

I. Introducción.

La posibilidad de solicitar la tenencia de un niño, niña y/o adolescente está dada en primer lugar a los padres, aunque estos sean incapaces. En su caso, habrá que analizar si el progenitor incapaz puede igualmente hacerse cargo del cuidado de aquellos.

Por su parte la guarda de menores de edad puede ser requerida por otros parientes, como ser tíos o abuelos. Pero también pueden hacerlo el tutor o curador de unos de los padres, o un tercero que intente desempeñarse como tutor o curador de un niño, o un futuro adoptante.

Que el problema de la tenencia de los hijos menores de edad se plantea cuando los progenitores se encuentran divorciados o en trámite de divorcio, separados de hecho o no casados cuando no conviven; así también en el supuesto de anulación del matrimonio, ya que es preciso determinar a cuál de los progenitores se ha entregar la tenencia de los hijos menores de edad.

II. PROCESOS EN LOS QUE SE PUEDE FIJAR LA TENENCIA

- a) **En un juicio de tenencia de hijos:** Luego de producida la separación de hecho de los padres, aún sin mediar trámite de separación personal o de divorcio vincular, resulta aconsejable determinar quién va ejercer la tenencia de los hijos; para implementarlo judicialmente a través de una acción judicial de tenencia.-
- b) **En un juicio de divorcio o de separación personal:** La determinación de la tenencia de los hijos puede ser solicitada en el juicio de separación personal o de divorcio vincular.

En forma provisoria, desde antes de la demanda (art. 231 del CC), pero también puede pedirse la tenencia definitiva, con acuerdo de partes o sin él. Este último supuesto puede ser requerido por uno de los progenitores, por el Asesor de Menores o de oficio por el Juez, para no desproteger a los niños.-

- c) **En una denuncia por violencia familiar:** El art. 4º, inc. d) de la ley 24417 faculta al juez a establecer alimentos, tenencia o visitas con carácter provisorio cuando dicta las medidas cautelares previstas por la ley o cuando se realiza la audiencia del art. 5º, pero no autoriza a transformar el proceso en uno de tenencia.-

Estas medidas no deben confundirse con las decisiones que pueden adoptarse en los procesos de tenencia, régimen de visitas o alimentos, toda vez que en éstos el conocimiento y las etapas de debates son más extensos, y las decisiones que se toman adquieren el carácter de firmes.-

¹ Juez Sustituta de Familia y Menores de la ciudad de Goya (Corrientes)

Es por ello que cualquiera de las decisiones que se dispongan sobre estas tres cuestiones sólo son sumamente provisoria, accesorias y limitadas a la duración de la medida principal, como ser, por ejemplo, una exclusión del hogar. Mientras ésta se mantenga, el juez debe fijar a cargo de quién quedarán los menores, una cuota de alimentos y si lo considera conveniente un régimen de visitas.-

- d) **En un juicio de alimentos:** Excepcionalmente, la tenencia de los hijos puede determinarse dentro de un proceso en el cual se discute la fijación de una cuota alimentaria. Es cierto que ambas cuestiones debe imprimirse un trámite diferente, pero si las partes están de acuerdo, y el juez y el asesor de menores lo consideran adecuado, podría fijarse la tenencia de los hijos dentro de una acción de alimentos.-

III. COMPETENCIA

En el ámbito de la justicia nacional se han creado juzgado con competencia exclusiva en asuntos de familia, los que están encargados de entender en las causas por tenencia de hijos.

De la misma manera ha sucedido en la provincia de Buenos Aires y en el interior del país.-

El art, 6 inc. 3º del C.P.C.C.N. dispone que será competente en casos: *“tenencia de hijos, régimen de visitas, alimentos y litisexpensas, el del juicio de divorcio, separación personal, o de nulidad de matrimonio, mientras dure la tramitación de estos últimos. Si aquellos se hubiesen iniciado con anterioridad, pasarán a tramitar ante el juzgado donde quedare radicado el juicio de divorcio, de separación personal, o de nulidad de matrimonio.”*

“No existiendo juicio de divorcio, de separación personal o de nulidad de matrimonio en trámite, y no probado el último domicilio conyugal, se aplicarán las reglas comunes sobre competencia.”

También el art. 227 del Código Civil se refiere a esta cuestión, al disponer que las acciones que versan sobre los efectos del matrimonio (tenencia de hijos, régimen de visitas), deberán intentarse ante el juez del último domicilio conyugal efectivo o ante el domicilio del cónyuge demandado. La elección estará a cargo del demandante.-

IV.- TIPO DE TRÁMITE QUE SE LE ASIGNA AL PROCESO

Las normas procesales no establecen que tipo de trámite debe asignarse al proceso de tenencia; pero la mayoría de los juzgados nacionales y provinciales le asignan el trámite ordinario.-

Al ser ello así, de la demanda se da traslado por 15 días para que el demandado pueda contestarla y en el caso de asignarle un trámite sumario el plazo para contestar el traslado de la demanda será de 10 días.-

Ocasionalmente, el juicio de tenencia podrá tramitar por vía incidental si ya está iniciado un expediente de divorcio y el juez considera conveniente que el pedido de tenencia tramite por separado, para no dilatar la tramitación de ambas cuestiones. De ser así, se dará traslado por cinco días a la contraria, y es usual fijar fecha de audiencia para intentar que las partes arriben a un acuerdo, por lo menos en lo que respecta a la tenencia.-

V.- REQUISITOS DE LA DEMANDA

Todo requerimiento judicial, debe ser presentado formalmente en una demanda, la cual representan un mero acto de iniciación procesal.-

Para Fenochietto, la demanda es un acto procesal de la parte actora con el fin de iniciar y dar contenido a un proceso².-

La importancia de este primer acto procesal está representada porque fija el tema decidendum, y porque determina la competencia del juez que deba intervenir, dando la posibilidad a las partes de ejercer el derecho de recusación (en su oportunidad).-

Requisitos de la demanda:

- a) *Debe ser deducida por escrito* (art. 330 del C.P.C. y C. N.);
- b) *Nombre y domicilio del demandante y del demandado*: Es fundamental para el juez conocer quién demanda y contra quién se demanda. Asimismo, deben incluirse sus domicilios, a los efectos de poder comunicar las decisiones que el tribunal vaya adoptando para que puedan ejercer el derecho de defensa.-
- c) *La cosa demandada con exactitud*: Resulta imprescindible saber qué es lo que se demanda para que la parte contraria pueda manifestar su postura contra ella y acompañar los elementos que acrediten el error o lo injusto del planteo, y de esa forma hacer uso del debido derecho de defensa.-
- d) *Los hechos en que se funde explicados claramente*: La demanda debe contener una explicación clara de las circunstancias de hecho que rodean la causa y, en esa inteligencia, indicar la edad del menor cuya tenencia se reclama, dónde vive, qué comodidades tiene allí, con quién vive, posibilidades del requirente de cubrir las necesidades del niño, niña y/o adolescente, si tiene hermanos y con quién conviven. De esta manera, se presenta un panorama de la situación del niño y de las posibilidades que tiene quién reclama la tenencia de seguir cubriéndolas o, en su caso, de mejorarlas.-

También debe indicarse el motivo de la demanda, pues si bien pueden darse varios casos; principalmente la tenencia se reclama por quién la tiene de hecho para evitar futuras incidencias, o por quién no la tiene, porque considera que él puede cubrir de mejor manera las necesidades del menor, pero también podría motivarse en que según su opinión, mantener la tenencia actual generaría una situación riesgosa.-

- e) *El derecho expuesto sucintamente, evitando repeticiones innecesarias*;
- f) *La petición formulada en términos claros y positivos*;
- g) *Acompañar toda la documentación que tuviere*.-

VI. ¿QUIENES PUEDEN INTERVENIR EN EL JUICIO DE TENENCIA?

En virtud de la Ley 26061 en el juicio de tenencia no interviene únicamente los progenitores sino también los hijos.-

² Conf. Fenochietto, Carlos E. Código Procesal Civil y Comercial de la Nación comentado, anotado y concordado con los códigos provinciales, T.2, pág. 308, edit. Astrea, 2º edición actualizada y ampliada.-

Es necesario que los niños y los adolescentes –que son sujetos de derecho- sean escuchados en juicio, ya que con ello se puede arribar a una mejor solución de la cuestión de que se trate, pues aquellos suelen decir cosas importantísimas que de ordinario sus padres no manifiestan y que no constan en los escritos judiciales por ellos presentados.-

Como se persigue es el interés del menor, qué mejor que escucharlo para saber cuáles son sus necesidades, voluntad y sentimientos. Ello colaborará en la adecuada de decisión de la cuestión, pero su posición no definirá la cuestión, aunque represente un elemento importante que debe considerar el juez.-

VII. INTERVENCION Y FACULTADES DEL JUEZ.

En los procesos de familia es trascendental la participación regular y activa del juez, interviniendo en todos los actos en los que se presenten las partes.-

Los intereses comprometidos en el litigio de familia tornan imperioso el de por sí conveniente y necesario contacto directo del juez con las personas que intervienen en el proceso.-

Se diría que en los procesos de familia es imprescindible que el juez vea y escuche a las partes, peticionantes y terceros a fin de palpar en forma directa los hechos plasmados en un expediente.-

En estos tipos de procesos ante la falta de acuerdo entre las partes el juez debe evaluar la idoneidad de estos y en base ello decidir lo más conveniente para el niño, niña y adolescente; es decir su mejor interés que se encuentra consagrado en la ley 26061.