

**Claudio A. Belluscio**

# **Cuidado personal del hijo**

**según el Código Civil  
y Comercial**

Doctrina. Jurisprudencia. Modelos

\*\*\*

Cuidado personal compartido  
Modalidades indistinta y alternada  
Parámetros para su determinación  
Alimentos en el cuidado personal compartido  
Cuidado personal unilateral  
Criterios de atribución  
Obligación conjunta de crianza de los hijos  
Derecho y deber de comunicación  
Plan de parentalidad  
Proceso por cuidado personal

---

BIBLIOTECA BELLUSCIO

---



**GARCÍA ALONSO**  
contenidos jurídicos

Belluscio, Claudio Alejandro

Cuidado del hijo : según el código civil y comercial / Claudio Alejandro Belluscio. - 2a ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires : García Alonso, 2019.

210 p. + CD-DVD ; 23 x 16 cm. - (Biblioteca Belluscio / Belluscio, Claudio Alejandro)

ISBN 978-987-787-001-5

1. Derecho de Familia . I. Título.  
CDD 346.015

© 2019 Editorial García Alonso

Lavalle 1282, PB «6» Buenos Aires  
WhatsApp: 11 6411 4100  
Tel fijo: (54 11) 4384-8039  
info@garciaalonso.com.ar  
www.garciaalonso.com.ar  
facebook.com/editorialgarciaalonso

Editor a cargo: Joaquín García Alonso  
Composición y armado: BA Books Design  
Diseño de tapa: Interactivity / Paula López

Impreso en marzo de 2019 en La Imprenta Ya SRL,  
Alferez Hipólito Bouchard 4283, Munro, Pcia. de Buenos Aires

Impreso en Argentina - Printed in Argentina

Hecho el depósito que marca la ley 11.723

# ÍNDICE

<b>CAPÍTULO I: INTRODUCCIÓN</b> .....	19
1. Criterios para la atribución de la tenencia en el Código Civil derogado .....	19
a) Hijos menores de cinco años .....	20
b) Hijos mayores de cinco años.....	21
2. La denominada “tenencia compartida” en el Código Civil derogado .....	24
3. ¿Es el cuidado personal del hijo asimilable a lo que se conocía como “tenencia” del menor de edad?.....	25
<b>CAPÍTULO II: EL CUIDADO PERSONAL DEL HIJO POR PARTE DE SUS PROGENITORES</b> .....	27
1. Concepto.....	27
2. Clases .....	28
3. Cuidado personal compartido.....	29
a) Modalidades del cuidado personal compartido .....	29
b) El cuidado personal compartido con la modalidad indistinta. Principio rector establecido en la nueva legislación.....	30
c) El cuidado personal compartido con la modalidad alternada .	33
d) Parámetros para determinar si el cuidado personal compartido se tendrá que fijar con la modalidad indistinta o la alternada.....	34
1) Proximidad o distancia geográfica entre el domicilio de los progenitores.....	35
2) Edad del hijo .....	36
3) Similares hábitos diarios.....	36
4. Alimentos en el cuidado personal compartido.....	36

5. Cuidado personal unilateral .....	39
a) Situaciones a contemplar .....	42
b) Criterios de atribución .....	42
1) La prioridad del progenitor que facilite el derecho a mantener un trato regular con el otro .....	43
2) Edad del hijo .....	46
3) La opinión del hijo .....	47
4) El mantenimiento de la situación existente y respeto del centro de vida .....	52
c) Derecho y deber de colaboración .....	60
d) Derecho y deber de comunicación con el hijo .....	60
e) Aporte alimentario del progenitor que tiene atribuido el cuidado personal unilateral .....	66
1) Forma de hacer efectiva la prestación por parte de cada progenitor .....	66
2) El aporte alimentario del progenitor que tiene atribuido el cuidado personal de hijo de forma unilateral .....	67
6. Deber de informar .....	71
7. Cuestiones conflictivas atinentes a la crianza de los hijos .....	72
8. Plan de parentalidad .....	74
9. Inexistencia de plan de parentalidad homologado .....	77
10. El establecimiento del cuidado personal de forma provisional .....	77
11. La modificación del cuidado personal .....	80
<b>CAPÍTULO III: OTORGAMIENTO DE LA GUARDA A UN PARIENTE .</b>	<b>81</b>
1. Otorgamiento de la guarda a un pariente. La posibilidad que establece el art. 657 del CCCN .....	81
2. La aplicación por parte de la jurisprudencia de lo establecido en el art. 657 del CCCN .....	84
<b>CAPÍTULO IV: PROCESO POR CUIDADO PERSONAL .....</b>	<b>91</b>
1. Alternativas del trámite procesal .....	91
a) Dentro de un proceso de divorcio .....	91
1) Convenios reguladores previstos en el art. 439 del CCCN ..	91
2) Propuestas reguladoras previstas en el art. 438 del CCCN ..	94

3) Falta de acuerdo o convenio. Vía incidental.....	96
4) Cuidado del hijo establecido de forma provisional .....	96
b) Sin un proceso de divorcio en trámite .....	99
1) Trámite autónomo contencioso.....	99
2) Convenios .....	100
3) Cuidado del hijo establecido de forma provisional .....	100
4) Plan de parentalidad .....	100
2. Competencia.....	102
a) Cuando el cuidado del hijo tramita por un proceso autónomo .....	102
b) Cuando el cuidado del hijo tramita en un proceso de divorcio o nulidad matrimonial.....	108
3. Prueba.....	110
a) Principios de libertad, amplitud y flexibilidad de la prueba	110
b) Carga de la prueba. Cargas probatorias dinámicas .....	111
c) Testigos.....	113
d) La prueba en el proceso por cuidado personal.....	114
<b>APÉNDICE I: JURISPRUDENCIA .....</b>	<b>119</b>
1. Modalidades.....	119
2. Establecimiento provisional del cuidado personal .....	123
3. Cuidado personal compartido .....	126
a) Alimentos en el cuidado personal compartido.....	126
b) Modificación de la tenencia unilateral de la madre por el cuidado personal compartido de ambos progenitores .....	129
c) Traslado ilegal. Hermanos. Incumplimiento alimentario.....	130
d) Determinación judicial de la modalidad indistinta.....	131
4. Cuidado personal unilateral .....	132
a) Su otorgamiento .....	132
b) Alimentos en el cuidado personal unilateral. Aporte en especie del progenitor conviviente.....	139
c) Atribución de la vivienda al progenitor que tiene asignado el cuidado personal unilateral .....	146
d) Impedimento de contacto paterno filial. Cambio de cuidado personal del hijo.....	147

5. Atribución de la guarda a un pariente.....	149
a) Atribución de la guarda al tío .....	149
b) Atribución de la guarda a la tía .....	150
c) Atribución de la guarda a la abuela .....	151
6. Atribución de la guarda a un tercero .....	153
7. Competencia en el cuidado personal.....	155
8. Modificación del cuidado personal .....	157
9. Reintegro del hijo y cuidado personal .....	157
<b>APÉNDICE II: MODELOS DE ESCRITOS .....</b>	<b>159</b>
1. Cuidado personal del hijo en las uniones matrimoniales.....	159
a) Convenio suscripto entre ambos progenitores, determinándose el cuidado personal unilateral del hijo a la madre.....	159
b) Convenio suscripto entre ambos progenitores, por el cual se establece el cuidado personal compartido del hijo en la modalidad alternada .....	161
c) Convenio suscripto entre ambos progenitores, por el cual se establece el cuidado personal compartido del hijo en la modalidad indistinta.....	162
d) Madre que solicita el cuidado personal unilateral del hijo.....	164
e) Padre que solicita el cuidado personal unilateral del hijo.....	166
f) Padre que solicita el cuidado personal unilateral de sus hijos a causa del impedimento de contacto.....	168
g) Progenitores que solicitan el cuidado personal compartido de los hijos, con la modalidad alternada.....	171
h) Progenitores que solicitan el cuidado personal compartido de los hijos, con la modalidad indistinta.....	173
i) Progenitor que solicita el cuidado personal compartido de los hijos con la modalidad alternada.....	176
j) Progenitor que solicita el cuidado personal compartido de los hijos, con la modalidad indistinta .....	178
2. Cuidado personal del hijo en las uniones convivenciales.....	180
a) Convenio suscripto entre ambos progenitores determinándose el cuidado personal unilateral del hijo a la madre.....	180

b) Convenio suscrito entre ambos progenitores, por el cual se establece el cuidado personal compartido del hijo en la modalidad alternada .....	181
c) Convenio suscrito entre ambos progenitores, por el cual se establece el cuidado personal compartido del hijo en la modalidad indistinta.....	183
d) Madre que solicita el cuidado personal unilateral del hijo.....	185
e) Padre que solicita el cuidado personal unilateral del hijo.....	187
f) Padre que solicita el cuidado personal unilateral de sus hijos a causa del impedimento de contacto.....	189
g) Progenitores que solicitan el cuidado personal compartido de los hijos, con la modalidad alternada.....	192
h) Progenitores que solicitan el cuidado personal compartido de los hijos con la modalidad indistinta.....	194
i) Progenitor que solicita el cuidado personal compartido de los hijos con la modalidad alternada.....	196
j) Progenitor que solicita el cuidado personal compartido de los hijos con la modalidad indistinta .....	198
3. Cuidado personal del hijo solicitado de forma provisional.....	201
a) Padre que solicita el cuidado personal unilateral del hijo de forma provisional.....	201
b) Padre que solicita el cuidado personal unilateral y provisional de sus hijos a causa del impedimento de contacto.....	203
 BIBLIOGRAFÍA.....	 207

## **PALABRAS PRELIMINARES**

La tenencia de los hijos menores de edad que contemplaba el derogado Código Civil es reemplazada por el cuidado personal del hijo en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación.

Más allá del cambio de denominación de la palabra “tenencia” por “cuidado personal”, el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación introduce un cambio de paradigma en el ámbito del derecho de familia al contemplar este nuevo instituto del cuidado personal del hijo, ya que su aplicación trasciende la mera guarda física del niño, niña o adolescente.

Frente a este novedoso instituto del cuidado personal del hijo que reemplaza, una vez que la familia se encuentra desunida, a la anterior tenencia de los hijos, será de suma importancia para el abogado litigante conocer con exactitud cuál es la nueva normativa que se establece al respecto, ya que surgen importantes innovaciones de aplicación en la práctica profesional.

La presente obra contiene una parte doctrinaria que se divide en cuatro capítulos.

En el primero se compara, someramente, lo que establecía la anterior legislación para la custodia de los hijos menores de edad (que era conocida como “tenencia”) con la nueva normativa (bajo el instituto del cuidado personal), una vez que la familia se ha quebrado.

Se pretende destacar la irrupción de un nuevo instituto en nuestro derecho de familia (el cuidado personal del hijo) que reemplaza a la arcaica “tenencia” de los hijos menores de edad.

En el segundo capítulo se desarrolla el nuevo instituto del cuidado personal del hijo, incorporado por el Código Civil y Comercial de la Nación.

Y es en este capítulo donde se examina en profundidad el cuidado personal del hijo.

Al respecto, se analizan las distintas modalidades (cuidado personal compartido alternado, cuidado personal compartido indistinto y cuida-



do personal unilateral) y en qué casos y bajo qué pautas corresponde su fijación en sede judicial.

Asimismo, se tratan los temas colaterales relacionados con este instituto, a saber: alimentos, régimen de comunicación, plan de parentalidad y la fijación del cuidado personal en forma provisoria

En el tercero la posibilidad de asignar la guarda a un pariente.

Esta posibilidad está contemplada, de forma específica, por el Código Civil y Comercial de la Nación.

Analizamos en qué supuestos corresponde el otorgamiento de esta guarda a un pariente y su aplicación jurisprudencial.

Y, finalmente, en el cuarto el proceso por cuidado personal del hijo.

Aquí tratamos las distintas alternativas de su trámite procesal conforme a la nueva legislación.

También, lo atinente a la competencia y prueba en este proceso conforme los postulados del Código Civil y Comercial de la Nación.

A esta parte doctrinaria, se le agregan dos abundantes y completos apéndices, uno jurisprudencial y otro de práctica forense.

Con ello, quisimos lograr un enfoque integral de la temática que se aborda en este libro.

Confiamos en haberlo logrado.

EL AUTOR

# Capítulo II

## EL CUIDADO PERSONAL DEL HIJO POR PARTE DE SUS PROGENITORES

### 1. CONCEPTO

El concepto del cuidado personal del hijo nos lo proporciona el art. 648 del Código Civil y Comercial de la Nación:

“Se denomina cuidado personal a los deberes y facultades de los progenitores referidos a la vida cotidiana del hijo”.

El cuidado personal del hijo se desprende de los deberes de la hoy llamada responsabilidad parental (denominación que viene a reemplazar a la vetusta “patria potestad”).

No obstante, en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación hay que diferenciar—como bien lo señala Solari<sup>(1)</sup>— el ejercicio de la responsabilidad parental del cuidado personal del niño.

Es que, aun cuando sea uno sólo de los progenitores el que tiene asignado —con posterioridad al desmembramiento familiar— el cuidado personal del hijo de forma unilateral, el ejercicio de la responsabilidad parental lo tendrán ambos (conforme el art. 641 del CCCN<sup>(2)</sup>).

Este cuidado personal del hijo, a nuestro criterio y como lo desarrollaremos —con mayor abundamiento— más abajo, implica un cambio

---

(1) Solari, Néstor E.: *Derecho de las familias*, La Ley, Buenos Aires, 2015. p. 520.

(2) El art. 641 del CCCN, reza: “El ejercicio de la responsabilidad parental corresponde:

de paradigma respecto de la vieja denominación “tenencia”, que hacía más referencia a la posesión de una cosa que a la guarda y al cuidado del niño, niña o adolescente.

Pero, consideramos que, más allá de este cambio terminológico, el cuidado personal del hijo apunta a cambios más profundos en la vieja estructura de padre igual a proveedor de alimentos y madre igual a ser la encargada del cuidado de los hijos, tanto cuando la familia se encuentra unida como cuando se haya desmembrado.

Es que, el cuidado personal del hijo, en algunos casos, trasciende la mera guarda del niño, niña o adolescente y contempla los cuidados que deberán compartir ambos progenitores, aunque uno sólo de ellos sea el que convive principalmente con el hijo. Tal es el caso del cuidado personal compartido con la modalidad indistinta. E, inclusive, cuando la convivencia sea sólo con uno de sus progenitores como en el cuidado personal unilateral.

## 2. CLASES

Las clases del cuidado personal, cuando los progenitores han dejado de convivir, las encontramos en el art. 649 del CCCN:

“Cuando los progenitores no conviven, el cuidado personal del hijo puede ser asumido por un progenitor o por ambos”.

---

a) en caso de convivencia con ambos progenitores, a éstos. Se presume que los actos realizados por uno cuentan con la conformidad del otro, con excepción de los supuestos contemplados en el artículo 645, o que medie expresa oposición;

b) en caso de cese de la convivencia, divorcio o nulidad de matrimonio, a ambos progenitores. Se presume que los actos realizados por uno cuentan con la conformidad del otro, con las excepciones del inciso anterior. Por voluntad de los progenitores o por decisión judicial, en interés del hijo, el ejercicio se puede atribuir a sólo uno de ellos, o establecerse distintas modalidades;

c) en caso de muerte, ausencia con presunción de fallecimiento, privación de la responsabilidad parental o suspensión del ejercicio de un progenitor, al otro;

d) en caso de hijo extramatrimonial con un solo vínculo filial, al único progenitor;

e) en caso de hijo extramatrimonial con doble vínculo filial, si uno se estableció por declaración judicial, al otro progenitor. En interés del hijo, los progenitores de común acuerdo o el juez pueden decidir el ejercicio conjunto o establecer distintas modalidades.

Es decir, que —cuando los progenitores no conviven— el cuidado personal del hijo podrá ser ejercido unilateralmente por uno sólo de los progenitores (en casos excepcionales) o compartido por ambos progenitores (lo cual será la regla que, en principio, deberá aplicar el juez o tribunal)

### **3. CUIDADO PERSONAL COMPARTIDO**

El establecimiento del cuidado personal compartido como principio rector, una vez que los progenitores ya no convivan entre sí, hace al cambio de paradigma que la nueva legislación viene a implementar.

Se pretende modificar la clásica y arcaica estructura, con posterioridad a la ruptura de la unión familiar, en cuanto a asimilar al padre como mero proveedor de alimentos y madre como la encargada exclusiva del cuidado de los hijos.

Es decir que, más allá del rol económico que cada progenitor tenga con sus hijos luego del desmembramiento familiar, se pretende que ambos tengan el deber y el derecho de cuidar, educar, acompañar y asistir a sus hijos menores de edad.

En resumidas palabras, la crianza de los hijos les compete a ambos progenitores en la nueva legislación, más allá de que éstos sigan conviviendo o no con aquéllos.

#### **a) Modalidades del cuidado personal compartido**

El cuidado personal compartido podrá ser alternado o indistinto. Esta diferenciación la determina el art. 650 del CCCN:

“El cuidado personal compartido puede ser alternado o indistinto.

En el cuidado alternado, el hijo pasa períodos de tiempo con cada uno de los progenitores, según la organización y posibilidades de la familia.

En el indistinto, el hijo reside de manera principal en el domicilio de uno de los progenitores, pero ambos compar-

ten las decisiones y se distribuyen de modo equitativo las labores atinentes a su cuidado”.

Es decir que, si bien la regla a aplicar —conforme al nuevo paradigma del Código Civil y Comercial de la Nación— va a ser el establecimiento del cuidado personal compartido del niño, niña o adolescente, ese cuidado compartido tendrá dos variantes o modalidades: el alternado y el indistinto.

En el cuidado compartido con la modalidad alternada el hijo pasa períodos de tiempo con cada uno de los progenitores, según la organización y posibilidades de la familia. No necesariamente tales períodos deben ser iguales, pero sí tener cierta similitud.

En el cuidado compartido con la modalidad indistinta el hijo convive mayormente con uno de sus progenitores y un período sensiblemente menor con el otro.

## **b) El cuidado personal compartido con la modalidad indistinta. Principio rector establecido en la nueva legislación**

En principio, el juez o tribunal deberá otorgar el cuidado personal compartido en la modalidad indistinta.

A ello se refiere el art. 651 del CCCN:

“A pedido de uno o ambos progenitores o de oficio, el juez debe otorgar, como primera alternativa, el cuidado compartido del hijo con la modalidad indistinta, excepto que no sea posible o resulte perjudicial para el hijo”.

Nótese que el cuidado personal compartido con la modalidad indistinta puede ser solicitado por uno o ambos progenitores, pero —asimismo— el nuevo Código Civil y Comercial autoriza a que sea fijado de oficio por el juez.

Por lo cual, esto último autoriza al juez a apartarse de un pedido de cuidado personal compartido con la modalidad alternada o de un pedido de cuidado personal unilateral.

Tanto si se hubiere solicitado cuidado personal compartido con la modalidad alternada o un pedido de cuidado personal unilateral, el juez

o tribunal podrá apartarse de ello y fijar el cuidado personal compartido con la modalidad indistinta.

Es uno de los tantos preceptos contenidos en el nuevo Código que deja librado a la decisión del juzgador la aplicación de lo que, a su criterio, sea más beneficioso para el niño, niña o adolescente en el caso concreto, conforme al postulado del interés superior de aquellos, según lo establece el art. 706, inc. c) de este mismo cuerpo legal.

En ese sentido, un fallo de la SCBA<sup>(3)</sup> decidió:

“...el nuevo Código Civil y Comercial ha introducido importantes modificaciones en la materia incorporando la figura del cuidado personal como una nueva categoría de deberes y derechos de los padres respecto de sus hijos, aunque restringidos a los actos de su vida cotidiana...”

“...El art. 651, y en un todo de acuerdo con el principio de oficiosidad que preside los conflictos familiares cuando se encuentran involucradas personas vulnerables como los niños, niñas y adolescentes, ya sienta una primera pauta para la labor judicial en caso de desavenencias. Dispone: `A pedido de uno o ambos progenitores o de oficio, el juez debe otorgar, como primera alternativa, el cuidado compartido del hijo con la modalidad indistinta, excepto que no sea posible o resulte perjudicial para el hijo`.”

“...no se observan condiciones que justifiquen el cuidado personal unilateral, con la apoyatura del equipo interdisciplinario del juzgado de familia, en la instancia, se habrá de elaborar un plan de parentalidad que, contemplando las necesidades de M., posibilite concretar un régimen de cuidado personal compartido en modalidad indistinta (arts. 650, 651, 706 y conchs. del C.C. y C.N.).”

“La modalidad indistinta en el ejercicio de la responsabilidad parental compartida es la que corresponde establecer en salvaguarda del superior interés del adolescente, pues sus necesidades actuales son -precisamente- las que en este momento de su vida han de definir ese interés

---

(3) SCBA, 23/3/17, *elDial.com* – AA9DB0.

(conf. arts. 3, 9 y 12, Convención sobre los Derechos del Niño, ley 23.849; 3 inc. f, ley 26.061; 648, 650, 651, 656 y 707 del Cód. Civil y Comercial de la Nación).”

Asimismo, la Sala C de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil determinó<sup>(4)</sup> que correspondía fijar la modalidad indistinta y que los adolescentes sigan residiendo de manera principal con la madre pudiendo ir a dormir a la casa de su padre cuando aquellos lo desearan, y que ambos progenitores se distribuyeran de forma equitativa las labores atinentes al cuidado de sus hijos.

Igualmente, un fallo provincial<sup>(5)</sup> optó por el tipo indistinto, atento a que “de las pruebas producidas (pericias psicológicas e informes) surge que ambos progenitores se encuentran capacitados para el cuidado de sus hijas, y pese a la relación conflictiva existente entre las partes, lo cierto es que tales circunstancias no resultan suficientes para apartarse del principio de conceder el cuidado personal compartido con la modalidad indistinta”.

Un fallo posterior<sup>(6)</sup> también optó por fijar el cuidado compartido indistinto, pese a que se había solicitado el cuidado personal unilateral.

En un similar planteo, la Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires<sup>(7)</sup> arribó a la misma solución; es decir que, pese al pedido de un cuidado unilateral, merced a las circunstancias del caso fijó el cuidado compartido con la modalidad indistinta respecto del hijo.

Más recientemente, la Alzada<sup>(8)</sup> revocó una sentencia que disponía el cuidado personal unilateral de un niño en cabeza del padre, luego de la apelación del hijo a través de su propio abogado.

Teniendo en cuenta la capacidad progresiva y el principio de inseparabilidad de los hermanos, se llegó a la conclusión de que lo mejor en este caso era el cuidado compartido con la modalidad indistinta y con residencia principal en el domicilio de la madre.

---

(4) CNCiv., Sala C, 7/8/17, *Rubinzal Online* – RC J 7932/17.

(5) CApel. Civ., Com. Minas, Paz Tributario y Familia San Rafael, Mendoza, 31/8/17, *Rubinzal Online* – RC J 7951/17.

(6) CApel. Civ., Com., Lab. y Minería, Sala I, Neuquén, 14/9/17, *Rubinzal Online* – RC J 61941/13.

(7) SCBA, 21/12/16, *Diario Judicial* del 31/01/17.

(8) CApel. Civ. y Com. Mar del Plata, Sala III, 1/3/18, *elDial.com* - AAA730.

### c) El cuidado personal compartido con la modalidad alternada

Conforme al art. 650 del CCCN, podemos expresar que, en el cuidado compartido con la modalidad alternada el hijo pasa períodos de tiempo con cada uno de los progenitores, según la organización y posibilidades de la familia.

No necesariamente tales períodos deben ser iguales, pero sí tener cierta similitud.

Es que, de ser extenso el tiempo que un progenitor pasa con uno de sus progenitores y muy escaso el período que pasa con el otro, tal situación no encuadraría en el cuidado compartido en su modalidad alternada sino en su modalidad indistinta.

El cuidado personal compartido en su modalidad alternada es muy similar a lo que se conocía, bajo la vigencia del Código Civil derogado, como “tenencia compartida”.

Recordemos que la “tenencia compartida”, si bien no estaba legislada en nuestro anterior Código, era receptada por determinada jurisprudencia cuando ambos progenitores la solicitaban<sup>(9)</sup>, aunque no de forma unánime<sup>(10)</sup>.

Pese a que cierta jurisprudencia receptó la denominada “tenencia compartida”, durante muchos años este tipo de guarda del hijo fue mirada con disfavor por la doctrina, por considerarse contraria al criterio de estabilidad necesario para el buen desarrollo material y espiritual de los menores.

Por ese entonces, en principio, no se podía fijar esa “tenencia compartida” de oficio, es decir, si no era solicitada por los progenitores.

Por el contrario, ello lo permite, actualmente, el art. 651 del CCCN.

En tanto, cuando el régimen de comunicación paterno filial era bien amplio, antaño se discutía si se estaba en presencia de esa “tenencia compartida” en los hechos o si la tenencia seguía siendo unilateral (conforme al principio rector que establecía el viejo Código ya derogado),

---

(9) CNCiv., Sala H, 31/5/10, *elDial* –AA6209; ídem, íd., 28/4/03, *elDialExpress* del 22/05/03; ídem, Sala I, 24/11/98, *LL*, 1999-D-477 y *ED*, 185-103; ST Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur, 8/10/97, *LL*, 1998-F-569;

(10) CNCiv., Sala D, 31/8/82, *LL*, 1983-C-254; ídem, Sala G, 27/4/89, *ED*, 133-535.



pero acompañada de un régimen generoso en cuanto al tiempo que pasaba el niño, niña o adolescente con el progenitor no conviviente.

Tanto en lo que se denominaba “tenencia compartida”, como en el actual cuidado personal del hijo compartido con la modalidad alternada, para que este régimen pueda ser fijado se deben de dar determinadas condiciones.

Una de ellas —que siempre hemos resaltado— tiene que ver con la cercanía geográfica de ambos progenitores.

Ello a fin de que el niño, niña o adolescente pueda concurrir al mismo establecimiento educativo, al mismo club deportivo o conservar su mismo núcleo de amigos, tanto cuando está conviviendo con un progenitor en un período de tiempo como cuando lo hace con el otro.

Estas condiciones de corta distancia geográfica entre un progenitor y otro, para que se puedan cumplir tales circunstancias, no siempre serán posibles.

Por ello, resulta muy acertado que el principio para el juez o tribunal sea fijar el cuidado personal en la modalidad indistinta y no en la modalidad alternada, más allá de que esta última pueda ser aplicada en determinados casos y sea la más beneficiosa para el niño, niña o adolescente.

Si, por el contrario, el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación hubiera impuesto, primigeniamente, la modalidad alternada para que aplicara el juzgador, ello no hubiera sido factible de aplicar en muchos casos, pues el hijo menor de edad no podría concurrir en el mismo ciclo lectivo a dos establecimientos educativos distintos, conforme el período que pase con un progenitor o con el otro cuando ambos se domiciliaran en jurisdicciones distantes.

#### **d) Parámetros para determinar si el cuidado personal compartido se tendrá que fijar con la modalidad indistinta o la alternada**

Habrà que atenerse a ciertos parámetros para determinar si, en determinado caso, será más conveniente fijar el cuidado personal compartido del hijo en forma alternada o en forma indistinta.

Estos parámetros tendrán que ver con las siguientes circunstancias:

### **1) Proximidad o distancia geográfica entre el domicilio de los progenitores**

Ya nos hemos referido a este tema “ut supra”.

Si el domicilio es cercano entre ambos progenitores es posible fijar el cuidado compartido en su modalidad alternado.

En tanto, si el domicilio de aquellos es distante entre sí, lo más recomendable sería otorgar el cuidado personal compartido con la modalidad indistinta.

Es que, en ese caso, y a fin de que el niño, niña o adolescente pueda concurrir al mismo establecimiento educativo, al mismo club deportivo o conservar su mismo núcleo de amigos, tanto cuando está conviviendo con un progenitor en un período de tiempo como cuando lo hace con el otro, sería más conveniente establecer el cuidado compartido con la modalidad indistinta.

Estas condiciones de corta distancia geográfica entre un progenitor y otro, para que se puedan cumplir tales circunstancias, no siempre serán posibles.

No obstante, un fallo del Juzgado Nacional en lo Civil n° 92<sup>(11)</sup> se pronuncia en contrario a lo expresado “ut supra”.

En ese sentido, sentenció:

“El cuidado compartido -en sus múltiples variantes- implica la distribución equitativa entre ambos progenitores del goce de los derechos y el cumplimiento de los deberes inherentes al ejercicio de la responsabilidad parental, según sus distintas funciones, recursos, posibilidades y características personales.”

“Del resultado de las dos entrevistas personales mantenidas con C. se desprende el afecto y cercanía que siente por ambos progenitores. Ello, sumado a la circunstancia de que sus dos referentes afectivos residen en distintos países, me permite afirmar –en coincidencia con lo dictaminado por el Sr. Defensor de Menores e Incapaces- que la solución que mejor se ajusta al interés de la niña es el

---

(11) Juzg. Nac. Civ. n° 92, 3/6/16, *elDial.com* – AA9869.

otorgamiento del cuidado personal compartido bajo la modalidad alternada.”

“El interés superior de C. queda satisfecho con la atribución del cuidado personal compartido bajo la modalidad alternada, debiendo alternarse la residencia de la niña entre la Argentina y el Reino Unido, con cada uno de sus progenitores y según el ciclo lectivo.”

## **2) Edad del hijo**

Es otro de los factores que influirán sobre la modalidad a adoptar dentro del cuidado compartido.

Para un niño de corta edad, desde el punto de vista emocional o psicológico, se asevera<sup>(12)</sup> que será más adecuado el convivir y residir, principalmente, con uno de los progenitores.

En tanto, se aduce<sup>(13)</sup> que la psiquis de un niño o niña de cierta edad le permitirá compartir los tiempos entre ambos progenitores y, en tal caso, la modalidad alternada puede ser la más aconsejable.

## **3) Similares hábitos diarios**

Para que proceda la modalidad alternada, los hábitos diarios de cada progenitor deben ser similares: v. gr., acostarse y levantarse a casi los mismos horarios en cada casa, tipo de comidas, tiempo de recreación y de hacer las tareas escolares, etc.

Caso contrario, se considera que —en principio— lo mejor será recurrir a la modalidad indistinta<sup>(14)</sup>.

## **4. ALIMENTOS EN EL CUIDADO PERSONAL COMPARTIDO**

Respecto de este tema, determina el art. 666 del CCCN: “En el caso de cuidado personal compartido, si ambos progenitores cuentan con

---

(12) Dolto, Françoise: *Cuando los padres se separan*, Paidós, Buenos Aires, 1989, 1ª ed., pp. 71-73.

(13) Dolto, Françoise: *Cuando...cit.*, pp. 71-73.

(14) CNCiv., Sala C, 7/8/17, *Rubinzal Online* – RCJ 7932/17.

recursos equivalentes, cada uno debe hacerse cargo de la manutención cuando el hijo permanece bajo su cuidado; si los recursos de los progenitores no son equivalentes, aquel que cuenta con mayores ingresos debe pasar una cuota alimentaria al otro para que el hijo goce del mismo nivel de vida en ambos hogares. Los gastos comunes deben ser solventados por ambos progenitores, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 658<sup>(15)</sup>”.

Si se estableció el cuidado personal compartido del hijo menor de edad, este art. 666 del CCCN resuelve que —en principio— cada uno de los progenitores debe hacerse cargo de los alimentos del hijo cuando éste permanece bajo su cuidado, si es que ambos cuentan con recursos económicos equivalentes.

Pero, asimismo, este art. 666 determina (en su segunda parte) que, si esos recursos de ambos progenitores no son equivalentes, podrá fijarse una cuota alimentaria a aquel que tiene mayores ingresos.

Antaño, cierta jurisprudencia<sup>(16)</sup> estableció que en el caso de que se haya dispuesto la tenencia alternada de la prole, no cabía fijar una cuota alimentaria en dinero para cualquiera de los progenitores, pues cada uno de éstos debía hacerse cargo de las erogaciones que derivaban de la manutención y cuidado de aquella durante el tiempo que permanezcan bajo su guarda.

Compartíamos el criterio contemplado por parte de esa jurisprudencia, pero siempre que ambos progenitores contaran con los ingresos suficientes para la manutención económica del menor.

Es que, de contar ambos padres con los ingresos suficientes, la convivencia compartida con los hijos derivará en que los alimentos se presenten en especie durante el período en que se encuentra bajo la guarda de cada uno y que, por lo tanto, no se fije una cuota dineraria.

En tanto, si los recursos pecuniarios de ambos progenitores no son equivalentes, aquél que cuenta con mayores recursos debe pasar una

---

(15) El art. 658 del nuevo Código, dice: “Ambos progenitores tienen la obligación y el derecho de criar a sus hijos, alimentarlos y educarlos conforme a su condición y fortuna, aunque el cuidado personal esté a cargo de uno de ellos.

La obligación de prestar alimentos a los hijos se extiende hasta los veintiún años, excepto que el obligado acredite que el hijo mayor de edad cuenta con recursos suficientes para proveérselos por sí mismo”.

(16) CNCiv., Sala J, 29/11/96, LL, 1997-E-1078 (caso 12.089).

cuota alimentaria al otro para que el hijo “goce del mismo nivel de vida en ambos hogares”.

Por ello, resulta acertado lo dispuesto en el art. 666 de la nueva normativa, ya que es la solución que se adapta a la realidad cuando se decreta o conviene el cuidado personal compartido.

Establecido ello, cabe analizar cuál es el criterio a seguir en el caso de que la cuota hubiese sido fijada al progenitor que no convivía con sus hijos y, con posterioridad, se estableciera el cuidado compartido.

El supuesto ha sido planteado y resuelto por la jurisprudencia<sup>(17)</sup>, estableciéndose que, si los menores pasan la mitad del tiempo con la madre y la mitad del tiempo con el padre, la cuota alimentaria oportunamente fijada debe cesar, debiendo cada progenitor abonar los gastos que el ejercicio compartido irrogue, pero siempre que los ingresos de ambos fueran equivalentes.

En el mismo orden, se rechazó<sup>(18)</sup> la demanda de alimentos interpuesta por la madre, en representación de su hija, contra el padre, al aplicarse al caso el art. 666 del CCCN ya que se tiene por acreditado que cada uno de ellos se hace cargo de la manutención de la hija de la pareja que tienen a su cuidado y que ambos se encuentran en situación económica que puede ser calificada como equivalente.

Otro fallo reciente<sup>(19)</sup> (donde se había otorgado el cuidado personal compartido con la modalidad indistinta) rechazó la demanda de alimentos promovida por el padre en representación de su hijo contra la madre de éste. Ello así, “dado que los progenitores tienen ingresos de diversa importancia, siendo mayores los del actor y que, a su vez, la demandada cubre todos los gastos de su hijo cuando el mismo permanece bajo su cuidado; es decir, que ambos progenitores, en la medida de sus posibilidades, cumplen con la obligación alimentaria respecto del hijo en común”.

Asimismo, debe cesar la cuota alimentaria si la custodia de los hijos ha pasado a tenerla el progenitor que la estaba abonando<sup>(20)</sup>.

---

(17) CNCiv., Sala F, 15/2/96, JA, 1997-III-síntesis, sum. 39.

(18) CApel. Civ., Com., Minas, Paz, Tributario y Familia, 16/8/18, *Rubinzal Online* – RCJ 10346/18.

(19) CApel. Trelew, Sala A, 11/2/18, *Rubinzal Online* – RCJ 2095/18.

(20) CApel. Civ., Com., Lab. y Minería, Sala II, Neuquén, 13/6/17, *Rubinzal Online* – RCJ 4870/17.

## 5. CUIDADO PERSONAL UNILATERAL

El cuidado personal unilateral del hijo sólo deberá ser fijado en situaciones excepcionales.

Por ello, si bien la modalidad preferente es el cuidado personal compartido en la modalidad indistinta, cuando hay graves dificultades es posible, si bien excepcionalmente, ordenar el cuidado a uno de los progenitores.

En tal sentido, el Tribunal de Familia de San Salvador de Jujuy<sup>(21)</sup> decidió otorgar el cuidado personal, de forma unilateral, a la madre, apartándose del principio del cuidado personal compartido e indistinto.

En tanto, un reciente fallo<sup>(22)</sup> determinó:

“...De una lectura acabada del expediente y lo percibido por el suscripto en las múltiples audiencias del art. 58 del CPCC puedo concluir sin hesitación que existe una constante y reiterada falta de colaboración de la Sra. B. para el cumplimiento del régimen comunicación controlado, el cual no le ha sido impuesto de manera compulsoria por el Tribunal, sino que éste fue adoptado de común acuerdo por las partes. A más de ello y de los múltiples emplazamientos efectuados por el Tribunal, a lo largo de este último periodo se ha traslucido la verdadera mala fe en el obrar de la progenitora, quien siquiera ha podido honrar el compromiso asumido judicialmente, reiterando su actitud obstructiva como si nada. Dichos entorpecimientos reiterados en el tiempo echan por tierra el derecho de coparentalidad que gozan los niños, pese a los constantes intentos de re vinculación planteados por el Tribunal y los distintos actores judiciales...”

“Sin dudas que la Sra. B. no ha sabido direccionar su obrar de conformidad a las responsabilidades que le caben como adulta. Los hijos no pueden convertirse en preesas valiéndose de éstos para impedir el contacto fluido con

---

(21) Trib. Familia San Salvador de Jujuy, Vocalía I, 6/6/16, *Diario Judicial* del 04/07/16.

(22) Juzg. Civ., Com., de Conciliación y Familia, Segunda Nominación, Marcos Juárez (Córdoba) 1/11/18, elDial.com - AAAE69.

el restante progenitor. Una cosa es la ruptura del vínculo convivencial que otrora los unía y otra -y muy grave- es privar a los padres de ver a sus hijos. Tanto es así que el legislador previó un tipo penal para los casos como el que nos ocupa y que más abajo analizaré...”

“En suma, cabe ponderar la situación fáctica que es presentada en el caso concreto, erigiéndose la razonabilidad en la vara que guía la actividad judicial, procurando tomar la determinación que propenda a la mejor conservación de los vínculos afectivos que en él se hallan involucrados. Lo contrario importaría consagrar una fuerte limitación en el ámbito de actuación jurisdiccional, que puede incluso llegar a obstar la realización del ideal de justicia, objetivo ineludible de la magistratura” (LORENZETTI, Ricardo Luis, “Código Civil y Comercial de la Nación - Comentado”, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2015, Tomo III, p. 471). Todas estas circunstancias dan cuenta como la Sra. B. no ha hecho más que boicotear todo intento de revinculación legítimo por parte del padre para con sus hijos, circunstancia que se basta a sí misma para acoger la pretensión del Sr. S”.

Asimismo, la Cámara de Familia de Mendoza<sup>(23)</sup> otorgó el cuidado unilateral a la madre respecto de su hija menor de edad, rechazando de tal manera el pedido del padre que peticionaba el cuidado compartido. Se fundamentó tal decisión en que se trataba de un “padre ausente”, que ni siquiera se había preocupado de brindar alimentos a su hija.

Al ser excepcional este tipo de cuidado personal, no siempre se lo concederá ante su petición.

Es lo que ha determinado la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires<sup>(24)</sup> hace poco tiempo atrás.

En este fallo de SCBA revocó una sentencia que otorgaba el cuidado personal unilateral a la madre, ya que, en salvaguarda del interés del adolescente entendió que corresponde establecer la modalidad indistinta en el ejercicio de la responsabilidad parental compartida.

---

(23) Cámara de Familia Mendoza, 15/12/17, Diario Judicial del 15/1/18.

(24) SCBA, 21/12/16, *elDial.com* – AA9DB0.

Al respecto, se sentenció:

“...el nuevo Código Civil y Comercial ha introducido importantes modificaciones en la materia incorporando la figura del cuidado personal como una nueva categoría de deberes y derechos de los padres respecto de sus hijos, aunque restringidos a los actos de su vida cotidiana...”

“...El art. 651, y en un todo de acuerdo con el principio de oficiosidad que preside los conflictos familiares cuando se encuentran involucradas personas vulnerables como los niños, niñas y adolescentes, ya sienta una primera pauta para la labor judicial en caso de desavenencias. Dispone: ‘A pedido de uno o ambos progenitores o de oficio, el juez debe otorgar, como primera alternativa, el cuidado compartido del hijo con la modalidad indistinta, excepto que no sea posible o resulte perjudicial para el hijo.’”

“...no se observan condiciones que justifiquen el cuidado personal unilateral, con la apoyatura del equipo interdisciplinario del juzgado de familia, en la instancia, se habrá de elaborar un plan de parentalidad que, contemplando las necesidades de M., posibilite concretar un régimen de cuidado personal compartido en modalidad indistinta (arts. 650, 651, 706 y conchs. del C.C. y C.N.).”

“La modalidad indistinta en el ejercicio de la responsabilidad parental compartida es la que corresponde establecer en salvaguarda del superior interés del adolescente, pues sus necesidades actuales son -precisamente- las que en este momento de su vida han de definir ese interés (conf. arts. 3, 9 y 12, Convención sobre los Derechos del Niño, ley 23.849; 3 inc. f, ley 26.061; 648, 650, 651, 656 y 707 del Cód. Civil y Comercial de la Nación).”

Asimismo, un fallo de la provincia de Córdoba<sup>(25)</sup> denegó el pedido del cuidado personal unilateral solicitado por el progenitor y concedió

---

(25) Cámara de Familia, Segunda Nominación, Córdoba, 5/3/18, *Rubinzal Online* – RC J 3883/18.



el modo compartido e indistinto con residencia principal en el domicilio materno, toda vez que dicho pedido del progenitor “descansa sobre un argumento dirimente que no ha sido rebatido y deja incólume la resolución atacada; desde que no surgen elementos de prueba que den cuenta de situaciones de gravedad suficiente y en atención a la opinión de los hijos”.

No obstante, en algunos supuestos se otorgó este cuidado unilateral.

Así la Sala J de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil<sup>(26)</sup> dispuso confirmar la sentencia apelada que otorgó el cuidado personal del hijo menor de edad unilateralmente a la progenitora y establecer un espacio de revinculación entre el niño y su padre.

### **a) Situaciones a contemplar**

En el supuesto excepcional en el que el cuidado personal del hijo deba ser unipersonal, el art. 653 del CCCN dispone que el juez deberá ponderar:

- 1°) La prioridad del progenitor que facilita el derecho a mantener trato regular con el otro.
- 2°) La edad del hijo.
- 3°) La opinión del hijo.
- 4°) El mantenimiento de la situación existente y respeto del centro de vida del hijo.

### **b) Criterios de atribución**

Como podemos observar, se elimina la preferencia materna respecto de los hijos menores de cinco años para las uniones matrimoniales heterosexuales, que estaba contenida en el art. 206 del Código Civil derogado y que había sido muy criticada por la doctrina bajo la vigencia del viejo Código.

En cambio, cuando el cuidado del hijo sea sólo unipersonal se tendrán que considerar las pautas que establece el art. 653 del CCCN en sus cuatro incisos.

---

(26) CNCiv., Sala J, 3/8/18, Rubinzal Online – RC J 5185/18.

Consideramos que si bien esas pautas deberán ser aplicadas por el juzgador cuando tenga que fijar el cuidado personal unilateral del hijo, aquellas no resultan ser taxativas y, por lo tanto, pueden ser complementadas por otras que se adapten para resolver —quizás, con mayor certeza— este tema en el caso en concreto.

Se ha establecido —en sede judicial y bajo la vigencia del nuevo ordenamiento legal— el cuidado personal unilateral<sup>(27)</sup> por las circunstancias fácticas que rodeaban al caso.

Al respecto, se determinó<sup>(28)</sup> ese cuidado personal unilateral, en el caso concreto, porque “en los términos del Código Civil y Comercial, no resulta factible de aplicación —por el momento— la instauración del cuidado compartido, que establece el art. 651, Código Civil y Comercial, desde que para tal modalidad los progenitores debieran encontrarse en condiciones de articular un diálogo que no se ha podido sostener hasta aquí; mas ello no resulta óbice para sostener el derecho-deber de la progenitora de gozar de la fluida comunicación con su hija, en función del art. 652 del Código Civil y Comercial”.

### **1) La prioridad del progenitor que facilite el derecho a mantener un trato regular con el otro**

Esta es una pauta muy importante cuando la atribución del cuidado del hijo sea sólo de forma unilateral, ya que la asignación de ese cuidado a un sólo progenitor va a conllevar el adecuado derecho de comunicación con el hijo respecto del otro progenitor.

En consecuencia, la comunicación paterno o materno filial se contempla en el art. 653 del nuevo Código como una de las pautas para atribuir unilateralmente al cuidado del hijo.

Esta pauta ya se había considerado para la atribución unilateral de la guarda del niño, niña o adolescente, bajo el régimen del Código Civil que rigió hasta el 31/07/15.

---

(27) CApel. Civ., Com. y de Minería General Roca, Río Negro, 3/11/15, *Rubinzal Online* - RC J 7793/15.

(28) CApel. Civ., Com. y de Minería General Roca, Río Negro, 3/11/15, *Rubinzal Online* - RC J 7793/15.

Así, se estableció que “una pauta fundamental para la atribución de la tenencia es aquella que indica que debe preferirse a quien asegure mejor relación de los hijos con el otro progenitor”<sup>(29)</sup>.

También, que “todas las orientaciones más modernas en materia de familia, convencidas de la necesidad de privilegiar el vínculo de los niños con ambos padres, señalan que el progenitor más apto para ejercitar la custodia de los hijos —léase tenencia— es aquél que más facilitará la vinculación con el otro padre”<sup>(30)</sup>.

Asimismo, “en el caso en que uno de los padres empuja a sus hijos a rechazar al otro, la tenencia y custodia directa de los menores debe ser acordada al padre que mejor garantice el acceso de los menores al otro progenitor”<sup>(31)</sup>.

Este mismo criterio ha sido aplicado —por parte de la jurisprudencia— bajo la vigencia del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación.

En ese sentido, un fallo<sup>(32)</sup> estableció que: “corresponde revocar la sentencia de grado apelada y, en consecuencia, otorgar la tenencia de la niña al progenitor, debiendo éste, por la vía que resulte conducente y a través de los seguimientos de la situación de rigor, garantizar el contacto con la madre y con sus hermanos, sin generar obstáculos y en la forma que la niña lo solicite. Y ello así, desde que en las dos oportunidades en que fue escuchada ratificó su voluntad de vivir con su padre, aunque con pleno contacto con la madre y demás hermanos”.

Otro fallo<sup>(33)</sup> ya había aplicado este criterio, una vez entrado en vigencia el nuevo Código, para atribuir el cuidado personal unilateral a uno de los progenitores.

En este caso, la Alzada<sup>(34)</sup> expresó: “Lo que aquí se dispone halla su fundamento en la inteligencia de que uno de los deberes fundamentales que tiene el padre o la madre que se encuentra al cuidado de un hijo es el de favorecer y estimular la libre comunicación del niño o niña con el

---

(29) CNCiv., Sala B, 22/11/89, *LL*, 1990-E-173 y *LL*, 1994-C-173, n° 40.

(30) CNCiv., Sala L, 12/09/91, (del dictamen del Asesor de Menores), *LL*, 1991-E-504, *DJ*, 1992-1-475 y *Rep. DJ*, 1990-1996, p. 1103, n° 18.

(31) CNCiv., Sala F, 22/09/98, *DJ*, 1999-1-1080 y *Rep. LL*, 1999-1823, n° 41.

(32) CApel. Civ., Com. y de Minería General Roca, Río Negro, 3/11/15, *Rubinzal Online - RCJ* 7793/15.

(33) CNCiv., Sala B, 11/9/15, *elDial.com - AA92D1*.

(34) CNCiv., Sala B, 11/9/15, *elDial.com - AA92D1*.

otro progenitor no conviviente; y que cualquier obstrucción o desidia a la hora de propender a ese vínculo resulta incompatible con los deberes a cargo de quien pretende ejercer el cuidado de los hijos. Desde esta perspectiva, el Tribunal estima prima facie que la falta de colaboración activa de un progenitor para que los hijos logren una buena comunicación con el otro, dará muestras de que dicho padre o madre es inidóneo para tenerlos bajo su cuidado personal. En tal sentido, cabe destacar que el art. 653, inc. a), del Código Civil y Comercial establece como primera pauta a tener en cuenta por el juez para asignar el cuidado personal la prioridad del progenitor que facilita el derecho a mantener trato regular con el otro.”

Un fallo más reciente<sup>(35)</sup> decretó sobre este tema:

“...De una lectura acabada del expediente y lo percibido por el suscripto en las múltiples audiencias del art. 58 del CPCC puedo concluir sin hesitación que existe una constante y reiterada falta de colaboración de la Sra. B. para el cumplimiento del régimen comunicación controlado, el cual no le ha sido impuesto de manera compulsoria por el Tribunal, sino que éste fue adoptado de común acuerdo por las partes. A más de ello y de los múltiples emplazamientos efectuados por el Tribunal, a lo largo de este último periodo se ha traslucido la verdadera mala fe en el obrar de la progenitora, quien siquiera ha podido honrar el compromiso asumido judicialmente, reiterando su actitud obstructiva como si nada. Dichos entorpecimientos reiterados en el tiempo echan por tierra el derecho de coparentalidad que gozan los niños, pese a los constantes intentos de revinculación planteados por el Tribunal y los distintos actores judiciales...”

“Sin dudas que la Sra. B. no ha sabido direccionar su obrar de conformidad a las responsabilidades que le caben como adulta. Los hijos no pueden convertirse en preesas valiéndose de éstos para impedir el contacto fluido con

---

(35) Juzg. Civ., Com. Conciliación y Familia, 2da. Nom. Marcos Juárez, Córdoba, 1/11/18, *elDial.com* –AAAE69.

el restante progenitor. Una cosa es la ruptura del vínculo convivencial que otrora los unía y otra -y muy grave- es privar a los padres de ver a sus hijos. Tanto es así que el legislador previó un tipo penal para los casos como el que nos ocupa y que más abajo analizaré...”

“En suma, cabe ponderar la situación fáctica que es presentada en el caso concreto, erigiéndose la razonabilidad en la vara que guía la actividad judicial, procurando tomar la determinación que propenda a la mejor conservación de los vínculos afectivos que en él se hallan involucrados. Lo contrario importaría consagrar una fuerte limitación en el ámbito de actuación jurisdiccional, que puede incluso llegar a obstar la realización del ideal de justicia, objetivo ineludible de la magistratura” (LORENZETTI, Ricardo Luis, “Código Civil y Comercial de la Nación - Comentado”, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2015, Tomo III, p. 471). Todas estas circunstancias dan cuenta como la Sra. B. no ha hecho más que boicotear todo intento de revinculación legítimo por parte del padre para con sus hijos, circunstancia que se basta a sí misma para acoger la pretensión del Sr. S”

## **2) Edad del hijo**

El segundo criterio para la atribución del cuidado personal unilateral obedece a la edad del hijo.

El nuevo Código Civil y Comercial de la Nación deroga la preeminencia que establecía el art. 206 del Código Civil anterior para los matrimonios heterosexuales, en cuanto a la atribución de la tenencia materna del hijo de menos de cinco años, atendiendo al principio de igualdad entre los cónyuges (establecido en el art. 402 del CCCN) y al ejercicio de la responsabilidad parental compartida (que determina el art. 641 del CCCN, en sus incs. a y b).

No obstante, es cierto que tratándose de un niño muy pequeño su amamantamiento devendrá en otorgar el cuidado unilateral a la madre.

Más allá de esa etapa de amamantamiento, la moderna psicología estima como no recomendable separar al hijo de su madre en los primeros años de vida.

Una vez pasados los primeros años de vida del hijo, ya serán otros factores los que se deberán de tener en cuenta para establecer una preeminencia en la atribución unilateral de un progenitor respecto del otro.

### **3) La opinión del hijo**

El inc. c) del art. 653 del CCCN aplica, en materia de cuidado unilateral del hijo, el principio rector del art. 707 del CCCN para todos los procesos de familia en que se debatan o controviertan derechos o intereses de niños, niñas y adolescentes.

Al respecto, reza el art. 707 del Código Civil y Comercial de la Nación:

“Participación en el proceso de personas con capacidad restringida y de niños, niñas y adolescentes. Las personas mayores con capacidad restringida y los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a ser oídos en todos los procesos que los afectan directamente. Su opinión debe ser tenida en cuenta y valorada según su grado de discernimiento y la cuestión debatida en el proceso”.

Referido a la participación del niño, niña o adolescente, el art. 26 del CCCN —en su parte pertinente— declara que: “La persona menor de edad tiene derecho a ser oída en todo proceso judicial que le concierne, así como a participar en las decisiones sobre su persona”.

Del texto del art. 707 del Código Civil y Comercial de la Nación, que hemos transcripto “ut supra”, las personas mayores con capacidad restringida y los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a ser oídos en todos los procesos que los afectan directamente.

Asimismo, se desprende que su opinión debe ser tenida en cuenta y valorada según su grado de discernimiento y la cuestión debatida en el proceso.

El art. 707 del CCCN se refiere al derecho de niños, niñas y adolescentes a ser oídos en todos los procesos que los afecten directamente, si cuentan con un grado de madurez suficiente para formarse un juicio propio.

Respecto de esto último, siempre estuvimos de acuerdo con la participación y la escucha del niño, niña o adolescente según el grado de

madurez suficiente que tenga en cada caso, y no sujetar esa posibilidad de participación y escucha a una edad determinada y prefijada (como lo establecen algunas legislaciones extranjeras).

Con relación a este tema, algunos autores opinaban que este derecho podía ser ejercido por el niño a partir de la edad de la escolarización o sea a los seis años<sup>(36)</sup>, otros a los diez años<sup>(37)</sup> (tomando en cuenta el artículo 1114 del anterior Código Civil), mientras que otros lo situaban a los catorce años<sup>(38)</sup> (con basamento en los artículos 282 y 283 del Código Civil ya derogado).

En cambio, otra doctrina<sup>(39)</sup> consideraba que como nuestro ordenamiento legal no establecía la edad, no se debería —en principio— sujetar ese derecho a la edad, sino que el juez o tribunal —de considerarse necesario, con la colaboración del equipo interdisciplinario— debía evaluar, en cada caso concreto, si el niño tenía la madurez suficiente como para emitir una opinión propia—no influenciada por un tercero o alguno de sus progenitores— y razonada.

Compartimos esta postura y, por lo tanto, la de especializada doctrina<sup>(40)</sup> que seguía el mismo pensamiento, en cuanto a que la formulación genérica sobre la edad y madurez, y sobre la condición de formarse un juicio propio, pareciendo más adecuada que la fijación de una edad determinada, pues permite adaptarse mejor a las diferentes circunstancias y características de las personas y las familias.

Por ello, en su momento, celebramos que la ley 26.061 haya seguido este criterio.

Es la postura que, afortunadamente, recoge el art. 707 del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación.

El otro interrogante es: ¿por quién debe ser oído?

---

(36) D' Antonio, Daniel H.: *Convención sobre los Derechos del Niño. Comentada y anotada exegeticamente. Jurisprudencia nacional y extranjera*, Astrea, Buenos Aires, 2001, p. 107.

(37) Stilerman, Marta: *Menores. Tenencia. Régimen de visitas*, 3ª ed. act. reimpr., Universidad, Buenos Aires, 1997, p. 74.

(38) Grosman, Cecilia P.: *La opinión del hijo en las decisiones sobre tenencia*, ED, 107-1016.

(39) Blanco, Luis G.: *Divorcio y derecho de visita: necesidad psicológica de los menores de mantener la comunicación con su progenitor no custodio*, JA, 1990-II-697.

(40) Carranza Casares, Carlos: *Participación de los niños en los procesos de familia*, LL, 1997-C-1387.

Importante jurisprudencia entendió que puede ser oído en forma indirecta a través del Asesor de Menores<sup>(41)</sup> o de algún miembro del equipo interdisciplinario.

Al respecto, algunos fallos<sup>(42)</sup> determinaron que el derecho constitucional del menor a ser oído podía ser ejercido en forma directa o indirecta, esto es, expresando su opinión personalmente al juez o a través de los auxiliares que éste designe para intervenir en el proceso, pudiendo también comparecer ante el Defensor de Menores<sup>(43)</sup> cuando lo considere necesario.

En cambio, para otra jurisprudencia, el niño, niña o adolescente debía ser oído en forma directa por el juez.

En ese sentido, se habían pronunciado destacados fallos provinciales<sup>(44)</sup>.

Especializada doctrina<sup>(45)</sup> opinaba que debía ser el juez quien escuche al niño/a, pues parece razonable que quien ha de decidir cuestiones trascendentes en la vida de un niño, niña o adolescente tenga interés y considere útil conocerlo personalmente, al menos, cuando éste cuente con cierta edad que facilite la comunicación.

Agregaba esta doctrina<sup>(46)</sup>, que también resulta razonable que el niño, niña o adolescente que ya posee determinado estado de madurez se considere con derecho a conocer y ser conocido por quien habrá de tomar resoluciones tan importantes para su persona.

Asimismo, autorizada doctrina<sup>(47)</sup> participaba de ese criterio, pero con basamento en lo prescripto en la ley 26.061.

Compartimos tal postura.

---

(41) CSJN, LL, 1996-A-259; CNCiv., Sala I, 20/10/98, LL, 1999-D-150; id., Sala C, 22/8/95, LL, 1996-A259.

(42) CNCiv., Sala I, 20/10/98, LL, 1999-B-5, LL, 1999-D-149, DJ, 1999-2-418 y ED, 181-141; id., Sala E, 29/5/00, ED, 191-393; CCiv. y Com. Morón, Sala 2ª, 29/6/95, JA, 1998-II-síntesis.

(43) CNCiv., Sala E, 29/5/00, ED, 191-393.

(44) SCBA, 02/05/02, LL, 2003-A-423; id., 20/9/06, *Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, Buenos Aires, Lexis Nexis/Abeledo-Perrot, 2007, n° 2007-II, p. 35; CApel. Civ. y Com. Corrientes, Sala IV, 23/8/06, *elDial. Express* del 30/8/06.

(45) Carranza Casares, Carlos: *Participación...cit.*, p. 1386.

(46) Carranza Casares, Carlos: *Participación...cit.*, p. 1386.

(47) Kielmanovich, Jorge L.: *La dimensión procesal de la ley 26.061*, en García Méndez, Emilio (comp.): *Protección Integral de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes. Análisis de la Ley 26.061*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2006, p. 95.



Es la posición que recoge a lo largo de su articulado el nuevo Código, con basamento en la capacidad progresiva del niño, niña o adolescente.

Respecto de qué efectos debe darse a la opinión del niño, niña y adolescente, la doctrina y la jurisprudencia son contestes en cuanto a que el derecho del niño, niña o adolescente a ser oído no implica que deban acatarse automáticamente sus deseos, sino que su opinión debe ser merituada en conjunto con los demás elementos aportados a la causa.

En este sentido, la jurisprudencia<sup>(48)</sup> había establecido que, si bien la opinión del niño/a no sólo debe ser oída sino también escuchada en los procesos que le incumban, ello no significaba que se aceptaran automáticamente sus deseos.

Por lo tanto, el juez o el tribunal debían evaluar dicha opinión junto con las pruebas u otros elementos aportados al proceso.

Sin embargo, alguna jurisprudencia<sup>(49)</sup> —apartándose del criterio mayoritario— sólo tuvo en cuenta la opinión del menor, y no ordenó producir las pruebas que habían sido ofrecidas considerando que, al tener el hijo doce años de edad, su sola opinión ya era válida para otorgar la tenencia a uno de los progenitores.

En cuanto a la vieja discusión sobre si el juez tiene el deber o la facultad de oír al niño, la consideramos zanjada con lo establecido por el art. 707 precitado.

Por lo tanto, no cabe duda alguna, que —en la actualidad— es un deber del juez.

Este criterio de atribución del cuidado personal conforme la opinión del hijo fue recogido bajo la vigencia de la nueva legislación por nuestros tribunales<sup>(50)</sup>.

Así, se determinó<sup>(51)</sup> que: “Corresponde confirmar la sentencia de grado que rechaza el pedido de restitución de la menor de autos formulado por la progenitora contra el padre de la niña, fundado en que

---

(48) CNCiv., Sala I, 20/10/98, *LL*, 1999-B-5; *id.*, Sala H, 20/10/97, *LL*, 1998-D-261, *ED*, 176-93, y *Rep. LL*, 1998-1819, sum. N° 25; *id.*, Sala B, 07/06/99, *ED*, 186-499, y *RED*, 34-685, sum. N° 15; TFam. Formosa, 18/04/96 (del voto en disidencia de la Dra. Cabrera de Dri), *LL Litoral*, 1999-767, y *Rep. LL*, 1999-1822, sum. N° 39.

(49) CNCiv., Sala E, 07/11/95, *LL*, 1997-E-690

(50) CNCiv., Sala E, 18/10/16, *Rubinzal Online - RC J 6393/16*; CApel. Río Grande, Sala Civ., Com. y Trab., 13/8/15, *Rubinzal Online - RC J 8169/15*.

(51) CApel. Río Grande, Sala Civ., Com. y Trab., 13/8/15, *Rubinzal Online - RC J 8169/15*.

la titularidad de la tenencia se le acordó mediante un acuerdo homologado judicialmente, toda vez que ésta ha expresado a través de sus representantes legales el deseo de cambiar el status quo acordado por sus progenitores oportunamente y vivir con su padre sin dejar de tener contacto y visitar a su madre. De modo que, tal como lo sostiene la a quo, la sola tenencia no habilita a un reintegro cuando la menor ha manifestado coherentemente su deseo de permanecer al cuidado de su otro progenitor. Ello así en tanto que el imperio otorgado por el inc. 2, art. 264, Código Civil, encuentra su límite en el art. 3, Convención sobre los Derechos del Niño. Y en el caso el bienestar de la menor está dado por respetar su deseo de vivir con su progenitor, sin que ello implique sentimientos encontrados hacia su madre. En consecuencia, en orden al fin último que nos ha sido encomendado sostenemos que como han sido dados los hechos en los presentes actuados el interés superior de la menor se verá logrado al permanecer en su actual emplazamiento. Disponer lo contrario es condicionar los hechos al derecho sobre estructuras antiguas donde la tenencia parecía brindar un derecho estático rígido e irreductible”.

Pese a la importancia de lo enunciado respecto de la escucha del niño, niña y adolescente en los procesos donde se debata el cuidado personal de ellos, esto no significa —como lo hemos señalado— que el magistrado debe acoger a raja tabla los deseos de aquéllos, sino que habrá que sopesar dicha opinión con las circunstancias del caso o las probanzas aportadas por las partes.

Así, en un caso —bastante reciente— donde el deseo de un adolescente era el de vivir con su padre porque su mamá le insistía para que estudie y ordenara su cuarto, se decidió<sup>(52)</sup> que es insuficiente para separarlo de sus hermanas.

En consecuencia, se ordenó el cuidado personal compartido indistinto, y los hijos seguirán residiendo con su madre con un amplio régimen de comunicación con el padre.

Textualmente, la Alzada dijo en este caso:

“Sostiene la Sra. Defensora Pública de Menores de Cámara que si bien no escapa la edad de N. y su derecho a

---

(52) CNCiv., Sala A, 18/10/17, *elDial.com* - AAA26E

ser oído y expresar su opinión, la que debe ser tenida en cuenta de acuerdo a su grado de madurez, lo cierto es que no puede adoptarse una decisión basada sólo en el deseo de un joven que manifiesta estar molesto por la puesta de límites de su madre tendiente a que realice las tareas escolares o lleve su mochila al cuarto, pues no se estaría exento de un nuevo descontento y pedido del hijo de volver con la madre, ante la puesta de límites que, seguramente, también impondrá el progenitor para que cumpla con sus actividades y ordene su cuarto.”

#### **4) El mantenimiento de la situación existente y respeto del centro de vida**

##### ***i) El mantenimiento de la situación existente***

El mantenimiento de la situación existente era uno de los principales parámetros jurisprudenciales que se tenían en cuenta cuando se solicitaba la modificación o el cambio en la asignación de la tenencia del hijo.

Al respecto, bajo la vigencia del Código Civil anterior la jurisprudencia acogió en forma mayoritaria el criterio de no innovar<sup>(53)</sup>, o sea mantener el “status quo”<sup>(54)</sup> en que se encuentran los hijos para fundamentar la improcedencia del cambio de la tenencia, cuando no existan causas graves que así lo justifiquen<sup>(55)</sup>.

---

(53) CNCiv., Sala E, 31/05/88, *LL*, 1990-A-70 (con nota de Julio J. López del Carril), *DJ*, 1990-1-830 y *LL*, 1994-C-592, n° 30; CNCiv., Sala A, 11/06/96, *DJ*, 1996-2-1328 y *Rep. DJ*, 1990-1996-1103, n° 12; CCiv., Com. y de Garantías en lo Penal, Pergamino, 11/05/99, *LLBA*, 1999-713 y *Rep. LL*, 1999-1823, n° 46; TFamilia, Formosa, 18/04/96, *LL Litoral*, 1999-767 y *Rep. LL*, 1999-1823, n° 50; CNCiv., Sala K, 17/10/97, *LL*, 1998-B-754, *DJ*, 1998-2-276 y *Rep. LL*, 1998-1818, n° 16; CApel. Concordia, Sala III Civ. y Com., 31/03/97, *LL Litoral*, 1998-1-227 y *Rep. LL*, 1998-1818, n° 18.

(54) CNCiv., Sala L, 30/11/99, *DJ*, 2000-3-1202 y *DJ*, 2000-3-340, n° 7; CCiv. y Com. Azul, 22/09/98, *LLBA*, 1999-218 y *Rep. LL*, 1999-1822, n° 32; CNCiv., Sala H, 20/10/97, *LL*, 1998-261, *ED*, 176-93 y *Rep. LL*, 1998, p. 1819, n° 26.

(55) CNCiv., Sala L, 30/11/99, *DJ*, 2000-3-1202 y *DJ*, 2000-3-340, n° 7; TFamilia, Formosa, 18/04/96 *LL Litoral*, 1999-767 y *Rep. LL*, 1999-1823, n° 48.

## **Capítulo III**

# **OTORGAMIENTO DE LA GUARDA A UN PARIENTE**

### **1. OTORGAMIENTO DE LA GUARDA A UN PARIENTE. LA POSIBILIDAD QUE ESTABLECE EL ART. 657 DEL CCCN**

En supuestos excepcionales, y de extrema gravedad, el art. 657 del Código Civil y Comercial de la Nación permite otorgar la guarda a un pariente:

Al respecto, el art. 657 del CCCN dice textualmente:

“En supuestos de especial gravedad, el juez puede otorgar la guarda a un pariente por un plazo de un año, prorrogable por razones fundadas por otro período igual. Vencido el plazo, el juez debe resolver la situación del niño, niña o adolescente mediante otras figuras que se regulan en este Código.

El guardador tiene el cuidado personal del niño, niña o adolescente y está facultado para tomar las decisiones relativas a las actividades de la vida cotidiana, sin perjuicio de que la responsabilidad parental quede en cabeza del o los progenitores, quienes conservan los derechos y responsabilidades emergentes de esta titularidad y ejercicio”.

Ponemos de resalto que el texto del art. 657 del Anteproyecto del Código Civil y Comercial de la Nación permitía al juez, bajo circunstancias de especial gravedad, otorgar la guarda a un tercero, ya fuera un pariente o no.

Pero, el texto finalmente sancionado del Código Civil y Comercial de la Nación sólo permite otorgar esa guarda a un pariente.

Por lo tanto, es limitado el número de personas que, no siendo los progenitores, podrán ser guardadores de un niño, niña o adolescente y tener su cuidado personal.

Es este sentido, si bien el nuevo Código Civil y Comercial soluciona una omisión que contenía el Código Civil derogado (y que se planteaba —de forma reiterada— en la práctica), lo hace a medias<sup>(1)</sup>.

Al respecto, un fallo provincial se apartó de la limitación que establece la primera parte de la norma que estamos analizando —en cuanto a las personas que pueden ser guardadores de niños, niñas o adolescentes— y confirió la guarda a un matrimonio que no tenía vínculo alguno de parentesco con el menor<sup>(2)</sup>.

Concretamente, en ese fallo se estableció: “El acuerdo por el cual la madre de un menor otorgó la guarda asistencial de este a un matrimonio con quien no la unía ningún vínculo de parentesco debe ser homologado, pues la limitación para la delegación de aquélla exclusivamente en cabeza de los parientes de los padres avanza contra el interés superior del niño ocasionándole un daño en su persona al privarlo del amparo y protección que podrían brindarle los pretensos guardadores y que su madre biológica no puede ofrecerle —por encontrarse desempleada, ser viuda y tener 6 hijos más—, pasando por alto la voluntad expresada del niño de vivir con aquéllos y visitar a su madre y a sus hermanos, teniendo plena conciencia de su situación y sintiéndose además cuidado y querido por la familia con la que la madre acordó su cuidado”<sup>(3)</sup>.

Por otra parte, cabe destacar que el art. 657 del CCCN otorga esa guarda al pariente sólo en supuestos de extrema gravedad.

Sin embargo, no establece cuáles son esos supuestos de extrema gravedad por los cuales el juez o tribunal puede otorgar la guarda del niño, niña o adolescente a un pariente.

Por lo tanto, como en otras cuestiones atinentes al derecho de familia, el nuevo Código Civil y Comercial deja librado al prudente arbitrio

---

(1) Mizrahi, Mauricio Luis: *Responsabilidad parental*, Astrea, 1ª reimpr., Buenos Aires, 2016, p. 460.

(2) Juzg. Familia 1ª Nom. Córdoba, 7/10/15, *Abeledo Perrot n° AR/JUR/74630/2015*.

(3) Juzg. Familia 1ª Nom. Córdoba, 7/10/15, *Abeledo Perrot n° AR/JUR/74630/2015*.

judicial la atribución de la guarda a un pariente, según las circunstancias de extrema gravedad del caso lo aconsejen.

Asimismo, hay que notar que esa guarda asignada al pariente —en principio— es por un año, si bien “prorrogable por razones fundadas por otro período igual”.

Vencido el nuevo plazo de un año, el juez debe resolver la situación del niño, niña o adolescente mediante otras figuras que se regulan en este Código, tales como la tutela o la adopción.

Al respecto, una sentencia reciente<sup>(4)</sup> decidió que “otorgada la guarda de las niñas de 7 y 12 años de edad a sus abuelos maternos, vencido el plazo legal de ésta y su prórroga (art. 657, Código Civil y Comercial), y persistiendo las causas que la originaron, se resuelve otorgar la tutela dativa de las niñas, en los términos del art. 104 del Código Civil y Comercial”.

El segundo párrafo del art. 657 del CCCN establece que el pariente al que se le atribuyó la guarda del niño, niña o adolescente tiene su cuidado personal “para tomar las decisiones relativas a las actividades de la vida cotidiana”, pero —a continuación— se aclara que la responsabilidad parental queda en cabeza del o los progenitores, quienes conservan los derechos y responsabilidades emergentes de esta titularidad y ejercicio.

Es decir, que el mentado art. 657 del CCCN permite transferir la guarda a un pariente, pero —en tal supuesto— la titularidad y el ejercicio de la responsabilidad parental queda en cabeza de los progenitores.

En consecuencia, hay que diferenciar lo que establece la norma precitada de lo que estipulan los arts. 643 y 674 del CCCN, ya que en estos supuestos se transfiere el ejercicio de la responsabilidad parental a un pariente o al progenitor afín, respectivamente, pero sin otorgarse la guarda a aquéllos<sup>(5)</sup>.

---

(4) Juzg. Menores n° 1 Corrientes, 21/9/18, *Rubinzal Online* –RCJ 9400/18.

(5) Dice el art. 643 del CCCN: “Delegación del ejercicio. En el interés del hijo y por razones suficientemente justificadas, los progenitores pueden convenir que el ejercicio de la responsabilidad parental sea otorgado a un pariente, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 674. El acuerdo con la persona que acepta la delegación debe ser homologado judicialmente, debiendo oírse necesariamente al hijo. Tiene un plazo máximo de un año, pudiendo renovarse judicialmente por razones debidamente fundadas, por un período más con participación de las partes involucradas. Los progenitores conservan la

# Capítulo IV

## PROCESO POR CUIDADO PERSONAL

### 1. ALTERNATIVAS DEL TRÁMITE PROCESAL

#### a) Dentro de un proceso de divorcio

##### 1) *Convenios reguladores previstos en el art. 439 del CCCN*

El art. 439 del CCCN establece:

“El convenio regulador debe contener las cuestiones relativas a la atribución de la vivienda, la distribución de los bienes, y las eventuales compensaciones económicas entre los cónyuges; al ejercicio de la responsabilidad parental, en especial, la prestación alimentaria; todo siempre que se den los presupuestos fácticos contemplados en esta Sección, en consonancia con lo establecido en este Título y en el Título VII de este Libro.

Lo dispuesto en el párrafo anterior no impide que se propongan otras cuestiones de interés de los cónyuges”.

El art. 439 transcrito señala algunas de las cuestiones que deben incluirse en ese convenio, a saber: las relativas a la atribución de la vivienda, la distribución de los bienes y las eventuales compensaciones económicas entre los cónyuges.

Asimismo, al ejercicio de la responsabilidad parental y la prestación alimentaria para los hijos fruto de esa unión matrimonial.

Con acierto, la última parte de ese art. 439 dispone que la enunciación de la primera parte no impide que se propongan otras cuestiones

de interés de los cónyuges, como podría ser el establecimiento de un régimen de comunicación con el hijo menor de edad.

Y, asimismo, no se excluye la regulación mediante este convenio del tema que nos interesa en la presente obra: el cuidado personal del hijo.

Los convenios celebrados entre ambos progenitores relativos al cuidado personal del hijo, que se acompañen la demanda de divorcio, determinarán los efectos del divorcio que regirán respecto de ese tema.

Nos parece acertada la obligatoriedad de estos convenios regulatorios, que contempla el nuevo Código, respecto de los que atañen a los hijos menores de edad.

Por ello, acompañamos la opinión del profesor Azpiri<sup>(1)</sup> en cuanto a la desproporción de exigir (a fin de dar trámite al divorcio) los convenios sobre las cuestiones patrimoniales entre los cónyuges, si existe acuerdo entre aquellos en su no presentación.

Sin embargo, queremos señalar que no se da participación al hijo sujeto de este convenio de cuidado personal, vulnerando el principio procesal establecido en el art. 707 del CCCN.

Recordemos que este art. 707 decreta la participación de los niños, niñas y adolescentes en el proceso, teniendo derecho a que se los oiga teniendo en cuenta su opinión.

Al respecto, reza el art. 707 del Código Civil y Comercial de la Nación:

“Participación en el proceso de personas con capacidad restringida y de niños, niñas y adolescentes. Las personas mayores con capacidad restringida y los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a ser oídos en todos los procesos que los afectan directamente. Su opinión debe ser tenida en cuenta y valorada según su grado de discernimiento y la cuestión debatida en el proceso”.

A la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación, y aplicando su art. 707, se ha decretado<sup>(2)</sup> en cuanto a la participación de niño, niña y adolescentes en todo proceso que los afecte:

---

(1) Azpiri, Jorge O.: *Incidencias...cit.*, p. 75.

(2) CApel. Civ. y Com. Mar del Plata, Sala II, 13/6/17; Rubinzal Online - RC J 3752/17



“La participación en el proceso de niñas, niños y adolescentes, se encuentra contemplada en el art. 707, Código Civil y Comercial. Asimismo, el art. 12, Convención de los Derechos del Niño -de jerarquía constitucional conforme el inc. 22, art. 75, Constitución Nacional-, ha trazado el sendero por el que debe transitar la participación del niño en aquellas cuestiones que lo involucren; al igual que los arts. 2 y 24, Ley 26061.

En cuanto a las modalidades para garantizar el derecho a ser oído de niñas, niños y adolescentes, ello es tratado en el punto 78, 100 Reglas de Brasilia.

De toda esta normativa, surge claramente que la aplicación de este principio resulta insoslayable en todo proceso administrativo y judicial sea en el ámbito nacional como en el provincial, postulado que tiene íntima relación con el de la capacidad progresiva. En el caso, resulta esencial valorar la opinión del niño quien, en guarda preadoptiva, expresa sus deseos de ampliar el régimen de comunicación que en la actualidad se viene desarrollando con su hermano biológico, consistente en un encuentro mensual”.

Por su otra parte, el art. 440 del CCCN decreta:

“El juez puede exigir que el obligado otorgue garantías reales o personales como requisito para la aprobación del convenio.

El convenio homologado o la decisión judicial pueden ser revisados si la situación se ha modificado sustancialmente”.

El art. 440 del CCCN faculta al juez a exigir garantías personales o reales a uno de los cónyuges para garantizar la obligación a la que se ha comprometido —en dicho convenio— respecto del otro cónyuge o de sus hijos.

La exigibilidad de estas garantías queda bajo la exclusiva facultad del juez, según entienda que son procedentes en ese caso.

Es decir, que el juez podrá no homologar el convenio presentado si a su criterio considera que uno de los cónyuges debe garantizar el cumplimiento de la prestación a la que se obligó.

Asimismo, la parte final de este art. 440 faculta a la revisión de estos convenios si la situación por los cuales se habían contemplado se ha modificado.

Ello es plenamente aplicable con relación a los alimentos, cuidado personal, y régimen de comunicación y contacto respecto de los hijos, ya que estas cuestiones no hacen cosa juzgada en sentido material pues son siempre modificables en tanto se modifiquen las circunstancias por las cuales se las ha fijado.

En tanto, la última parte del art. 438 del CCCN, expresa: "...si el convenio regulador perjudica de modo manifiesto los intereses de los integrantes del grupo familiar, las cuestiones pendientes deben ser resueltas por el juez de conformidad con el procedimiento previsto en la ley local".

Es decir, que si a criterio del juez ese "convenio regulador perjudica de modo manifiesto los intereses de los integrantes del grupo familiar" podrá negarse a homologarlo.

Para el tema que aborda esta obra, si el juez considera que el convenio que trata sobre el cuidado del niño, niña o adolescente vulnera sus intereses, o no los contempla, podrá rechazar su homologación.

## ***2) Propuestas reguladoras previstas en el art. 438 del CCCN***

Reza el art. 438:

"Toda petición de divorcio debe ser acompañada de una propuesta que regule los efectos derivados de éste; la omisión de la propuesta impide dar trámite a la petición.

Si el divorcio es peticionado por uno sólo de los cónyuges, el otro puede ofrecer una propuesta reguladora distinta.

Al momento de formular las propuestas, las partes deben acompañar los elementos en que se fundan; el juez puede ordenar, de oficio o a petición de las partes, que se incorporen otros que se estiman pertinentes. Las propuestas deben ser evaluadas por el juez, debiendo convocar a los cónyuges a una audiencia.

En ningún caso el desacuerdo en el convenio suspende el dictado de la sentencia de divorcio.

Si existe desacuerdo sobre los efectos del divorcio, o si el convenio regulador perjudica de modo manifiesto los intereses de los integrantes del grupo familiar, las cuestio-

nes pendientes deben ser resueltas por el juez de conformidad con el procedimiento previsto en la ley local”.

Conforme se desprende del artículo 438 del CCCN transcripto, toda petición de divorcio unilateral debe ir acompañada de una propuesta que regule los efectos derivados del mismo, impidiendo la omisión de dicha propuesta dar trámite a la petición.

De la propuesta reguladora presentada por uno de los cónyuges co-responderá, a tenor de lo establecido en el art. 438 precitado, dar traslado al otro para que se expida al respecto.

Ante la falta de esta propuesta reguladora unilateral, si el divorcio es pedido por uno sólo de los cónyuges, el juez o tribunal debe de rechazar “in limine” el divorcio iniciado.

En tanto, si el cónyuge demandado presenta una propuesta distinta por no estar de acuerdo con la acompañada por su cónyuge, tal circunstancia no suspende el dictado de la sentencia de divorcio.

Otra alternativa, es que el esposo demandado se allane a la propuesta reguladora presentada por el cónyuge que inició la acción.

No obstante lo dicho en el párrafo anterior, el juez deberá evaluar las propuestas presentadas por ambos cónyuges, debiendo convocar a los cónyuges a una audiencia y pudiendo ordenar que se incorporen otros elementos que se estimen pertinentes.

En caso de que existiera desacuerdo entre las partes sobre las propuestas reguladoras de los efectos del divorcio, o si el convenio regulador perjudica de modo manifiesto los intereses de los integrantes del grupo familiar, las cuestiones pertinentes deberán ser resueltas por el juez de conformidad con el procedimiento previsto por la ley local (art. 438 “in fine”).

La propuesta reguladora incluirá lo referido a alimentos y compensaciones económicas, atribución del hogar conyugal y división de los bienes gananciales entre los cónyuges como, asimismo, alimentos, cuidado personal y régimen de comunicación y contacto referidos a los hijos fruto de esa unión matrimonial.

Cuando se acompañe una propuesta reguladora de forma unilateral o un convenio regulador de forma conjunta, previo al dictado de la sentencia, el juez o tribunal deberá dar traslado al Ministerio Público a fin de que emita dictamen al respecto, sobre todo, cuando esa propuesta o convenio incluya intereses o derechos atinentes a los hijos menores de

edad, como es en el caso de la propuesta que versa sobre el cuidado del hijo.

### **3) Falta de acuerdo o convenio. Vía incidental**

A ello, se refiere la parte final del art. 438 del CCCN: "...En ningún caso el desacuerdo en el convenio suspende el dictado de la sentencia de divorcio.

Si existe desacuerdo sobre los efectos del divorcio, o si el convenio regulador perjudica de modo manifiesto los intereses de los integrantes del grupo familiar, las cuestiones pendientes deben ser resueltas por el juez de conformidad con el procedimiento previsto en la ley local".

En este caso, dado que el tema del cuidado del hijo es conexo con el divorcio y se ha presentado durante su trámite, "si existe desacuerdo sobre los efectos del divorcio, o si el convenio regulador perjudica de modo manifiesto los intereses de los integrantes del grupo familiar" deberá tramitarse por la vía incidental, ya que es la que está prevista en el Código de rito nacional.

Recordemos que incidentes son todas las cuestiones contenciosas que pueden surgir durante el desarrollo del proceso y que guarden algún grado de conexidad con la pretensión o petición que constituye el objeto de aquél.

Por lo tanto, incidente es toda cuestión que sobreviene accesoriamen- te en el curso de un proceso y que tiene con él una vinculación inmediata, siendo necesario que exista una cuestión contenciosa o sea que exista un conflicto de intereses y que este conflicto que origina el incidente guarde conexión con alguno de los elementos del proceso principal.

Por lo cual, cuando en un divorcio existe desacuerdo entre los progenitores respecto de las propuestas reguladoras atinentes al establecimiento del cuidado del hijo, o si el convenio regulador perjudica de modo manifiesto los intereses del hijo, esta cuestión deberá tramitarse a través de la vía incidental.

### **4) Cuidado del hijo establecido de forma provisional**

En el Código Civil anterior, que rigió hasta el 31/07/15, si bien no existían normas específicas que aludían a la tenencia provisional, en-

contrábamos una referencia al tema en el art. 231 de ese Código Civil, que disponía: “Deducida la acción de separación personal o de divorcio vincular, o aún antes de ella en casos de urgencia podrá el juez... determinar a quien corresponda la guarda de los hijos con arreglo a las disposiciones de este Código...”.

De la parte transcrita del art. 231 del Código Civil derogado se extraía que la tenencia podrá ser asignada antes que se interpusiera la acción —en casos de urgencia— o una vez interpuesta la misma.

En tanto, el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación establece —de forma explícita— el cuidado provisional del hijo o, por decirlo de otra manera, que este cuidado del hijo podrá ser establecido en forma provisional.

Este nuevo Código, en sus arts. 705 a 723, establece un bloque de normas procesales que engloba a los Procesos de Familia.

El art. 705 del Código Civil y Comercial de la Nación, dice:

“Ámbito de aplicación. Las disposiciones de este título son aplicables a los procesos en materia de familia, sin perjuicio de lo que la ley disponga en casos específicos”.

Si bien las provincias tienen la facultad constitucional de darse sus propias instituciones locales, y por ende legislar sobre su procedimiento, en este caso lo novedoso (y controvertido, si se quiere) es que el Código Civil y Comercial de la Nación fija de manera sistematizada las pautas y principios que han de regir en los procesos de familia.

Establece, en consecuencia, un derecho procesal de familia que será aplicable en todo el territorio de la Nación Argentina.

El art. 721 del CCCN determina las medidas provisionales aplicables a las personas y el art. 722 del CCCN las medidas provisionales aplicables a los bienes, tanto en la nulidad matrimonial como en el divorcio.

En cuanto a la posibilidad de solicitar y establecer el cuidado personal del hijo, de forma provisional, el art. 721 del CCCN decreta:

“Deducida la acción de nulidad o de divorcio, o antes en caso de urgencia, el juez puede tomar las medidas provisionales necesarias para regular las relaciones personales entre los cónyuges y los hijos durante el proceso.

Puede especialmente:

- a) determinar, teniendo en cuenta el interés familiar, cuál de los cónyuges ha de continuar en el uso de la vivienda familiar y, previo inventario, qué bienes retira el cónyuge que deja el inmueble;
- b) si corresponde, establecer la renta por el uso exclusivo de la vivienda por parte de uno de los cónyuges;
- c) ordenar la entrega de los objetos de uso personal;
- d) disponer un régimen de alimentos y ejercicio y cuidado de los hijos conforme con lo establecido en el Título VII de este Libro;
- e) determinar los alimentos que solicite el cónyuge teniendo en cuenta las pautas establecidas en el artículo 433”.

Estas medidas provisionales enumeradas en el art. 721 del CCCN están insertas en un proceso de divorcio o de nulidad del matrimonio, es decir, están ligadas a un proceso principal, lo cual las dota de la instrumentalidad propia de las medidas cautelares<sup>(3)</sup>.

---

(3) Esta característica, significa que se hallan subordinadas a un proceso principal del que dependen, con la finalidad de asegurar el cumplimiento de lo que se resuelva en aquél.

Ello implica que, carecen de un fin en sí mismas, dado que están pre ordenadas en forma ineludible a la efectividad de una eventual sentencia definitiva favorable al peticionario.

Es decir que, presuponen la existencia de otro proceso, en el cual se debatirá la existencia y alcances del derecho sustancial protegido.

Por lo tanto, no resulta posible concebir el dictado de una medida cautelar, que no se vincule con una demanda, promovida o a promoverse en el futuro.

De lo expresado, se desprende que resulta improcedente la medida cautelar que tiende a agotarse en sí misma.

En tal sentido, estas medidas han sido reputadas como incidentales, con la finalidad de hacer notar que no nace con ellas una relación distinta y separada del proceso principal al que se encuentran vinculadas.

Por lo tanto, finalizado el proceso del cual dependen, estas medidas siguen la suerte de lo que se ha decidido respecto de aquel: si se hace lugar a la pretensión de fondo, continúan o se transforman (v. gr., de embargo preventivo a ejecutivo); por el contrario, si la acción principal es desestimada, aquellas caducan, imponiéndose su levantamiento.

Si falta este carácter de instrumentalidad, no nos encontraríamos ante una medida cautelar sino ante un proceso “urgente” o, para nosotros, también se podría tratar —en

Como podemos observar, el inciso d) del art. 721 del CCCN faculta a las partes a solicitar y al juez a determinar, aún de oficio, el cuidado del hijo de forma provisional.

Esta atribución del cuidado personal del hijo de forma provisional, en principio, deberá decretarse —por parte del juez o tribunal— una vez deducida la acción de nulidad o de divorcio, pero —también— se podrá conceder antes.

Si bien, en este último caso (que este cuidado personal se solicite antes de la interposición de la demanda en el proceso principal), el propio art. 721 del CCCN exige que ello será posible sólo en “caso de urgencia”.

Por lo cual, a tenor del propio texto, la “urgencia” sólo se debería demostrar cuando estas medidas se piden anticipadamente, pero no cuando se solicitan en la demanda principal.

Por otra parte, el art. 723 del CCCN dice que este art. 721 es aplicable a las uniones convivenciales, en cuanto sea pertinente.

## **b) Sin un proceso de divorcio en trámite**

### ***1) Trámite autónomo contencioso***

En este punto, nos ocupamos de los progenitores unidos matrimonialmente que se encuentren separados de hecho o progenitores que hayan estado unidos convivencialmente.

El Código Procesal Civil y Comercial de la Nación no contiene, en estos supuestos, una norma específica en cuanto al tipo de proceso por el cual tramitará la atribución de la custodia personal del hijo.

Por lo cual, debemos inferirlo de otras normas de ese cuerpo legal.

Al respecto, el art. 319 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (según texto ley 25.488) en su primer párrafo dice: “Todas las

---

ese caso— de una medida “autosatisfactiva”, ya que no existirá en tal situación un proceso del cual dependan y al cual se hallen subordinadas.

Asimismo, se ha dicho que la naturaleza instrumental de la medida cautelar se vería desvirtuada, si se convirtiera en un medio para arribar a un resultado al que sólo podría accederse mediante el dictado de una sentencia.

En ese sentido, debe rechazarse la medida cautelar que excede su objeto y asume ribetes incompatibles con su naturaleza instrumental, al permitir por su intermedio obtener de modo anticipado el resultado pretendido en el proceso sustancial.

contendias judiciales que no tuvieran señalada una tramitación especial, serán ventiladas en juicio ordinario, salvo cuando este Código autorice al juez a determinar la clase de proceso aplicable”.

En virtud de lo establecido en la primera parte del párrafo 2° del artículo 319 (conf. ley 25.488) del cuerpo legal “ut supra” citado, no caben dudas que cuando el cuidado personal del hijo tramite por una acción autónoma (o sea, sin que se haya entablado un proceso de divorcio o nulidad matrimonial) corresponderá la aplicación de las normas del juicio ordinario.

## **2) Convenios**

Para el supuesto de que los progenitores que no hayan planteado la cuestión del cuidado personal del hijo en un proceso de divorcio, nulidad matrimonial o que hayan estado unidos convivencialmente y arriben a un acuerdo en cuanto al tema, podrán presentar un convenio susceptible de ser homologado judicialmente por aplicación analógica de lo establecido en el art. 439 del nuevo Código Civil y Comercial.

Por lo cual, la posibilidad de convenir y homologar judicialmente dicho acuerdo será también una facultad de los progenitores matrimoniales separados de hecho y de los progenitores que hayan convivido.

## **3) Cuidado del hijo establecido de forma provisional**

Si bien, como hemos visto el art. 721 del CCCN permite la adopción de medidas provisionales atinentes a las personas dentro del trámite de divorcio o nulidad del matrimonio, el art. 723 del CCCN permite que lo normado en este art. 721 sea aplicable a las uniones convivenciales, en cuanto sea pertinente.

Es decir, que el establecimiento provisional del cuidado personal va a poder ser solicitado y fijado fuera de la tramitación de un divorcio o nulidad matrimonial, pudiéndose aplicar a los cónyuges separados de hecho y a los convivientes.

## **4) Plan de parentalidad**

En tanto, el art. 655 se ocupa del plan de parentalidad y expresa:



“Los progenitores pueden presentar un plan de parentalidad relativo al cuidado del hijo, que contenga:

- a) lugar y tiempo en que el hijo permanece con cada progenitor;
- b) responsabilidades que cada uno asume;
- c) régimen de vacaciones, días festivos y otras fechas significativas para la familia;
- d) régimen de relación y comunicación con el hijo cuando éste reside con el otro progenitor.

El plan de parentalidad propuesto puede ser modificado por los progenitores en función de las necesidades del grupo familiar y del hijo en sus diferentes etapas.

Los progenitores deben procurar la participación del hijo en el plan de parentalidad y en su modificación”.

Como podemos apreciar, el plan de parentalidad incluye cuestiones que tienen que ver con el cuidado personal del hijo y el régimen de comunicación progenitor-hijo.

Asimismo, es interesante resalta que, en su última parte, señala que los progenitores deben procurar la participación del hijo en el plan de parentalidad y en su modificación, lo cual es acorde con la participación del hijo que señala el art. 707 del CCCN para todos los procesos de familia en que se debatan o controviertan derechos o intereses de niños, niñas y adolescentes.

Nótese que si el acuerdo para el cuidado personal del hijo se efectiviza a través de un plan de parentalidad del art. 665 del CCCN el hijo tiene derecho a opinar sobre el mismo.

Si no existe plan de parentalidad se aplica el art. 656 del CCCN:

“Si no existe acuerdo o no se ha homologado el plan, el juez debe fijar el régimen de cuidado de los hijos y priorizar la modalidad compartida indistinta, excepto que por razones fundadas resulte más beneficioso el cuidado unipersonal o alternado.

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”.

Si no existe un acuerdo entre los progenitores sobre el plan de parentalidad, será el juez el encargado de fijar el régimen de cuidado personal aplicable a ese caso concreto, aunque priorizando la modalidad compartida e indistinta que determina el art. 651 del CCCN.

## **2. COMPETENCIA**

### **a) Cuando el cuidado del hijo tramita por un proceso autónomo**

En este supuesto, es de plena aplicación lo que determina el art. 716 del Código Civil y Comercial de la Nación:

“En los procesos referidos a responsabilidad parental, guarda, cuidado, régimen de comunicación, alimentos, adopción y otros que deciden en forma principal o que modifican lo resuelto en otra jurisdicción del territorio nacional sobre derechos de niños, niñas y adolescentes, es competente el juez del lugar donde la persona menor de edad tiene su centro de vida”.

La competencia que determina el art. 716 del CCCN es aplicable cuando se trate de un proceso autónomo que involucre a niños, niñas y adolescentes, como es el atinente al cuidado personal del hijo.

En tanto, si el proceso se inició en determinada jurisdicción y luego el niño, niña o adolescente cambia su lugar de residencia, se ha considerado<sup>(4)</sup> competente al juez o tribunal del lugar donde se inició ese proceso, al considerar que es allí donde el menor tenía su centro de vida por haber pasado la mayor parte de su existencia, conforme lo determina el art. 3, inc. f, de la ley 26.061.

En ese caso, se determinó:

---

(4) CApel. Civ. y Com. La Plata, Sala II, 26/11/15, *elDial.com* – AA939C.

# APÉNDICE I

## JURISPRUDENCIA

### 1. MODALIDADES

*MODALIDADES. FIJACIÓN DEL CUIDADO PERSONAL COMPARTIDO. RESPONSABILIDAD PARENTAL. DETERMINACIÓN DE LA MEJOR MODALIDAD DE CUIDADO PERSONAL. EXCEPCIONALIDAD DEL CUIDADO UNILATERAL.*

Se confirma la sentencia de grado que dispuso, entre otras cuestiones, que el cuidado personal de los hijos involucrados en autos sea ejercido de modo compartido e indistinto con residencia principal en el domicilio materno, toda vez que, el rechazo del pedido formulado por el progenitor de otorgamiento del cuidado personal unilateral, descansa sobre un argumento dirimente que no ha sido rebatido y deja incólume la resolución atacada; cual es que en el caso corresponde aplicar la regla sentada por el legislador relativa al cuidado personal de los hijos, esto es determinar el cuidado personal compartido en la modalidad indistinta (art. 651, Código Civil y Comercial) y no el cuidado personal unilateral pretendido por el incidentista (arts. 649 y 653, Código Civil y Comercial) desde que no surgen elementos de prueba que den cuenta de situaciones de gravedad suficientes y en atención a la opinión de los hijos (art. 639, Código Civil y Comercial).

El cuidado personal de los hijos es una derivación del ejercicio de la responsabilidad parental (art. 640, Código Civil y Comercial), acotada a la vida cotidiana del hijo. Ambos progenitores, por principio general, continuarán ejerciendo la responsabilidad parental en forma compartida, aunque los hijos convivan de manera principal con la progenitora.

El nuevo paradigma que recepta el Código Civil y Comercial prevé que el cuidado personal unilateral sólo será fijado de manera excepcio-

nal, cuando la primera alternativa no sea posible o resulte perjudicial para el hijo (art. 651, Código Civil y Comercial). En consecuencia, para que se resuelva adoptar dicha modalidad de carácter restrictivo corresponde al peticionante probar exhaustivamente el grave perjuicio que la aplicación de la regla general importaría a los hijos, lo cual no ha sido demostrado.

No puede omitirse considerar que las resoluciones judiciales vinculadas al cuidado personal o al régimen de comunicación de los hijos, por su rol tuitivo y asistencial, no causan estado y son susceptibles de modificación ulterior toda vez que varíen las circunstancias de hecho que las determinaron. En efecto, la decisión judicial que establece el cuidado personal tiene siempre un carácter provisorio y en tal tesitura el máximo Tribunal Provincial ha resuelto que “lo decidido en la cuestión incidental no juzga de manera irreversible sobre el interés sustancial del impugnante, quien cuenta con la posibilidad de replantear sus derechos en el marco del presente proceso y ante el juez de Familia interviniente”.

(“G., M. A. de L. y otro s/ Solicita homologación”, Cámara de Familia 2ª Nominación, Córdoba, 5/3/18, Rubinzal Online, RC J 3883/18)

#### *MODALIDADES. CUIDADO COMPARTIDO CON MODALIDAD INDISTINTA*

Corresponde confirmar la sentencia de primera instancia en cuanto otorgó el cuidado personal del niño compartido por ambos progenitores con modalidad indistinta, residiendo principalmente en el domicilio paterno, toda vez que, como la a quo señala, ha de tenerse en cuenta la situación actual, desde donde las referencias a episodios distantes en el tiempo y sobre los que no existen indicadores de persistencia, no pueden ser tenidos en consideración; y más, recientemente, el niño expresó que se siente bien con su madre y se comunican y coordinan juntos cuando verse, además de manifestar su deseo de “mantener la situación actual”.

Desde otro vértice, cabe destacar que en autos se ha respetado el derecho de los niños a ser oídos y a considerar sus necesidades, habiendo sido entrevistados en diversas oportunidades, debiendo valorarse dichas manifestaciones según el grado de discernimiento y madurez de los mismos (art. 707, Código Civil y Comercial). No se advierte enton-

# **APÉNDICE II**

## **MODELOS DE ESCRITOS**

### **1. CUIDADO PERSONAL DEL HIJO EN LAS UNIONES MATRIMONIALES**

#### **a) Convenio suscripto entre ambos progenitores, determinándose el cuidado personal unilateral del hijo a la madre**

Entre la Sra. M. E. M., DNI ....., de profesión ama de casa, con domicilio real en la calle ..... de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en carácter de madre de A. F. G. y G. M. G., con el asesoramiento letrado del Dr. C. A. B., tomo N° ..... folio N° ....., y el Sr. R. A. G., DNI ....., de profesión médico, con domicilio real en la calle ....., piso ..... depto. ...., de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en carácter de padre de los menores citados, con el asesoramiento letrado del Dr. V. X. Z., tomo N° ..... folio N° ....., acuerdan en celebrar el presente convenio a fin de ser presentado conjuntamente con la demanda de divorcio al juzgado civil con competencia en familia que corresponda.

#### **I. ANTECEDENTES**

La Sra. M. E. M. y el Sr. R. A. G. estuvieron casados desde el 19/04/89 hasta el día 04/12/17, fecha a partir de la cual se hallan separados.

De dicha unión han nacido sus dos hijos: A. F. G., DNI ....., y G. M. G., DNI ....., los cuales tienen su domicilio real en el mismo domicilio de la madre, al encontrarse conviviendo con ésta.

La finalidad de este convenio es que se atribuya de forma unilateral el cuidado personal de sus hijos A. F. G., DNI ....., y G. M. G.,

DNI .....a la Sra. M. E. M., pero que —a su vez— el Sr. R. A. G. siga teniendo el derecho y el deber de colaborar en la crianza de aquellos.

## II. CLÁUSULAS

La Sra. M. E. M. y el Sr. R. A. G., convienen que el presente convenio quede sujeto a las siguientes cláusulas:

Primera: Responsabilidad emanada del carácter de guardadora de la Sra. M. E. M. sobre sus hijos menores, por ser quien tendrá atribuido el cuidado unilateral de aquellos, más allá del deber y derecho de colaboración que le incumbe al padre.

La Sra. M. E. M. acepta su responsabilidad como guardadora de sus hijos menores, por la salud e integridad de aquellos como, asimismo, por los actos ilícitos que estos pudieran cometer durante su guarda.

Segunda: Establecimiento de un régimen de comunicación para el padre.

Como contrapartida del cuidado unilateral de los hijos, el progenitor no conviviente con aquellos, Sr. R. A. G., se establece un régimen de comunicación y relación con aquellos, determinándose como días habituales de contacto los martes y jueves de cada semana en el horario de 17:00 a 20:00 hs., en los cuales el Sr. R. A. G. retirará a sus hijos menores directamente del colegio y los regresará a la Sra. M. E. M. en el domicilio que ésta habita con aquellos.

Se respetarán esos días y horarios, aunque los mismos coincidan con días no laborables o feriados.

## III. DERECHO

Fundamos el presente convenio en lo dispuesto por los arts. 438, 439, 652, 653 y 655 del CCCN.

Se firman cuatro ejemplares de un mismo tenor y a un sólo efecto en la ciudad Autónoma de Buenos Aires, a los ..... días del mes de ..... de .....

## **b) Convenio suscripto entre ambos progenitores, por el cual se establece el cuidado personal compartido del hijo en la modalidad alternada**

Entre la Sra. M. E. M., DNI ....., de profesión ama de casa, con domicilio real en la calle ..... de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en carácter de madre de A. F. G. y G. M. G., con el asesoramiento letrado del Dr. C. A. B., tomo N° ..... folio N° ....., y el Sr. R. A. G., DNI ....., de profesión médico, con domicilio real en la calle ....., piso ..... depto. ..., de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en carácter de padre de los menores citados, con el asesoramiento letrado del Dr. V. X. Z., tomo N° ..... folio N° ....., acuerdan en celebrar el presente convenio a fin de ser presentado conjuntamente con la demanda de divorcio al juzgado civil con competencia en familia que corresponda.

### **I. ANTECEDENTES**

La Sra. M. E. M. y el Sr. R. A. G. estuvieron casados desde el 19/04/89 hasta el día 04/12/17, fecha a partir de la cual se hallan separados.

De dicha unión han nacido sus dos hijos: A. F. G., DNI ....., y G. M. G., DNI ....., los cuales tienen su domicilio real en el mismo domicilio de la madre, al encontrarse conviviendo con ésta.

La finalidad de este convenio es acordar el cuidado personal compartido en la modalidad alternada de ambos progenitores sobre sus hijos A. F. G., DNI ....., y G. M. G., DNI .....

### **II. CLÁUSULAS**

La Sra. M. E. M. y el Sr. R. A. G., convienen que el presente convenio quede sujeto a las siguientes cláusulas:

Primera: Responsabilidad emanada del carácter de guardador de cada uno de los progenitores sobre sus hijos menores, durante el tiempo que aquellos permanezcan con cada progenitor.

Ambos progenitores aceptan su responsabilidad como guardadores de sus hijos menores, por la salud e integridad de aquellos como, asimismo, por los actos ilícitos que estos pudieran cometer, durante el período que permanezcan bajo su cuidado.

Segunda: Establecimiento del plan de parentalidad.

El cuidado compartido con la modalidad alternada que se acuerda por el presente convenio se efectivizará de acuerdo al siguiente plan de parentalidad:

1º) La madre de los menores tendrá asignado el cuidado de sus hijos la primera y tercera semana de cada mes del año calendario.

Si bien, ello podrá ser modificado por determinados acontecimientos familiares (vacaciones, cumpleaños, festividades, etc.).

2º) El padre de los menores tendrá asignado el cuidado de sus hijos la segunda y cuarta semana de cada mes del año calendario.

Si bien, ello podrá ser modificado por determinados acontecimientos familiares (vacaciones, cumpleaños, festividades, etc.).

Tercera: Manutención de los hijos.

Cada uno de los progenitores se compromete a sufragar los gastos que irroguen sus hijos durante el período que pasen bajo su cuidado.

Quedan exceptuados de ello, los gastos inherentes a vestimenta, educación y salud, los cuales serán soportados en un 70% por el padre y en un 30% por la madre.

### III. DERECHO

Fundamos el presente convenio en lo dispuesto por los arts. 438, 439, 649, 650, 651 y 652 del CCCN.

Se firman cuatro ejemplares de un mismo tenor y a un sólo efecto en la ciudad Autónoma de Buenos Aires, a los ..... días del mes de ..... de .....

### **c) Convenio suscripto entre ambos progenitores, por el cual se establece el cuidado personal compartido del hijo en la modalidad indistinta**

Entre la Sra. M. E. M., DNI ....., de profesión ama de casa, con domicilio real en la calle ..... de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en carácter de madre de A. F. G. y G. M. G., con el asesoramiento letrado del Dr. C. A. B., tomo N° ..... folio N° ....., y el Sr. R. A. G., DNI ....., de profesión médico, con domicilio real en la



calle ....., piso ..... depto. ..., de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en carácter de padre de los menores citados, con el asesoramiento letrado del Dr. V. X. Z., tomo N° ..... folio N° ....., acuerdan en celebrar el presente convenio a fin de ser presentado conjuntamente con la demanda de divorcio al juzgado civil con competencia en familia que corresponda.

### I. ANTECEDENTES

La Sra. M. E. M. y el Sr. R. A. G. estuvieron casados desde el 19/04/89 hasta el día 04/12/17, fecha a partir de la cual se hallan separados.

De dicha unión han nacido sus dos hijos: A. F. G., DNI ....., y G. M. G., DNI ....., los cuales tienen su domicilio real en el mismo domicilio de la madre, al encontrarse conviviendo con ésta.

La finalidad de este convenio es acordar el cuidado personal compartido en la modalidad indistinta de ambos progenitores sobre sus hijos A. F. G., DNI ....., y G. M. G., DNI .....

### II. CLÁUSULAS

La Sra. M. E. M. y el Sr. R. A. G., convienen que el presente convenio quede sujeto a las siguientes cláusulas:

Primera: Responsabilidad emanada del carácter de guardador de cada uno de los progenitores sobre sus hijos menores, durante el tiempo que aquellos permanezcan con cada progenitor.

Ambos progenitores aceptan su responsabilidad como guardadores de sus hijos menores, por la salud e integridad de aquellos como, asimismo, por los actos ilícitos que estos pudieran cometer, durante el período que permanezcan bajo su cuidado.

Segunda: Establecimiento del plan de parentalidad.

El cuidado compartido con la modalidad indistinta que se acuerda por el presente convenio se efectivizará de acuerdo al siguiente plan de parentalidad:

1º) La madre de los menores tendrá bajo su guarda a sus hijos desde el domingo a las 20:00 hs. y hasta el viernes a las 17:00 hs. de cada semana del año calendario.

Si bien, ello podrá ser modificado por determinados acontecimientos familiares (vacaciones, cumpleaños, festividades, etc.).

2º) El padre de los menores tendrá bajo su guarda a sus hijos desde el viernes a las 17:00 hs. y hasta el domingo a las 20:00 hs. de cada semana del año calendario.

Si bien, ello podrá ser modificado por determinados acontecimientos familiares (vacaciones, cumpleaños, festividades, etc.).

Tercera: Manutención de los hijos.

Cada uno de los progenitores se compromete a sufragar los gastos que irroguen sus hijos durante el período que pasen bajo su guarda.

Quedan exceptuados de ello, los gastos inherentes a vestimenta, educación y salud, los cuales serán soportados en un 70% por el padre y en un 30% por la madre.

### III. DERECHO

Fundamos el presente convenio en lo dispuesto por los arts. 438, 439, 649, 650, 651 y 652 del CCCN.

Se firman cuatro ejemplares de un mismo tenor y a un sólo efecto en la ciudad Autónoma de Buenos Aires, a los ..... días del mes de ..... de .....

## **d) Madre que solicita el cuidado personal unilateral del hijo**

### SOLICITA EL CUIDADO PERSONAL UNILATERAL DEL HIJO

Señor Juez:

M. E. M., DNI ..... con domicilio real en la calle Esteban Mitre 10586 y legal constituido en la Av. Corrientes 16700, piso 12, of. "R", ambos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, por derecho propio, y con el patrocinio letrado del Dr. Claudio A. Belluscio, T° 65 F° 925 C.P.A.C.F., C.U.I.T. N° 12-828336-0, a V.S., manifiesta:

#### I. OBJETO

En tal carácter, vengo a solicitar que se me atribuya de forma unilateral el cuidado personal de mis hijos A. F. G., DNI ....., y G. M. G., DNI ....., pero que —a su vez— su padre, el Sr. R. A. G., siga teniendo el derecho y el deber de colaborar en la crianza de aquellos.

## II. HECHOS

Contraje matrimonio con el Sr. R. A. G. en fecha .....

De dicha unión matrimonial, nacieron mis hijos A. F. G. y G. M. G., que hoy cuentan con trece y dieciséis años, respectivamente.

Por motivos que hacían imposible la vida en común y la convivencia, nos divorciamos con el padre de aquellos, el Sr. R. A. G., en fecha .....

Desde esa fecha, mis hijos quedaron viviendo conmigo y bajo mi guarda.

Por lo cual, aquellos han quedado exclusivamente a mi cuidado constituyendo su centro de vida en el lugar donde residen actualmente.

Por ello, pido que se legalice esta guarda de hecho teniendo en cuenta la edad de mis hijos y que ambos quedaron conviviendo conmigo desde que nos divorciamos con su padre, ya hace varios años.

## III. DERECHO

Fundo mi petición, además de la situación fáctica descripta, en lo que con meridiana claridad expresa el art. 653 del Código Civil y Comercial de la Nación.

## IV. JURISPRUDENCIA

Asimismo, en la jurisprudencia que avala mi petición: “J. A. V. c/ A. J. C. s/cuidado personal de hijos”, Juzgado de Primera Instancia de Familia n° 1 de San Isidro, Buenos Aires, 20/11/2015, elDial.com - AA934B; “C. M. L. c/S. C. N. p/Tenencia”, Cámara de Apelaciones de Familia de Mendoza, 31/07/2015, elDial.com - AA917F.

## V. PRUEBA

—Documental.

Acompaño testimonio del acta de mediación familiar (ley 26.589), por la cual se acredita no haber llegado a un acuerdo con el demandado respecto de del cuidado personal solicitado.

Acompaño original de las partidas de nacimiento de mis hijos, de donde surge el parentesco.

## VI. SE OIGA A MIS HIJOS

A fin de acoger lo solicitado en esta presentación, se designe audiencia para que mis hijos A. F. G. y G. M. G. —dada la edad con que cuentan— sean oídos por V.S. (conf. Art. 707 del Código Civil y Comercial

de la nación, art. 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño, y arts. 24 y 27, incs. a y b de la ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de la Niñas, Niños y Adolescentes).

#### VII. PETITORIO

Por lo expuesto, a V.S. pido que:

1. Tenga por promovida la demanda, para que se me atribuya el cuidado unilateral de mis hijos.
2. Se tenga presente la documental acompañada.
3. Se fije audiencia para que mis hijos sean oídos por V.S.
4. Oportunamente, se me atribuya el cuidado personal unilateral de mis hijos A. F. G. y G. M. G.
5. Se dé traslado de lo peticionado al Sr. Sr. R. A. G., DNI ..... con domicilio real en la calle Florianópolis 123.562

Proveer de conformidad,  
SERÁ JUSTICIA

Dr. Claudio A. Belluscio

M. E. M.

### **e) Padre que solicita el cuidado personal unilateral del hijo**

#### INICIA DEMANDA POR CUIDADO PERSONAL UNILATERAL DE LOS HIJOS. ACREDITA MEDIACIÓN

Señor Juez:

R. A. G., DNI ..... con domicilio real en la calle Florianópolis 123.562 y legal constituido en la Av. Corrientes 167.002, piso 12, of. "R", ambos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, por derecho propio y con el patrocinio letrado del Dr. V. X. Z., T° 10.602 F° 1 C.P.A.C.F., CUIT ....., a V.S., manifiesta:

#### I. OBJETO

En tal carácter, vengo a promover demanda contra la Sra. M. E. M., DNI ..... con domicilio real en la calle Esteban Mitre 10586, a fin de que se me otorgue el cuidado unilateral de mis hijos menores de edad A. F. G. y G. M. G.