

Bien de familia y crédito alimentario

Cuando la ley está en deuda

Marisa Herrera

1. Palabras de apertura

El tema que nos convoca este número de la Revista se dedica a una típica institución de protección a la vivienda: el bien de familia. Pocas figuras jurídicas se encuentran justo en la intersección entre dos ámbitos del derecho civil: el derecho civil patrimonial y el derecho civil de familia. Es que el bien de familia no sólo compromete e intenta defender determinados bienes (los inmuebles con un destino preciso, ser vivienda familiar) con un claro contenido patrimonial (el valor económico del bien que forma parte del patrimonio de una o más personas), sino también ostenta una indudable vertiente social, personal o extrapatrimonial que se deriva de ser sede del hogar familiar y todo lo que implica un techo para el desarrollo de la vida en familia y el desenvolvimiento y dignidad de cada uno de sus integrantes. Por lo tanto, he aquí una primera observación fundamental que será necesaria recordar a lo largo de este trabajo acerca del doble carácter, vertiente e interés de la figura del bien de familia¹.

La otra cuestión –y que define el objetivo del presente ensayo- involucra la obligación alimentaria. Es decir, cómo debería ser la respuesta legislativa (como así también jurisprudencial y doctrinaria ante una normativa deficiente, como veremos) pertinente cuando se está ante otro entrecruzamiento temático: el bien de familia con el crédito alimentario. Aquí también nos enfrentamos a otro instituto jurídico que si bien siempre ha inquietado a los familiaristas, también observa un doble perfil interno patrimonial- extrapatrimonial. Sucede que la obligación alimentaria –no importa cuál sea su causa fuente- siempre se deriva de una relación afectiva con entidad jurídica, ya sea matrimonial, paterno filial o en razón del parentesco y a la vez, se traduce en un esfuerzo económico, ya sea en dinero –por lo general- o podría ser en especie, pero igual en este último supuesto, cabe su cuantificación e impacto en el plano económico².

El interrogante que moviliza este ensayo gira en torno a cómo debería ser la respuesta legislativa acorde con el desarrollo y consolidación de la doctrina internacional de Derechos Humanos (punto de partida y de llegada

¹ Areán, Beatriz, *Bien de Familia*, Hammurabi, Buenos Aires, 2001; Encina Fazio de Bello, Marta y Martínez, Nory Beatriz, *Bien de Familia, La Ley*, Buenos Aires, 2009; Kemelmajer de Carlucci, *Protección jurídica de la vivienda familiar*, Hammurabi, Buenos Aires, 1995 y Peralta Mariscal, Leopoldo, *Régimen del bien de familia*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2005, entre otros.

² También extensísima es la bibliografía en torno a la obligación alimentaria, por lo cual sintetizamos algunas que focalizan en las personas menores de edad y en la perspectiva constitucional- internacional que observa el tema como ser: Belluscio, Claudio, *Incumplimiento alimentario respecto de los hijos menores*, Ediciones Larroca, Buenos Aires, 2002; del mismo autor, *Prestación Alimentaria. Régimen jurídico*, Editorial Universidad, Buenos Aires, 2006; *Práctica de los alimentos debidos a los menores de edad*, García Alonso, Buenos Aires, 2007; *Alimentos debidos a los menores de edad*, García Alonso, Buenos Aires, 2007; Grosman, Cecilia (directora), *Alimentos a los hijos y Derechos Humanos*, editorial Universidad, Buenos Aires, 2004; Kielmanovich, Jorge, “La Convención sobre los Derechos del Niño y el juicio de alimentos”, *Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia. Derecho de Familia*, nro. 14, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1999, p. 109 y ss; Kemelmajer de Carlucci, “Los alimentos a favor de los hijos”, *Revista Derecho Privado y Comunitario*, 2001, Rubinzal Culzoni, Santa Fe; entre tantos otros.

obligada desde el cual realizar cualquier interpretación y/o estudio de carácter jurídico- legal por imperativo constitucional- internacional), cuando la institución del bien del familia es interpelada por otra figura de urgencia y humanidad como lo es la obligación alimentaria incumplida, que perjudica de manera directa la dignidad de un grupo de personas que se encuentra en plena etapa de desarrollo madurativo y, por ende, ante una especial situación de vulnerabilidad como lo son los niños y/o adolescentes. Y decir que los principales protagonistas en la intersección en estudio son niños y adolescentes no es una cuestión menor, todo lo contrario. Es que precisamente, la mencionada doctrina internacional de los Derechos Humanos ha intentado visualizar a varios actores sociales silenciados (y todavía invisibilizados en diferentes órdenes, aunque ya no en la comunidad jurídica internacional al menos en teoría), entre ellos, los niños, niñas y adolescentes principales destinatarios de un instrumento internacional de peso y jerarquía como lo es la Convención sobre los Derechos del Niño, con el consecuente reconocimiento de un “plus” de derechos y diferentes herramientas para alcanzar una real “protección especial” como el conocido principio “pro minoris” o “pro debilis”, por lo cual ante cualquier interés contrapuesto que los involucre, debe primar aquella solución que priorice en el interés de los primeros por sobre los otros, los adultos (Estado, sociedad y/o familia)³.

Esta preocupación particular por la respuesta legislativa en tren de acortar la brecha existente entre Derecho y Realidad cuando de bien de familia y crédito alimentario se trata, se ha visto repotenciada tras el dictado del decreto 191/2011 publicado en el Boletín Oficial de fecha 28/02/2011, mediante el cual se crea una nueva comisión para la reforma y unificación del Código Civil y Comercial de la Nación en el que con total acierto, se afirma en sus considerandos -entre otras cosas- que el Código Civil es una “*pieza de reconocidos méritos*”, que “*el sistema de derecho privado, en su totalidad, fue afectado en las últimas décadas por relevantes transformaciones culturales y modificaciones legislativas*”, que “*la reforma Constitucional del año 1994, con la consecuente incorporación a nuestra legislación de diversos Tratados de Derechos Humanos, así como la interpretación que la Jurisprudencia ha efectuado con relación a tan significativos cambios normativos*” y por ende, que “*todas estas circunstancias tornan necesario proceder a actualizar y unificar la Legislación Nacional en materia de derecho privado, procurando elaborar una*

³ Se recomienda compulsar entre tanta bibliografía sobre el desarrollo teórico en torno a los derechos humanos de niños, niñas y adolescentes: Beloff, Mary, *Los derechos del niño en el sistema interamericano*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2004 y de la misma autora “Modelo de la protección integral de los derechos del niño”, *Revista Justicia y Derecho*, nro. 1, Unicef, Chile, 1999; Cillero Bruñol, Miguel, “El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los derechos del niño”, *Justicia y Derechos del Niño*, nro. 1, UNICEF, Santiago de Chile, 1999, p. 47 y ss; Fanlo Cortés, Isabel, “Los derechos de los niños ante las teorías de los derechos. Algunas notas introductorias” en Fanlo Cortés, Isabel (compiladora), *Derechos de los niños. Una contribución teórica*, Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política, Distribuciones Fontamara, México D. F., 2004; Gil Domínguez, Andrés, Famá, María Victoria y Herrera, Marisa, *Derecho Constitucional de Familia*, Ediar, Buenos Aires, 2006, y del mismo trío autorial, *Ley Nacional 26.061 de Protección Integral de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes. Comentada. Anotada. Concordada*, Ediar, Buenos Aires, 2007; Grosman Cecilia (directora), *Los derechos del niño en la familia. Discurso y Realidad*, 1ra edición, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1999; Lloveras, Nora y Salomón, Marcelo, *La familia desde la Constitución Nacional*, Editorial Universidad, Buenos Aires, 2009; Weimberg, Inés (compiladora), *Convención sobre los Derechos del Niño*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2002, etc.

obra que, sin sustituir la legislación especial, contuviera una serie de principios generales ordenadores”.

Este contexto político- legislativo se muestra favorable y oportuno para ahondar en propuestas concretas de modificaciones normativas, focalizando en un cruce temático que desde hace tiempo ha sido materia de preocupación por parte de la doctrina nacional y, en menor medida, por la jurisprudencia a pesar del obligado marco constitucional- internacional que merece ser recordado y que por ello comenzamos por él a continuación de manera sintética.

2. La vivienda y los alimentos como Derechos Humanos

2.a. Consideraciones Generales

Un punto relevante para el abordaje del tema propuesto consiste en reconocer que tanto los alimentos como la vivienda son dos Derechos Humanos con la consecuente “hard protection” que les vale a cada uno en tal carácter. Por lo cual, la tensión entre ambos podría ser considerada, a primera vista, una cuestión compleja a resolver. Sin embargo, y como analizaremos en el transcurso de este ensayo, ello no es tan así. Máxime, cuando ya se ha transitado un largo camino en torno al “principio de proporcionalidad” y el llamado “balancig test”, sobre los cuales ha profundizado de manera sagaz y comprometida el reconocido constitucionalista alemán Robert Alexy⁴. En este marco de discusión, tantísimos debates constitucionales- internacionales han permitido observar la cantidad de tensiones, contraposiciones o enfrentamientos entre Derechos Humanos, por lo tanto, el que aquí centraliza nuestra atención sería uno más de este gran grupo de conflictos o choques de derechos. Por ello, tal situación no debería preocuparnos sino sólo ocuparnos. Y este es el objetivo aquí propuesto.

Este claro involucramiento de dos derechos humanos que interaccionan entre sí ha sido puesto de manifiesto en alguna oportunidad por José I. Cafferata, quien al defender un tema al que nos referiremos más adelante como lo es la inembargabilidad de la vivienda única en el derecho local cordobés, afirma que esta es *“una garantía de raigambre en la Seguridad Social y es irrenunciable porque encuentra su fundamento en el art. 14 bis de la CN. en consecuencia con los arts. 22, 34 y 58 de la Constitución provincial y está contemplada en la legislación de fondo, desde que tal derecho tiene carácter alimentario y, por ende, inembargable por aplicación del art. 374 del Código Civil”*, agregándose entonces que dicha inembargabilidad de la vivienda única *“ya existía antes de la sanción de la carta magna local (1987) ya que hay numerosos preceptos basados en la Seguridad Social, como el referido a los alimentos, de donde resultaría que la vivienda única es inembargable por imperativo del citado art. 374 del Código Civil”*⁵. Por lo cual, el trío integrado por las nociones de protección de la vivienda, bien de familia y alimentos observa

⁴ Alexy, Robert, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993; Alexy, Robert y Andrés Ibáñez, Perfecto, *Jueces y Ponderación Argumentativa* en versión electrónica en <http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=2196> y Clérico, Laura, *El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional*, Eudeba, Buenos Aires, 2009.

⁵ Citado en el fallo de la Cámara de Apelaciones Civil y Comercial, 6ta, Córdoba, 14/11/2002, La Riojana Coop. Vit. de la Rioja Ltda. v. Diego M. Ceballos y otro. S/ Ejecutivo, Abeledo Perrot on line, Citar Lexis N° 70006998.

una compleja interacción desde la obligada perspectiva constitucional-internacional.

¿Acaso el derecho alimentario y el consecuente deber –por parte de particulares o del propio Estado⁶- de satisfacerlo no comprende el derecho a una vivienda digna como uno de los tantos rubros que integra toda obligación alimentaria? La respuesta afirmativa se impone, a tal punto que esta ineludible interacción se encuentra expresamente reconocida en el plano infraconstitucional, siendo que el Código Civil cuando se refiere en su art. 267 a la extensión de la obligación alimentaria en el marco de la mal llamada “patria potestad” lo hace en el siguiente sentido: “*La obligación de alimentos comprende la satisfacción de las necesidades de los hijos en manutención, educación y esparcimiento, vestimenta, habitación, asistencia y gastos por enfermedad*”⁷.

En suma, si el tema en estudio presenta un inobjetable perfil constitucional- internacional, éste debiera ser el punto de partida (y reiteramos, también de llegada) sobre el cual elaborar nuevas y renovadas respuestas normativas, máxime ante una próxima reforma de la legislación instada, precisamente, por la reforma constitucional de 1994 y el reconocimiento expreso de los grandes avances que este hito constitucional ha producido en la normativa civil. No sólo visualizando tensiones constitucionales- internacionales como la cuestión del bien de familia ante el crédito alimentario, sino también denunciando que la ley es hábil para resolver y poner fin a determinados conflictos sociales.

2.b. La protección de la vivienda como Derecho Humano

El bien de familia es, sin lugar a duda, una de las instituciones jurídicas tendientes a proteger la vivienda familiar. Si bien en sus comienzos no fue vista con el halo constitucional- internacional que prima hoy en el Derecho, lo cierto es que desde siempre se admitió que esta figura es de carácter proteccionista, primando su faz extrapatrimonial (el hogar o la vivienda familiar) por sobre su aspecto patrimonial, tanto frente a los terceros y la noción del patrimonio como prenda común de los acreedores, como así también para los mismos

⁶ Intentándose citar precedentes novedosos y/o recientes, traemos a colación un precedente del Tribunal de Familia nro 2 de Mar del Plata del 28/09/2010 en el cual se declaró la inconstitucionalidad del art. 9 del decreto 1602/09 que prevé la asignación universal por hijo que excluye de este beneficio a las personas que ya se encontraban cobrando otro tipo de subsidio. En este caso, se trataba de una niña menor de edad discapacitada que por tal afección ya se encontraba cobrando una pensión y por ende, quedaba excluida o se veía imposibilitada de ser acreedora de otro beneficio como la mencionada asignación universal. La Asesora de Menores solicitó la inconstitucionalidad de esta normativa impeditiva de sumar dos beneficios, petición que fue acogida de manera favorable al considerarse, entre otras cosas, que “*el decreto permite la percepción de la Asignación Universal por Hijo, excluyendo dogmáticamente la posibilidad de acceso al beneficio cuando el niño o joven percibe una pensión por discapacidad provincial, sin tener en consideración la concreta desventaja existente para la familia con hijos con discapacidad psicofísica. En virtud de dicha decisión legislativa se produce un necesario efecto discriminatorio, en cuanto la ley reproduce una solución que impide el acceso a la equiparación de oportunidades para niños y jóvenes, replica -en definitiva- la diferencia. Así, a mi entender, la legislación cuya constitucionalidad se cuestiona se ha alejado de la razonabilidad que corresponde a la tarea de la concreción de las políticas públicas y de su debido encuadre en el sistema jurídico de protección que ha organizado nuestro Estado en cabeza del Poder Administrador, a partir de la constitucionalización de derechos humanos (...)*” (Trib, Familia, nro 2, Mar del Plata, 28/09/2010, Expte. G.G. S/ medida cautelar”, inédito).

⁷ El destacado nos pertenece.

integrantes de la familia –ya sea los titulares registrales del bien como los beneficiarios del bien de familia-. Es que para ellos, si bien la vivienda también tiene un contenido patrimonial, lo cierto es que los derechos y deberes derivados de esta vertiente se ven claramente restringidos por un valor supremo, la protección de la vivienda. Sucede que si quieren venderlo o utilizarlo como garantía de algún crédito o un contrato de locación, deberían proceder a levantar/desafectar dicha salvaguarda⁸.

El origen o la génesis de esta figura (con algunas modificaciones y adaptaciones propias de cada cultura), es el "homestead" del derecho norteamericano "home" significa casa y "stead" sitio o lugar). Al respecto, se dijo que *"Por medio del "homestead" se quiso obtener la inviolabilidad económica del hogar familiar, con sus pertenencias, ajuar e instrumentos de trabajo, declarándolo libre de todo embargo o secuestro". Respondía a un criterio eminentemente cristiano, moral y humanitario, según Adolfo A. Buylla, de amparar eficazmente, dentro de las actuales condiciones de la propiedad, al deudor que de buena fe ha buscado en el crédito el medio de acrecentar sus facultades industriales, y que, por no haber podido cumplir en tiempo oportuno la obligación contraída, ve con dolor que una mano despiadada le arrebatara instrumentos económicos que hacen fecundo su trabajo, labrando su desgracia. El "homestead" iniciado en Texas en 1839, adoptado sucesivamente en todos los Estados de la Unión, y en la legislación federal mediante el Estatuto de 1862, no consiste sólo, como se ha visto, en la protección de los elementos de trabajo del deudor, sino también, en la inviolabilidad del sitio y de la casa en que cada familia fija su domicilio, en virtud de un derecho de propiedad, con el recinto adyacente"*⁹.

En el derecho argentino, es sabido que la figura del bien de familia, desde su correspondiente inscripción en el registro de la propiedad inmueble (art. 35), tiene por efecto que las deudas posteriores a dicho acto no son susceptible de ejecución o embargo, a excepción de ciertas obligaciones como ser las provenientes de impuestos o tasas que graven directamente el inmueble, gravámenes constituidos con arreglo a lo dispuesto en el art. 37 de la citada ley, o créditos por construcción o mejoras introducidas en la finca (art. 38). Esta cuestión relativa a las excepciones será uno de los temas neurálgicos cuando se trata del crédito alimentario, otra institución fundada en los derechos humanos.

Una de las definiciones de la institución en análisis más citadas es aquella que pertenece a Elías Guastavino, quien afirmó que *"El bien de familia es una institución jurídica del derecho de familia patrimonial y por lo tanto del derecho civil, concerniente a un inmueble urbano o rural, ocupado o explotado por los beneficiarios directamente, limitado en su valor, que por destinarse al servicio de la familia goza de inembargabilidad, es de restringida disponibilidad, se encuentra desgravado impositivamente y subsiste en su afectación después*

⁸ Cabe recordar que, en definitiva, el bien de familia no sólo –salvo excepciones- impide cualquier intento de cobrarse créditos de terceros posteriores a su constitución, sino también de *"las actitudes negligentes o maliciosas del propietario del bien"* (CNCiv., sala K, 21/06/1996, N. de B., L.G. c. B., J.M. s/ alimentos, www.microjuris.com, EDJ9138).

⁹ Cifuentes, Santos, El Bien de Familia. Fundamentos y Naturaleza Jurídica, Páginas de Ayer, 2004-10, 13, La Ley.

del fallecimiento del titular del dominio"¹⁰. En este sentido, "el objeto de la constitución de un inmueble como bien de familia, ya sea éste urbano o rural, es garantizar que dicho bien sea preservado de los ataques de los acreedores que tuviere el deudor con posterioridad a su constitución, priorizando de esta forma el interés superior de la familia al de los acreedores del titular del bien. Es que sí, a la crisis por la que atraviesa en los últimos tiempos la familia, le sumamos las dificultades económicas propias de los tiempos de crisis, la solidez de ella se dificulta". Es que el bien de familia ha sido concebido para proteger el núcleo familiar, teniéndose en cuenta: a) la necesidad de preservar el deber de asistencia; b) el de fomentar la estabilidad y cohesión familiar; c) el de asegurar la protección económica y jurídica de la familia y por último, d) la necesidad del sustento de la vivienda familiar. Es decir, de lo que se trata es de poner a resguardo la sede del hogar conyugal, de las peripecias comerciales del propietario del inmueble¹¹.

En el derecho contemporáneo, el bien de familia encuentra su razón de ser o fundamento último en el "trapecio" constitucional o "bloque de la constitucionalidad federal". Desde este prisma, se ha afirmado que "*La Constitución de la Nación diferencia en sus cláusulas la propiedad, garantizando su inviolabilidad frente al propio Estado y los particulares (C.N., art. 17), de los derechos sociales relacionados con la vivienda (acceso y defensa del bien de familia, C.N. art. 14 bis), en los cuales el rol gubernamental no se limita a la exclusión de intromisiones como ocurre con la propiedad (prohibición de confiscar o expropiar sin utilidad pública), sino que el Constituyente pretende del Estado un rol activo. De allí que se sostenga que de los derechos sociales emergen también expectativas positivas que implican obligaciones de prestación y éstas no se encuentran circunscriptas a la "obligación del legislador de llenar las lagunas de garantías con disposiciones normativas y políticas presupuestarias orientadas a su satisfacción, sino además el establecimiento de otras tantas directivas dotadas de relevancia decisiva en la actividad interpretativa de la jurisprudencia ordinaria y sobre todo en la de los Tribunales supremos"*¹².

Precisamente, esta perspectiva constitucional es la que se puso de resalto en torno a un conflicto en concreto: la mayor protección que puede dársele a la vivienda familiar en los textos constitucionales locales o, por el contrario, si toda regulación al respecto debe ser estrictamente federal como lo hace la ley 14.394, que entre otras cuestiones, se ocupa del régimen jurídico del bien de familia. Es desde este ángulo donde varios autores y algunos precedentes provinciales (no así la Corte Federal en el resonado caso "Banco Suquía" de fecha 19/03/2002¹³), se expiden a favor de textos constitucionales como el de Córdoba (art. 58¹⁴) o Santiago del Estero (art. 37¹⁵) que prevén la

¹⁰ Guastavino, Elías, *Bien de familia*, t. II, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1985, p. 13.

¹¹ Borda, Guillermo J., "El bien de familia y dos fallos clarificadores", LL, 2007-D, 13.

¹² Carreira González, Guillermo, *Defensa del patrimonio familiar y el crédito*, LL, 2009-B, 698.

¹³ CSJN, Banco de Suquía c. Tomassini, Juan C., 19/03/2002, Fallos: 325:428.

¹⁴ Cabe recordar que la Constitución de la Provincia de Córdoba en 1987, incorporó en su art. 58 el siguiente texto: "*todos los habitantes tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna, la que, junto a los servicios con ella conexos y la tierra necesaria para su asentamiento, tiene un valor social fundamental. La vivienda única es inembargable, en las condiciones que fija la ley...*".

¹⁵ Este articulado se titula "De la vivienda", disponiéndose: "*Acceso a la vivienda. Todo habitante tiene derecho a acceder a una vivienda digna que satisfaga sus necesidades mínimas y de su núcleo familiar. A*

inembargabilidad de la vivienda única, sin la necesidad de una declaración expresa de voluntad en tal sentido como lo propone el bien de familia¹⁶. ¿Cuál es *quid* de la cuestión? Los límites o potestades de las provincias para regular una materia que por su naturaleza civil que afecta el régimen patrimonial, compete ser legislado al Congreso de la Nación por indicación constitucional (art. 75 inc. 12). En este sentido, la Corte Federal en el recordado caso Banco de Suquía puso de manifiesto que "(...) *todas las leyes que estatuyen sobre las relaciones privadas de los habitantes de la República, son de dominio de la legislación civil o comercial y están comprendidas entre las facultades de dictar códigos fundamentales que la Constitución atribuye exclusivamente al Congreso*". Postura que reitera el Máximo Tribunal Federal con su composición actual en un fallo más reciente del 23/06/2009 en el caso "Romero, Carlos Ernesto c/ Andrés Fabián Lema s/ desalojo - recurso de casación e inconstitucionalidad", al remitirse a lo expresado por la Procuradora en su dictamen, en el cual se sostuvo que debe seguirse la línea jurisprudencial marcada en el caso "Banco de Suquía" ya que "*no obstante las decisiones de la Corte Suprema se circunscriben, como es obvio, a los procesos concretos que le son sometidos a su conocimiento, no cabe desentenderse de la fuerza moral que emana de su carácter supremo, sin verter argumentaciones que la contradigan, pues como V.E. tiene dicho dada la autoridad institucional de los fallos del Alto Tribunal en su carácter de supremo intérprete de la Constitución*

este fin el Estado provincial procurará el acceso a la propiedad de la tierra y dictará leyes especiales de fomento a la construcción de viviendas. La vivienda única es inembargable de acuerdo a lo establecido en la ley".

¹⁶ Como síntesis de la postura que sostiene el Superior Tribunal de Justicia de Córdoba en reiterados precedentes, traemos a colación lo expresado en los autos "Luján, Oscar R. v. Quiroga, Sonia G. y otra" del 01/10/2003, en el cual se puso de resalto que como se ha "*sostenido, antes que ahora, que la respuesta debe suministrarse dentro de la dogmática de la Constitución Nacional.; interpretada esta desde su espíritu garantista de los denominados "derechos sociales", y de su indudable adhesión a las filas del constitucionalismo social. Consideramos que la inclusión del art. 14 bis, y el posterior reconocimiento de jerarquía constitucional de diversos pactos internacionales en la materia (Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre -Bogotá, 1948-; Convención Americana sobre Derechos Humanos -San José de Costa Rica, 1969-; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales -Nueva York, 1966-; Convención sobre los Derechos del Niño -Nueva York, 1989-), ratifican esa hermenéutica de nuestra norma fundamental*". Sobre este punto, se afirma que "*de los pactos internacionales en materia de derechos humanos y su efecto operativo y multiplicador en los más diversos aspectos de la vida humana en que la dignidad del hombre se ve afectada, estimamos que la adecuación de la legislación interna al texto de las convenciones, puede ser cumplido por la jurisprudencia y no únicamente por la legislación formal. Ello así, conforme a la norma del art. 2 del Pacto de San José de Costa Rica, en tanto define la obligación de dictar "medidas legislativas o de otro carácter" para cumplir el propósito de adecuación*" y "*De allí que la falta de una normativa expresa de derecho interno nacional no sea necesaria como argumento para oponerse a la aplicación de la normativa provincial ni tachar a ésta de inconstitucional*", siendo que "*este plexo normativo constituido por tratados internacionales de expresa jerarquía constitucional, surge claramente el espíritu que inspira la norma fundamental (...) y de numerosas y repetidas constancias de su diario de sesiones, en las que se proclama la intención de elevar a rango constitucional el principio de que la vivienda única es inembargable, más allá de las condiciones que fija nuestra ley*". Por lo tanto se reitera, una vez más, que "*el art. 58 de la Constitución y provincial y su ley reglamentaria (8067) profundizaron la tendencia a resguardar el bien de familia de la ley nacional 14.394, dando lugar a la institución de la inembargabilidad de la vivienda única y asiento del grupo familiar, pues en ella ya no es el titular quien decide la afectación, sino que lo hace el Estado en protección de un interés social, poniendo así en ejecución los principios de protección del bienestar general y de la dignidad humana, plasmados en los tratados arriba mencionados. La desafectación que dispone el Estado no se encuentra por ello regulada por las normas civiles*" (STJ, Córdoba, 01/10/2003, Luján, Oscar R. v. Quiroga, Sonia G. y otra, Abeledo Perrot on line, Citar Lexis N° 70021367).

Nacional y las leyes, de ello se deriva el consecuente deber de someterse a sus precedentes (v. doctrina de Fallos: 315:2386 y sus citas)". Por lo cual, a nuestro entender, la Corte Federal con su composición vigente se perdió una excelente oportunidad para revisar los argumentos y la postura seguida en el resonado "Banco de Suquía", máxime si como bien se señala en el dictamen reiterándose palabras del Superior Tribunal de Justicia cordobés "la 'vivienda única' no puede ser mirada desde la óptica constitucional exclusivamente como propiedad, sino también como un derecho social garantizado concurrentemente por las normas constitucionales supranacionales, federales y locales"¹⁷.

En este sentido, ciertas voces doctrinarias afirmaron que posturas constitucionales como la cordobesa "no es inconstitucional" fundado en la "constitucionalización del derecho civil", siendo que "entre los derechos civiles ciertamente se encuentra el de la propiedad privada (CADH, 21), y entre los derechos sociales, el que tiene toda persona "a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua en las condiciones de existencia" (PIDES y C, 11, 1). Y, precisamente, también se aprecia respecto de ellos el matiz diferenciador ya señalado. Así, la protección de la propiedad privada decanta en prohibiciones al Estado y los particulares de intromisiones o abusos (CADH, 21, 3 y 3; mientras que la protección de los derechos sociales demanda del Estado "medidas apropiadas para asegurar la efectividad", es decir medidas activas (PIDES y C, 11, 1)"¹⁸.

En esta misma línea pero adoptando una visión histórica, se recordó que "el texto originario de la Constitución Nacional no contenía normas expresas referidas a la protección de la familia o de la unidad económica familiar. Ello ocurrió años más tarde, con la reforma constitucional de 1949, al disponer el art. 37 apartado II.3 que "... La familia como núcleo primario y fundamental de la sociedad, será objeto de preferente protección por parte del Estado, el que reconoce sus derechos en lo que respecta a su constitución, defensa y cumplimiento de sus fines...". Asimismo establecía en el inciso 3 que el Estado debía garantizar "...el bien de familia conforme a lo que una ley especial determine...". En ese marco, y como concreción legislativa de dicha previsión constitucional, se dictó la ley 14.394 que introdujo en nuestra legislación el bien de familia. Posteriormente, las reformas constitucionales mencionadas fueron abrogadas. Sin embargo, la Convención Nacional Constituyente de 1957 incorporó como única reforma al texto de la Constitución de 1853 el artículo 14 bis (...) Por su parte, luego de la reforma constitucional de 1994, nuestro orden jurídico interno también se integró con numerosos convenios internacionales que tienen jerarquía constitucional, muchos de los cuales contienen normas expresas referidas a la familia y a la vivienda familiar. Así, la Declaración Universal de los Derechos del Hombre reconoce en su art. 16 que la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y, como tal, tiene derecho a la protección del estado. Dicha normativa establece también que toda persona tiene "...derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar y, en especial, la alimentación, el vestido, la

¹⁷ CSJN, 23/06/2009, "Romero, Carlos Ernesto c/ Andrés Fabián Lema s/ desalojo - recurso de casación e inconstitucionalidad" en www.microjuris.com, MJJ45142.

¹⁸ Carreira Gonzalez, Guillermo, op cit.

vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios..." (art. 25)"¹⁹. Por lo tanto, el reconocimiento de la vivienda como derecho humano es indiscutible y por ende, toda institución civil que tienda a su protección no sólo está en total consonancia con la obligada perspectiva constitucional-internacional, sino además que se encuentra auspiciada por ésta, con la consecuente fortaleza que le irradia a figuras como el bien de familia que podrían estar en una legislación federal o también –si es que se brinda una mayor protección aún- en un texto constitucional de índole local.

¿Acaso la protección de derechos humanos tiene un tope en la legislación infraconstitucional federal? Esto nos hace acordar el debate que generó la ley 26.061 de Protección Integral de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes en sus primeros tiempos de aplicación, siendo hoy indiscutible que las leyes de este mismo tenor sancionadas en los ámbitos provinciales pueden brindar una mayor protección que la normativa federal, sirviendo esta última de "piso mínimo"²⁰.

A tono con esta línea argumental que defiende la potestad provincial para otorgar una mayor protección a la vivienda familiar (en el caso que ha despertado gran debate en la doctrina y jurisprudencia nacional, a través de la inembargabilidad de la vivienda única), se ha sostenido que *"no se quiere decir que la vivienda única no integre la propiedad de su titular, ya que la regulación del modo de adquirir, gravar y transmitir el derecho real de dominio es materia propia del derecho común que concierne al gobierno Federal por delegación expresa de las Provincias (C.N., art. 67, inc. 12). Lo que se quiere enfatizar es que la vivienda única no puede ser mirada desde la óptica constitucional exclusivamente como propiedad, sino también como derecho social garantizado concurrentemente por las normas constitucionales supranacionales, federales y locales"*²¹.

Por el contrario, otras tantas voces doctrinarias defienden la postura seguida por la Corte Federal. Así, Iberlucía sostiene que el precedente "Banco de Suquía" *"coloca en su quicio constitucional las atribuciones de los Estados provinciales en lo que a legislación del derecho de fondo se refiere. La inembargabilidad de la vivienda única no es una norma de seguridad social, sino de derecho civil en tanto afecta las relaciones entre acreedores y deudores. No obstante, aún cuando aquélla sea competencia concurrente del Estado federal y las provincias, la competencia de éstas para ampliar los derechos reconocidos por la Constitución Nacional se limita a las obligaciones que como Estados locales asuman frente a sus habitantes, pero no pueden crear obligaciones de los particulares respecto de ellos, y no otra cosa es la*

¹⁹ Moglia, Hernán, Una acertada defensa de la vivienda familiar, LLLitoral 2006 (noviembre), 1284. Este mismo autor recuerda que el Pacto Internacional de Derechos económicos, sociales y culturales en su art. 11.1 *"el derecho de toda persona a una vida adecuada para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados y a una mejora continua de las condiciones de existencia"*.

²⁰ Conf. Gil Domínguez, Andrés, "La ley de protección integral de los Niños, Niñas y Adolescentes y la competencia del Estado Federal, de las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, *Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia. Derecho de Familia*, nro. 35, Abeledo Perrot, Buenos Aires, noviembre/diciembre 2006, p. 23 y ss, y de manera más actual, Burgués, Marisol y Herrera, Marisa, "Las medidas de protección de derechos en el Sistema de Protección de la Provincia de Buenos Aires. Cuestiones Procedimentales", AAVV, *Temas claves en materia de Protección y Promoción de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes*, UNICEF- IEJ, Buenos Aires, 2010, p. 138 y ss.

²¹ Carreira Gonzalez, Guillermo, op. cit.

*privación o prohibición a los acreedores de cobrarse sobre determinados bienes de los deudores. De ninguno de los tratados internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional se desprende una habilitación a las provincias para estatuir -al margen de lo que disponga el órgano legislativo nacional- la inembargabilidad "ministerio legis" de la vivienda única. El derecho a la vivienda digna del art. 14 bis de la Constitución Nacional no es sinónimo de derecho a la propiedad de la vivienda, ni mucho menos de derecho a conservar la propiedad de la vivienda a costa de los legítimos derechos de otros"*²².

En esta misma línea, Cianciardo y Erdozain, fundado en una afirmación que hace tiempo sufre fuertes y sólidas críticas en torno al carácter programático de los derechos económicos, sociales y culturales, afirman que *"no resulta posible -en muchos casos- establecer procedimientos públicos y institucionalizados para garantizar los derechos económicos, sociales y culturales. Ante esta situación habría que negarle la condición misma de derechos y buscar su implantación por caminos diferentes de los jurídicos. Debería, pues, reconocérseles la condición de pretensiones altamente valiosas y deseables, de objetivos políticos directa e íntimamente vinculados al bien común, pero dudosamente susceptibles de configurarse como derechos. Su no satisfacción en una determinada sociedad constituiría una injusticia, pero no por lesión de un derecho individual pre-existente, sino más bien una injusticia del sistema de distribución y redistribución de la riqueza, que originariamente es común a todos los hombres, y cuyo paso a manos privadas sólo se justifica en la medida en que contribuya al bien común y garantice a todos la satisfacción de las necesidades básicas"*²³.

Incluso hay fallos de tribunales cordobeses que siguen la postura de la Corte Federal y no así la de su superior jerárquico, como es el caso Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Familia y Contencioso Administrativo de Río Cuarto en un fallo del 18/02/2010²⁴, al entenderse que *"la inembargabilidad de la vivienda única y familiar de deudor es inconstitucional —en el caso, se revocó la resolución que había ordenado el levantamiento del embargo trabado, en un proceso ejecutivo, a pedido de una entidad financiera—, pues la ley 14.394 consagra un ámbito protectorio que supone atender a los derechos de protección de la vivienda establecidos en tratados internacionales pero*

²² Ibarlucía, Emilio A., "El debate constitucional acerca de la inembargabilidad de la vivienda única", LLC 2002 (diciembre), 1391.

²³ Cianciardo, Juan y Erdozain, Martín Luis, "Poderes no delegados y derechos fundamentales: el acceso a una vivienda digna (A propósito de la inconstitucionalidad del artículo 58 de la Constitución de la Provincia de Córdoba en cuanto pretendía la inembargabilidad de la vivienda única del deudor)", LL, 2003-D, 291 y LLC 2003 (mayo), 440.

²⁴ Se trata del fallo de la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Contencioso administrativo de 2a Nominación de Río Cuarto del 18/02/2010 en los autos Lloyds Tsb Bank p/c Hoy Banco Patagonia Sudameris S.A. c. Ramón Alfredo Azcurra (La Ley Online; Cita Online: AR/JUR/1057/2010). Misma postura sostuvo este tribunal en un fallo anterior del 17/08/2005 donde se sostuvo la inconstitucionalidad de la entonces vigente ley 9136 *"en cuanto suspende, por tiempo indeterminado, las ejecuciones de viviendas únicas, ordenándose continuar con la ejecución pues, la legislación provincial no puede sustraer bienes al poder de agresión al patrimonio del deudor que en aquel se reconoce al acreedor, aun cuando se trate de vivienda única asiento del hogar del obligado y éste se encuentre en situación de desempleo, máxime cuando se trata de un proceso liquidativo de quiebra que reglamenta la ley nacional 24.522 (Adla, LV-D, 4381), la cual integra el Código de Comercio y, por ende, las facultades legislativas exclusivas y excluyentes del Congreso de la Nación (Capel, Civil, Comercial y Contencioso administrativo de 1a Nominación de Río Cuarto, 17/08/2005, "Ferrari, Egidio L. y otra s/quiebra", LLC 2005 (noviembre), 1184).*

mediante una reglamentación que, entre otras cosas, prevé la debida publicidad para terceros, con lo que no existe desprotección, sino un método de amparo distinto al pretendido por el constituyente y legislador provincial"; o el fallo de la Cámara 4a de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Córdoba del 12/03/2008²⁵, en el cual se sostuvo que dicha normativa *"en cuanto dispone la inembargabilidad de la vivienda única, invade materia propia del derecho civil pues contiene una limitación al principio de la garantía colectiva, materia regulada por el Código Civil y expresamente delegada al Congreso de la Nación"*.

Por el contrario, la jurisprudencia santiagueña suele defender la constitucionalidad del art. 37 de su texto constitucional que consagra la inembargabilidad de la vivienda única al entender que esta institución *"reviste naturaleza procesal de derecho local, constitucionalmente reservada por las provincia, por lo que legislar sobre aquélla no importó invadir esferas propias de los poderes delegados en la Nación"*²⁶ y destacándose que *"la inembargabilidad de la vivienda única destinada a vivienda familiar y rechaza el levantamiento del embargo decretado, toda vez que la ley 14.394, que se encuentra en tercer lugar en la escala jerárquica de normas establecidas por la Constitución Nacional, mal puede primar sobre ordenamientos legales de su misma categoría y sobre Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos con jerarquía constitucional"*²⁷.

Por otra parte, cabe recordar que en las 5tas. Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil, Comercial, Procesal e Informático realizadas en Junín en noviembre de 1992 se trató, justamente, este tema concluyéndose al respecto que *"frente a la vigencia de la ley nacional 14.394, carecen de aplicabilidad las constituciones y las leyes provinciales que declaran la inembargabilidad absoluta y/o automática de la vivienda familiar"*²⁸.

Pero este no es el único tema que desvela a la doctrina y jurisprudencia nacional en torno a la figura del bien de familia. También se encuentra la cuestión de los beneficiarios y, en particular, las parejas no casadas.

Si bien excede con creces los objetivos de este trabajo ahondar sobre esta cuestión, sí nos parece de interés destacar que una vez más, el tema genera debates de tinte constitucionales- internacionales. En este caso, porque no sólo involucra el derecho humano a la vivienda, sino también a quiénes se

²⁵ Capel., 4ta Civ. y Com., Córdoba, 12/03/2008, "Cuello, Jorge Alberto c. Escudero, Viviana y otro", La Ley Online; AR/JUR/1876/2008.

²⁶ Capel., Civ. y Com., 2a Nominación de Santiago del Estero, 18/06/2008, "Anabia, Ramón Abraham c. Lissa, Eduardo Pedro y/u otros", La Ley Online; AR/JUR/8026/2008.

²⁷ Fallo de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de 2a Nominación de Santiago del Estero del 26/10/2005 en los autos Torrens, José W. c. Paz, Néstor E. y otro (LLNOA, 2006 -julio-, 710), en el cual se dispuso *"revocar la resolución que declara la inconstitucionalidad del artículo 37 de la Constitución de la Provincia de Santiago del Estero y de la Ley Provincial 6317, en cuanto establecen la inembargabilidad de la vivienda única destinada a vivienda familiar y rechaza el levantamiento del embargo decretado, toda vez que la ley 14.394, que se encuentra en tercer lugar en la escala jerárquica de normas establecidas por la Constitución Nacional, mal puede primar sobre ordenamientos legales de su misma categoría y sobre Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos con jerarquía constitucional"*.

²⁸ Conclusiones de la comisión N° 2 sobre "Protección Constitucional de la Vivienda" citadas por Barrera Buteler, Guillermo E., "La inembargabilidad de la vivienda única es inconstitucional", LLC, 1994, 781.

les reconoce este derecho y en particular, a la noción constitucional de familia y el consecuente reconocimiento jurídico a diversas formas de organización familiar.

Este tema parecería tener mayor aceptación o amplitud en la extensión del bien de familia a las parejas convivientes ante la existencia de hijos en atención a otro principio básico de derechos humanos como lo es la igualdad de derechos de los hijos, sean matrimoniales o extramatrimoniales. En otras palabras, que los progenitores hayan o no pasado por el registro civil a los fines de formalizar su unión afectiva no debe ser un elemento relevante para conceder un derecho a unos (los hijos matrimoniales) y desconocérselo a otros (los hijos extramatrimoniales). Esta particularidad ha quedado plasmada en algunos precedentes²⁹ citando en esta oportunidad uno de los más recientes, el dictado por la Sala H de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil del 28/05/2010³⁰, en el cual sin apelarse a la inconstitucionalidad de los arts. 36 y 43 de la ley 14.394, se entendió de manera amplia que *“La ley 14.394 que regula el bien de familia tiene por finalidad la protección del núcleo familiar que no necesariamente debe estar constituido por los cónyuges, ya que también un hombre o una mujer solteros, viudos o divorciados pueden someter un inmueble de su propiedad a este régimen especial. El bien de familia traduce el conjunto de objeto útiles, apropiables, con razón del bien que sirven para satisfacer las necesidades de un grupo de personas, unidos por los lazos de convivencia, cohabitación, parentesco y descendencia del tronco común”* (del voto del magistrado Mayo); reforzando otro de los votantes la necesidad de que haya hijos al afirmarse que *“Los condóminos que conviven de hecho, pueden invocar su relación familiar y sus vínculos con sus descendientes directos, para justificar el cumplimiento de los requisitos previstos en el art. 36 de la ley 14394. Si existen hijos extramatrimoniales, los progenitores condóminos pueden afectar el inmueble como bien de familia en beneficio de sus hijos, sin que la presencia de una relación de convivencia de hecho (concubinato) sea óbice. Así como este por sí mismo es insuficiente para permitir la institución de*

²⁹ En tren de destacar la jurisprudencia más reciente y/o provenientes de tribunales que poseen una fuerza moral y/o jurídica de peso, citamos también el precedente de la Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Tucumán 12/04/2010, en el cual se sostuvo: *“Corresponde ordenar al Registro Inmobiliario de la Provincia de Tucumán, proceder a la inscripción definitiva como bien de familia del inmueble propiedad de los amparistas, a favor de los hijos menores de edad de ambos, pues, de conformidad con el art. 36 de la ley 14.394, si existe descendencia extramatrimonial, los progenitores condóminos pueden constituir un inmueble como bien de familia en beneficio de sus hijos, sin que la presencia de una relación de convivencia de hecho —concubinato— sea óbice para ello, en tanto basta con invocar su relación familiar y vínculo respecto de los beneficiarios”* (CS, Tucumán, 12/04/2010 comentado por Molina Quiroga, Eduardo, “Bien de familia, concubinato y descendientes extramatrimoniales”, DJ 29/09/2010, 2654 y por Grisetti, Ricardo Alberto y Grisetti, Alejandra, “Bien de familia. Constitución por concubinos a favor de los hijos menores. El “interés superior del niño”, LLNOA 2010 (octubre), 808). En este mismo sentido y de manera elocuente, se ha dicho en otra oportunidad que *“además de los acertadamente llamados ‘nuevos vientos’ que atraviesan el territorio del Derecho de Familia argentino y que coadyuvan a la posición que propugnamos, son las citadas normas de máxima prelación en nuestro ordenamiento normativo las que permiten superar las vallas o las dudas que podían enfrentarse o albergarse por los textos de los arts. 36 y 43 in fine ley 14394, y posibilitan arribar a una solución que evita resultados reñidos con la lógica y alejados de la justicia y que, interpretando sistemáticamente tales disposiciones, reconoce el derecho de los concubinos que son condóminos de un inmueble a inscribirlo como bien de familia siendo beneficiarios sus descendientes”* (Luna, Daniel G., “Bien de familia. Condominio y concubinato”, JA 2007-I-1109).

³⁰ CNCiv., sala H, 28/05/2010, “Máximo Vittorio Marchetti y Adriana Lidia Vázquez” en www.microjuris.com, MJJ58486.

bien de familia, también carece por si mismo de la virtualidad jurídica de impedir su creación cuando existen otros vínculos que la justifican como, por ejemplo, los de filiación” (del voto del magistrado Kiper). Para arribarse a esta conclusión que encierra una interpretación flexible acerca del bien de familia, se apela a la perspectiva constitucional- internacional, especialmente a la Convención sobre los Derechos del Niño y el principio de no discriminación³¹.

Este precedente no sólo debe ser citado como ejemplo por su temporalidad más o menos reciente, sino porque ha sido el fundamento de la emisión de una Instrucción nro 2 del 17/10/2010 por la Dirección General del Registro de la Propiedad Inmueble de la Capital Federal, en la cual se autoriza la afectación de inmuebles al Régimen de Bien de Familia entre condóminos convivientes que designen como únicos beneficiarios a descendientes menores habidos en común.

Como se puede observar, estos cambios y/o debates concretos que se van introduciendo a la figura del bien de familia son auspiciados por la doctrina internacional de los derechos humanos y, en particular, la noción de la vivienda como un derecho humano.

Si bien en el último tema relativo a los condóminos convivientes la protección constitucional de la vivienda lo ha sido ante la existencia de hijos en común de la pareja, lo cierto es que continúa vigente la tensión desde el punto de vista supralegal cuando no hay hijos, sino que se está ante una relación afectiva con ciertos elementos de permanencia, estabilidad, publicidad y notoriedad. En otras palabras, y desde el llamado “derecho constitucional de familia”, cabría preguntarse si la figura del bien de familia no debería extenderse también a las parejas no casadas, en su condición de una forma de vivir en familia, con total independencia de la existencia o no de hijos. Seguramente, este será una de las tantas cuestiones que serán revisadas en el marco del proyecto de reforma del Código Civil mencionado.

¿Por qué razón se destacan estos cambios y/o debates que observa la figura del bien de familia? Con el objeto de mostrar, de manera sintética, cómo la perspectiva constitucional- internacional se muestra hábil e incluso, imprescindible, para una revisión crítica de la figura desde una mirada integral. Son precisamente estas brisas las que azotan al entrecruzamiento temático en estudio: el bien de familia cuando del crédito alimentario se trata.

A los fines de no incurrir en un análisis constitucional- internacional parcial, consideramos pertinente aludir de manera breve que implica o involucra el derecho alimentario como un derecho humano.

2.c. La protección de los alimentos como un derecho humano

³¹ Asevera Kiper en su voto que “*La Convención de los Derechos del Niño contiene una serie de principios básicos, entre los cuales se encuentra el de no discriminación (art. 2°) que en este ámbito tiende especialmente a eliminar la distinción entre hijos matrimoniales y extramatrimoniales, razón por la cual de no permitirse la afectación del bien de familia que designa como beneficiario a un hijo extramatrimonial por la circunstancia de que sus padres (condóminos) son concubinos implicaría vulnerar el principio de igualdad de raigambre constitucional y por otra parte se configuraría un supuesto de discriminación”.*

En materia alimentaria también se puede aseverar que las principales reformas que ha sufrido el tema en los últimos tiempos son auspiciadas, en definitiva, por la reiterada perspectiva constitucional- internacional.

No es esta la oportunidad para ahondar en el tema de los alimentos como derechos humanos y su impacto en la legislación e interpretación jurisdiccional, en especial, cuando los principales beneficiarios son niños, niñas y adolescentes. Pero sí nos parece de interés enumerar algunos al sólo efecto de observar rápidamente cómo la perspectiva constitucional- internacional ha tenido una incidencia vital en la cuestión alimentaria y, en esta misma línea, sí indagar acerca de cuál debería ser la postura acorde con estos avances cuando se entrecruza con el bien de familia.

Veamos, ya hace un tiempo tanto la doctrina como la jurisprudencia ha puesta en tela de juicio la aplicación lisa y llana de las normativas referida a los alimentos derivados del parentesco (arts. 367, 370 y 372 del Código Civil), cuando esta relación jurídica involucra a personas menores de edad. Básicamente, nos referimos a la obligación alimentaria de los abuelos hacia sus nietos. ¿Es posible aplicar la mirada restrictiva que rige en materia alimentaria entre parientes cuando los beneficiarios son niños, niñas o adolescentes? ¿Cómo debería leerse la noción de subsidiariedad que caracteriza a dicha obligación alimentaria en este especial vínculo entre abuelos y nietos? ¿Debería revisarse la subsidiariedad de tipo procesal, es decir, la innecesariedad de agotar el reclamo contra el principal obligado –por lo general, uno de los progenitores- para recién una vez cumplida esta etapa demandar a los abuelos en un proceso autónomo? ¿O también se podría colocar en crisis la subsidiariedad de fondo, en lo relativo a los rubros y consecuente cuantificación de la obligación alimentaria? Es claro que todos estos interrogantes de carácter deconstructivos, se encuentran auspiciados por “detonante de una sentencia novedosa en el derecho argentino en torno a la obligación alimentaria de los abuelos hacia sus nietos”³².

³² Nos referimos al fallo dictado por el Tribunal de Familia nro. 1 de Quilmes del 18/04/2007, en el que se declaró la inaplicabilidad del art. 367 del Código Civil del cual deriva el “principio de subsidiariedad” mencionado. Para arribarse a esta conclusión se sostuvo, entre otros argumentos: 1) Que “*El principio de subsidiariedad que emana del art. 367, la fijación de una cuota alimentaria inferior en su monto a la que se fijaría en cabeza de los progenitores como consecuencia de dicha subsidiariedad (art. 372 C.C.) y la exigencia del cumplimiento previo de los requisitos establecidos en el art. 370 citado en el párrafo precedente, han sido receptados invariablemente en forma estricta tanto por la doctrina como la jurisprudencia, con contadas excepciones*”; 2) Que “*la confluencia de la normativa interna y las disposiciones de las declaraciones y convenciones que integran la regla de reconocimiento constitucional (v.g. la incorporación con raigambre constitucional de la Convención de los Derechos del Niño — art. 75 inc. 22 CN— y las previsiones en ella contenidas en sus arts. 3 inc. 1 y 27), nos conminan a replantear algunas afirmaciones dogmáticas, que, hasta el momento, han sido consideradas absolutas e incólumes tanto por la doctrina como la jurisprudencia*”; 3) Que se ha “*flexibilizado también, la postura tradicional que considera que la obligación alimentaria de los abuelos nace cuando existe imposibilidad por parte de los propios padres para prestarla, afirmando que dicho principio debe ceder cuando se configuran circunstancias especiales que denotan la necesidad de hacer primar la tutela de derechos básicos de los menores*”; 4) Que “*si bien es, en principio, un criterio generalizado que la obligación alimentaria de los abuelos para con sus nietos surge a consecuencia de la imposibilidad de los padres para prestarla, no lo es menos que este concepto debe ceder cuando se den circunstancias especiales que denoten la necesidad de hacer primar la tutela de los derechos básicos de los niños. Los derechos consagrados por la CDN no son programáticos, meras aspiraciones a lograr, sino directamente operativos afirmando que se violaría la regla de la sana crítica si el Tribunal recurriera a un temperamento ritualista imponiendo al menor comenzar un largo itinerario procesal postergando la satisfacción de sus necesidades asistenciales, ya*

Párrafo aparte y atención especial merece el mencionado art. 27, ya que este articulado no sólo se refiere a la obligación de los padres y otros responsables en lo que se conoce como alimentos y que la propia Convención de los Derechos del Niño en esta disposición le otorga un contenido más amplio al referirse al “*derecho de todo niño a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social*” (párrafo 1), sino que además alude y extiende esta obligación al Estado, disponiendo que “*con arreglo a sus medios, adoptarán medidas apropiadas para ayudar a los padres y a otras personas responsables por el niño a dar efectividad a este derecho y, en caso necesario, proporcionarán asistencia material y programas de apoyo, particularmente con respecto a la nutrición, el vestuario y la vivienda*” (párrafo 3). En esta línea, cabría preguntarse si no es un deber del Estado a través de sus tres poderes (el Legislativo en este caso), de darle el espacio y la prioridad que se merece el derecho a un nivel adecuado en la normativa infraconstitucional importando ello, la necesidad de resolver normativamente del mejor modo cuando la obligación alimentaria se enfrenta con otras instituciones.

Precisamente fundado en esta normativa constitucional- internacional entre otras, y volviendo a la obligación alimentaria entre abuelos y nietos, cabe traer a colación un reciente fallo de la Sala B de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil del 23/02/2011, en el cual se hace lugar al pedido de provisión de una vivienda dentro de la noción de alimentos en especie a ser soportado por el abuelo paterno como medida cautelar, tomándose como antecedente un proceso de desalojo de la vivienda en la que habitan una madre con sus hijos menores de edad en el que se había ordenado el lanzamiento, decisión que no se pudo ejecutar debido a la afección cardíaca que sufre uno de los nietos. En esta oportunidad se aseveró que “*la incorporación a nuestro plexo constitucional de la Convención sobre los Derechos del Niño, hace que sus arts. 3, inc. 1°; 9, inc. 1° y 3°; 18, inc. 1°; 20, inc. 1°; 21 y 37, que consagran la prevalencia del llamado interés superior del niño, resulte ser derecho positivo en nuestro país, y con jerarquía superlativa. En ese orden de ideas el art. 27, inc. 2, de dicho ordenamiento, expresamente establece que a los padres u otras personas encargadas del niño les incumbe la responsabilidad de proporcionar, dentro de sus posibilidades económicas, las condiciones de vida que se reputen como necesarias para su desarrollo. Siguiendo esta línea, la ley 26.061 sanciona el principio del interés superior del niño (art. 3) y dispone que la familia “es responsable” para asegurar “el disfrute pleno y el efectivo ejercicio de sus derechos y garantías” (art. 7), y de la*

*que entre el interés del adulto y el del niño, éste debe ser priorizado, condenado a los abuelos a abonar la cuota alimentaria fijada contra el padre no conviviente si éste no cumple total o parcialmente con la suya” y 5) Que ““El orden de prelación que surge del inciso 1 del art. 367 del CC para los ascendientes más próximos en grado y que por ende configura el principio de subsidiariedad de la obligación alimentaria de los abuelos con relación a los padres, se contrapone con las previsiones del art. 27 incisos 2, 3 y 4 de la CDN que establecen la procedencia del reclamo alimentario del niño contra sus padres u otras personas encargadas (inc. 2), a otras personas responsables (inc. 3) u otras personas que tengan responsabilidad financiera (inc. 4) en pie de igualdad sin sucesividad ni subsidiariedad alguna” (Trib. Fam., Quilmes, 18/04/2007, B., L. E. c. C., D. y otra, LLBA 2007 (julio) con nota de Marcelo J. Salomón; Rodolfo G. Jáuregui LLBA 2007 (julio), 606). Para profundizar sobre esta cuestión compulsar Herrera, Marisa, "Estado, Ciudadanía y Democracia. Algunos silenciados del derecho de familia: el papel de los abuelos en la familia del siglo XXI", Sección Actualidad del *Semanario Jurisprudencia Argentina*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2011-I, fascículo 11, 16/03/2011, p. 4 y ss.*

obtención de “una buena calidad de vida” de los niños (art. 8)”; y que en virtud de ello “deben ser reinterpretadas normas como la del art. 367 del Código Civil, en el sentido que han de relativizar los principios de subsidiaridad y de carácter sucesivo que la norma consagra. Al respecto, se debe tener presente que el art. 3, in fine, de la ley 26.061, prescribe que “cuando exista conflicto entre los intereses de las niñas, niños y adolescentes frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros”³³.

Esgrimidas estas consideraciones centrales en pos de alcanzar una ordenamiento jurídico acorde con la perspectiva constitucional- internacional en materia alimentaria, pasamos a destacar otra revisión legislativa pregonada por la jurisprudencia que reafirma la puesta en crisis de la ley vigente. Nos referimos a la sentencia dictada por el Máximo Tribunal de Justicia de Santa Cruz del 07/07/2010³⁴ en el cual, apelándose a normativa constitucional-internacional, se retrotraen los alimentos fijados en el marco de un proceso de reclamación de la paternidad extramatrimonial a partir del nacimiento y no desde la demanda. Si bien en el fallo el Tribunal deja sentada su opinión acerca de que la obligación alimentaria debió haber sido peticionada desde la concepción, considera que por el principio de congruencia, no puede expedirse en ese sentido y lo hace desde el nacimiento, es decir, en los términos reclamados. Para decir en este sentido, se expusieron varios argumentos, todos ellos fundados en mayor o menor medida en la perspectiva constitucional- internacional. Por citar alguno, se sostuvo que “a las luces de la normativa vigente -principalmente del denominado Bloque de Constitucionalidad- no puede ser sostenido sin afectar el Interés Superior del Niño (o “mejor interés del niño”, para determinada doctrina). Se argumenta desde aquella postura que, si cuando tuvo el derecho no lo ejerció es porque, se concluye, no necesitaba la pensión. Pero dicha razón no es atendible, dado que las renunciaciones de derechos no se presumen y tienen, por el contrario, que aparecer justificadas en el orden normal de las pruebas. Empero, en el caso que nos ocupa, se trata de un derecho irrenunciable por mandato legal expresa”. Así también y de manera general, se asevera que “la cuota alimentaria trasciende su propio nombre, quedando sujetas a ella, incluso, derechos tan importantes como los de la vida, a la integridad física, a la honra y dignidad, educación, a la protección de la familia entre otros de igual relevancia. Por ello se le ha acordado protección desde el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y, consecuentemente, juega la interpretación pro homine”³⁵.

³³ CNCiv., sala B, “V., M. M. y otros c/ M., A. s/ Alimentos”; Recurso N° 569.062; 23/02/2011, inédito.

³⁴ STJ, Santa Cruz, 07/07/2010, O. N. S. L. c. B. M. G., LLPatagonia 2010 (octubre), 478.

³⁵ Por destacar otros argumentos, se sostuvo también: 1) Que “El problema de sostener, como único cimiento, la falta de necesidad del niño, choca visiblemente con la afirmación mediante la cual se sostiene que la fuente de dicha obligación no es, bajo ningún concepto, la mera carestía, sino el vínculo (a diferencia de los alimentos entre parientes donde la necesidad debe ser probada -art. 370 CC-). Subyace, también, la idea de la renuncia por el representante del menor que, en verdad, puede tener muchas razones como para que sea, livianamente, aceptada y presumida como falta de necesidad del niño o mera suplantación del deber del padre por la madre”; 2) Que “se viene abriendo paso -desde la reforma de 1994-, una postura más amplia (tuitiva) respecto de los alimentos atrasados. Se erige un nuevo paradigma: que los alimentos debidos a los menores no caducan porque la inactividad procesal del alimentario, tratándose de un hijo menor de edad, no puede operar la caducidad, si se tiene en cuenta la incapacidad de hecho de los menores (art. 54, inc. 2, CC), cuya representación legal es ejercida por sus padres (art. 57, CC), de carácter necesaria (art. 56 CC); ergo, no puede haber renuncia de los derechos de los menores representados, habida cuenta que la renuncia debe ser expresa y su

Pero un precedente que sí merece ser resaltado con especial énfasis y que refuerza las conclusiones y reformas que serán expuestas a modo de propuestas en el presente ensayo, es el dictado por el Juzgado Nacional de 1a Instancia en lo Comercial Nro. 20 en fecha 24/05/2007³⁶.

A los fines de comprender con mayor exactitud la resolución arribada en estas actuaciones, cabe sintetizar su plataforma fáctica. Se trata de un crédito proveniente de una indemnización por mala praxis en la atención del parto produciendo en el niño una parálisis cerebral con 100% de incapacidad irreversible. Los incidentistas (los padres en representación de su hijo), solicitan la verificación de dicho crédito en la quiebra del nosocomio donde ocurrió el hecho dañoso, Institutos Médicos Antártida. La Defensora de Menores e Incapaces interviniente, se expidió solicitando el pronto pago del crédito e indicando que debe prosperar con carácter especial y general, aun reconociendo que se trata de un crédito quirografario, es decir, sin ningún privilegio en la ley concursal. El juez declaró la inconstitucionalidad del régimen de privilegios concursales en sus arts. 239 párrafo primero, 241, 242 parte general, 243 parte general e inc. 2 de la ley 24.522, y declaró verificado el crédito en cuestión que involucra a un niño discapacitado, al entender que este plexo legal colisiona con la Convención de los Derechos del Niño, entendiendo que dicho crédito *“debe tener un reconocimiento prioritario pleno y mejor que el resto de los privilegios especiales”*.

¿Cuál es el fundamento último de esta decisión judicial de inconstitucionalidad, siendo ésta una herramienta de última ratio? El carácter alimentario –en sentido amplio– de la indemnización fijada y el manto constitucional- internacional que rodea a dicha obligación.

En el fallo se reconoce que *“los incidentistas han introducido —con inteligencia, desesperación o ambas— una visión prioritariamente constitucional a su reclamo, que fuerza al sentenciante a un análisis del cual nunca debería claudicarse”*. En este sentido y desde el *“prisma humanista se debe examinar todo el ordenamiento jurídico inferior a la Constitución y sus tratados y concordatos incorporados, examen al que no escapa el derecho concursal aplicable al sub examine, puesto que no podrá haber en ese ordenamiento normas claramente repugnantes con aquellos principios. Toda norma que violente los derechos derivados de la dignidad de la persona no es válida para postergarlos y debe ser descalificada en su constitucionalidad (art. 28 y 31 C.N.)”*. Por ello se afirma que *“La verificación de la acreencia con grado quirografario significará en la práctica, conculcarle el derecho indemnizatorio dada la imposibilidad de pago de dividendos quirografarios, echando por tierra con todos estos años de ocurrir sus padres a la justicia —contando para ello*

interpretación restrictiva” y 3) Que “si la obligación, internacionalmente asumida, de reconocer los derechos humanos de los niños, debe ser reconocida desde que ellos nacen (desde la concepción según la reserva de nuestra República) y los Estados deben garantizar dicha concreción, contradice el principio ‘Pacta sunt servanda’ que, esos mismos Estados, dicten normas restrictivas a aquéllos derechos o coarten su teleología. Ya que si el derecho de alimentos es un derecho humano y es un derecho accesible sólo a través del reconocimiento de la obligación de los padres y su amparo jurisdiccional, aniquilarlo con la prescripción es, a todas luces, contrario al principio pro homine y violatorio de los fines de la Convención”

³⁶ JNCom., Nro20, 24/05/2007, Institutos Médicos Antártida S.A. s/quiebra s/incidente de verificación por: R. A. F. y de L. R. H. de F., LL, LA LEY 24/09/2007, 5 con nota de Francisco Junyent Bas - IMP 2007-19 (Octubre), 1858.

con beneficio de litigar sin gastos atenta la carencia de recursos— en procura de una justa reparación, que si bien nunca podrá volver las cosas al estado en que debieron estar de no haber existido mala praxis médica, contribuirá a que ese menor pueda mejorar en algo el resto de sus días”.

Pero el fallo contiene otros dos elementos que merecen ser destacados y que, en definitiva, hacen que el caso sea más interesante aún.

El primero, es que si bien se solicitó el pronto pago de la acreencia, nada se dijo en torno al carácter quirografario del crédito, o sea, la carencia de privilegio alguno, tanto por parte de los incidentistas como de la Defensora de Menores; es más, destaca el juez que este carácter general (art. 248 de la ley concursal) habría sido aceptado por ellos. Sobre este punto, se sostuvo que *“Sin embargo, sí han efectuado ambos, un planteo atinente a la aplicación del derecho constitucional de jerarquía superior a la Ley de Concursos y Quiebras, pero para cuya aplicación no vislumbro —luego de varios días de meditación sobre el particular— otra posibilidad que entrar de oficio en el control de constitucionalidad del régimen de privilegios concursales con el alcance que abajo se dará, y remover así los obstáculos que obstan al reconocimiento de la preferencia constitucional especial en relación al crédito del menor discapacitado”.*

El segundo se refiere al paralelismo entre los créditos laborales y el crédito en cuestión (indemnización), lo cual permite observar uno de los elementos en común entre ambos: la urgencia y la consecuente noción de subsistencia; todos estos rasgos que también caracterizan a los créditos alimentarios. ¿Acaso no se ha puesto en tela de juicio en más de una oportunidad —básicamente desde el campo doctrinario— la falta de privilegio concursal de los créditos alimentarios³⁷?

Como se reconoce sin vacilar en el fallo: *“La imposibilidad de percepción de su crédito, pone en juego el derecho a la vida, a una vida digna y a la salud del menor discapacitado. Este derecho debió ser receptado por el legislador concursal, quien debió incluir dentro de los créditos con privilegio especial y, en un orden prioritario, las acreencias indemnizatorias —material y moral— por incapacidad sobreviviente de los menores y su omisión dentro de un sistema que fue legislado como cerrado (LCQ. 239) con privilegios especiales taxativos*

³⁷ Desde el derecho comercial, Junyet Bas al comentar el art. 156 de la ley de concursos y quiebras puso de resalto que *“Bajo la vigencia de la ley 19551 se discutió si el crédito alimentario tiene privilegio general. El debate sigue su curso, pues el art. 246, inc. 3, LCQ, establece que tienen privilegio general los créditos de alojamiento, alimentación y vestimenta del deudor y su familiar durante los seis meses anteriores a la declaración en quiebra. Maffía entiende que la orientación de la norma no es la de los alimentos de la normativa civil (arts. 367 y ss., CCiv.)”* (Junyent Bas, Francisco, Ley de Concursos y quiebras. Comentada, LexisNexis – AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2009, Citar: Lexis N° 6209/004595. Y desde el derecho de familia, Elena Mendoza criticó la regulación actual en torno a la participación del acreedor alimentario en el proceso falencial en el sentido de que *“Obtenida la sentencia por alimentos, u homologado el acuerdo alimentario realizado por las partes e incumplido éste por parte del deudor, origina el derecho a reclamar el crédito. Por lo tanto se le debería reconocer al acreedor alimentario legitimación activa para ejecutar la sentencia, participando del concurso pudiendo: 1. Verificar el crédito, ser incluido en las categorías del art. 45, LCQ. 2. Reconocer legitimación activa para solicitar la quiebra en los términos del art. 77 como acreedor alimentario. 3. Verificar y cobrar el crédito por alimentos posteriores a la declaración de quiebra por ser insuficiente como garantía para su satisfacción lo establecido por el artículo 104 de la LCQ”* (Mendoza, Elena “El crédito alimentario en la ley de concursos y quiebras”, Suplemento de Actualidad, Revista La Ley, 01/07/2004, p. 1).

(art. 241 LCQ.), fue y es inconstitucional”, al entenderse que “No puede la normativa concursal preferir el derecho de propiedad patrimonial de la persona jurídica que es acreedora hipotecaria —que en el proceso falencial que nos ocupa es la principal beneficiada en el reparto dinerario (art.241 inc.4 LCQ.)—, postergando —que en la especie equivale a eliminar— la indemnización por daño materia (por incapacidad sobreviniente) y moral, que fueron reconocidos por la justicia al menor y cuyo cobro importará protegerlo con recursos dinerarios que son necesarios para que éste pueda atender adecuadamente su salud, asegurando su integridad y desarrollando —si es que fuera posible— una vida digna por el tiempo que le quede”.

Apelando al derecho comparado, si bien con una redacción un tanto deficiente como se reconoce en la doctrina, la ley concursal española en su art. 47 otorga prioridad a la obligación alimentaria ante el concurso del alimentante al disponer en sus apartados 2 y 3 que “2. *La obligación de prestar alimentos impuesta al concursado por resolución judicial dictada en alguno de los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores (...), se satisfará con cargo a la masa activa.* 3. *En el supuesto previsto en el apartado anterior, las personas respecto de los cuales el concursado tuviere deber legal de alimentos sólo podrán obtenerlos con cargo a la masa si no pudieran percibirlos de otras personas legalmente obligadas a prestárselos, previa autorización del juez del concurso, que resolverá por autor sobre su procedencia y cuantía*”³⁸.

¿Es casual o causal que justamente, cuando se trata del crédito alimentario enfrentado con otras instituciones como el concurso preventivo, la quiebra o el bien de familia, haya interpretaciones encontradas y críticas a la legislación vigente?

¿No será que desde la perspectiva constitucional- internacional y la consecuente focalización de la obligación alimentaria como un derecho humano; básico, fundamental y esencial de todas las personas —y en particular con un “plus” de importancia en aquellas que están en pleno desarrollo madurativo, la balanza se inclina a su favor frente a otros derechos en pugna, incluso tan humanos como la vivienda? Máxime si, como hemos dejado aclarado desde un principio y aquí cabe reiterar, la vivienda es uno de los tantos rubros que involucra o integra el concepto de alimentos; por lo cual pareciera a primera vista, que lo general debería subsumir o primar, a priori, ante lo especial.

Con todos estos replanteos básicos desde la perspectiva constitucional- internacional que observa el derecho a la vivienda como el derecho alimentario, pasamos a analizar de manera contemporánea y en miras a una futura y

³⁸ Se ha sostenido que “*La ausencia de toda referencia expresa a las personas a cargo del concursado, es decir, cónyuge o conviviente e hijos, a los que aquél obligado a alimentar, que se aprecia en este texto ha llevado a la doctrina, en vista de ello y del contenido del precepto, con una redacción que circunscribe su aplicación tan sólo a las obligaciones alimenticias de carácter litigioso impuestas en alguno de los procesos en él se mencionan, a preguntarse sobre el lugar en el que hayan de encuadrarse las prestaciones alimenticias de las restantes personas. Y a criticar el precepto por la falta de ‘lógica interna’, producto de un ‘error de tramitación’ por su ‘redacción desordenada’ (...) que llevan al absurdo de primar las situaciones conflictivas —divorcio, separación o reclamación de la filiación—, frente a las mismas situaciones sin conflicto familiar con el concursado*” (Hernández Ibañez, Carmen, “Repercusiones de la declaración de concurso en la prestación civil de alimentos”, Cuenca Casas, Matilde (coordinadora), *Familia y concurso de acreedores*, Civitas- Thompson Reuters, Navarra, 2010, p. 485 y ss).

cierta³⁹ reforma legislativa, algunas problemáticas claves en torno al cruce entre bien de familia y crédito alimentario.

3. El crédito alimentario como excepción al principio de inembargabilidad: una mirada crítica sobre el art. 49 de la ley 14.394

¿Cuál es el primer conflicto jurídico que debemos enfrentar desde una mirada contemporánea el cruzar la figura del bien de familia con la obligación alimentaria? La falta de previsión legal de los créditos alimentarios como una de las excepciones a la inoponibilidad del bien de familia. Desde ya, no estamos ante un tema nuevo. Alejandro Borda hace varios años entre las diferentes modificaciones que proponía al régimen jurídico del bien de familia previsto en la ley 14.394, mencionó el “*Añadir a las excepciones previstas a la regla de la inembargabilidad e inejecutabilidad la de cumplimiento de obligaciones alimentarias. Y eliminar el privilegio que gozan los impuestos y tasas que afectan al inmueble y los créditos por construcción o mejoras en la finca*”⁴⁰. Lo que sí se propone como objetivo en este ensayo es renovar los argumentos en este sentido auspiciados, como veremos, por la reiterada perspectiva constitucional- internacional. Es que si bien el tiempo ha pasado desde aquella manifestación crítica, parecería que todavía resta aún camino por recorrer hacia una efectiva modificación, constituyéndose la mencionada comisión de reforma del Código Civil una excelente oportunidad para actualizar un debate que aún sigue pendiente.

Para poder comprender con mayor exactitud el conflicto que se analiza en este apartado, cabe recordar la triple clasificación elaborada por Kemelmajer al distinguir las siguientes situaciones fáctico-jurídicas: 1) convenio de alimentos homologado de fecha anterior a la inscripción del bien de familia – aún se trate de cuotas adeudadas con posterioridad al tratarse de un título anterior-; 2) alimentos reclamados con anterioridad a la constitución del bien de familia y 3) alimentos contractuales o judiciales posteriores a dicha afectación, destacándose que el problema gira en torno a estos últimos⁴¹.

Si de reforma legislativa se trata, no podemos dejar de mencionar varios intentos legislativos por introducir importantes modificaciones al régimen jurídico que regula el bien de familia. Una rápida compulsión por los últimos proyectos presentados, nos permiten observar que la mayor cantidad de reformas se refieren a la extensión del bien de familia a los convivientes, con independencia de la existencia de hijos en común. De este modo, la principal preocupación en el cruce entre bien de familia y derecho de familia se centra en la noción de familia que prevé el art. 36 de la ley 14.394, habiendo varios proyectos que amplían la legitimación activa a las parejas no⁴².

³⁹ ¿Será como dice el dicho que “la tercera es la vencida”? El tiempo –acotado a 365 días a contar desde febrero del 2011- nos dirá la respuesta.

⁴⁰ Borda, Alejandro Sugerencias de reformas al régimen del bien de familia., LA LEY 1987-E, 842

⁴¹ Kemelmajer de Carlucci, Aída, Protección de la vivienda familiar, op. cit. p. 101.

⁴² Citamos el proyecto 0815-D-2010 presentado por el diputado Gerónimo Vargas Aignasse donde se propone como texto del art. 36 la siguiente redacción: “*También se entenderá por familia para este régimen la constituida por el propietario y su concubino/a siempre y cuando se acredite tal situación en forma sumaria conforme a las leyes locales, y, el primero expresare su voluntad fehaciente de declarar beneficiaria a su concubino/a*”. En esta misma línea se enrola el proyecto 4897-D-2009 que propone

Después nos encontramos con varios proyectos donde pretenden una modificación integral del régimen en análisis, pero nada dicen en relación al crédito alimentario. Citamos como ejemplo uno presentado en el 2007 y reiterado en el 2009⁴³, cuyo art. 1ro propone sustituir el actual art. 38 por el siguiente texto: *“El “bien de familia” no será susceptible de ejecución o embargo por deudas posteriores a su inscripción como tal, con excepción de las obligaciones provenientes de impuestos, expensas comunes o tasas que graven directamente el inmueble, gravámenes constituidos con arreglo a lo dispuesto en el artículo 37, o créditos por construcción o mejoras introducidas en la finca. El “bien de familia” queda excluido de los procesos de concurso o quiebra y en el caso de ejecución del bien por acción de ejecución individual, el remanente producido por la venta del bien no es atraído por el concurso o la quiebra”*. También se sustituye el texto del art. 39 de la ley 14.394 por el siguiente: *“Serán inembargables los frutos que produzca el bien en cuanto sean indispensables para satisfacer las necesidades de la familia”*.

De manera excepcional o solitaria nos topamos con un proyecto presentado por la diputada Marta Velarde⁴⁴ que expresamente, coloca sobre el escenario la particularidad del crédito alimentario y cómo debería jugar ante la figura del bien de familia.

El texto proyectado incorpora al art. 49 de la ley 14.394 referido a los supuestos de desafectación y consecuente cancelación de la inscripción, el siguiente texto como inciso f): *“En caso de incumplimiento de deuda de alimentos a cargo del titular con sentencia firme”*. Tal como se expone en sus “Fundamentos”, se destaca la relevancia de la obligación alimentaria, la finalidad de la figura del bien de familia de proteger a la familia y la incorporación de los Derechos sociales en la Constitución de 1957 en el cual se resguardó *“la protección integral de la familia; la defensa del bien de familia: la compensación económica familiar y el acceso a una vivienda digna” (artículo 14 bis de la Constitución Nacional), la consolidación de la noción de vivienda digna a la luz de diversos tratados internacionales de derechos humanos*”. En consonancia con esta línea argumental, se afirma que *“El incumplimiento de la obligación alimentaria es una de las cuestiones que más preocupa en los últimos tiempos, debido a un notorio incremento de tales situaciones. Ello ha llevado a un replanteo de las distintas medidas que se pueden aplicar en procura de lograr que los alimentantes renuentes y pertinaces de modo malicioso, revisen su actitud y cumplan con su obligación”*.

A pesar de esta soledad, cabe traer a colación otro proyecto de ley que si bien no se refiere expresamente al crédito alimentario, si lo es de manera indirecta al referirse a los créditos laborales. Esta interacción entre crédito alimentario y crédito laboral fundado en las nociones de urgencia y subsistencia ya fueron expuestas al comentar el fallo dictado por el Juzgado Nacional en lo

como art. 36: *“A los fines de esta ley, se entiende por familia la constituida por el propietario y su cónyuge, sus descendientes o ascendientes o hijos adoptivos; o, en defecto de ellos sus parientes colaterales hasta el tercer grado inclusive de consanguinidad que convivieren o no con el constituyente. Asimismo quedan comprendidas las personas que convivieren con el titular en aparente concubinato o persona designada por éste que no resulte ser titular o beneficiario de otro bien.”*

⁴³ Proyecto 1619-D-2007, reiterado bajo el número 3363-D-09.

⁴⁴ Proyecto 2088-D-2009.

Comercial nro. 20 y que aquí volvemos a reiterar pero desde la legislación proyectada.

Nos referimos a otro proyecto de ley presentado en el 2007 y también reiterado en el 2009⁴⁵. En este proyecto se coloca en tela de juicio la redacción actual del art. 49 de la ley 14.394, al señalar que esta normativa se circunscribe a deudas generadas por la propia vivienda pero no a otras como ser los créditos laborales, imponiéndose ciertas limitaciones, es decir, a créditos provenientes de remuneraciones devengadas en los últimos seis meses, los provenientes de indemnizaciones por accidentes de trabajo, antigüedad o despido, y falta de preaviso, siempre y cuando el trabajador demuestre sumariamente haber ejecutado todos los bienes tanto muebles como inmuebles pertenecientes a su empleador, y que ellos fueron insuficientes para satisfacer dicho crédito; permitiéndosele al deudor ofrecer en garantía del pago del crédito bienes de terceros suficientes para satisfacer la deuda impaga.

En los fundamentos se expresa: *“Demás está decir que el crédito de un trabajador, no puede ser tratado de igual manera que la de un simple acreedor, ya que la naturaleza jurídica de uno y otro son diferentes. El bien jurídico protegido en el caso que tratamos no es otro que el derecho que posee un obrero a percibir íntegramente el crédito devengado a su favor, él ha puesto su fuerza laborativa a favor de un tercero - en este caso su patrón- y como tal tiene el legítimo interés a que dicho esfuerzo le sea reconocido, a través del pago de su remuneración, y en caso de haber sido despedido sin justa causa, a recibir el pago de las indemnizaciones que la Ley de Contrato de Trabajo estipula a su favor. Es así que debemos otorgar la mayor protección posible al trabajador, y darle todas las garantías que va a percibir su crédito, poniendo a su disposición todos los bienes que pertenezcan a su deudor, incluso aquel que pueda estar protegido por el bien de familia.- Y en este aspecto es que apuntamos a esta nueva legislación”*.

Nuevamente nos preguntamos y así renovamos la siguiente inquietud: ¿Acaso al crédito alimentario no le cabría las mismas consideraciones –de mínima- que los créditos laborales? Una vez más, la respuesta positiva se impone desde la visión constitucional- internacional.

Si de legislación proyectada se trata, no dejemos dejar pasar que el proyecto de Unificación Civil y Comercial presentado en 1998 dispone en su art. 239 que *“La vivienda afectada no es susceptible de ejecución por deudas posteriores a su inscripción. Sólo se puede requerir su ejecución por (...) e) Obligaciones alimentarias a cargo del titular”*. Al comentar esta reforma, Kemelmajer de Carlucci expuso que *“La afectación tampoco puede ser opuesta al acreedor por alimentos. Aunque el problema es de muy difícil solución desde la perspectiva axiológica, la opción del reformador se funda en que la provisión de vivienda es parte de la obligación alimentaria”*⁴⁶.

En escasas situaciones –al menos a la luz de la jurisprudencia publicada en revistas jurídicas consolidadas en el mercado editorial nacional- la doctrina jurisprudencial ha defendido la idea de que el crédito alimentario ostenta una

⁴⁵ Proyecto 4624-D-2007 y reiterado bajo el número 1123-D-09.

⁴⁶ Kemelmajer de Carlucci, Aída, “La vivienda en el Proyecto de Código Único de 1998”, *Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia. Derecho de Familia*, nro. 18, Abeledo Perrot, 2001, p. 9 y ss.

entidad tal que amerita verse incluido por vía interpretativa dentro de las excepciones previstas en el art. 49 de la ley 14.394. Al respecto, citamos el fallo de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala E en fecha 15/06/2004, en el cual se sostuvo que *“En el marco de una ejecución por alimentos, es inoponible al ejecutante la afectación al régimen del bien de familia que reviste el inmueble embargado, pues si bien la ley 14.394 no exceptúa las deudas por alimentos del principio de inejecutabilidad, resulta abusivo que quien invoca ser el único beneficiario, pretenda hacerlo valer frente a la deuda por alimentos pactados a favor de sus hijos menores de edad”*⁴⁷.

Este precedente -como se explicita en su texto- sigue la postura doctrinaria sustentada por prestigiosos autores como Guastavino⁴⁸ y Kemelmajer de Carlucci⁴⁹, quienes si bien admiten que las deudas por alimentos no están exceptuadas del principio de inejecutabilidad, no comparten este criterio legislativo, entendiendo que los casos de notoria injusticia se solucionan por vía de la desafectación "por causa grave" prevista en el art. 49 inc. e de la ley 14.394.

Sobre este aspecto, Kemelmajer de Carlucci recordando el despacho de mayoría en las Jornadas de Derecho Civil en homenaje a la Dra. Josefa Méndez Costa realizadas en Santa Fe en el año 1990 donde se concluyó que *“Deben exceptuarse de la regla de la inembargabilidad a las deudas alimentarias”*, que esta postura observa algunas consideraciones críticas que la autora se dedica a señalar; en particular cuando la situación planteada puede, a la vez, dejar sin vivienda a otros beneficiarios y *“por eso, la ímprevisión legislativa (advértase que la ley 14.394 no dispone expresamente que las deudas por prestación alimenticias puedan ser ejecutadas sobre el bien de familia), no es, en abstracto, inequitativa; los casos de notoria injusticia se solucionan por vía de la desafectación por ‘causa grave a juicio de la autoridad competente ‘prevista en el art. 49, inc. e de la ley 14.394”*. Justamente, esta situación compleja que advierte Kemelmajer es la que se presentó en el fallo de la Sala E de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil 26/10/2006⁵⁰ que será analizado con mayor detenimiento en el próximo apartado.

Pero el interrogante que se desliza, es si esa especial connotación sería un argumento de peso para que la ley siga excluyendo al crédito alimentario del listado de excepciones a la inembargabilidad del bien de familia que prevé el art. 49 de la ley 14.394. A nuestro entender, en este punto la respuesta negativa se impone.

Más allá de que la ley podría dejar abierta la posibilidad de otro tipo de resoluciones jurídicas para casos más complejos donde se encuentran enfrentados varios derechos humanos como el supuesto que mencionada Kemelmajer y que retomaremos en breve, lo cierto es que para evitar la temida discrecionalidad judicial, siempre es bueno que la ley regule de manera concreta para la mayoría o generalidad de los supuestos que se presentan en la realidad. Es por ello que nos inclinamos por una reforma legislativa que

⁴⁷ CNCiv Sala E, 15/6/04, C. W. F. A. v. S. A. M, D.J. 2004-2-735 y Abeledo Perrot on line, Citar Lexis N° 35002391 .

⁴⁸ Gustavino, Elías P., *Bien de familia*, op. cit. p. 382.

⁴⁹ Kemelmajer de Carlucci, Aída, *Protección jurídica de la vivienda familiar*, op. cit. ps. 101 y 102.

⁵⁰ CNCiv., sala E, 26/10/2006, A. F., C. M. v. Ch., N. R., Abeledo Perrot on line, Citar Lexis N° 35004440

incluya de manera expresa a los créditos alimentarios de la excepción en análisis.

Sucede que en la actualidad la cuestión del debate o cómo inclinar la balanza a favor del crédito alimentario por sobre el bien de familia queda a discreción del juez como intérprete de la excepción amplia que prevé el art. 49 de la ley 14.394 cuando alude a “causas graves” en su inciso e)⁵¹.

No debemos perder de vista que el rol que cumplen las normas jurídicas. La ley cuando regula habla acerca de sus prioridades, sus preferencias y sus protecciones. En el caso del bien de familia y su oponibilidad ante un crédito alimentario, estaría priorizando una protección sobre otra protección o, en otras palabras, decidirse entre derechos humanos en pugna. En este caso, por un derecho como el alimentario que además de incluir la vivienda, defiende en la gran mayoría de las veces, el derecho a la vida digna de personas en pleno desarrollo madurativo, siendo vital el cumplimiento de este derecho en esta etapa de la vida. De allí que nos inclinamos por una recepción expresa que amplíe las excepciones del art. 49 de la ley 14.394 a los casos de los créditos alimentarios, más allá de permitir cierta flexibilidad cuando éste se encuentra en pugna con el derecho a la vivienda (y en definitiva alimentario) de otras personas cuya situación de vulnerabilidad amerite una decisión diferente a la que prevé expresamente la ley.

4. ¿Una contraposición de derechos? Bien de familia, crédito alimentario y familia ensamblada

4.a. Un fallo interesante ¿una solución equilibrada?

Ahora sí estamos en condiciones de pasar a analizar un supuesto especial que ya advertía Kemelmajer hace tiempo y que los repertorios jurisprudenciales han dado cuenta de él. Nos referimos al fallo dictado por la Sala E de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil del 26/10/2006.

Se trata de una situación fáctica que compromete a una forma de organización familiar que cada día posee mayor visibilidad en la realidad social como jurídica como lo es la familia ensamblada, conocida de manera coloquial como “los míos, los tuyos y los nuestros”. Precisamente, se trata de dos núcleos familiares unidos o encabezados por una persona, el mismo titular dominial de una vivienda afectada al régimen de bien de familia. Esta persona estuvo casada en primeras nupcias y de dicha unión nacieron dos hijos. Varios años después –manteniéndose la protección del hogar al seguir afectado como bien de familia-, se produce la ruptura de la unión continuando el hombre morando en la vivienda. Al tiempo, este hombre vuelve a formar pareja de la cual nace una hija. Paralelamente, incumple la obligación alimentaria a su cargo con respecto a los dos hijos de su primer matrimonio. En este contexto, la ex esposa en representación de los hijos menores de edad solicita la ejecución de la vivienda por el crédito alimentario devengado con posterioridad a dicha afectación.

⁵¹ Dispone el art. 49 que “Procederá la desafectación del “bien de familia” y la cancelación de su inscripción en el Registro inmobiliario (...) e) En caso de expropiación, reivindicación, venta judicial decretada en ejecución autorizada por esta ley o existencia de causa grave que justifique la desafectación a juicio de la autoridad competente”.

Por mayoría, se hace lugar al pedido de ejecución al entenderse que *“Los casos de notoria injusticia se solucionan por vía de la desafectación “por causa grave” prevista en los arts. 49, inc. e y 38 del ordenamiento legal citado (conf. autores citados; C. Nac. Civ., esta sala, R. 396562, del 15/6/2004). Y la fórmula utilizada por la norma deja un amplio espacio al arbitrio judicial. Al respecto, el criterio del juez debe estar presidido por la tutela del interés familiar que motiva a la institución del bien de familia, en su colisión con el interés particular del peticionario (...) y entre dos institutos con similares fines tuitivos por tratarse, en ambos supuestos, de propósitos alimentarios”*. Agregándose que *“no es justo que quien invoca ser beneficiario del régimen aludido, pretenda hacerlo valer frente a la deuda por alimentos devengados a favor de sus dos hijos menores de edad, siendo que no pagó íntegramente cuota alguna ni ofreció, pese al largo tiempo transcurrido, dar otros bienes a embargo o satisfacer, de alguna manera, la obligación pendiente. En este sentido el bien de familia protegía inicialmente a los menores del núcleo familiar accionante a fin de asegurarle la vivienda de la que se vieron privados, con posterioridad, a raíz de la ruptura matrimonial. De resulta de ello, al día de hoy, la renuencia del padre a abonar la deuda que, por alimentos, mantiene con sus hijos menores, hace que carezcan de medios suficientes para su subsistencia y habitación”*. De este modo, la postura mayoritaria defiende los intereses de los hijos del primer matrimonio, es decir, de los acreedores alimentarios por sobre la vivienda que ahora protegería al tercer hijo del titular dominial.

Este último interés es el que se defiende en el voto en disidencia del magistrado Calatayud fundado en varias razones: 1) que desde el punto legislativo *“las deudas por alimentos no pueden ser ejecutadas sobre el bien de familia en sí mismo pues la ley 14.394 no las exceptúa del principio de inejecutabilidad”*; 2) que no se encontrarían enfrentados derechos que titularizan menores de edad sino una persona mayor de edad (madre y ex esposa que solventó la obligación alimentaria ante la falta de pago del padre siendo que *“se están ejecutando sus cuotas alimentarias ya devengadas”*) por sobre el derecho a la vivienda del tercer hijo, habida de la segunda unión del accionado y 3) que *“si se permitiera la ejecución del inmueble a través de la medida pretendida, quedaría sin satisfacción un rubro alimentario esencial, como es la vivienda que el alimentante presta en especie a su hija menor, dado este enfrentamiento, creándose así el riesgo cierto de privar de vivienda a uno de los menores involucrados, fin al que está destinado el instituto (art. 34 ley 14394)”*.

Tal como se deriva de una nota periodística⁵², el caso habría llegado al Máximo Tribunal Federal en el cual se dejó firme la subasta ordenada en las dos instancias judiciales anteriores, al haberse rechazado el recurso de queja presentado por el demandado en virtud de lo dispuesto en el art. 280 del CPCCN. En esta nota se consultaron a dos autores. Atilio Alterini, expuso que *“la idea del bien de familia es la protección de ese inmueble que aloja a la familia frente a demandas de terceros, pero en este caso la solución es equitativa, porque de otro modo esa protección privaría a la esposa de percibir alimentos”* y que *“Se privilegió el derecho de alimentos de la cónyuge y sus hijos y se estableció una causal de desafectación que no estaba explícitamente*

⁵² Priorizan la cuota alimentaria sobre un bien de familia, Diario La Nación, 27/10/2005 en http://www.lanacion.com.ar/nota.asp?nota_id=751052

prevista en la ley" (...) De lo contrario, la protección operaría en favor del deudor, dijo". Por su parte, Eduardo Sirkin "indicó que se optó por proteger un bien jurídico superior". Explicó que "si la figura del bien de familia no protege la propiedad ante el incumplimiento del pago de expensas, con más razón en este caso, porque si no, se trataría de ampararse en el bien de familia para no cumplir con las obligaciones".

El interrogante que se desliza es si, efectivamente, esta decisión salomónica en la cual se favorece una de las partes en conflictos pero, a la vez, se desprotege el derecho a la vivienda y en definitiva, el derecho alimentario de otra persona menor de edad (la tercer hija del demandado), habría sido la más adecuada y equitativa desde la perspectiva constitucional- internacional y la consecuente finalidad de satisfacer la mayor cantidad de derechos humanos, no sólo que involucran a una persona sino –y en la medida de lo posible- a todos los comprometidos en la contienda, máxime cuando se trata de personas menores de edad y el reiterado “plus” de protección. Esto es lo que se analiza en el próximo apartado.

4.b. Hacia la búsqueda de una solución equilibrada: el caso Cuenca a modo de disparador

Un fallo que merece un lugar especial en este ensayo es el caso “Cuenca, Daniela” dictado por el Máximo Tribunal de la Pcia de Buenos Aires en fecha 14/4/2004. Este precedente profundiza en un tema que también ha llamado la atención a los autores interesados desde el derecho civil patrimonial por la figura del bien de familia como lo es la llamada “subrogación real”.

La plataforma fáctica comprometida en el caso era la siguiente. El síndico de una quiebra inicia un incidente tendiente a incorporar a la masa un importante inmueble (alto valor económico y de grandes dimensiones y comodidades) que estaba afectado al régimen del bien de familia, en el cual sólo moraba la cónyuge supérstite del quebrado. Tanto en primera como en segunda instancia se rechazó el pedido priorizándose la protección de la vivienda familiar de la Sra. Cuenca. La Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires hizo lugar al recurso interpuesto y modificó la sentencia arribando a una solución menos salomónica, es decir, más equilibrada y equitativa.

Se decidió por la desafectación parcial el inmueble de la fallida sometido al régimen de bien de familia en el cual, luego de producida su realización e integrado su precio debe destinarse de él una suma equivalente al 20% a los efectos de la adquisición de un nuevo inmueble para la cónyuge supérstite, vivienda que quedará sometida a dicho régimen protectorio manteniéndose la fecha de afectación que ostentaba el inmueble original a los fines de que las deudas a esta fecha no se vean cobradas por este segundo inmueble más acorde con las necesidades de una persona sola.

Como lo afirmó de manera clara el recordado Morello acompañado en esta oportunidad por Pedro de la Colina: *“El Dr. Pettigiani, con el apoyo inteligente del Dr. Hitters, buscó criteriosamente una interpretación mutable, finalista o teleológica, que atendiera con equidad y equilibrio a un punto dinámico de reparto en el sacrificio y de compensación en la protección. En labor creativa y en un activismo prudente pero que muestra atributos de coraje*

*y realismo obró salomónicamente reconduciendo, es decir adecuando a los límites razonables (ihering) lo que había salido de marco y lo que era objeto de pretensiones, cada una en sentido opuesto, sobredimensionadas*⁵³.

Este precedente también tuvo un comentario positivo por parte de Areán al concluir: *“No podemos sino compartir la conclusión del fallo de la Corte provincial, por el profundo sentido de justicia y equidad que lo inspira, aun cuando no se sujete estrictamente a las pautas contenidas en la ley 14394. Ante la ausencia de un texto legal expreso y sin necesidad de recurrir a la cuestionada teoría del abuso del derecho, la finalidad tuitiva perseguida por la citada ley queda perfectamente salvaguardada, al tiempo que los acreedores no experimentan un gran perjuicio por el hecho de que una parte del bien siga estando sustraída a la acción de los mismos. Por otro lado, aunque el fallo no lo menciona, está consagrando un supuesto de sustitución del bien de familia*⁵⁴.

En este comentario, Areán distingue distintos tipos de desafectación parcial (subjettiva, objetiva y objetiva por decisión judicial). Con relación a este último supuesto, afirma que éste se podría desprender de lo dispuesto en el art. 49 cuando se refiere a la desafectación por "causas graves" dejándose "un amplio margen al arbitrio judicial", por lo cual "el juez deberá ser muy cauto al adoptar su decisión, teniendo siempre presente que es necesario compatibilizar en la medida de lo posible el interés familiar con el interés particular de quien solicita la desafectación".

Por otra parte, este fallo –como otros- reavivó el debate acerca de la figura de la subrogación real. Al respecto, se ha afirmado que *“ante el silencio de la ley la posibilidad de la admisión de la subrogación real de un inmueble por otro, es decir la de transmitir el antiguo bien de familia de una propiedad a otra, respetando retroactivamente la fecha original del primero; el bien subrogado recibe el mismo trato que tenía el anterior bien, es decir es objeto sobre el cual se aplica el privilegio o derecho persecutorio del acreedor, o la ventaja de inembargabilidad del deudor. Así por ejemplo se podría enajenar un inmueble afectado como bien de familia para afrontar el pago de deudas no protegidas por la inembargabilidad, y con el remanente del precio de venta adquirir otro inmueble para afectarlo como nuevo bien de familia, reclamando que la inembargabilidad de éste fuera desde la fecha del antiguo bien de familia. Sin embargo la jurisprudencia imperante ha desconocido la subrogación real en estos casos, con el fundamento de que no se encuentra prevista en la ley 14.394 y por lo tanto, tratándose de una ley de excepción, debe ser interpretada restrictivamente. Asimismo se entiende que por el mismo carácter constitutivo de la inscripción (art. 35, ley 14.394) se encuentra vedada la posibilidad de trasladar la protección que da la institución de un inmueble a otro*⁵⁵

En esta misma línea crítica se enrola Flah al aseverar: *“Buscando un justo equilibrio entre los distintos intereses en juego, la ley no concede protección en todos los casos y admite que aunque el inmueble haya sido*

⁵³ Morello, Augusto M. y de la Colina, Pedro R, “Adecuación social de la condena por el inteligente activismo de los jueces”, LNBA 2007-1-16

⁵⁴ Areán, Beatriz, La posibilidad de desafectar parcialmente el bien de familia, JA 2004-IV-106.

⁵⁵ Bonanni, Mariano A., “Subrogación real del bien de familia”, LL, 2001-B, 1154.

convertido en "bien de familia" pueda ser motivo de ejecución, especialmente si el reclamo se funda en deudas cuya "causa" es anterior a la afectación, e incluso admite que se responda con el inmueble si la obligación tiene su origen en impuestos o tasas que "graven directamente al inmueble", o que tengan su origen "en construcciones o mejoras introducidas en la finca" (art. 38, ley 14394), y en el caso de la propiedad horizontal, por el pago de las "expensas comunes". Una de las falencias de esta ley es no prever la subrogación real por la cual si el inmueble afectado sufre un siniestro o es expropiado la inembargabilidad o inafectabilidad propias del bien futuro no se trasladan a la indemnización. Tampoco se contempla la sustitución de un inmueble por otro, que significaría la transmisión de la afectación de un inmueble a otro respetando retroactivamente la fecha original del primero. Desde la óptica del deudor fallido, la imposibilidad de realizar sustitución del bien de familia con fecha retroactiva a la primera inscripción se presenta como una suerte de esclavitud a residir indefinidamente en un mismo lugar aunque no se ajuste a sus necesidades, lesionando además el derecho a la vivienda familiar tutelado por la Constitución Nacional, la Constitución provincial y protegido por diferentes tratados internacionales"⁵⁶.

Nuevamente apelando al Proyecto de Unificación del Código Civil y Comercial del 1998, en su art 238 (Libro II, Título III, Capítulo III) referido a la vivienda, expresamente se estableció la subrogación real al referirse a "la afectación se transmite a la vivienda adquirida en sustitución de la afectada, o a los importes que la sustituyen en conceptos de indemnización".

Kemelmajer de Carlucci también se ha interesado por esta cuestión destacando que "La falta de una norma expresa en la ley 14.394 ha generado un gran debate doctrinal y jurisprudencial en torno a si, de lege lata, rige o no el principio de subrogación real respecto del inmueble afectado. El proyecto pretende concluir con la disputa y, expresamente, consagra su vigencia. La solución enmarca en la tendencia a ensanchar la protección y se funda en que: La subrogación no perjudica a los acreedores; para ellos, la solución no varía. Eventualmente, esa subrogación puede beneficiar a los acreedores; por ejemplo, si la vivienda afectada tiene altos costos de mantenimiento o es de mayor valor al inmueble que el deudor necesita, éste puede venderlo, adquirir uno nuevo, al que transfiere la afectación, y destinar la diferencia al pago de sus deudas. La inadmisibilidad de la subrogación condena al deudor a residir indefinidamente en el mismo lugar, en contra de la garantía constitucional, aun cuando tenga necesidad de trasladar su domicilio por razones laborales, económicas o de otro tipo". Asimismo señala las "Implicancias prácticas" de admitirse expresamente la subrogación real, al aseverar que "La solución se proyecta sobre el régimen de la afectación en caso de concurso. La subrogación real permite que la afectación sea oponible a los acreedores posteriores; sólo los anteriores (o los posteriores expresamente mencionados por la ley) ejecutarán el inmueble y la afectación se trasladará al saldo obtenido en la subasta, que se entregará al concursado (ver infra, art. 239, último párrafo)"⁵⁷.

⁵⁶ Flah, Lily, "Proyección de los Derechos Reales en el Derecho de Familia", JA 2007-I-1125.

⁵⁷ Kemelmajer de Carlucci, Aída, "La vivienda en el Proyecto de Código Único de 1998", op. cit.

¿Cuál es la razón de traer a colación el caso Cuenca tras la síntesis del conflicto suscitado entre el bien de familia y el crédito alimentario en el marco de una familia ensamblada? Pensamos que una solución más armonizadora como la elaborada por la Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Buenos Aires podría haber sido la vía para arribar a una conclusión menos salomónica como la adoptada por la Sala E de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil. La pertinencia de analizarse en el caso si era posible desafectar el inmueble sometido al régimen de bien de familia para ejecutar el bien y que con el monto restante, ver la posibilidad de adquirir una vivienda con menos comodidades pero un techo al fin para la protección del otro hijo del deudor alimentario habido de otra unión. ¿Y si en razón del crédito alimentario y el valor de la vivienda no hubiera sido posible esta solución? La necesidad de elaborar otro tipo de resoluciones que tiendan a satisfacer de manera más o menos equitativa (incluso en la resignación de intereses económicos, implicando un “esfuerzo compartido”) todos los derechos en pugna, en este caso, el de los hijos de la primera unión (acreedores alimentarios) y el de la segunda unión (beneficiario de la vivienda familiar). ¿Cuáles? Reducir la ejecución de la deuda hasta el monto que permita adquirir en el mercado otra vivienda de menores comodidades o también, desafectar el bien de familia y procederse a la ejecución del inmueble pero reservándose un monto para el alquiler de una vivienda por un tiempo prudencial para que el deudor alimentario y su núcleo familiar conviviente actual pueda estabilizarse a los fines de obtener otra vivienda. ¿Acaso la mirada constitucional- internacional no podría auspiciar este tipo de soluciones en el mismo sentido que se hizo en el caso Cuenca?

5. Dos cuestiones a modo de cierre para un próximo –y no lejano- análisis

En tren de adicionar cuestiones para repensar en el marco de la reforma legislativa en plena etapa de elaboración, nos parece de interés dejar sembradas algunas inquietudes que, a la vez, reafirman la complejidad del bien de familia cuando interactúa con la obligación alimentaria, en particular, la que titularizan niños, niña y adolescentes.

La primera cuestión adicional se funda en una de las tensiones latentes que siempre ha desvelado al derecho de familia: el difícil equilibrio entre orden público y autonomía de la voluntad ¿Sería posible pactar en un convenio de alimentos que ante el posible incumplimiento no sería oponible la constitución del bien de familia que ya se encuentra debidamente inscripto?

Esta perspectiva más flexible en torno a la noción de orden público pero en pos o en virtud de un derecho humano tan loable como el alimentario podría ser repensado en una futura reforma legal y se funda, en definitiva, en varias de las modificaciones que propuso Borda en alguna oportunidad donde, entre otras modificaciones, “*Permitir la constitución de un "bien de familia" por actos entre vivos*”⁵⁸.

La segunda cuestión adicional es auspiciada por el mencionado precedente dictado por el Superior Tribunal de Justicia de Santa Cruz de fecha 07/07/2010 y gira en torno a un interrogante que aún despierta debates sobre

⁵⁸ Borda, Alejandro, op. cit.

el momento en el cual se genera el crédito alimentario, en particular, en los casos de falta de reconocimiento paterno.

Nos explicamos. En el caso resuelto por el Máximo Tribunal de Justicia santacruceño, se retrotrae la obligación alimentaria al momento del nacimiento del niño que no fue reconocido oportunamente, dejándose expresado que la solución correcta para este tribunal es que dicho crédito se genere desde la concepción. Tomando esta situación fáctico- jurídico, cabría preguntarse cuál debería ser la respuesta si el presunto padre que después es tenido por tal en virtud de una sentencia judicial de emplazamiento filial afectó un inmueble al régimen del bien de familia. ¿Sería posible procederse a su desafectación por entenderse que se trataría de un crédito anterior a la fecha de constitución/registración o la acreencia alimentaria sería considerada siempre de fecha posterior al tomarse la fecha de la sentencia y por ende, fuera de toda posibilidad de ejecución y consecuente cobro?

Esta loable inquietud permite, una vez más, colocar sobre el escenario la necesaria mirada sistémica de las diferentes instituciones jurídicas, observándose siempre las diferentes consecuencias que se derivan de adoptarse una u otra postura a interpretación jurídica, en este caso, desde cuándo se deben los alimentos en los supuestos de reclamación de paternidad extramatrimonial y su posible impacto en el régimen de bien de familia.

6. Breves palabras de cierre

Si bien el derecho alimentario debería primar sobre la figura del bien de familia, fácil se advierte que los conflictos que regula el derecho y, en particular el derecho de familia, no son lineales. Si bien entendemos que debería establecerse como principio general que uno (los alimentos) prime sobre el otro (bien de familia) cuando se encuentran en pugna, lo cierto es que a veces puede acontecer que la solución más acorde con los todos los intereses en juego no implique sacrificar uno en desmedro del otro sino, por el contrario, buscar una salida armonizadora y menos salomónica. Máxime cuando el enfrentamiento de derechos humanos involucra de ambos lados a personas menores de edad, personas a quienes les cabe –como hemos señalado- un plus de protección.

En este sentido, fácil se advierte cómo la ley puede ser pedagógica al establecer ciertas prioridades o proteger, a priori, un derecho humano sobre otro; pero ello no debe ser óbice para permitir ciertas flexibilidades para que en definitiva, el Derecho pueda estar al servicio de los conflictos reales y siempre más complejos que los que las normativas suelen prever. Y esto último es lo que se ha podido deslizar de una situación contemporánea que cada vez irá “in creyendo” por diversas razones de índole sociológicas (mayor perspectiva de vida, mayor aceptación de las rupturas de pareja y la consecuente configuración de nuevos núcleos familiares como acontece con las familias ensambladas), que cada tanto interpelan al Derecho colocando a prueba el grado de elasticidad o margen de actuación que puede tener a los fines de cumplir con uno de los objetivos básicos y fundamentales: resolver conflictos jurídicos-sociales del modo más justo y equitativo, es decir, intentando satisfacer y salvaguardar la mayor cantidad de derechos humanos posibles.

Como lo ha expresado el rabino, ensayista y educador Mordecai Kaplan: *“Por regla general, los hombres no se intimidan por la complejidad creciente de*

la vida cuando esa complejidad abre nuevos horizontes". La reiterada y obligada perspectiva constitucional- internacional no debe intimidar sino, todo lo contrario, abrir nuevos horizontes. El entrecruzamiento temático aquí en estudio se habría visto repotenciado a la luz de esta mirada, sirviendo la tercera oportunidad expresa de lograr una reforma integral, sustancial y radical de la legislación civil, una excelente excusa para ajustar algunos fundamentos, plantear nuevos interrogantes y reafirmar ciertas modificaciones que se vienen esgrimiendo hace tiempo.

Este es el objetivo último del presente ensayo, seguir recorriendo un camino deconstructivo- reconstructivo tendiente a acortar la brecha entre Derecho y Realidad, en esta oportunidad, cuando de bien de familia y crédito alimentario se trata. O en términos de derechos humanos, cuando se trenzan e interaccionan el derecho a la vivienda digna y el derecho alimentario.