En la ciudad de Comodoro Rivadavia, provincia del Chubut, a los tres días del mes de agosto del año dos mil veintitrés, se reúne en acuerdo la Cámara de Apelaciones de la Circunscripción Judicial nro. II con asiento en esta ciudad, con la presidencia del Dr. Manuel Horacio Pis Diez y asistencia del primer vocal Dr. Ricardo Rubén Enrique Hayes y de la segunda vocal Dra. Verónica Daniela Robert (tribunal designado según lo establecido en los arts. 5, 6 y 8 del Acuerdo 15/21/CACR), para dictar sentencia definitiva en estos autos caratulados: **"C., L. P. c/ H., J. N. s/ ALIMENTOS Y ATRIBUCIÓN DEL HOGAR", expte. nro. 169/23**, venidos de la Oficina de Gestión Unificada del Fuero de Familia (expte. nro. 30.912/20), y atento al resultado del sorteo de fecha 14 de junio de 2023 (art. 271 del Código Procesal Civil y Comercial), correspondió el siguiente orden para la votación: Dr. Ricardo Rubén Enrique Hayes, Dr. Manuel Horacio Pis Diez y Dra. Verónica Daniela Robert.

Acto seguido se resolvió plantear y votar por su orden las siguientes cuestiones: **PRIMERA**: ¿Es justa la Sentencia nro. 1/23 de fecha 1 de febrero de 2023? y **SEGUNDA**: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A la primera cuestión, el Dr. Hayes dijo:

Vienen estos autos a mi conocimiento en virtud del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada en contra de la SD n° 01/2023. Concedido que fue, el recurrente expresó agravios por escrito electrónico ID 949443. Corrido el respectivo traslado, no mereció respuesta. La Sra. asesora de Familia evacuó la vista que le fuera concedida en esta instancia mediante escrito digital individualizado con ID 1096526.

I. *Antecedentes*:

En breve síntesis, y en lo que aquí interesa, diré que la Sra. L. P. C., por derecho propio y en representación de su hija menor de edad L. E. H., interpuso demanda en contra del Sr. J. N. H. –progenitor de la niña-, peticionando se le otorgue la atribución del hogar conyugal -sito en calle C. n° x., Altura n° x., Casa n° x. del barrio P. P., de esta ciudad- a fin de poder habitarla en forma exclusiva junto a su hija menor de edad. Asimismo, reclamó que se fije una cuota en concepto de asistencia alimentaria en favor de la niña a cargo del demandado de PESOS TREINTA MIL ($30.000) actualizable en un VEINTE POR CIENTO (20%) semestral, y cuando el demandado se encuentre laborando en relación de dependencia una suma equivalente al VEINTICINCO POR CIENTO (25%) de los ingresos que por todo concepto tenga a percibir en su lugar de trabajo (remuneratorios y no remuneratorios), previas deducciones de ley, suma que en ningún caso sea inferior a PESOS TREINTA MIL ($30.000) mensuales con más asignaciones familiares, ayuda escolar y escolaridad si las percibiere y la Obra Social. Solicitó también que se condene al accionado al pago de alimentos atrasados desde la fecha de promoción de la etapa de prejudicial de avenimiento de conformidad con la Ley III n° 21, con más la fijación de los intereses por alimentos impagos durante el trámite judicial, con expresa imposición de costas al accionado. Relató los hechos en que sostuvo su pretensión, solicitó alimentos provisorios, ofreció prueba, fundó en derecho y peticionó. En tiempo oportuno, compareció el accionado a contestar demanda.

Negó los hechos invocados por la accionante. Relató su versión. Fundó en derecho.
Ofreció prueba. Formuló propuesta. Peticionó.

En el marco de la celebración de la audiencia de vista de causa de fecha 25/11/22, las partes arribaron a acuerdo respecto de la asistencia alimentaria en favor de la niña, el que fue homologado en el mismo acto, disponiéndose además las diligencias necesarias a efectos de su percepción.

Luego, mediante SD n° 01/23, la señora jueza de grado resolvió atribuir a la Sra. L. P. C., en representación de su hija menor de edad E. L. H., el uso de la vivienda familiar, sita en calle C. n° X., Altura n° X., Casa n° X. del barrio P. P. de esta ciudad de Comodoro Rivadavia, hasta que la niña cumpla la mayoría de edad. Dispuso que esté a cargo de la Sra. C. la obligación de afrontar los gastos comunes de la vivienda como los de su regular mantenimiento. Impuso las costas por su orden respecto a la atribución de la vivienda, y al alimentante en relación a la asistencia alimentaria. Reguló los honorarios de los profesionales intervinientes.

II. *Tratamiento de los agravios. Solución*:

Contra el decisorio, como ya lo adelantara, se alzó el demandado cuestionando la atribución del uso de la vivienda familiar, sita en calle C. n° X., Altura n° X., Casa n° X. del barrio P. P., así como la imposición de costas en los términos en que se dispusiera tal solución.

En acotado relato, y en lo que aquí interesa, diré que al interponer demanda la accionante relató que, fruto de la unión con el demandado nació su hija E. L.

H. el día 02 de octubre de 2012, y que debido a conflictos que se suscitaron entre ellos se produjo su separación en el año 2015.

Refirió que el demandado le informó que alquilaría un departamento a fin de que la hija de ambos pudiera permanecer en su hogar junto con la accionante, e incluso propuso que ella utilizara el vehículo familiar para trasladar a la niña; pero con el paso del tiempo le manifestó que debía retirarse del domicilio familiar sin poder utilizar el vehículo.

Explicó que a fin de que su hija no presenciara el hostigamiento por parte del progenitor, decidió retirarse del hogar en el año 2019, y que a partir de ese momento el padre se desentendió de las obligaciones parentales que le correspondían.

Expuso que ello ocasionó el pedido de audiencia de avenimiento, logrando acordar las partes sobre cuidados personales y régimen de comunicación, pero no sobre asistencia alimentaria ni atribución del uso de la vivienda, labrada en Acta de Asesoría n° 91/2020.

A su turno, el Sr. J. N. H. sostuvo que la actora no tiene derecho a reclamar la atribución de la vivienda ni su exclusión por resultar extemporáneo toda vez que se retiró de la misma, dos años atrás en el mes de noviembre/2019. Argumentó, con base en lo anterior, que no puede a casi dos años discutir y pretender la atribución del que fue el hogar familiar, además siendo que la actora se encuentra en mejores condiciones de procurarse una vivienda, ya que se encuentra laborando en relación de dependencia a diferencia de él.

Señaló también que no es cierto que a partir del mes de diciembre/2019 se desentendiera de la crianza de

su hija, cuando ha sido siempre la Sra. C. quien ha obstruido el régimen comunicacional, en razón de lo cual, con fecha 30/06/2020, se homologó el Acta n° 91/2020 respecto al "cuidado personal y régimen de comunicación" en autos caratulados "H. J. N. s/ Homologación de Convenio", expte. n° 170/2020.

Alegó que la Sra. C. ha omitido peticionar el uso de dicha vivienda, lo que no le corresponde y ha fenecido el plazo para reclamar una compensación económica, pues ha cesado la relación convivencial en el año 2015 y a partir de allí han compartido la vivienda hasta el 10/12/2019.

Frente a la posición asumida por las partes, la señora jueza de grado, teniendo en cuenta la prueba producida en autos, lo acordado por ambas partes en relación a la asistencia alimentaria, y lo manifestado por la niña en ocasión de la audiencia celebrada a tenor de lo dispuesto por el art. 12 de la CDN, consideró que debía hacerse lugar al pedido de la progenitora, quien tiene a su cargo el cuidado de la hija en común, haciendo primar el derecho a la vivienda familiar de la hija de la pareja por sobre el derecho de propiedad del progenitor.

Bien, como antes señalé, de resultas de lo decidido en la sentencia de grado, el demandado interpuso sendo recurso de apelación.

Sostuvo que la Sra. C. se retiró voluntariamente del inmueble en el año 2019 cuando ella se encontraba trabajando en relación de dependencia, contando con ingresos suficientes que le han permitido reestablecerse en otro lugar sin tener la necesidad de permanecer en el domicilio que ambas partes compartían; mientras que

él, en cambio, en ese mismo tiempo se encontraba sin trabajo y no tenía más opción que permanecer allí, por lo que habían decidido que residiera allí con la condición de continuar la construcción de dicha vivienda.

Explicó que también habían acordado que dicho inmueble sería donado en favor de su hija cuando esta alcanzara la mayoría de edad, y que mientras tanto él continuaría viviendo allí hasta que finalice la construcción o por el plazo "no menor a 5 años" (sic) lo que ocurra primero, tomando esta fecha desde la contestación de demanda es decir desde el 02/03/2021. Dijo que le brindaría la vivienda a su hija, como lo ha hecho con la totalidad de sus hijos, pero exclusivamente en favor de la niña y no de la progenitora, quien posee recursos suficientes como para abastecerse a sí mima de una vivienda.

Agregó que fue la Sra. C. quien decidió mudarse, y que fue él el garante de ese contrato locativo.

Alegó que la magistrada de grado hizo uso extremo de la perspectiva de género, para hacer lugar a un capricho de la actora, quien continúa pretendiendo el uso de la vivienda que ella dejó, sin que se verifiquen ninguno de los requisitos objetivos previstos para este instituto.

Señaló que L. es una niña sin ningún tipo de discapacidad y por otra parte la Sra. C. trabaja en una empresa petrolera con un ingreso acomodado con el que puede procurarse una vivienda en forma inmediata y por ende tampoco podría ampararse en su reclamo en el principio de solidaridad familiar, pues está en mejores condiciones de procurarse una vivienda que él.

Adujo que la Sra. C. tampoco se encuentra ni se encontró en ningún momento en situación de extrema vulnerabilidad, ni fue despojada del inmueble de forma violenta o a criterio de su parte, sino que el retiro fue voluntario, hacia un inmueble que ella deseaba alquilar por tener en cuenta ubicación, comodidades, etc.

Recordó que la vivienda objeto de reclamo es un inmueble que la contraria puede sustentar; y que no implicó conflictos entre las partes, ya que quedó demostrado con el contrato de alquiler, que figura como garante, y que la relación que han mantenido han sido de cordialidad y de acompañamiento.

Aseveró que el abuso del derecho tratando de aparecer como vulnerable no puede ser amparado, porque la atribución de la vivienda -propia- en favor de su hija no puede ser usada porque ahora la Sra. C. pretende volver a esa casa que alguna vez fue la vivienda familiar.

Concluyó que el cambio de actitud de la accionante, luego de tantos años, no puede violentar su derecho de vivir en su casa, porque la contraria ahora así lo quiso.

En función de lo expuesto, solicitó se deje sin efecto la atribución del hogar familiar en favor de la Sra. C. y se otorgue la misma en su favor hasta que se encuentre en condiciones de procurarse una vivienda por sus propios medios o su hija adquiera la mayoría de edad, otorgándose en favor de L.

En segundó lugar sostuvo que la resolución le genera un gravamen irreparable por cuanto se imponen las costas por su orden.

Sostuvo que en tanto la resolución que se apela, resolvió la atribución de la vivienda en favor de la

Sra. C., cuando en el hipotético caso que se confirme lo resuelto deberá atribuirse en favor de la niña hasta que alcance la mayoría de edad, lugar donde podrá permanecer la Sra. C. mientras esté al cuidado de la niña (lo que no es lo mismo que ha quedado plasmado en la sentencia), las costas deben imponerse a la contraria.

Bien, efectuada la reseña precedente, y antes de adentrarme en la consideración de los agravios, señalo que la obligación de los magistrados de decidir las cuestiones conducentes para el fallo, se circunscribe a las que estimen necesarias para la sentencia que deben dictar (Fassi, Santiago C., "Código procesal Civil y Comercial…", t.I, pág. 278), pues no se encuentran ceñidos a seguir el enfoque jurídico esgrimido por las partes, ni tampoco a rebatir todos y cada uno de los fundamentos por ellas invocados.

Ya en la solución, con el fin de lograr un orden en el tratamiento de los distintos aspectos que son objeto de agravios en el marco del recurso interpuesto, habré de abordarlos en forma conjunta, lo que se encuentra justificado por la identidad y conexidad que guardan entre sí, y en atención a los principios de celeridad procesal y seguridad jurídica (LS 320- 217; 349-39; 347-193; 347-209; 345-154; 347-197 entre otros).

Entonces, y en la solución, independientemente del modo en que han sido planteadas las quejas en el marco de la impugnación, no debe perderse de vista desde ahora que la cuestión debe enfocarse desde un punto principal, cual es el resguardo del principio del mejor interés de la menor de edad involucrada en autos, contenido no solo en la Convención sobre los Derechos del Niño, sino

replicado y tal vez mejor definido en nuestra Ley 26061, como también integrado a sendos artículos del CCCN, en tanto su condición de sujeto vulnerable. Lo destaco aquí porque de la detallada lectura del libelo impugnatorio pareciera que el apelante no lo interpreta adecuadamente.

Sabido es que la importante reforma producida en el ámbito del derecho familiar en el Código Civil y Comercial (CCCN) ha incorporado nuevos paradigmas e introducido modificaciones esenciales en los institutos que hacen a la materia, atendiendo así a prolongados reclamos de autorizada doctrina nacional, como también de nuestra jurisprudencia, y fundamentalmente ordenándose a los tratados internacionales a los que nuestro país ha adherido y que fueran incorporados al art. 75 inc. 22 de nuestra carta magna.

En ese orden de ideas, la responsabilidad parental es definida en el art. 638 como "el conjunto de deberes y derechos que corresponden a los progenitores sobre la persona y bienes del hijo, para su protección, desarrollo y formación integral mientras sea menor de edad y no se haya emancipado", regulándose a partir de dicho concepto las figuras legales que del mismo derivan, entre ellas el cuidado personal de los hijos menores (art. 640, inc. b).

A su vez, el art. 641, inc. b), dispone que en caso del cese de la convivencia, el ejercicio de la responsabilidad parental corresponde a ambos progenitores, mas resulta primordial hacer hincapié en la regla general que se establece respecto del cuidado personal, toda vez que ella se corresponde con aquel cambio de paradigma al que antes hiciera mención,

dejando de lado los inadecuados conceptos de “custodia” o “tenencia” de los hijos para pasar a hablar de su cuidado y esencialmente para definir que este ha de ser compartido, entendiéndose por ello la participación conjunta de ambos progenitores en el cotidiano del menor (art. 648) sin que deba el término identificarse necesariamente con residencias compartidas.

Precisamente, el cuidado personal compartido admite dos modalidades, 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 comparten las decisiones y se distribuyen de modo equitativo las labores atinentes a su cuidado (art. 650). La regla general se fija en el cuidado personal compartido con la modalidad indistinta (art. 651).

Ahora, resulta innegable que ello guarda estricta relación con la atribución del uso de la vivienda derivada del hecho del cese de la convivencia en el caso en que existen hijos menores, como en el caso.

El Código Civil y Comercial es suficientemente claro al establecer en su artículo 526: “Atribución del uso de la vivienda familiar. El uso del inmueble que fue sede de la unión convivencial puede ser atribuido a uno de los convivientes en los siguientes supuestos:

”a) si tiene a su cargo el cuidado de hijos menores de edad, con capacidad restringida, o con discapacidad; b) si acredita la extrema necesidad de una vivienda y la imposibilidad de procurársela en forma inmediata. El juez debe fijar el plazo de la atribución, el que no

puede exceder de dos años a contarse desde el momento en que se produjo el cese de la convivencia, conforme a lo dispuesto en el artículo 523. A petición de parte interesada, el juez puede establecer: una renta compensatoria por el uso del inmueble a favor del conviviente a quien no se atribuye la vivienda; que el inmueble no sea enajenado durante el plazo previsto sin el acuerdo expreso de ambos; que el inmueble en condominio de los convivientes 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 conviviente 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. El derecho de atribución cesa en los mismos supuestos previstos en el artículo 445”.

Tengo dicho ya en oportunidades anteriores que la norma no debe llevar a interpretaciones erróneas, como las que –reitero- se aprecian en el discurso del apelante, el que parece entender que deben presentarse la totalidad de las variables insertas en el artículo para que proceda la atribución. De allí que las cuestiona una a una en forma individual. Ello no es así. El juzgador evalúa las pautas que el Código cita, mas no necesariamente han de reunirse las que están allí consignadas, como así también ha de destacarse que puede valorar otras circunstancias además de aquellas, tal como surge de la propia letra de la norma.

En tal contexto, ha de tenerse presente que la solución al caso responde a una cuestión objetiva, cual es la aplicación de la norma antes transcripta, según

se verifique cuál de los supuestos allí contenidos se corresponde con el caso particular.

Así, se advierte que la actora reclama la atribución de la vivienda familiar. Como antes se dijo, el demandado resiste la petición. Es cierto que aquella dejó voluntariamente la residencia y alquiló un inmueble para vivir con la hija menor, y que el accionado suscribió el respectivo contrato de locación en carácter de fiador solidario. Tanto ese hecho, como la documental que acredita el pago del colegio privado al que concurre la niña, debilitan las versiones de la actora, tanto respecto del carácter de la relación con el demandado al retirarse del hogar, como también que este se desentendiera de los deberes que le impone la responsabilidad parental. Ahora bien, por otro lado, ha de ponderarse que el reclamo de la atribución de la vivienda no aparece aislado, sino que, apenas dos meses después de retirarse del hogar, y en oportunidad de celebrarse la audiencia de avenimiento cuyo acta luce agregada en autos, ya la hoy actora planteó dicho requerimiento sin éxito, lo que motivó que lo replicara al interponer la acción. Luego, las versiones de ambas partes generan duda acerca de su veracidad, razón que, como señalé, dificulta su apreciación concreta a la vez que conduce claramente a la solución que ha de sustentarse en el parámetro objetivo que brinda la norma.

En ese orden de ideas, se ha probado acabadamente en autos que las partes acordaron el cuidado personal compartido con la modalidad indistinta, por tanto, la hija menor convive con la progenitora. Al mismo tiempo, no se ha demostrado en autos que el demandado se encuadre

en el segundo supuesto de la norma, vale decir que se encuentre transitando una situación de extrema necesidad que le impida procurarse una de forma inmediata.

Advierto precisamente que lo expresado hasta aquí constituye el eje sobre el cual, con atinado criterio, la señora jueza de grado teniendo en cuenta los antecedentes de estos actuados resolvió el conflicto, por lo que el conjunto de los agravios expresados en el recurso no constituyen sino un punto de vista distinto al de la sentenciante, sin contenido idóneo para conmover lo decidido, razón bastante por la que, en coincidencia con lo dictaminado por la Sra. asesora de Familia, habré de rechazar el recurso interpuesto, sin que corresponda se modifiquen las costas del proceso.

En consecuencia, y resueltas que han sido las cuestiones, resta atender a las costas de esta alzada, las que serán impuestas al demandado apelante vencido por el principio general de la derrota (art. 69 CPCCCh). Por la actuación ante la alzada, se regulan los honorarios profesionales de la Dra. A. A. A. de T. en el 25%, a calcular sobre los fijados en la instancia de grado, y con más el IVA de corresponder.

A la segunda cuestión, el Dr. Hayes dijo:

De ser compartido mi voto, propongo al acuerdo la siguiente fórmula:

1) Rechazar el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, conforme considerandos respectivos.

2) Imponer las costas de la alzada al demandado apelante vencido (art. 69 CPCCCh).

3) Regular los honorarios profesionales de la Dra. A. A. A. de T. en el 25%, a calcular sobre los

fijados en la instancia de grado, y con más el IVA de corresponder.

A la primera cuestión, el Dr. Pis Diez dijo:

1) *Antecedentes*:

Como los antecedentes del caso y el contenido de la expresión de agravios han sido reseñados por el colega preopinante, a tales constancias me remito con el fin de evitar repeticiones estériles.

2) *Agravios*:

En este capítulo trataré los agravios planteados por el apelante contra la sentencia de primera instancia.

En primer lugar, debo señalar que la jurisprudencia ha dicho con respecto al alcance de los agravios y de la competencia de la alzada: "El agravio constituye la medida de la apelación, conforme el principio de la congruencia. El recurso de apelación no admite hechos nuevos u otras pruebas que las ya existentes en las actuaciones, ya que el apelado no puede agregar otros hechos distintos a los que alegó cuando solicitó la medida, habiendo tenido todos el tiempo y posibilidades probatorias a su disposición, incluso ejercitable sin la participación y conocimiento de que se vería afectado por la medida (arg. art 8, Ley 7166). Es así que la firmeza que adquiere una medida cautelar participa de la naturaleza de la cosa juzgada, ya que producida a su respecto la preclusión de las impugnaciones recursivas, solamente es posible obtener su modificación por vía incidental cuando se producen, articulan acreditan situaciones diversas a la de origen (CCCom, de La Matanza, Sala II, 4-6-2000, "Transporte el Progreso SA c/ Municipalidad de La Matanza s/ amparo").

De modo tal, que solo abordaré aquellas cuestiones tratadas en los agravios planteados por el actor.

En primer lugar y en forma previa a dar la solución en este caso es indispensable determinar qué entendemos por derecho.

Desde ya adelanto mi postura en cuanto a que me enrolo en la escuela neoconstitucionalista, entre los que se destacan autores como Robert Alexy.

Esta escuela pregona que el derecho no es sinónimo de la ley; es decir, va más allá de esa fuente de derecho y por lo tanto se considera derecho también a los tratados de derechos humanos, a los principios y valores jurídicos -y a las fuentes clásicas, como la jurisprudencia, costumbre, doctrina-, etc.

Esta concepción, hoy es receptada por el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, en sus artículos 1 y 2; sin embargo, ya era aceptada, con anterioridad, por la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Así, por ejemplo, *in re*: "Q. C., S. Y. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo", 24/4/2012, sostuvo en sus considerando: "Que, conforme lo expuesto en el considerando anterior, el sistema de fuentes aplicable al caso está conformado por la Constitución nacional, los tratados internacionales mencionados, la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y la legislación local dictada en consecuencia".

En efecto, el actual Código Civil y Comercial en el art. 1 prescribe que fuentes de derecho son: las leyes que resulten aplicables, la Constitución nacional, los tratados de derechos humanos en que la República sea parte.

Y en su art. 2 determina que la ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones de los tratados de derechos humanos, los principios y valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento jurídico.

Esto significa que el modelo positivista, normativista, que imperó después de la aparición del Código Civil Napoleónico, mediante el cual la interpretación jurídica consistía en la reconstrucción del pensamiento ínsito de la ley y que diera lugar para que Laurent dijera: "Los códigos no dejan nada al arbitrio del intérprete; este no tiene ya por misión hacer el derecho: el derecho ya está hecho" (Laurent, *Cours élemenataire de Droit Civil*, t.I, p.9). Y que diera espacio para que Montesquieu definiera al juez como "un ser inanimado que repite palabras de la ley (Montesquieu, "Del espíritu de las leyes", Claridad, Buenos Aires, 1977 p.194), quedó superado.

El modo de proceder del intérprete en esos casos, era el silogismo deductivo, en donde la premisa mayor era la ley, y la premisa menor el hecho, y la conclusión eran las consecuencias dispuestas en la misma ley. Al juez le estaba vedado entrar a formular preferencias o restricciones al caso concreto buscando un sentido de justicia.

Sin embargo, en algunos casos en que los hechos planteados se subsumen a la norma y ello conlleva a una situación extremadamente injusta, como bien señalara Radbruch, cuando destaca que la injusticia extrema, aunque tenga respaldo legal, no es derecho, hace que el juez a la hora de dar la solución deba recurrir al

derecho natural, principios jurídicos, equidad, derechos humanos, razonabilidad, uso alternativo, análisis consecuencia lista, etc.

La presencia operativa en todo el derecho de la Constitución y hoy del nuevo Código Civil y Comercial, facilita que a través de la invocación de valores o principios constitucionales se desestime o invalide una norma infraconstitucional.

El viejo art. 16 del Código Civil, en materia de interpretación jurídica recurría al sistema dogmático de Savigny y el histórico de Von Ihering, en cuanto que solo se hacía hincapié en el tema gramatical y lógico; aún lo relevante era la intención del legislador.

El art. 2 del Código Civil y Comercial vigente, adopta el sistema de interpretación, en el que claramente el derecho no es sinónimo de ley y donde se subraya que se tiene que tener en cuenta la finalidad de la ley, los valores y principios.

Se puede decir que el juez normativista y positivista solo debía conocer la norma, por lo tanto, le bastaba con saber derecho positivo. Pero el juez actual tiene que saber de principios y valores jurídicos y derecho natural; de allí que es necesario que conozca filosofía del derecho.

Ahora bien, si uno lee atentamente el art. 16 del viejo código Civil, es claro que el intérprete judicial al resolver un caso además de considerar lo gramatical de la norma tenía que ponderar la intención del legislador. Hoy, si uno observa el art. 2 del Código Civil, el juez a la hora de la interpretación tiene que considerar las palabras de las normas, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los

tratados sobre derechos humanos, los principios y valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento.

El cambio en materia de interpretación es abismal. De todas maneras, por más que el art. 2 del Código Civil y Comercial actual no hubiera plasmado el contenido descripto, el juez a la hora de aplicar una norma debe considerar la Constitución nacional, los tratados de derechos humanos y los valores y principios ontológicos que fundan todo el ordenamiento jurídico.

Como bien expusiera, Robert Alexy, los principios son mandatos de optimización. Un ejemplo, el principio de la libertad de culto es una consecuencia del principio originario de la dignidad humana.

En este caso, debe tenerse muy presente el principio del mejor interés del niño, el que además de estar contenido en la CDN, también en la Ley 26061 y en los artículos del Código Civil y Comercial de la Nación.

Esta perspectiva dará para este caso la solución más justa.

En primer lugar debo destacar que con respecto a la responsabilidad parental la regla es el cuidado personal compartido con modalidad indistinta (artículo 651 del CCCN).

Ahora bien, en este caso, está acreditado que se produjo el cese de la convivencia y existe una hija menor de edad. Asimismo, de las constancias de la causa se observa que es correcto que la actora dejó el hogar conyugal y alquiló otra vivienda para ir a vivir con su hija menor.

Del mismo modo es cierto que el demandado abona la cuota del colegio privado del hija menor.

También está probado que la hija vive con la progenitora y que tiene el cuidado de la menor compartido con modalidad indistinta.

Por su parte, el apelante no demuestra estar encuadrado en el segundo supuesto del art. 526 del CCCN.

Para sostener su decisión la jueza de primera instancia tomó en cuenta lo expuesto por la niña en la audiencia celebrada a tenor del artículo 12 de la CDN: "…Sinceramente me gustaría volver a casa con mi mamá, que es la casa que actualmente está viviendo su papá solo…".

El Dr. Jorge Alterini señala: "Y también, que la atribución de la vivienda tendría el sentido de evitar el daño que podría ocasionar a su estabilidad emocional arrancando de su centro de vida, es decir, de hogar donde el niño o persona vulnerable hubiese transcurrido la mayor parte de su existencia…" (Alterini, Jorge, "Código Civil y Comercial Comentado", T° III, p. 452). El Dr. Ibarl., al comentar el artículo 526 del CCCN, dice: "A qué punto la presencia de hijos menores altera el panorama de las uniones convivenciales. Es que los hijos alteran la ecuación porque despiertan un interés público. Mazzinghi sostiene que en la regulación de la atribución de la vivienda se advierte la centralidad de los hijos" (Alterini, Jorge, "Código Civil y Comercial Comentado", T° III, p.452).

Además, debe tenerse en cuenta como bien señala la jueza de primera instancia, que la progenitora es

la encargada de ocuparse de las actividades escolares y extraescolares de la niña.

Y debe tenerse presente que la niña ha vivido la mayor parte de su vida en la vivienda familiar.

También debe considerarse que el reclamo que hace la actora de la atribución del hogar conyugal, antes lo había formulado en la audiencia del avenimiento.

De modo tal que advierto que los argumentos dados por la jueza de primera instancia para atribuir el hogar conyugal a la actora, son razonables y respetan de mejor manera el principio de los intereses superiores del niño (artículos 3 y 12 de la CDN, 25, 26, 443 a 445, 638, 639, 641, 646, 648, 652, 658, 659, 706, 707, 716 del CCCN) y artículo 3 Ley 26061) y que además interpretan al artículo 526 de una manera más justa.

Se rechaza el agravio.

Con relación al agravio atinente a la imposición de las costas, por las razones dadas deben mantenerse en el orden causado y las costas de la alzada por el principio general de la derrota deben imponerse al demandado vencido (art. 69 del CPCCCh).

Por la actuación de la alzada, se regulan los honorarios profesionales de la Dra. A. A. T. en un 25% de lo regulado en la instancia de grado y con más el IVA de corresponder.

A la segunda cuestión, el Dr. Pis Diez dijo:

Por concordar con la solución del caso, adhiero a la fórmula postulatoria propuesta por el Dr. Hayes.

En este estado y de conformidad con lo establecido en los arts. 274 y 275 del CPCCCh y Ley V-174, se deja constancia que la decisión se adopta por mayoría, por lo que la Dra. Verónica Daniela Robert no emite su voto.

Con lo que se dio por terminado el acto, quedando acordado dictar la siguiente **SENTENCIA**:

1) Rechazar el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada y confirmar la Sentencia nro. 1/23 de fecha 1 de febrero de 2023.

2) Imponer las costas de la alzada al demandado apelante vencido.

3) Regular los honorarios profesionales por los trabajos realizados en esta instancia a la Dra. A. A. A. de T. en el veinticinco por ciento (25%) de lo regulado a su parte por la labor en la instancia de grado, con más el IVA si correspondiera.

4) Regístrese, notifíquese y devuélvase.

REGISTRADA BAJO EL nro. 13 DEL AÑO 2023
DEL LIBRO DE SENTENCIAS DEFINITIVAS "F"