



SEMINARIO FINAL DE GRADO

Alumno: Pablo Martin Lacsí

Legajo: VABG111920

D.N.I. N° 24.899.378

Fecha: 19/11/2023

Carrera: Abogacía

Tutor: Doctor Gonzalo Pereda.

TITULO DEL TRABAJO: LA ATRIBUCIÓN EXCLUSIVA DEL HOGAR CONYUGAL DESDE UNA PERSPECTIVA DE GÉNERO

TEMA SELECCIONADO: CUESTIONES DE GÉNERO – PERSPECTIVA DE GÉNERO.

FALLO SELECCIONADO:

El presente Trabajo Final de Grado tratará sobre el tema de Cuestiones de Género – Perspectiva de Género, en base del análisis del siguiente Fallo: Expediente N° CF-15450/2019, Suprema Corte de Justicia / Superior Tribunal de Justicia, Sala I -Civil, Comercial y de Familia- del Superior Tribunal de Justicia, Número Sentencia: 154, de Fecha: 2/9/2020, Caratulado: “Recurso de Inconstitucionalidad interpuesto en el Expte. N° C-064.125/16 (Tribunal de Familia -Sala I- Vocalía 2) Compensación por el uso de la vivienda familiar: C. G., J. E. c/ G., D. L”

Disponible en: <https://jurisprudencia.justiciajuy.gov.ar/public/documento-sentencia?id=371193>

SUMARIO:

I.- INTRODUCCION. II.- PLATAFORMA FACTICA, HISTORIA PROCESAL Y DECISIÓN DEL TRIBUNAL. II.I.- Plataforma Fáctica. II.II.- Historia Procesal. II.III.- Decisión del Tribunal. III.- ANALISIS DE LA RATIO DECIDENDI. IV.- ANALISIS NORMATIVO. DOCTRINARIOS Y JURISPRUDENCIALES. IV.I.- Antecedentes Normativos. IV.II.- Antecedentes Doctrinarios. IV.III.- Antecedentes Jurisprudenciales. V.- POSTURA DEL AUTOR. VI.- CONCLUSION PERSONAL. VII.- REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS.

I.- INTRODUCCION

La justicia es el valor principal que el Derecho debe tratar de realizar en la realidad de la vida en sociedad; podrá haber un Derecho más justo, menos justo y hasta incluso injusto, pero siempre deberá tender hacia la realización del valor justicia. Es clásica la definición de Justicia de Ulpiano: “Justicia es la constante y perpetua voluntad de darle a cada quien lo que le corresponde”. Así también John Rawls define la Justicia como equidad, que consiste básicamente en el principio de igualdad y libertad, en el principio de justa igualdad de oportunidades.

A fin de tratar el logro de esa igualdad y libertad, no solo es conveniente, sino que es necesario e ineludible que el derecho, en su totalidad y en sus más variadas formas de expresión, incorpore la perspectiva de género en todo el sistema de justicia, lo que traerá como consecuencia la supresión de toda discriminación, desigualdades, opresiones y violencia hacia las mujeres. Por consiguiente es necesario buscar la incorporación de la Cuestión de Género, en las relaciones jurídicas concretas y en el reconocimiento de los derechos humanos, aplicando la perspectiva de género en la aplicación del derecho.

Po ello, al considerar la Cuestión de Género como un tema de esencial importancia para lograr la igualdad de todos los seres humanos y consecuente realización del valor justicia, es que baso el examen del fallo, sobre el que tratará este trabajo final de grado, en un caso que refiere a la problemática de la atribución del hogar conyugal, tras una sentencia de divorcio y si debiera corresponder la fijación de un canon locativo por el uso exclusivo del inmueble. Esta situación, que en la práctica y en la realidad de nuestros días, es cada vez más frecuente y de suma importancia en la vida de la familia y de sociedad en general.

La situación tratada refiere a que, ante la condición de ex cónyuges en virtud de la sentencia de divorcio, y la atribución en exclusividad de la vivienda familiar a la Sra. D.L.G. y a sus hijos matrimoniales menores de edad; el actor Sr. J.E.C.G., encontrándose privado del uso y goce del inmueble, del cual es nudo propietario,

demandó por compensación económica proporcional al derecho afectado. En consecuencia el Tribunal de Familia, resolvió hacer lugar a la demanda por compensación económica por el uso de la vivienda promovida por el actor, en contra de la demandada y estableció una renta compensatoria. Y ante el recurso de inconstitucionalidad por sentencia arbitraria, interpuesto ante el Superior Tribunal de la Provincia, por la parte actora-recusante (Sra. D.L.G.), dicho Tribunal decidió hacer lugar al recurso y dispuso la revocación de dicha sentencia.

A causa de lo anteriormente referido se identifica en el caso planteado que existe un problema de valoración del plexo axiológico sobre la procedencia o rechazo de la fijación de un canon locativo, por aplicación del Artículo 444 del Código Civil y Comercial de la Nación, ante la situación fáctica de la atribución exclusiva del inmueble que constituye el hogar conyugal a la ex-cónyuge, quien reside con hijos menores de edad del matrimonio, inmueble sobre el que el demandante solo tiene la nuda propietaria. La axiología jurídica está presente en todos los aspectos de la vida diaria y en todas las manifestaciones del ser humano en general, y aun cuando parezcan imperceptibles y pasen desapercibidas, siempre se encuentran presentes. Cabe tener presente que los valores jurídicos son la base y fundamento de la estructura social y política del Estado, y en el estudio de los valores y su dimensión jurídica se debe destacar la valoración social sobre el fundamento de la interrelación de elementos individuales y sociales.

Este problema jurídico, que en la sociedad actual adquiere cada vez más importancia, por el aumento de la cantidad de rupturas de parejas con hijos menores de edad, es una cuestión de vital importancia para poder analizar y visibilizar las violencias basadas en el género como problemática social, reconociendo las relaciones de poder existentes, comprendiendo los procesos de desigualdad existentes e introduciendo la perspectiva de género en toda la labor judicial y en su aplicación práctica al caso de análisis.

II.- PLATAFORMA FACTICA, HISTORIA PROCESAL Y DECISIÓN DEL TRIBUNAL.

II.I.- PLATAFORMA FACTICA

Corresponde realizar la descripción de la premisa fáctica, es decir de la reconstrucción de los hechos relevantes del caso.

Cabe indicar que habiendo contraído matrimonio el señor J.E.C.G. y la señora D.L.G., de dicha unión matrimonial, nacieron dos hijos menores de edad de 12 años y 5 años al tiempo del fallo analizado. Y que constituyendo la pareja el hogar conyugal del matrimonio en la vivienda sita en la Ciudad de San Salvador de Jujuy, inmueble que había sido comprado por la señora L.G.G.B., madre de don J.E.C.G., reservándose ella en dicha adquisición, el derecho real de usufructo y constituyó la nuda propiedad del inmueble a nombre de su hijo.

Posteriormente el señor J.E.C.G. se retiró del inmueble en el que habitaba por problemas con su pareja y por tales razones, promovido el divorcio vincular contencioso, se extinguió dicho vínculo matrimonial por sentencia judicial de fecha 19 de febrero de 2016. En dicho fallo, el Tribunal atribuyó de manera transitoria la vivienda a la Sra. D. L. G. y a los hijos matrimoniales menores de edad; privando con ello del uso y goce del bien al señor J.E.C.G.

Ante esta situación el señor J.E.C.G. promovió demanda de compensación por el uso de la vivienda contra su ex-cónyuge, a la cual se le dio lugar y la sentencia estableció a favor del actor, como renta compensatoria por la privación del uso del inmueble la suma equivalente al 50% del valor locativo del mercado para una propiedad con idénticas características.

II.II.- HISTORIA PROCESAL

La historia procesal del caso bajo análisis, tiene su origen en su condición de ex cónyuges de las partes procesales, en virtud de la sentencia recaída el 19 de febrero de 2.016 en el expediente C-039.530/15 s/Divorcio vincular contencioso: “G., D. L. c/ C. G., J. E.”. Resolución Judicial donde se atribuye de manera provisoria y exclusiva la vivienda a la señora D.L.G. y a los hijos matrimoniales.

A raíz de esta decisión judicial el señor J.E.C.G. promovió demanda sobre compensación económica por el uso de la vivienda en contra de la señora D. L. G. Y la Sala Primera del Tribunal de Familia en sentencia del 29 de noviembre de 2.018 resolvió hacer lugar a la demanda y estableció a favor del actor, como renta compensatoria por la privación del uso del inmueble, la suma equivalente al 50% del valor locativo del mercado para una propiedad con idénticas características a la del inmueble referenciado.

En contra de este pronunciamiento, la señora D.L.G., interpuso recurso de inconstitucionalidad por sentencia arbitraria. Entendiendo que la excepción de falta de legitimación activa para reclamar la compensación económica por el uso de la vivienda por parte de J.E.C.G. no podía ser admitida toda vez que su condición de nudo propietario lo inhabilitaba para el ejercicio de la pretensión deducida. Así también manifestó que la sentencia se contradice con lo resuelto en expediente C-070.522/16, ya que en un expediente se reconoce el derecho del demandante a percibir una compensación económica por el uso de su vivienda, pero en otro Expediente se reconoce en un tercero ese derecho.

Y en fecha 02 de septiembre del 2020, se integra la Sala I Civil, Comercial y de Familia del Superior Tribunal de Justicia, con los Dres. Beatriz Elizabeth Altamirano, Sergio Marcelo Jeneffes y Clara Aurora De Langhe de Falcone, quienes vieron el Expte. N° CF-15.450/19, caratulado: “Recurso de Inconstitucionalidad interpuesto en el Expte. N° C-064.125/16 “Compensación por el uso de la vivienda familiar: C. G., J. E. c/ G., D. L.”. Y estimando que los

agravios planteados son atendibles, y habiéndose expedido la Sra. Fiscal General Adjunta por la admisión del recurso, la causa se encontró en estado de ser resuelta.

II.III.- DECISIÓN DEL TRIBUNAL

Exponiendo la decisión a la que arribó el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Jujuy, cabe referir que la Sala I – Civil, Comercial y de Familia, integrada por los Dres. Beatriz Elizabeth Altamirano, Sergio Marcelo Jenefes y Clara Aurora De Langhe de Falcone, resolvió: Hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad deducido revocando la sentencia impugnada dictada por la Sala I del Tribunal de Familia; y en consecuencia dispuso rechazar la demanda por compensación por el uso de la vivienda promovida por J.E.C.G. en contra de D.L.G.

De este modo, dicho órgano declara procedente el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por la parte actora-recurrente (Sra.: D.L.G.) en contra de la sentencia dictada por la Sala I del Tribunal de Familia, procediendo a revocar la sentencia recurrida y ordenar el rechazo a la compensación económica deducida por J.E.C.G.

La decisión judicial fue tomada de forma unánime, con los votos de los miembros del Tribunal.

Sosteniendo que el actor revestía la condición de nudo propietario del inmueble y que el derecho real de usufructo estaba constituido a favor de la madre del actor, por ello el nudo propietario, al no tener el uso y goce del bien, no puede percibir los frutos y/o productos del mismo, en consecuencia, considera improcedente la fijación de una compensación por el uso del inmueble solicitada por el accionante.

A su vez, advierte que el Tribunal incurre en una autocontradicción al decidir la misma cuestión en dos sentidos diferentes. Así, en el Expte. N° C-070.522/16, expresa que el inmueble es de propiedad del Sr. J.E.C.G. y el usufructo le pertenece

a la Sra. G.G.B., mientras que en el fallo dictado en el Expte. N° C-064.125/16, sostuvo que el demandante es el único propietario. Reconociendo el derecho del actor a percibir una compensación por el uso de la vivienda, por un lado pero en otra causa, reconoce ese derecho en un tercero.

Advierte asimismo que la señora D.L.G. es una persona de escasos recursos, no cuenta con trabajo, ni ingresos estables, careciendo de capacitación laboral y es quien tiene el cuidado y la crianza y educación de sus hijos menores de edad de 12 y 5 años con quienes convive en el inmueble en cuestión; por esto, entiende que la decisión recurrida del Tribunal no es adecuada, y se aparta de dicha sentencia de grado por considerar que la misma no estuvo orientada a considerar que la dinámica de la familia, debe ser analizados con perspectiva de género, caso contrario, se estaría convalidando un modelo de familia discriminatorio y estereotipado, en el cual el valor del cuidado y las tareas domésticas no se contabilizan.

III.- ANALISIS DE LA RATIO DECIDENDI.

La decisión judicial adoptada por el Superior Tribunal de Justicia se basa en los argumentos que paso a describir:

1).- **FALTA DE LEGITIMACIÓN PROCESAL ACTIVA.** Si bien el Superior Tribunal no la decreta expresamente, la misma surge claramente de los argumentos analizados y tenidos en cuenta para su decisión.

En efecto, la Sentencia del Tribunal de Familia sostuvo que el actor revestía la condición de nudo propietario del inmueble en cuestión; lo cual surge del material probatorio, así también destaca que al interponer demanda el mismo actor admitió que recibió el bien como anticipo de herencia y que su madre es quien reviste el carácter de usufructuaria. Concluyendo que el nudo propietario, al no tener el uso y goce del bien, no puede percibir los frutos y/o productos del mismo y resulta

improcedente la fijación de una compensación por el uso del inmueble solicitada por el accionante.

Fundamentando esta conclusión en la Legislación Nacional que el artículo 2.129 del CCyCN, establece que el usufructo es el derecho real de usar, gozar y disponer jurídicamente de un bien ajeno, sin alterar su sustancia; y los artículos 2.141 y 2.142 del CCyCN disponen que las facultades del uso y goce del bien, constituyen el objeto principal de los derechos del usufructuario.

Así al autor doctrinario Claudio Kiper señala que se desprende claramente de la definición que el dueño de una cosa confiere al usufructuario las facultades de usar y gozar (ius utendi y ius fruendi). Asimismo, este último puede disponer de su propio derecho de usufructo, mientras que el nudo propietario mantiene en su poder el ius abutendi, es decir el derecho a disponer de la cosa, pues si bien el dominio se encuentra desmembrado, lo cierto es que sigue siendo el titular del derecho real de dominio aunque imperfecto. (Kiper, Claudio, año 2.017, pág. 67).

2).- PROBLEMAS LOGICOS DE DISTINTAS SENTENCIA. Advierte que el Tribunal de familia incurre en autocontradicción al decidir la misma cuestión en dos sentidos diferentes.

Al exponer que dicho Tribunal en la sentencia dictada en el Expte. N° C-070.522/16 s/ Compensación Económica, expresa que el inmueble es de propiedad del Sr. J.E.C.G. y el usufructo le pertenece a la Sra. G.G.B.; mientras que en el fallo dictado en el Expte. N° C-064.125/16 s/ Compensación por el uso de la vivienda familiar, sostuvo que el demandante es único propietario del inmueble. Es decir, por un lado reconoce el derecho del actor a percibir una compensación por el uso de la vivienda, pero en otra causa, reconoció ese derecho en un tercero. Prescindiendo de la norma jurídica que rige el caso que el art. 2.129 del CCyCN.

3).- INTERES SUPERIOR DE LOS NIÑOS. Establece el interés de los niños, hijos de la pareja y que viven y residen en el inmueble en cuestión.

Estableciendo que si bien el art. 444 del CCyCN ha previsto que frente a la atribución de la vivienda a favor de uno de los cónyuges, el otro esposo puede pedir una renta compensatoria por el uso exclusivo que se hace de ese inmueble ya sea propio del reclamante o ganancial. En el caso planteado la demandada no hace un uso y goce exclusivo del bien, ya que allí viven también los hijos menores de las partes. Y recordando que el art. 706 del CCyCN establece que las decisiones que se dicten en un proceso en que están involucrados niños, niñas o adolescentes, deben tener en cuenta el interés superior de esas personas consagrado en el art. 3° de la Convención de los Derechos del Niño. Así también menciona que el art. 3° de la ley 26.061, Ley de Protección Integral de Niñas, Niños y Adolescentes, conceptualiza al interés superior del niño como la máxima satisfacción integral y simultánea, de los derechos y garantías reconocidos por la ley.

Fundando asimismo en que Néstor E. Solari ha sostenido que si el menor de edad vive con la madre en el inmueble, la fijación del canon resulta improcedente, porque la obligación que los padres tienen respecto de los hijos hace que sea impropio concederle un canon sobre el inmueble donde viven sus hijos menores de edad. (Néstor E. Solari, año 2009).

Y la Doctora Kemelmajer de Carlucci, Aída señala que el interés superior de niños y adolescentes, es el máximo indicador del nuevo texto legal que denota la consideración que el legislador ha tenido por la protección de la infancia. Esta directriz debe estar presente a la hora de decidir sobre la vivienda de los hijos en las crisis familiares. El derecho a la vivienda no sólo comprende el acceso, sino también la posibilidad de conservar el techo (Kemelmajer de Carlucci, Aída, año 2014, pág. 204 y ss).

4).- PERSPECTIVA DE GENERO: Establece la perspectiva de género para la resolución del caso, y que adoptar un enfoque de género en la práctica judicial no es un capricho. Se trata de superar los estereotipos que generan discriminación.

Resalta la Recomendación General N° 33 sobre el acceso a la justicia para las mujeres del Comité CEDAW, en la cual se hace un llamado a los Estados para

eliminar las barreras que impiden a las mujeres ejercer este derecho. Estableciendo el derecho de acceso a la justicia como esencial para la realización de los demás derechos protegidos por la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer y, como un derecho pluridimensional que incluye la justiciabilidad, la disponibilidad, la accesibilidad, la buena calidad y la rendición de cuentas de los sistemas de justicia, así como la existencia de recursos para las víctimas. Destacando que la RG 33 señala la necesidad de tomar en cuenta las actividades domésticas y de cuidado no remuneradas de las mujeres en la determinación de los daños, con el propósito de establecer una compensación adecuada al daño, en todos los procedimientos civiles, penales, administrativos o de otro tipo. Recomendando implementar recursos adecuados y oportunos para evitar la discriminación contra las mujeres y asegurar que tengan acceso a todos los recursos judiciales y no judiciales disponibles; así como garantizar que los recursos sean adecuados, efectivos, inmediatos, integrales y proporcionales a la gravedad del daño sufrido.

Por ello, tomando en cuenta las diferencias y particularidades que las mujeres tienen como sujetos de derecho y la obligación de debida diligencia de los Estados de prevenir, sancionar, erradicar y reparar las violaciones de los derechos humanos a las mujeres se hace imprescindible que los sistemas de justicia tramiten los casos teniendo en cuenta las cuestiones de género.-

IV.- ANALISIS NORMATIVO. DOCTRINARIO Y JURISPRUDENCIAL.

IV.I.- ANTECEDENTE NORMATIVO.

Ante la necesidad de determinar la ley aplicable, es correcto afirmar que a este caso concreto le son aplicable las normas del Código Civil y Comercial de la Nación, en tanto el derecho se reclama con posterioridad a su entrada en vigencia (1 de agosto del año 2015).

La principal norma jurídica en la cual se basa el caso de estudio está constituida por el Artículo 444 del código Civil y Comercial de la Nación que dice:

ARTICULO 444.- Efectos de la atribución del uso de la vivienda familiar. A petición de parte interesada, el juez puede establecer: una renta compensatoria por el uso del inmueble a favor del cónyuge a quien no se atribuye la vivienda; que el inmueble no sea enajenado sin el acuerdo expreso de ambos; que el inmueble ganancial o propio en condominio de los cónyuges no sea partido ni liquidado. La decisión produce efectos frente a terceros a partir de su inscripción registral. Si se trata de un inmueble alquilado, el cónyuge no locatario tiene derecho a continuar en la locación hasta el vencimiento del contrato, manteniéndose el obligado al pago y las garantías que primitivamente se constituyeron en el contrato.

Sin embargo al tratarse de relaciones complejas familiares es necesario, a fin de poder obtener una resolución conforme a derecho y lo más justa posible, tener en cuenta los siguientes artículos del Código Civil y Comercial de la Nación: ARTICULO 443.- ARTICULO 658.- ARTICULO 659.- ARTICULO 660.- ARTICULO 706.- ARTICULO 2.129.- ARTICULO 2.141.- ARTICULO 2.142.-

También es de aplicación la Convención de los Derechos del Niño, especialmente su Artículo 3, esto es así teniendo en cuenta que a partir de la reforma constitucional del año 1994, en virtud del art. 75 inc. 22 de nuestra Constitución Nacional adquiere jerarquía constitucional y se incorpora la Convención de los Derechos del Niño en nuestro texto constitucional. Y del mismo modo en cuanto a la necesidad de asegurar la salud, la alimentación, la vivienda y el cuidado de los niños, son normas aplicables los arts. 7 y 11 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; art. 25 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre; art. 4 inc. 1 y art. 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica); art. 24 inc. 1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; arts. 10, 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; y arts. 23 y 24 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

IV.II.- ANTECEDENTES DOCTRINARIOS.

En relación a la doctrina, para una correcta resolución del caso, se debe tratar de determinar en primer término si el actor tiene legitimidad activa para demandar la compensación económica. Así Lino E. Palacio establece que la legitimación procesal, tanto activa como pasiva, constituyen presupuestos o requisitos intrínsecos que hacen o inciden directamente sobre la admisibilidad de la pretensión, por lo que el juzgador no sólo está habilitado para resolver al respecto aun cuando no hubiera sido propuesto por las partes, sino que deviene en una obligación su análisis preliminar, ya que es necesario que quienes de hecho intervienen en el proceso como partes (actora o demandada) sean quienes figuran en este proceso concreto asumiendo tal calidad. Estas últimas son las "justas partes" o "partes legítimas" (Lino E. Palacio: año 2011, t. 1, p.405).

Para ello se debe determinar los conceptos y efectos del usufructo y del nudo propietario. Marina MARIANI de VIDAL dice que nuestro Código Civil siguió la tradición del derecho romano que al usufructuario le corresponde el uso y goce de la cosa (ius utendi y ius frutendi) y solo le esta excluido ius abutendi que le corresponde al nudo propietario cuya propiedad esta vacía de contenido, y es una propiedad desnuda. (Marina MARIANI de VIDAL, año 2004, T. III, pag 9). Lilian n. Gurfinkel de Wendy citando a Justiniano y Paulo define al usufructo como el derecho de usar y disfrutar de las cosas ajenas salvando su sustancia. (Lilian N. GURFINKEL de WENDY, año 2016, TII, pag. 941).

En cuanto al derecho de solicitar un canon locativo por el uso exclusivo del bien, los autores Julio Cesar RIVERA y Graciela MEDINA observan que nuestro Código no hace distinciones sobre la calificación del bien, por lo que uno de los cónyuges podrá desde el inicio de la crisis conyugal solicitar judicialmente al otro la determinación y el pago del canon locativo compensatorio del uso del inmueble -ganancial de cualquiera de los cónyuges o propio del peticionario- del que se ve privado (Rivera-Medina, año 2014, T. II pag. 93). Continúan también estableciendo que la protección de la vivienda familiar constituye una constante de las legislaciones modernas, inspirada en proteger la vivienda de los cónyuges y de

los niños menores, teniendo un sentido económico pero también moral y social y que encuentra su basamento jurídico en los arts. 14 y 14 bis de la Constitución Nacional. (Rivera-Medina, año 2014, T. II pag. 90).

Ricardo Luis LORENZETTI sostiene que a fin de evitar que se produzca un abuso del derecho, el actual Código Civil y Comercial de la nacional, prevé la posibilidad de que el juez establezca una renta compensatoria por el uso de la vivienda. Ello es a los fines de garantizar la protección efectiva del cónyuge más vulnerable en cuanto a su derecho de uso de la vivienda, y de compensar la restricción al dominio del cónyuge al que no se le atribuyó la vivienda. Asimismo, este instituto, no se estructura en la noción de culpa, sino que descansa en otros principios, de carácter objetivo, a saber: la solidaridad post-conyugal y que el matrimonio no sea causa fuente de enriquecimiento o empobrecimiento económico de un cónyuge a otro (Ricardo Luis Lorenzetti Ricardo Luis; año 2015, T° II, pág. 762 y ss).

En tal sentido se ha expresado que al poseer un componente afectivo y moral muy importante, es complejo reconocer que el cuidado es un trabajo que conlleva tiempo, conocimiento, recursos y saberes aprendidos a lo largo de la vida, dedicación y un desgaste de energía. El trabajo de cuidado está “naturalizado” en la sociedad debido a la creencia extendida que las mujeres son portadoras de ese saber y de ciertas habilidades vinculadas al cuidado que han adquirido de manera natural y no socialmente. De este modo, también establecen estereotipos acerca de la madre como principal responsable del cuidado de los miembros de la familia.” (ELA, 2012”).

Cabe destacar que como ha establecido Kemelmajer de Carlucci y Molina de Juan que si bien el fundamento de las compensaciones surge del principio de equidad y de la solidaridad familiar, encontrándose muy íntimamente ligada al principio de solidaridad familiar, de raigambre constitucional. Este límite no rige cuando hay hijos menores de edad o con capacidad restringida, porque en este caso, ellos son los verdaderos beneficiarios de la atribución del uso. (Kemelmajer de Carlucci , A. y Molina de Juan, M.; “año 2015, Pág. 110/111).

En esa dirección Kemelmajer de Carlucci, Aída, Herrera, Marisa y Lloveras, Nora sostienen que corresponde afirmar quien tiene a cargo a sus hijos se encuentre a su vez en una situación económica más desventajosa para proveerse por sí una vivienda, y la mujer, es quien está más frecuentemente en estas condiciones, mientras que el marido, en general, se presenta como aquel que tiene mayores posibilidades de conseguir una nueva vivienda. Favorecer con la atribución de la vivienda a aquel que se encuentre en la situación más desventajosa para proveerse de una vivienda por sus propios medios, es una pauta que evidencia el carácter tuitivo de la norma, esencialmente objetivo, pues el fundamento teológico de la protección de la vivienda está definido por la situación de vulnerabilidad de un cónyuge respecto al otro. La custodia de los hijos puede evidenciar tal vulnerabilidad, pero en definitiva la situación más desventajosa, la necesidad de protección al cónyuge más débil, es el elemento que justifica la atribución de la vivienda familiar. (Kemelmajer de Carlucci, Aída, Herrera, Marisa y Lloveras, Nora, año 2.014, pág. 509).

Por último los autores Basset, U.; Hughes Fulchiron H.; Bidaud Garon C.; Lafferriere J. referencian que la Recomendación General de la Convención de Eliminación de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) dispone que la violencia contra la Mujer es una forma de discriminación que impide gravemente que goce de derechos y libertades en pie de igualdad con el hombre, y que es una ofensa a la dignidad humana y una violación a los derechos humanos y observan que para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, es necesario el reconocimiento de esta violencia como una violación a los derechos humanos, implicó que no tiene que ser considerada como un problema del ámbito privado sino ser un tema público para prevenirlo, erradicarlo y sancionarlo. Estiman que al ser un obstáculo para el pleno disfrute de todos los derechos humanos; los Estados tienen la obligación de proteger a las mujeres de la violencia, responsabilizar a los culpables e impartir justicia y otorgar recursos a las víctimas. (Basset, U.; Hughes Fulchiron H.; Bidaud Garon C.; Lafferriere J.; año 2017, p. 1074/8).

IV.III.- ANTECEDENTES JURISPRUDENCIALES

Existe numerosa jurisprudencia con relación a la indemnización que un cónyuge le debe al otro por el uso exclusivo del inmueble durante la indivisión post-comunitaria, así la jurisprudencia ha establecido: “.el cónyuge que ocupa en forma exclusiva y excluyente un inmueble ganancial durante la indivisión post-comunitaria debe compensar al otro el valor locativo del cual se ve privado mediante la fijación de un canon proporcional a la parte de éste.” (conf. C.N.Civil, Sala “D”, L. 78.479/13 del 6/07/17). Pero es necesario no confundir esta situación con la que trata el presente caso, que se refiere a si corresponde la compensación económica ante los antecedentes facticos del caso.

Pudiendo citarse las siguientes resoluciones judiciales: “Que la compensación económica, consiste en un mecanismo que se pone en marcha ante el quiebre conyugal, y tiene por finalidad compensar el desequilibrio económico que produjo el divorcio entre los cónyuges. Su objetivo es propiciar la superación de la pérdida económica que puede derivarse del divorcio para alguno de los cónyuges, especialmente cuando el matrimonio haya producido una desigualdad entre las capacidades de ambos de obtener ingresos, cuestión que, en la mayoría de las oportunidades, el régimen económico matrimonial resulta incapaz de solucionar. (conf. C.N.Civil, Sala “A”, c. 45.317/16 del 12/06/18 y sus citas; expte.19.381/16 voto del Dr. Dupuis en primer término del 29/11/19).

“La situación planteada en autos, debe equipararse en forma de analogía, a la dispuesta por el art. 1277 segundo párrafo del Código Civil derogado, que impide la disposición del inmueble cuando media oposición formulada por quien lo habita con los hijos habidos en común, aún luego de disuelta la sociedad conyugal. Sin duda, los amparados por aquella norma eran los hijos menores y no el cónyuge; y en este sentido, Eduardo Zannoni, en su obra “Derecho Civil Derecho de Familia” (T° I, p. 575 y siguientes), señala que la restricción no atiende tanto al interés patrimonial del cónyuge, cuanto al interés familiar comprometido; particularmente, el de los hijos menores o incapaces que conviven en el inmueble que constituyó la vivienda familiar (CNCiv., Sala K, del 31/5/2006, Expte. n°

38.507, citado en elDial.com. AA3500; art. 3 C.D.N.; art. 36 de la Constitución Provincial, que reconoce entre sus derechos sociales aquél referido a la niñez).

Se ha sostenido que la vivienda puede ser satisfecha en forma directa y en especie (Belluscio, Claudio, “Prestación Alimentaria. Régimen Jurídico”, Buenos Aires, Editorial Universidad, 2006, p 315-16). No incide en el cumplimiento de la obligación alimentaria referente al rubro vivienda que, tratándose de un menor, deba compartir el bien en el que habita con el progenitor con quien convive (Belluscio, Claudio, “La vivienda como parte integrante de los alimentos a los hijos”, Revista de Derecho de Familia y de las Personas, La Ley, Año IV, Número 5, junio 2012, p. 137; causa de la Sala 1 de esta Cámara, n° 42699-0, reg. 176/2013, sent. del 26/11/13).

Así también, en tal sentido la Corte Suprema de la Nación puntualizó que la prestación alimentaria tiene raíz constitucional (C.S.J.N., sent. del 16-V-2000, «La Ley», 2001-B-638).

V.- POSTURA DEL AUTOR.

A fin de determinar la postura adoptada con relación a la sentencia del Superior Tribunal sobre el caso analizado, se observa que la precedencia o rechazo del pedido de un canon locativo por parte del ex-cónyuge por la atribución y uso exclusivo de la vivienda familiar, se puede analizar desde la perspectiva de la Legitimación Procesal Activa; de la Necesidad de Precisiones Conceptuales, de los Problemas lingüísticos sobre el derecho real de dominio y de usufructo, de los Problemas Lógicos de distinta sentencia al incurrirse en autocontradicción al decidir la misma cuestión en dos sentidos diferentes; y en general los Problemas del plexo axiológico de los valores en juego como el goce de derechos y libertades en pie de igualdad, la defensa de la dignidad humana y en definitiva el logro de la Justicia como racionalización del Derecho. Destacando como bienes jurídicamente

protegidos: 1.- El interés superior de los niños, niñas o adolescentes; 2.- El derecho a la vivienda; 3.- El derecho a la Propiedad Privada; 4.- El acceso a la justicia para las mujeres.

Así puedo observar que la falta de legitimación activa del actor para reclamar la compensación económica surge del propio carácter de nudo propietario que detenta sobre el inmueble que le impide dicha acción, al estar ésta reservada a quien es titular del derecho real del usufructo en el caso concreto su madre, que es quien tiene el derecho de uso y goce del bien. La Sentencia del Superior Tribunal concluyo correctamente que el nudo propietario, al no tener el uso y goce del bien, no puede percibir los frutos y/o productos del mismo, y resulta improcedente la fijación de una compensación por el uso del inmueble solicitada por el accionante.

La necesidad de una precisión terminológica de los conceptos jurídicos es una necesidad ineludible, de todos los profesionales del derecho y con más razón de quienes tiene a su cargo el deber de impartir justicia. La pobreza conceptual y la confusión de instituciones jurídicas esencialmente distintas ponen en juego todo el sistema judicial y el fin último de lograr la tan anhelada justicia. Cabe destacar que no es admisible que un mismo Tribunal incurra en una contradicción decidiendo sobre una misma base fáctica de dos modos diferente reconociendo al actor el carácter de nudo propietario y por otra resolución el carácter de propietario con derecho a percibir los frutos de un inmueble.

El interés superior de los niños, niñas y adolescentes se encuentra garantizado constitucionalmente, al tener jerarquía constitucional a partir del año 1994. Al existir derechos de niños menores de edad en juego, no se trata solamente del pedido de una compensación entre ex – cónyuges, sino que se debe tener en cuenta la salvaguarda de los intereses de los menores involucrados y el reconocimiento a su derecho a vivienda, debiendo tener en cuenta su consideración primordial para resolver cualquier tipo de conflicto, quedando aclarado que es obligación de los progenitores proveer una vivienda los hijos lo cual es parte integrante de la obligación alimentaria, y de su deber de cuidado y asistencia. El principio favor minoris, ampliamente reconocido en la legislación vigente tanto nacional como

internacional, establece que ante cualquier conflicto de interés entre niños, niñas o adolescentes frente a otros intereses igualmente legítimos de adultos, se debe estar siempre a favor de los menores.

Por lo que, para que proceda una compensación económica por la atribución exclusiva de la vivienda, es necesario tener en cuenta los distintos intereses en juego, y en este caso concreto teniendo en cuenta los intereses del grupo familiar al existir hijos menores de edad que conviven con la madre en el bien inmueble, y a fin de que la igualdad de género no quede como una mera declaración vacía de práctica y se suprima toda discriminación, desigualdad, opresión y violencia hacia las mujeres, es preciso proteger a la persona más vulnerable rechazando en este caso el pedido de un canon locativo.

Por último aplicar un enfoque de género y la perspectiva de género es indispensable y forzoso, en el ámbito judicial y en el de la sociedad en general. Y adoptar una resolución distinta a la que arriba la sentencia del Superior Tribunal afectaría notablemente este enfoque por que resultaría en definitiva el exigir un aporte extra a la madre de los menores al desconocer todo el trabajo que realiza en el cuidado y asistencia que todos los días hace de los hijos menores que conviven con ella, circunstancia que al fijarse un canon locativo quedaría un última instancia en una situación de descompensación económica afectando la tan imperiosa igualdad de género.

VI.- CONCLUSION PERSONAL

En conclusión considero que los profesionales del derecho (sean escribanos, abogados, jueces, etc.) nos enfrentamos en el campo del derecho de familia y del derecho en general frente a hipótesis fácticas que las normas legales no pueden prever en su totalidad y no pueden quedar sin resolver, para lo cual es ineludible un examen analítico completo, coherente e integral de todo el ordenamiento jurídico.

En la actualidad, las mujeres siguen sufriendo dificultades especialmente para acceder a la justicia, debido principalmente a estereotipos, prejuicios, y principalmente a huecos legales, por lo que a fin de tratar de lograr una resolución lo más justa y equitativa posible de los distintos y diferentes casos particulares es necesario que se tenga presente en todo momento la perspectiva de género, conforme lo establece la Constitución Nacional y los diversos tratados internacionales. Concluyendo que para impartir justicia es inevitable reconocer la situación general de desventaja en la que se encuentra la mujer y no limitarse a la aplicación automática y sistemática de la norma fría vigente, profundizando el análisis de la situación sobre la base de la perspectiva de género superando toda desigualdad histórica entre hombres y mujeres y tratando de sortear soluciones parciales e injustas.

VII.- REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

- Kiper, Claudio, “Tratado de Derechos Reales”, Editorial Rubinzal-Culzoni, año 2017.

- Solari, Nestor E., “Fijación de un canon locativo sobre un bien ganancial”, Editorial La Ley, año 2009; Cita Online: AR/DOC/2651/2009.

- Kemelmajer de Carlucci-Herrera-Lloveras: “Tratado de Derecho de Familia”, Rubinzal-Culzoni Editores, 2014.

- Kemelmajer de Carlucci, A. y Molina de Juan, M.; “La Protección de la vivienda de niños, niñas y adolescentes en el Código Civil y Comercial”, pub. en: Actualización Jurídica Iberoamericana, Nro. 2, año 2015.

- Palacio, Lino E., “Derecho Procesal Civil”, Editorial Abeledo Perrot, año 2011.

- Mariani de Vidal, Marina, “Derechos Reales”, Editorial Zavalia, año 2004.

- Gurfinkel de Wendy, Lilian N., “ Derechos Reales”, Editorial Abeledo Perrot, año 2016.

- Rivera, Julio Cesar – Medina, Graciela, “Código Civil y Comercial de la Nación Comentado”, Editorial La Ley, año 2014.

- Lorenzetti, Ricardo Luis; “Código Civil y Comercial de la Nación, Comentado”, Editorial Rubinzal – Culzoni, año 2015.

- “De eso no se habla: El cuidado en la agenda pública”, Estudio de opinión sobre la organización del cuidado, ELA, 2012.

- Basset, U.; Hughes Fulchiron H.; Bidaud Garon C.; Lafferriere J.; “Tratado de la Vulnerabilidad”, L.L., 1ª ed., CABA; 2017, p. 1074/8.
