

Uniones de hecho y atribución del hogar común.

Fernando H Castro Mitarotonda.¹

Resumen: El artículo 1.277 del Código Civil, norma ubicada en el Capítulo VI, del Título II del Código Civil, de carácter tuitivo del hogar conyugal, se aplica aun después de disuelta la sociedad conyugal y establece la necesidad del consentimiento de ambos esposos para disponer del inmueble ganancial o propio de uno de ellos, en que esté radicado el hogar conyugal si hubiere hijos menores o incapaces. La regla excede el aspecto meramente patrimonial, para ser analizado desde el ámbito del interés familiar. En este marco, el Art. 1.277 del Código Civil creemos se debe aplicar analógicamente al supuesto en que la custodia de los hijos menores o incapaces ha sido atribuida a uno de los progenitores con motivo de la ruptura de una unión de hecho, cuando el inmueble es de propiedad común o de uno de los convivientes. Ello con fundamento en el principio de no discriminación de los hijos, de igualdad ante la ley, en el carácter alimentario del resguardo y en la protección integral de la familia.

Abstract: Article 1277, from chapter VI, title II, from Argentinean Civil Code, which protects marital home, applies even after marital society is dismissed and establishes both husband and wife have to give their consent to sell, rent or mortgage communal property or own to anyone of them, where it'd be placed marital home if there would be under age children or unable. Rule exceeds merely material aspects, to be analyzed from family interest point of view. We believe article 1277 from Civil Code, must be applied analogously to the supposition that custody of under age children or unable has been given to one of their parents, due to breaking-off of non-married couple, when both or either are property's owners. The idea is based on the principle of non discrimination of children, equality against law, in the alimentary nature and in overall protection of the family.

1.- EL DERECHO A LA VIVIENDA.

El derecho a la vivienda representa un derecho humano fundamental. De acuerdo con la Declaración de la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos de la ONU: "Poder constar con un lugar seguro para vivir es uno de los

¹ Abogado. Maestrando, Maestría en Derecho de Familia, Infancia y Adolescencia (UBA), Profesor Adjunto Derecho Civil V, cátedra I, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales (UNLP), Docente de Derecho de Familia y Sucesiones (U.B.A), Docente titular contratado Derecho Privado VI y Derecho Privado VII (UNNOBA), Director del Proyecto de Investigación: "Hacia el reconocimiento de los Derechos en la Vejez", Secretaría de Investigación (UNNOBA). E-mail: castromitarotonda@speedy.com.ar.

elementos fundamentales para la dignidad humana, para la salud física y mental y sobre todo para la calidad de vida que permite el desarrollo del individuo. Como tal, el derecho a la vivienda adecuada ha obtenido un reconocimiento muy amplio como un derecho humano fundamental y ha sido reconocido en una serie de instrumentos internacionales y declaraciones, instrumentas regionales y leyes nacionales”².

Es un derecho fundamental del hombre nacido de la vital necesidad de poder disfrutar de un espacio habitable, suficiente para desarrollar su personalidad; esa facultad se materializa en un derecho sobre la vivienda, accediendo a la propiedad u otro derecho real o personal de disfrute. Ahora bien, la importancia social de la familia impone, a veces, hacer prevalecer el derecho "a" la vivienda por encima del derecho "sobre" la vivienda"; por eso la doctrina propicia que, aun contra la voluntad del titular registral, el cónyuge pueda afectar como bien de familia el inmueble ganancial de titularidad del otro cuando existan hijos menores. (Medina, 1992)

Se enmarca en el derecho de toda persona a una vivienda digna y de la función social de la propiedad.

Más comprensivamente se ha definido el derecho a la vivienda como: “El derecho de todo hombre, mujer, joven, niño, a acceder y mantener un hogar y una comunidad en que pueden vivir en paz y dignidad”. (Sherman y Mendoza, 2004)

La vivienda familiar cuenta con diversas normas que implican su protección tanto desde el ámbito interno como desde el aspecto constitucional y de los tratados

² ONU-HABITAT, “Guide to Monitoring Target 11: Improving the lives of 1000 mi SLUM DWELLER”, Nairobi, Kenya, mayo 2003, www.unhcr.ch/housing., citada por Sherman Ida A. y Mendoza Elena, (2004) “El Derecho humano a la vivienda: ¿una inconstitucionalidad por omisión?. *Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, n° 29, Lexis Nexis - Abeledo Perrot, Buenos Aires, p.105 y ss.

internacionales³, aunque también la omisión legislativa resulta significativa en varios supuestos⁴, a diferencia de otras legislaciones.⁵

Esa tutela se ha profundizado a partir de la reforma de nuestra Constitución Nacional en 1994 (L.A 1995-A-26), al integrar al orden jurídico interno los tratados internacionales (Art. 75 inc. 22 C.N), pues ya no es motivo de debate el carácter operativo de los tratados internacionales y la ejecución inmediata de sus disposiciones. (Mizrahi, 2004)

A pesar de esta ampliación en la aplicación de los derechos, coincidimos en una limitación, en el sentido de evitar generalizaciones disociadas de las normas aplicables al caso concreto.”... Pese a ser adherente entusiasta del llamado "Derecho Civil constitucionalizado", advierto que no debe creerse que la Constitución, o los Tratados internacionales son un "sanalotodo" que permite resolver cualquier problema relativo a la vivienda. Por eso, se ajusta al orden normativo vigente la sentencia que afirma: "Resulta inadmisibles considerar que por aplicación de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, no procede la desocupación del inmueble sede del hogar conyugal subastado en la ejecución, sin antes concederle a la cónyuge del ejecutado la oportunidad de ejercer su derecho de defensa; en efecto, en dicha Convención se establece que la mujer tiene el mismo derecho que su marido en materia de propiedad, por lo cual, dado que el ejecutado no puede ejercer derecho alguno sobre el bien que fue objeto de venta compulsiva,

³ Art. 7, inc. a), apartado ii), Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Art. 11 Párr. 1º, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; Art. 25, párr. 1º, Declaración Universal de Derechos Humanos. Art. 25, párr. 1º, Declaración Universal de Derechos Humanos. Art. 11, párr. 1º, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; art. 25, párr. 1º Declaración Universal de Derechos Humanos. Art. 25, párr. 1º, Declaración Universal de Derechos Humanos. Art. 11, inc. 1º, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Art. 14 bis, CN; Art. 25 párr. 1º, Declaración Universal de Derechos Humanos. Art. 5º, inc. e), apartado iii), Convenio Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial; art. 11, inc. 1º, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. En materia de constituciones provinciales: Constitución de la provincia de San Juan(LA 1986-A-776) (art. 60); la Constitución de La Rioja(LA 1998-C-3747)(art. 39); la de San Luis (LA 1987-A-1428) (art. 48 y 53); la Constitución salteña (LA-1998-C-3821) (art.36); la de Santiago del Estero (LA-1986-A-895)(art.22); la Constitución cordobesa (LA-1988-A-799)(art. 58); la de Jujuy (LA-1990-C-4029)(art.59); y la Constitución de la ciudad Autónoma de Buenos Aires(LA-1996-C-3797) (art. 31).

⁴ Así en materia de uniones de hecho al no contar con una norma expresa, o en el caso de ausencia de disposición en el supuesto de disolución de la unión marital de hecho por muerte.

⁵ En el caso de uniones de hecho la ley uruguaya 18.246, sancionada con fecha 10/01/2008 que establece: "En todas las normas materia de arrendamientos que otorguen beneficios a favor del cónyuge, se sustituirá la palabra cónyuge por la expresión "cónyuge, concubino o concubina".(art. 25); Y el artículo 27 reza: "El propietario o titular de un derecho real no podrá exigir que sus hijos de menos de dieciocho años de edad desocupen la vivienda de la que es titular, salvo que se les proporcione o dispongan de otra que les permita vivir decorosamente".(<http://www.parlamento.gub.uy/leyes/AccesoTextoLey.asp?Ley=18246&Anchor=>).

tampoco podrá su esposa obstruir la adquisición del dominio pleno por el adquirente en subasta" (CNCom., Sala D, 31-V-2000 , "Novartis Argentina S.A. s/inc. de oposición", E.D., 188-551.). (Kemelmajer de Carlucci, 2001)

En el mismo sendero- en un caso donde se accionó por desalojo de un inmueble, siendo los actores los abuelos paternos y demandados sus propios nietos-, se intentó impedir el desalojo del inmueble donde sin duda subyacía un intento de protección de la vivienda familiar, con estos argumentos: "Si bien es atendible la situación angustiante por la que atraviesa la demandada y sus hijos, en un juicio de desalojo y la relación familiar de abuelos nietos que vinculan a los ejecutantes con los hijos menores de edad de la accionada que habitan el inmueble objeto del desahucio, ello no es motivo suficiente para modificar la sentencia de grado, en tanto el planteo excede el marco de la pretensión de los requirentes de obtener la desocupación del inmueble".⁶

Los límites reseñados no obstan a que pueda efectuarse una interpretación integradora, esclarecedora de la normativa y valiosa para la resolución judicial como *infra* se expone.

2.- LA VIVIENDA Y LA FAMILIA MATRIMONIAL.

En el caso del matrimonio la protección se proyecta a través del art. 211 del Código Civil en el caso de cónyuges sin hijos menores o cuando estos no se encuentren bajo su tenencia. Si viviera- el cónyuge- en compañía de los hijos que se encuentran a su cargo, no está obligado a este recurso ya que su situación se halla amparada por el art. 1.277 del Código Civil. (Grosman, 1989)

El artículo 211 del C.C tiene un carácter asistencial, pues su finalidad consiste en la protección de uno de los cónyuges por los perjuicios sufridos con motivo de la quiebra matrimonial, derivados de la eventual pérdida de la vivienda que constituía el hogar conyugal, y el mismo completa, de alguna manera, la disposición establecida por la segunda parte del art. 1.277 del C.Civ., reformado por la ley 17.711, que se aplica aun después de disuelta la sociedad conyugal y que establece la necesidad del consentimiento de ambos cónyuges para disponer del inmueble propio de uno de ellos, en que esté radicado el hogar conyugal si hubiere hijos menores o incapaces . Como bien señala Vidal Taquini, esta última disposición pone el acento en la protección de los

⁶ C.N.Civil., sala H, 27/10/2006- A., I.E y otro v. L., A. B. y otro s/ Desalojo: otras causales, *Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, 2007-II, con nota de Ranieri Néstor, "Una mirada desde el derecho de familia a una resolución acertada jurídicamente", Lexis Nexis-Abeledo Perrot, Buenos Aires, p.15 y ss.

hijos menores o incapaces, no otorgándola al cónyuge que no es propietario del bien, en los supuestos en los que no hubiera hijos que no estuvieran en la situación contemplada en la norma, por lo que el art. 211 viene a completar aquella disposición, extendiendo la protección al esposo aun sin hijos”. (Sambrizzi, 2004)

El art. 1.277 del Código Civil en su parte pertinente reza: “También será necesario el consentimiento de ambos cónyuges para disponer del inmueble propio de uno de ellos, en que esté radicado el hogar conyugal si hubiere hijos menores o incapaces. Esta disposición se aplica aún después de disuelta la sociedad conyugal, tratándose en este caso de bien propio o ganancial. El juez podrá autorizar la disposición del bien si fuere prescindible y el interés familiar no resultare comprometido”

En este sentido se ha diferenciado hogar conyugal de domicilio conyugal. Un matrimonio sin descendencia no forma un hogar conyugal sino sólo domicilio conyugal, por lo tanto para la aplicación del art. 1.277 del Código Civil es menester que lo habiten hijos menores o incapaces. (Kemelmajer de Carlucci, 1995)

Los hijos menores o incapaces a los que se refiere la norma pueden ser tanto hijos matrimoniales como extramatrimoniales de cualquiera de los cónyuges que convivan en el hogar familiar, sosteniéndose también que es suficiente que el hijo esté concebido. (Méndez Costa, 1999)

El espíritu de la norma es proteger el hogar familiar, y es conteste la opinión de considerarla una institución tuitiva. La tutela de la vivienda familiar integra una política de intervención social dirigida a fortalecer el principio de solidaridad que sufre un natural debilitamiento cuando los cónyuges se separan. (Iñigo, 1999)

El precepto podría enumerarse, entre aquellos que han dado en calificarse como “normas argentinas” de la ley 17.711, por carecer de precedentes en la legislación foránea y responder a directivas inherentes a nuestro derecho y de las propias particularidades de nuestra valoración de intereses jurídicos” (Martínez Ruiz, 1972)

3.- LA VIVIENDA Y LAS UNIONES DE HECHO.

Ahora bien, este marco de protección según una lectura textual sólo estaría destinado a relaciones matrimoniales.

Por lo tanto a iguales situaciones fácticas, ruptura de la convivencia en el caso de una unión matrimonial y de una unión de hecho, se establecen distintos alcances en la tutela de la vivienda familiar.

Y esto por cuanto la ley no trae ninguna previsión expresa en resguardo de la vivienda en las uniones de hecho, lo que resulta criticable, pues más allá de la discusión acerca de legislar o no sobre este tipo de uniones, deberían contemplarse soluciones en tal sentido, en punto al derecho constitucional de la vivienda. Adviértase, en cambio, que el problema de la vivienda, tanto en la Ley de matrimonio Civil como en el derecho sucesorio, es el aspecto que más tiene en cuenta el legislador en la relación conyugal (art. 211, 231, 1277, 3573 bis, C.Civil; así como el artículo 53, ley 14.394). (Solari, 2004)

Es motivo incluso de discusión, aunque exceden los términos de estas líneas, si asiste derecho al concubino no propietario para continuar ocupando el inmueble asiento de la convivencia una vez concluida la relación, sea por decisión de alguno de los miembros de la pareja, o por fallecimiento de quien aparece como titular del dominio; y en su caso, cuál es la naturaleza de ese derecho. O, si, por el contrario puede resultar legitimado pasivo del proceso de desalojo. (Flah y Aguilar, 1998)

Se ha venido entonces discutiendo en doctrina y jurisprudencia acerca de la posibilidad de aplicar analógicamente el art. 1.277 del Código Civil al supuesto de hijos habidos en una unión de hecho estable.

3.1.- La Doctrina.

En doctrina, algunos autores (Iñigo, 1998), Grosman, Arianna, Ilundain, participan de la postura que acepta esta tesitura con distintos matices.(Famá, 2007)⁷

Recientemente también se ha sostenido, que aunque no exista igualdad de condiciones entre los convivientes y cónyuges, no hay motivos para justificar el tratamiento diferenciado a los hijos matrimoniales y extramatrimoniales. Por lo tanto, hasta que se reforme la segunda parte del art. 1277, deberá recurrirse a la interpretación judicial para salvar el silencio de los hijos extramatrimoniales, y para que, en consecuencia, adquieran efectividad los principios albergados en los instrumentos internacionales que cuentan con jerarquía constitucional.(Comito, 2007)

Solari, va más allá y plantea que la Convención sobre los Derechos del Niño reafirma el reconocimiento de los niños como personas humanas y por ello, con justa razón, puede denominárseles como instrumentos contra la discriminación y a favor de igual respeto y protección de los derechos de todas las personas. Esta discriminación debe, asimismo, entenderse en razón de la condición en que se encuentran sus padres.

⁷ Para la opinión de Grosman, Arianna, Ilundain puede consultarse, Famá Victoria, (2007)

En consecuencia, dada la discriminación efectuada por el art. 1.277 del Código Civil, debe entenderse como contraria a las directivas constitucionales, por aplicación de los tratados internacionales con jerarquía constitucional. (Solari, 2004)

Victoria Famá, a modo de propuesta sugiere que, el conviviente no propietario o copropietario sin hijos que esté habitando la vivienda que fuera sede de la vida en común tras el retiro del otro, o que se encuentre en una situación personal patrimonial desventajosa, o que por cualquier otra circunstancia tenga mayores dificultades de procurarse en forma inmediata una vivienda, tendrá derecho a requerir la indisponibilidad del inmueble por un término razonable (que podría ser de seis meses a un año) desde que fuera intimado por el propietario o copropietario a su desalojo o la división del condominio mediante notificación fehaciente. Durante dicho plazo el juez podrá fijar un canon locativo teniendo en cuenta la situación patrimonial de los miembros de la pareja. Por su parte, el conviviente que ostente la guarda de los hijos menores de edad o incapaces tendrá el derecho de solicitar la indisponibilidad de la vivienda que fuera sede de la vida en común, de propiedad común o perteneciente al otro, como así también de los bienes muebles que componen el ajuar de la casa, hasta tanto los hijos arriben a la mayoría de edad o cese su incapacidad. El juez podrá autorizar la disposición del bien si fuera prescindible y el interés familiar no resulta comprometido. En las mismas circunstancias, si se tratara de un inmueble locado el conviviente no locador tendrá derecho a continuar la locación con expresa mención de que el obligado al pago será el inquilino original, manteniéndose las mismas garantías que primitivamente se constituyeron en el contrato. En ambos supuestos se requerirá un adecuado sistema de publicidad del derecho conferido que se materializará en la inscripción en el Registro de la Propiedad Inmueble, de modo que este derecho tenga efectos frente a terceros. (Famá, 2007)

Otras opiniones, (Fanzolato, 1986), (Fleitas Ortiz de Rozas y Roveda, 2006) (Alejandro Borda, 1991), (Perrino, 2008) han rechazado la posibilidad expuesta.

Así, Fleitas Ortiz de Rosas sostiene que si se consideran únicos destinatarios a los hijos menores o incapaces, el planteo aparece como fundado, pero entonces el control debería extenderse a todos los supuestos de disposición de inmuebles donde habitan menores (aunque se trate de familias monoparentales, o no tengan padres). Si en cambio, consideramos esta protección dentro del marco de la “vivienda familiar”

matrimonial (como fue la intención del legislador), no cabría la pretendida aplicación extensiva. (Fleitas Ortiz de Rozas y Roveda, 2006)

3.2.- La Jurisprudencia.

En el caso de oposición en la división de condominio de un inmueble adquirido por ambos convivientes existiendo hijos menores, la Cámara Nacional Civil sala K, resolvió: "No corresponde la división del condominio del inmueble adquirido por los concubinos hasta que la hija menor de ellos llegue a la mayoría de edad, por cuanto la extensión analógica de la protección del hogar conyugal que contempla el art. 1277 del Código Civil se embreca dentro de la norma del art. 2.692 en la medida que la restricción aplicada genera una indivisión forzosa en los términos del art. 2715 de dicho ordenamiento."⁸

Criterio que se ha registrado en algunos precedentes.⁹

3.3.- Las Jornadas.

En el X Congreso Internacional de Derecho de Familia, llevado a cabo en la ciudad de Mendoza, en septiembre de 1998, se concluyó: "La vivienda familiar debe ser tutelada durante la convivencia, haya o no hijos de la unión, teniendo como premisa la salvaguarda del interés familiar. Asimismo, deberán fijarse pautas para la atribución de la vivienda en caso de ruptura"¹⁰

En las XIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil celebradas en la ciudad de Rosario del 25 al 27 de septiembre de 2003, se concluyó: "La armonización normativa de los países del MERCOSUR en torno a las uniones de hecho resulta imprescindible a fin de posibilitar el cumplimiento del Acuerdo de Asunción. Resulta conveniente que todos los países del MERCOSUR, tanto aquellos que tienen legislación integral como parcial, adecuen su ordenamiento jurídico a fin de: a) optimizar el sistema de seguridad social para la familia constituida a partir de una unión de hecho; b) reglamentar una

⁸ C. Nac. Civil., sala K, 31/5/2006-V.S.S.v.A.N.del V., L.L 2006-D-604.

⁹ Juzg. Civ. y Com. Mar del Plata, n° 7, 30/04/1996, causa 85.543/93, RDPC, Nro. 17, 1998; Juzg.1ª instancia Civ. y Com. Zárate, n.2, 30/12/1998, "G., L.R.v.R., R.G. s/división de condominio", Derecho de familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, n. 15; C. Apels Concepción del Uruguay, Sala Civ. y Com 25/7/2005,"R..P.A.v.S. de G.,M.D.", en la ley online; C. Nac. Civ., Sala A, 26/4/2005,"A.,G.H.v.S.,L.M.",LL 2005-F-8; Juzg. Nac. Civ., n.33, 15/3/2005,"M.,G.F.v.S.,C.M." Lexis nro. 35001405.

¹⁰ "El Derecho de familia y los nuevos paradigmas", coord.: Aida Kemelmajer de Carlucci, t. III, Ed. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 1998, p. 306., citada por Famá Victoria, "Hogar, dulce hogar...".Protección de la vivienda familiar tras la ruptura...p.64.

adecuada protección a la vivienda familiar de los miembros de la unión de hecho”¹¹.

En las XI Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil, Procesal y Comercial, celebradas en Junín los días 21,22 y 23 de junio de 2007, en la Comisión n° 1, Régimen Patrimonial del Concubinato, presidida por la Dra. Nora Lloveras, se concluyó, respecto de la protección de la vivienda a la siguiente conclusión: “El art. 1277 del Código Civil se aplica al supuesto en que la custodia de los hijos menores o incapaces ha sido atribuida a uno de los progenitores con motivo de la ruptura de una unión de hecho, cuando el inmueble es de propiedad común o de uno de los convivientes.”¹²

4.- NUESTRA OPINIÓN.

Estamos de acuerdo en que en la hipótesis de un inmueble de titularidad exclusiva de uno de los convivientes o de cotitularidad de ambos sin hijos menores o incapaces, no podría encuadrarse ni por extensión dentro del art. 211 del Código Civil, pues se trata de un precepto muy restrictivo y no corresponde aplicarlo a las parejas de hecho. (Iñigo, 1998)

Sin embargo, creemos que, **el art. 1.277 del Código Civil se debe aplicar al supuesto en que la custodia de los hijos menores o incapaces ha sido atribuida a uno de los progenitores con motivo de la ruptura de una unión de hecho, cuando el inmueble es de propiedad común o de uno de los convivientes.**

Y cuando hablamos de interpretación analógica, la cuestión debatida nos enfrenta con lo que Diez Picazo denomina *res dubiae*, es decir aquellos temas en que la doctrina se muestra vacilante y las opciones son posibles siempre que para sostenerlas se siga una vía metodológica correcta. (Diez Picazo, 1993)

La analogía constituye un procedimiento interpretativo autorizado por el art.16 del Código Civil, y consiste en el recurso de una norma o grupo de normas particulares relativas a materias análogas al caso a regular, para sacar de ellas, con un procedimiento de imitación, la norma específica necesaria. (Arianna, 2006)

El resultado de la interpretación es, entonces, la inteligencia de la voluntad de la ley en sí, asumida como entidad objetiva, ya que la norma vive con vida propia y es capaz de adaptarse a casos que el legislador no previó en el momento de su dictado. (Comito, 2007)

Esta hermenéutica se basa en las siguientes razones.

¹¹ www.jornadas-civil-unr.ucaderecho.org.ar.

¹² <http://www.lexisnexus.com.ar/Noticias/MostrarNoticiaNew.asp?tipo=1&cod=6554>.

En primer lugar en el principio de no discriminación, pues si los destinatarios de la norma son los hijos, la protección sólo a los hijos matrimoniales implicaría una violación de los artículos 240 del Código Civil, Arts. 3 y 28 de la ley 26.061, art. 2° 1. de la Convención de los Derechos del Niño, 17.5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 2.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales.

De acuerdo con ello, al estar amparados solamente los hijos de padres que se encuentran casados, en los términos de la norma, se produce una discriminación en punto a la vivienda, entre los hijos matrimoniales y extramatrimoniales. (Solari, 2004)

El principio de igualdad ante la ley, es destacado por la Convención, marcando expresamente la no discriminación del niño en razón de circunstancias determinadas. Dicho principio se encuentra consagrado en el art. 2, en los siguientes términos: *Los Estados Parte respetará los derechos enunciados en la presente convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales. Los Estados Parte tomarán todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o sus tutores o de sus familiares.*" ¹³

En consecuencia, dada la discriminación efectuada por el art. 1.277 del C.Civ., corresponde a los jueces la ardua tarea de reinterpretación normativa de nuestra ley civil, tras una nueva exégesis de compatibilización o integración; teniéndose por derogados de manera implícita los preceptos que resultan manifiestamente incompatibles con los derechos fundamentales que pertenecen a los niños. (Mizrahi, 2004)

¹³ El principio de la no discriminación e igualdad de todos los niños, es destacado por algunas leyes locales sobre la niñez. Así, la ley 13.298 de la Provincia de Buenos Aires, (art. 6). la ley 4347, de Chubut (Art. 5); la ley 7590, de La Rioja (Aras. 7 y 16); la ley 7039, de Salta (Art. 1°); la ley 5288, de Jujuy (Art. 1°); la ley 114, de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (Art. 7°); la ley 7338, de San Juan (Art. 7); la ley 2302, de Neuquén (Art. 7); y la ley 3820, de Misiones (Art. 7). La ley 4109, de Río Negro, (art. 8). Entre los países latinoamericanos: el código de Nicaragua (art. 4°); el Estatuto del Niño, de Brasil (art. 5); el código de Bolivia (art. 3); el código de la República Dominicana (Principios Generales, punto V); el código de Colombia (art. 2); el código de Ecuador (art. 2); el código de Perú (art. V); y la Ley Orgánica de Venezuela (art. 3°).

En segundo estadio en el carácter alimentario de la protección, pues nada impediría que los jueces ordenen las medidas necesarias para proteger la vivienda de los menores fundadas en las normas de jerarquía constitucional a las cuales se suman los preceptos que regulan el deber alimentario de los padres hacia sus hijos (Art. 267, C.C., 18 y 27 de la Convención de los Derechos del niño). (Grosman y Martínez Alcorta, 2000), en este caso conjuntamente con el Art. 1.277 del C.C.

Apoya también esta posición, el hecho de que el requisito del vínculo matrimonial tiene una importancia relativa¹⁴ pues lo que se protege es la necesidad de los hijos menores de edad o incapaces de contar con una vivienda.¹⁵

La protección integral de la familia- art. 14 bis de la Constitución Nacional-, no se refiere exclusivamente a aquella que nace del matrimonio civil, sino también aquella nacida de una unión de hecho. Como se ha dicho: “no se puede decir que la familia es únicamente el conjunto de personas que tiene una libreta otorgada por el Registro Civil” (Bidart Campos, 1972) Y además, porque no se puede obviar que la familia es un hecho social general. (Salanueva, 2008)

Y en este contexto cabe señalar que los tratados y convenciones de derechos humanos reconocen en forma expresa al matrimonio como una de las formas de manifestación de la familia, pero no la única, ni tampoco " la" forma por excelencia. Es más, por el contrario, una interpretación armónica e integral de los derechos reconocidos en dichos instrumentos permite vislumbrar el reconocimiento implícito de diversas formas de vivir en familia. En este sendero, el Tribunal Europeo de Derechos

¹⁴ “Precisamente es su naturaleza de orden sociológico lo que impide hacer distingo alguno entre familia matrimonial y extramatrimonial. Distingo que -en nuestro Derecho- no hace el art. 14 bis CN. (LA 1995-A-26), como tampoco se advierte tal diferenciación en el articulado de diversos tratados con jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22 Carta Magna). Señalo al efecto el art. VI Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (LA 1994-B-1607), al referirse al "derecho a constituir familia, elemento fundante de la sociedad"; el art. 16 inc. 3 Declaración Universal de Derechos Humanos (LA 1994-B-1611), al señalar que "la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado"; íd. , Arts. 17 Convención Americana sobre Derechos Humanos (LA 1994-B-1615), 10 Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (LA 1994-B-1633) y 23 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (LA 1994-B-1639). Se advierte que la referencia a la familia se inserta en la normativa junto con el "consentimiento y voluntad libre para celebrar el matrimonio"; ello, con miras a evitar la celebración de éstos de manera impuesta y/o controlada, mas sin que esta circunstancia legislativa pueda ser entendida como el reconocimiento exclusivo y excluyente de aquella familia constituida en el marco del matrimonio.” Oviedo, Carmen N, “Concubinato. Ruptura del vínculo. Consecuencias y efectos jurídico-patrimoniales, JA 2007-II-1496 - SJA 13/6/2007.

¹⁵ Juz. 1º Instancia Civil y Com. Zárate, nº 2 30/12/1998, G.L.R v. R. R G s/ división de condominio”, *Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia*, Número 15 Editorial Abeledo- Perrot, pág. 234.

Humanos (TEDH), a partir del renombrado caso "Marckx c. Bélgica" (13/07/1979) determinó con claridad que la expresión "vida familiar" contenida el art. 8 del Convenio de Roma, "no se limita a las relaciones fundadas en el matrimonio, sino que puede englobar otros lazos familiares de facto respecto de personas que cohabitan fuera del matrimonio" y que la noción de familia debe ser interpretada "conforme las concepciones prevalecientes en las sociedades democráticas, caracterizadas por el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura". (Famá, 2007)

Finalmente, la ubicación de la norma en el Capítulo VI, del Título II del Código Civil, no puede impedir la interpretación propiciada, pues la aplicación de la regla del art. 1.277 segundo párrafo- excede el aspecto meramente patrimonial, para ser analizado desde el ámbito del interés familiar.

Bibliografía

Arianna Carlos Alberto, (2006) "Legitimación Activa del cónyuge en la acción de colación", *El Derecho de Familia y Sucesiones en...* cit. p. 201.

Bidart Campos, Germán (1972) "La base constitucional del derecho indemnizatorio de la concubina por la muerte del compañero en un accidente de tránsito "E.D 147-258.

Borda, Alejandro, (1991) "Protección del hogar conyugal en vida de los cónyuges". *Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, n° 5 Lexis Nexis-Abeledo Perrot, Buenos Aires.

C. Nac. Civil., sala K, 31/5/2006-V.S.S.v.A.N.del V., L.L 2006-D-604.

C.N.Civil., sala H, 27/10/2006- A., I.E y otro v. L., A. B. y otro s/ Desalojo: otras causales, *Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, 2007-II, con nota de Ranieri Néstor, "Una mirada desde el derecho de familia a una resolución acertada jurídicamente", Lexis Nexis-Abeledo Perrot, Buenos Aires, p.15 y ss.

Comito, Carina Inés (2007), "El art. 1277, C.Civ., y el principio de no discriminación de los hijos", *Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia*, 2007-I, Editorial Lexis Nexis Abeledo Perrot, p. 43.

Diez Picazo, Luis, (1993) *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, t. I, Introducción, 4° ed., Civitas, Madrid, citado por Arianna Carlos Alberto, "Legitimación Activa del cónyuge en la acción de colación", *El Derecho de Familia y Sucesiones en*

la jurisprudencia nacional. Coordinadores Mirta Ilundain-Carlos Arianna, La Ley, 1ª reimpresión 2006, Buenos Aires.

Famá Victoria, (2007) “Hogar, dulce hogar...” Protección de la vivienda familiar tras la ruptura de la convivencia de pareja SJA 12/12/2007 - JA 2007-IV-1124.

Famá, María Victoria, (2006) “Convivencias de pareja y protección de la vivienda familiar: la aplicación analógica del artículo 1277 del Código Civil, LA LEY 2006-D, 604.

Fanzolato Eduardo, (1986) “*El asentimiento conyugal*”, edición del autor, Córdoba.

Flah Lily R y Aguilar Rosana I, (2006) “Concubinato, desalojo y vivienda, L.L suplemento Del 28/02/2006, p. 2.

Fleitas Ortiz de Rosas, Roveda Eduardo, (2006) “*Régimen de bienes del matrimonio*”, La Ley, 2º Edición actualizada, Buenos Aires, p. 121.

Grosman Cecilia – Martínez Alcorta, Irene, (2000), *Familias Ensambladas: Nuevas uniones después del divorcio*, Universidad, Buenos Aires.

Grosman, Cecilia (1989) “La Vivienda Familiar. Efectos de la Separación Personal o divorcio (art. 211 del Código Civil), *Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia*, Número 1, Editorial Abeledo Perrot, Pág. 15.

Iñigo, Delia B (1999) ¿Es correcta la indisponibilidad del inmueble prevista en el Art. 1.277 del Código Civil a favor de la co-titularidad y de los hijos extramatrimoniales? *Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia*, Número 15 Editorial Abeledo Perrot, pág. 234.

Iñigo, Delia B. (1998) “Algunas cuestiones patrimoniales de las uniones de hecho”, *Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia*, Editorial Lexis Nexis Abeledo Perrot, p. 259

Juz. 1º Instancia Civil y Com. Zárate, n° 2 30/12/1998, G.L.R v. R. R G s/ división de condominio”, *Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia*, Número 15 Editorial Abeledo- Perrot, pág. 234.

Juzg. Civ. y Com. Mar del Plata, n° 7, 30/04/1996, causa 85.543/93, RDPC, Nro. 17, 1998; Juzg.1ª instancia Civ. y Com. Zárate, n.2, 30/12/1998, "G., L.R.v.R., R.G. s/división de condominio", *Derecho de familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y*

Jurisprudencia, n. 15; C. Apels Concepción del Uruguay, Sala Civ. y Com 25/7/2005,"R.,P.A.v.S. de G.,M.D.", en la ley online; C. Nac. Civ., Sala A, 26/4/2005,"A.,G.H.v.S.,L.M.",LL 2005-F-8; Juzg. Nac. Civ., n.33, 15/3/2005,"M.,G.F.v.S.,C.M." Lexis nro. 35001405.

Kemelmajer de Carlucci, (1995), *Protección de la Vivienda Familiar*, Buenos Aires, Ed Rubinzón-Cursoi

Kemelmajer de Carlucci, Aída, (2001) "La vivienda en el Proyecto de Código Único de 1998". *Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, n° 18, Lexis Nexis-Abeledo Perrot, Buenos Aires, p.9 y ss.

Martínez Ruiz, Roberto (1972) "Disposición del bien propio donde está radicado el hogar conyugal habitado por hijos menores o incapaces", L.L 146-464.

Medina, Graciela (1992) "Protección constitucional de la vivienda familiar con especial referencia a las modernas constituciones provinciales", *Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, n° 7, Lexis Nexis-Abeledo Perrot, Buenos Aires, p. 35 y ss.

Méndez Costa, (1999) "Efectos patrimoniales del matrimonio", en *Derecho de Familia* p. 1663, citada por Hernández, Lidia, Comentario al artículo 1.277 del Código Civil, en Bueres Alberto J, (dir.), Highton Elena I (coordinación), *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*. T. 3 C I, Hammurabi, Buenos Aires, p. 188.

Mizrahi, Mauricio Luis, (2004) "El Derecho del Niño a un desarrollo autónomo y la nueva exégesis del Código Civil", *Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, n° 26, Lexis Nexis-Abeledo Perrot, Buenos Aires, p. 113 y ss.

ONU-HABITAT, "Guide to Monitoring Target 11: Improving the lives of 1000 mi SLUM DWELLER", Nairobi, Kenya, mayo 2003, www.unhchr.ch/housing., citada por Sherman Ida A. y Mendoza Elena, (2004) "El Derecho humano a la vivienda: ¿una inconstitucionalidad por omisión?. *Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, n° 29, Lexis Nexis -Abeledo Perrot, Buenos Aires, p.105 y ss.

Perrino, Jorge Oscar, (2008) *Derecho de Familia, Concubinato /01 Generalidades*, www.abeledoperrot.com, Lexis Nexis 7002/004329.

Salanueva, Olga (2008), “La familia y la judicialización de los conflictos familiares”, *Anales, Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*, Universidad Nacional de La Plata, Año 5 N° 38, Nueva Serie, La Ley.

Sambrizzi, Eduardo, (2004) “Protección de la vivienda familiar en el divorcio”, *Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, n° 29, Lexis Nexis-Abeledo Perrot, Buenos Aires, p.83 y ss.

Sherman Ida A. y Mendoza Elena, (2004) “El Derecho humano a la vivienda: ¿una inconstitucionalidad por omisión?. *Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, n° 29, Lexis Nexis -Abeledo Perrot, Buenos Aires, p.105 y ss

Solari, Néstor E, (2004) “La vivienda y su protección a los hijos su relación con el artículo 1277 del Código Civil. *Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, n° 29, Lexis Nexis-Abeledo Perrot, Buenos Aires, p.111 y ss.