

Rincón de los Sauces, 6 de octubre del año 2022.

Téngase presente la certificación actuarial que antecede.

VISTOS y CONSIDERANDO: 1- Que en fecha 23 de diciembre del año 2020 se presenta Z. V. A. con el patrocinio letrado del Defensor Público Civil, Carlos Alberto Pérez, interponiendo demanda de atribución de hogar en contra de C. A. A. y de cualquier otro ocupante, solicitando medida cautelar de atribución y restitución del inmueble, como así también la declaración de inconstitucionalidad del art. 526 del CCyC.

Relata que el inmueble identificado como Manzana ..., Lote ..., de esta ciudad, resultó ser sede del hogar familiar donde en un principio convivió con el demandado en unión convivencial hasta el momento de la separación, hecho acaecido hace tres años en virtud de que el Sr. C. efectuó actos de violencia contra ella que motivaron sendas denuncias, lo que la obligó a retirarse del hogar familiar junto con sus hijos.

Alega que tanto el Sr. C. como ella resultan ser titulares del inmueble en cuestión de forma conjunta.

Refiere que resulta ser progenitora de L. (7) y J. (14) cuyo padre es el Sr. C.

Funda en derecho y ofrece prueba. Asimismo, acompaña documental que acredita la titularidad conjunta de las partes respecto al bien inmueble.

Se da curso y traslado a la demanda, la que no es contestada por el Sr. C., pese a encontrarse debidamente notificado conforme surge de la cédula N° 54483, glosada a fs. 13.

Abierta la causa a prueba, se libra mandamiento de constatación, el que se encuentra incorporado a fs. 19/20, del cual surge que el accionado vivía solo. En virtud de ello -en fecha 25/06/2021- la actora solicita se le atribuya cautelarmente la vivienda familiar en la que residía con el Sr. C., a lo que se hace lugar en fecha 05/07/2021, en el entendimiento que la actora se encontraba al cuidado de los dos hijos que tienen las partes en común

y que, conforme la documental acompañada por la Sra. Z., se había acreditado el carácter de condómina del inmueble.

Para así resolver, el juez oportunamente avocado al proceso, tuvo en cuenta el hecho que los dueños del inmueble en el que alquilaba la accionante solicitaron la devolución; que la Sra. Z. carecía de recursos suficientes para alquilar en virtud de no poseer trabajo y la incomparecencia del accionado.

En fecha 6/10/21 se libró mandamiento de desahucio y el 19/10/21 se proveyó la prueba testimonial ofrecida por la actora.

Habiendo tomado la actora posesión del inmueble, conforme constancias de fs.48/76, se produjo la prueba testimonial. Mediante dichas declaraciones quedó acreditado que las partes vivieron en el inmueble y que existieron hechos de violencia en perjuicio de la Sra. Z. por parte del demandado, extremo que es conteste con el expediente de violencia tramitado ante este mismo Juzgado, caratulado "**Z. V. A. S/SITUACION LEY 2212", Expte. N° 6793/2015.**

Si bien surge, de la compulsa de tal proceso a través del sistema Dextra, que fue iniciado en fecha 13/01/2015, se advierte que en fecha 24 de Julio del año 2017 se recibió nueva denuncia que obligó a la desparalización de las actuaciones.

De las declaraciones testimoniales se evidencia que la actora no tiene trabajo -a diferencia del demandado que es empleado de una empresa- como así también que la niña y el adolescente hijos de las partes se encuentran al cuidado de la progenitora.

En fecha 26/05/2022 (fs. 96) se clausura la etapa probatoria y se confiere vista a la Defensoría Adjunta de los Derechos del Niño y el Adolescente.

La Sra. Defensora dictamina en favor de hacer lugar a la atribución de la vivienda a la actora, hasta la mayoría de edad de la niña por resultar en beneficio del interés superior de la misma, solicitando se declare la inconstitucionalidad del art. 526 del CCyC, teniendo en cuenta -además- la falta de conteste del demandado, así como su retiro voluntario al momento del desahucio.

2- Ingresando al análisis del caso corresponde señalar que la petición de la actora encuadra en el supuesto previsto por el art. 526 del CCyC, aun cuando dicha norma contiene un plazo que se encontraba ya cumplido al incoarse la demanda.

La norma regula la cuestión relativa a la atribución del hogar familiar luego de la ruptura o interrupción de la convivencia. Prevé la atribución de la vivienda a uno de los convivientes -no a los hijos menores de edad- cuando se verifiquen alguno de los siguientes supuestos: a) si se tiene a su cargo el cuidado de los hijos menores de edad, con capacidad restringida o con discapacidad, y b) si se acredita la extrema necesidad de una vivienda y la imposibilidad de procurársela en forma inmediata.

Seguidamente establece: *"El juez debe fijar el plazo de la atribución, el que no podrá exceder de dos años a contar desde el momento en que se produjo el cese de la convivencia, conforme a lo dispuesto en el art. 523"*.

En consecuencia, el plazo máximo por el cual podría otorgarse la atribución del hogar se encontraba vencido al inicio del trámite, toda vez que la actora expresó estar separada **hacia tres años**, lo que haría devenir en abstracto éste proceso. Es por ello que al promover la acción solicita se declare la inconstitucionalidad del artículo citado.

La norma cuya inconstitucionalidad se solicita regula el derecho del/a conviviente a mantener la vivienda al cese de la unión. Así lo sostuvieron -y reiteraron- los Dres. Marisa Herrera - Gustavo Caramelo y Sebastián Picasso en la obra actualizada recientemente mediante la cual comentan el CCyC, expresando: *"Hay que tener presente que el fin protectorio del artículo en comentario no es el derecho de los niños a una vivienda, sino el derecho de los adultos a ver preservada su vivienda post cese de la unión. En tal sentido, no existe un trato discriminatorio entre hijos matrimoniales y no matrimoniales por regular su alcance de forma diferenciada. Recuérdese que la vivienda de los hijos menores de edad, con capacidad restringida o discapacidad, está asegurada conforme los*

principios del Título VII del Libro II –Responsabilidad Parental–: "La obligación de alimentos comprende la satisfacción de las necesidades de los hijos de manutención, educación, esparcimiento, vestimenta, habitación, asistencia, gastos por enfermedad y los gastos necesarios para adquirir una profesión u oficio. Los alimentos están constituidos por prestaciones monetarias o en especie y son proporcionales a las posibilidades económicas de los obligados y necesidades del alimentado" (art. 659 CCyC), (http://www.bibliotecadigital.gob.ar/files/original/20/2759/TOMO_2_CCyC_DIGITAL.pdf)

Sin dejar de recordar el objeto de protección de la norma, conforme lo he señalado, advierto que -en éste caso- la aplicación literal de la misma, sin analizar de manera integral las constancias de la causa, implicaría un apartamiento de la protección especial que merecen los hijos de las partes.

Tengo en cuenta que, a partir de la causa de violencia referenciada y lo declarado por los testigos, ha sido la actora quien quedó al cuidado de los dos hijos y que la separación se dio en el marco de violencia familiar. Tales extremos habilitan a tener por acreditado que nos encontramos ante una mujer víctima de violencia familiar, que decidió -en su momento- abandonar la vivienda para garantizar su integridad y la de sus hijos.

Siendo ésta la situación entiendo que la cuestión debe ser analizada y juzgada con *perspectiva de infancia y género*.

2-a) Juzgar con perspectiva de infancia implica tener presente -cuando la decisión afectara a niños o adolescentes- el impacto de la misma y su Interés Superior, de conformidad a lo establecido en el art. 3° de la Convención de los Derechos del Niño.

Interés Superior definido en el art. 3° de la Ley Nacional 26061 de Protección Integral de los derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes y -con anterioridad- en el art. 4° de la Ley Provincial 2302 como "*Se entenderá por interés superior del niño y adolescente la máxima satisfacción, integral y simultánea de sus derechos. El*

Estado lo garantizará en el ámbito de la familia y de la sociedad, brindándoles la igualdad de oportunidades y facilidades para su desarrollo físico, psíquico y social en un marco de libertad, respeto y dignidad. Su objetivo esencial es la prevención y detección precoz de aquellas situaciones de amenaza o violación de los principios, derecho y garantías del niño y del adolescente. Removerá los obstáculos de cualquier orden que limiten de hecho la efectiva y plena realización de sus derechos y adoptará las medidas de acción positivas que lo garanticen”.

En el caso que nos ocupa debe considerarse el interés de los niños hijos de las partes (la niña L.N.C. y el adolescente J.A.C.) como así también de sus hermanos menores, producto de la unión de la actora con su actual conviviente, conforme lo define la Observación General N° 14 del Comité de los derechos del Niño, es decir, como un concepto triple:

a) *Un derecho sustantivo: el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial que se evalúe y tenga en cuenta al sopesar distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión debatida, y la garantía de que ese derecho se pondrá en práctica siempre que se tenga que adoptar una decisión que afecte a un niño, a un grupo de niños concreto o genérico o a los niños en general. El artículo 3, párrafo 1, establece una obligación intrínseca para los Estados, es de aplicación directa (aplicabilidad inmediata) y puede invocarse ante los tribunales.*

b) *Un principio jurídico interpretativo fundamental: si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño. Los derechos consagrados en la Convención y sus Protocolos facultativos establecen el marco interpretativo.*

c) *Una norma de procedimiento: siempre que se*

tenga que tomar una decisión que afecte a un niño en concreto, a un grupo de niños concreto o a los niños en general, el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión en el niño o los niños interesados. La evaluación y determinación del interés superior del niño requieren garantías procesales. Además, la justificación de las decisiones debe dejar patente que se ha tenido en cuenta explícitamente ese derecho. En este sentido, los Estados partes deberán explicar cómo se ha respetado este derecho en la decisión, es decir, qué se ha considerado que atendía al interés superior del niño, en qué criterios se ha basado la decisión y cómo se han ponderado los intereses del niño frente a otras consideraciones, ya se trate de cuestiones normativas generales o de casos concreto.

Sin dudas, la decisión que aquí se tome repercutirá económicamente en el desarrollo de los niños que actualmente conviven con la progenitora, en el inmueble cuya atribución solicita y por el cual no abona canon locativo alguno.

Ahora bien, ello no implica que deje de ponderar aspectos relevantes que surgen de la causa, a saber: que el progenitor-conforme certificación actuarial- aporta un porcentaje importante de sus haberes (40%) en concepto de cuota alimentaria; que la cuota fue acordada con anterioridad al inicio de éste proceso y que se trata de un bien que las partes poseen en condominio, por el cual el demandado no percibe renta alguna en compensación por el uso.

Asimismo, que la actora convive con su pareja, una persona joven a la que corresponde, también, asumir responsabilidad parental respecto de los hijos en común, entre las que se encuentra la provisión de la vivienda (art.659 CCyC).

La consideración de éstos extremos, sumados a la ausencia de oposición por parte del demandado al no presentarse en el proceso, permite arribar a la conclusión que el mantenimiento de la actual situación por un plazo equivalente al doble que establece la norma -cuatro años- es lo mejor para ésta familia.

En consecuencia, discrepo parcialmente con lo dictaminado por la Sra. Defensora de los Derechos del Niño, por cuanto considero que

resulta excesivo determinar la atribución en favor de la actora hasta la mayoría de edad de la niña L. N.

Encuentro que cuatro (4) años, contados a partir de la notificación de la presente a la actora, es un plazo razonable y suficiente para que la Sra. Z. pueda arbitrar los medios respecto de la provisión de una vivienda para sí, de la manera que lo resuelva con su condómino, el aquí demandado.

2-b) Mucho se ha dicho respecto a qué implica juzgar con perspectiva de género. Se trata de una categoría de análisis que opera contra los patrones estereotipados de opresión existentes en nuestra sociedad. Es un deber del ejercicio jurisdiccional y - en modo alguno- un criterio de interpretación sujeto a discrecionalidad.

La transversalidad, tutela efectiva de los derechos y la materialización de acciones positivas tendientes a que la igualdad sea real, impone su aplicación cada vez que el poder judicial deba pronunciarse.

Así se ha sostenido: *"Incorporar la perspectiva de género en el quehacer judicial importará, por ende, reconocer aquellas situaciones de discriminación -principio que resulta la contracara del de igualdad- de modo de garantizar el acceso a la justicia a quienes lo padecen y así remediar situaciones asimétricas concretas. Es así como la desigualdad de la mujer en todos los aspectos de la vida debe ser denunciado en forma permanente de modo de evitar el adormecimiento de los operadores del derecho, y generar desde el Poder Judicial acciones concretas que permitan afianzar la igualdad de género, debiendo comprometernos a: aumentar el liderazgo y la participación de las mujeres; poner fin a la violencia contra las mujeres; implicar a las mujeres en todos los aspectos de los procesos de paz y seguridad; mejorar el empoderamiento económico de las mujeres; y hacer de la igualdad de género un aspecto central en la planificación y la elaboración de presupuestos para el desarrollo"* (ALCOLUMBRE, María Gabriela, "Perspectiva de género y justicia 'del origen y el placer' de Guillermina Grinbaum a los flagelos modernos:

en los hechos, unos son más iguales que otros", LA LEY 20/08/2020, 5;
Cita Online: AR/DOC/576/2020.

En definitiva, resolver con ésta perspectiva, implica analizar las normas y las prácticas desde otro ángulo, ofreciendo herramientas para correr el velo de la igualdad formal y descubrir aquello que se esconde detrás.

Es con ésta mirada que, habiendo quedado acreditado que la progenitora es quien ha asumido las tareas de cuidado de los hijos de las partes, habré de asignarle derechos respecto del inmueble cuya atribución solicita, por mayor tiempo que el previsto en la norma, aun cuando ese plazo ya había fenecido, incluso, al momento de incoarse la acción.

3- Corresponde expedirme ahora respecto de la declaración

de inconstitucionalidad solicitada por la actora y la Sra. Defensora de los Derechos del Niño y el Adolescente.

Advierto que existen dos alternativas posibles: Declarar la inconstitucionalidad de determinada norma o utilizar las denominadas "sentencia expansivas". Estas últimas se caracterizan por resolver un caso aplicando directamente la constitución y los tratados de Derechos Humanos, sin tener que apelar a decretar la inconstitucionalidad o expresar la "inconvencionalidad".

Es a partir de la constitucionalización del derecho privado que debe analizarse la procedencia de lo requerido, armonizando la petición con las normas del Derecho Internacional, conforme al Art. 75, inc. 22 de la CN, por cuanto las mismas forman parte de nuestro ordenamiento jurídico, con raigambre supra constitucional.

Nuestro CCyC establece un nuevo paradigma de aplicación e interpretación de su normativa, al someterlo es su artículo primero al modelo constitucional- convencional argentino vigente desde el año 1994. De tal modo que, como pauta de interpretación, corresponde la inexcusable remisión a los principios constitucionales y convencionales.

La Comisión redactora del CCyC sostuvo: *"De todos modos, queda claro y explícito en la norma que la interpretación debe recurrir a todo el sistema de fuentes. Así, se elude a la necesidad de procurar interpretar la ley conforme con la Constitución Nacional y los Tratados en que el país sea parte, que impone la regla de no declarar la invalidez de una disposición legislativa si esta puede ser interpretada cuando menos en dos sentidos posibles, siendo uno de ellos conforme con la Constitución..."* En éste orden de ideas el Dr. Gil Domínguez ha señalado: *"La conjugación de los Arts. 1º, 2º y 3º del Cód. Civ. y Com. Establece que los jueces y juezas deben resolver los casos que lleguen a su conocimiento mediante una resolución razonablemente fundada, la cual es producto de aplicar la fuerza normativa de la Constitución y los tratados de derechos*

humanos como una regla de reconocimiento plenamente operativa que resignifica y resimboliza de forma permanente los contenidos del derecho de familia” (El Estado Constitucional y Convencional de Derecho, Ed. Ediar, Buenos Aires, 2016, 2° edición).

El Juez Gabriel E. Tavip, a cargo del Juzgado de Familia de la 2ª Nominación de la ciudad de Córdoba, en la causa “R.L.S. y otros s/Homologación”, Expte. N° 3447358, ante la solicitud de declaración de inconstitucionalidad del art. 562 del CCyC sostuvo: “...creo que los jueces no están en principio llamados a declarar inconstitucionalidades de leyes aprobadas por el Congreso de la Nación, sino sólo en los casos en que se verifique de manera flagrante que ellas causan una vulneración de derechos fundamentales consagrados suprallegalmente. Una decisión de estas características importa la “última ratio” (razón última) del sistema jurídico...Por ello previo a llegar a este extremo es necesario realizar una interpretación sistémica de todo el cuerpo normativo del propio Código Civil y Comercial en base a lo que disponen los arts. 1° y 2° de ese cuerpo normativo, a los fines de verificar si el propio sistema brinda una solución a la cuestión”.

La suscripta adhiere a la postura restrictiva en relación a decretar la inconstitucionalidad de una norma. En consecuencia, en casos como el que nos ocupa, entiendo que deben aplicarse en forma directa las normas convencionales e integrar el derecho en cumplimiento del mandato impuesto por el art. 3° del CCyC, adicionando o añadiendo al texto legal aquello que lo transforme en compatible con la C.N.

En éste sentido en “Control de Constitucionalidad, Convencionalidad y Sentencias Expansivas en el Derecho de Familia” el Dr. Gil Domínguez expresó “Las sentencias expansivas constituyen un instrumento procesal significativo para dar andamiaje concreto en cada caso particular donde se aplique el Código Civil y Comercial, especialmente en el ámbito de derecho de familia, puesto que posibilitan que los derechos fundamentales y los derechos humanos

pasen de la normatividad vigente a la praxis del goce" (Revista de Derecho de Familia N° 85-Julio 2018).

Efectuando una exégesis sistémica de las normas, en la cual incorporo -a partir del Art. 2° del CCyC- la Convención de los Derechos del Niño (Interés Superior) y la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la mujer (CEDAW-art. 5°, inc. "b"), arribo a la conclusión que -en éste caso- cabe adoptar una interpretación amplia en relación al plazo previsto en el art. 526 del Código Civil y Comercial.

Por ello, entiendo que el plazo de dos años que establece el art. 526 CCyC puede ser extendido, sin necesidad de declarar la inconstitucionalidad de la norma, si tal modificación otorga protección (tutela judicial efectiva) respecto de la vivienda y acceso a la justicia (Reglas de Brasilia) en relación a dos grupos vulnerables como son las mujeres y los niños.

4- En relación a las costas, evaluando que se trata de un caso con características y circunstancias particulares, que se resuelve de manera diferente a la norma y teniendo en cuenta -en especial- que el demandado no opuso resistencia al momento de poner en posesión del bien a la actora, habré de imponerlas por el orden causado.

En consecuencia,

RESUELVO: **I-** Hacer lugar a la demanda de atribución del hogar; **II-** Decretar que, en éste caso, no se aplicará el plazo de dos años previsto en el art. 526 del CCyC; **III-** Atribuir el uso de la vivienda sito en calle .., Manzana .., lote ... del Barrio ... de esta ciudad a la Sra. **V. A. Z.** por el plazo de **CUATRO (4) AÑOS**, contados a partir de la notificación de la presente a la actora. **IV-** Costas por su orden; **V-** Regular los honorarios del Defensor Público Civil, ... en su carácter de patrocinante letrado de la parte actora, por la labor desarrollada en autos, en la suma de \$70.588 (art. 6, 7 y 9 de la ley 1594). **VI-** Regístrese y NOTIFIQUESE vía electrónica o por cédula según corresponda, *haciéndose saber que conforme lo establece el artículo 49 de la ley 1594 (modif. Por ley 2933) "Los honorarios regulados judicialmente deben abonarse dentro*

de los diez (10) días de quedar firme el auto regulatorio. Los honorarios por trabajos extrajudiciales se abonan dentro de los diez (10) días de intimado su pago, cuando sean exigibles. Los honorarios devengan, de pleno derecho, intereses desde la fecha de su regulación hasta su efectivo pago. La tasa de interés mensual a aplicar es la de descuento para documentos comerciales a treinta (30) días que utiliza el Banco Provincia del Neuquén S.A. Los honorarios a cargo del mandante o patrocinado quedan firmes si la notificación se ha practicado en su domicilio real. En la cédula de notificación, en todos los casos y bajo apercibimiento de nulidad, debe transcribirse la parte pertinente de este artículo”.

**Dra. MARIA VANINA SOBISCH JUEZA- Dra. LILIANA L. GARAYO
SECRETARIA**