J. M. v. V., M. P.", *La Ley*, diario 21/2/2008.
- Cámara Civ. y Com. San Isidro, sala 1ª, 28/12/2004, JUBA sumario B1751126.
- Tribunal Colegiado de Familia No. 1 La Plata, 23/12/2003, *Revista Derecho de Familia*, 2005-I.
- Cámara Civ. y Com. Azul, sala 1ª, 8/05/2003, *La Ley Buenos Aires*, 2003.
- Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala H, 28/04/2003, *Revista de Derecho de Familia*, 2003-25.
- Cámara Civ. y Com. Azul, sala 2ª, 4/06/2001, *La Ley Buenos Aires*, 2001.
- Cámara 1ª Civ. y Com. Mar del Plata, sala 2ª, 17/8/1994, JUBA sumario B1401163.
- Juzgado Nacional en lo Civil No. 102, 23/04/2020, en autos "C., E. M. B. c/ G., J. N. s/ denuncia por violencia familiar", cita online: AR/JUR/13960/2020.

M.Sc. Martín Miguel Culaciati

Juzgado Flia. 2ª Nom. de Córdoba, 12/03/2019, "G. C., G. F. S. c. P., E. J. s/ tenencia", *La Ley*, online: AR/JUR/5442/2019.

Juzgado Flia. No. 5 Mar del Plata, 26/06/2017, en autos "M., P. R. c/ A., E. s/ cuidado personal de hijos", *La Ley*, cita online: AR/JUR/103053/2017.

Juzgado de Paz Letrado de Villa Gesell, 5/5/2003, *La Ley Buenos Aires*, 2003.

Recibido: 9/1/2022

Aprobado: 10/6/2022

Este trabajo se publica bajo una Licencia Creative
Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International
(CC BY-NC 4.0)

