

za de una defensa y régimen jurídico integral, específico, exclusivo y excluyente, respecto de toda otra forma de uniones familiares fácticas, entre otros efectos, respecto del régimen jurídico patrimonial, y –en particular– del bien de familia. Ciertamente, esa normativa tiene en cuenta la organización de la familia sobre la base del matrimonio, sin que ello importe desconocer la existencia de las uniones de hecho y la procreación fuera del matrimonio, cuya regulación jurídica también es necesaria. Aunque para ello sea menester remitirse a la aplicación de los principios del derecho común.

Lo cierto es que, ante la opción libre de casarse o no casarse, no cabe reclamar por forzada vía analógica idénticos efectos jurídicos, ante la inadvertida inconveniencia de la elección efectuada (conf. Arias de Ronchietto, Catalina Elsa, “Derechos humanos y derecho de familia”, *ED*, 180-1348, con cita de Belluscio, Iñigo y Zannoni).

En tales términos, como bien lo hace notar el Sr. Fiscal de Cámara en su dictamen de fs. 33/5, a cuyos fundamentos adherimos y remitimos *brevitatis causae*, la norma cuestionada no conculca cláusula alguna de la Constitución, ni resulta discriminatoria, pues queda a salvo el derecho de libre opción entre uno u otro régimen legal, tanto más cuanto que, obtenido el divorcio vincular –de reciente consagración legislativa, conf. ley 23515, cit.–, existe la posibilidad de recobrar la aptitud nupcial.

En atención a los fundamentos vertidos precedentemente, de conformidad con lo dictaminado por el Sr. Fiscal de Cámara, se resuelve: Confirmar el pronunciamiento de fs. 20/3 en todo cuanto decide, sin costas, por no mediar en el caso contradicción. Notifíquese al Sr. representante del Ministerio Público Fiscal y al peticionario personalmente o por cédula y devuélvanse a la instancia administrativa de origen. — *Hugo Molteni*. — *Jorge Escuti Pizarro*. — *Ana María Luaces*.

NOTA A FALLO

REFLEXIONES SOBRE LA CONSTITUCIONALIDAD Y ALCANCES DEL BIEN DE FAMILIA*

Por **Manuel Castro Hernández**

Sumario:

1. Temas que plantea el caso. – 2. Evolución histórica. – 3. Análisis del dictamen del señor Fiscal de Cámara. – 4. Argumentos del fallo. – 5. Síntesis sobre el tema.

1. Temas que plantea el caso

El debate a que este fallo da lugar admite una división a partir del mismo tronco, que no es otro que el de la naturaleza del instituto creado por la ley 14394, en sus arts. 34 a 56. Se trata de precisar el alcance del concepto de fa-

* Publicado en *El Derecho* del 13/12/2000.

milia, por una parte, y, en segundo lugar, considerar las relaciones existentes entre la normativa legal y la más elevada de la Constitución Nacional, esto es, analizar la posible inconstitucionalidad planteada. Se abordarán ahora estos problemas, si bien por razones emanadas del orden en que fueron decididas las cuestiones, también ésta última es la secuencia en que aquí se tratan.

No parece propio de este comentario el análisis ontológico pormenorizado sobre el llamado *bien de familia*, su definición, etc., temas que se verán tangencialmente en la sumaria referencia histórica que se habrá de efectuar, considerando apropiado mencionar que, desde el punto de vista didáctico, encaramos su estudio dentro de las llamadas *propiedades especiales*, sin duda porque, a la manera de la propiedad horizontal, implica modificaciones sustanciales sobre el dominio tal como lo legisla el Código Civil, aclarando, sin embargo, que no llegan a tener la intensidad que sí surge de la ley 13512, que ha llevado a su consideración como un derecho real especial, criterio ratificado en el Proyecto de 1998, art. 1820, inc. c).

2. Evolución histórica

La protección de la familia ha sido una preocupación que desde el siglo XIX han tenido no sólo los juristas sino también sociólogos, políticos, politólogos¹, psicólogos, etc., estadounidenses, europeos y latinoamericanos, entre otros.

En algunos países tales seguridades han llegado a la jerarquía constitucional, como, por ejemplo, en la de México de 1917, la de Weimar de 1919, la República Española de 1931 y la italiana de 1947, a las que cabe sumar las argentinas de 1949 y de 1957, como se verá en este mismo comentario.

En otros casos, la protección de la familia a través de su patrimonio está reglada en leyes que, por sí mismas o reglamentando principios constitucionales, se han ocupado del tema. Así podemos considerar normas integradas a los Códigos Civiles de Italia, Suiza, Brasil, México y leyes francesas, uruguayas, colombianas, dominicanas o la de Introducción al Código Civil Alemán de 1900.

¿De qué manera se encara normativamente esta protección de la familia? Sin duda, tiene su centro en la salvaguarda del *patrimonio familiar* –si es que puede resultar válida esta expresión– evitando, en primer lugar, que ciertos bienes, ligados mediante sus especiales características al bienestar familiar, puedan ser blanco de gravámenes o embargos originados en actitudes, contractuales o no, de su propietario, pero no ya como un verdadero privilegio, contrario a la normativa constitucional (art. 16, Constitución Nacional), que parece otorgado a su dueño, sino como una protección legislada a favor de la familia misma, por su especial consideración como la célula básica de toda organización social. De esta manera se tiende a evitar el riesgo de que la miseria caiga sobre los integrantes de ese núcleo social, ante la desaparición o enajena-

(1) Utilizamos el vocablo que se está abriendo paso en los cultores de las ciencias políticas, con la advertencia de que, en nuestro conocimiento al menos, no ha sido aprobado por la Real Academia.

ción forzada de la totalidad de los bienes que sirven para su subsistencia y desarrollo.

Obsérvese que existen, en nuestra legislación de fondo y también en la procesal, normas que evitan embargos sobre bienes dedicados al trabajo de los miembros de la familia, o sobre sueldos, jornales, prestaciones previsionales, sea en su totalidad o sobre parte de ellas, el lecho cotidiano del deudor y su familia, etcétera.

Donde la protección a que se hace referencia adquiere caracteres nítidos ha sido en los Estados Unidos de Norteamérica, con el dictado de leyes destinadas a dejar a salvo lo necesario para el desarrollo de la familia, a través de leyes llamadas de *homestead* (*home*: casa, hogar; *stead*: sitio, lugar), con lo cual se hace referencia al lugar o domicilio de cualquier familia, y los bienes relacionados al mismo.

Con el *homestead* se quiso poner a salvo de las peripecias del destino y del azar al que muchos de los conquistadores del Oeste americano arriesgaban su futuro –sumado a las consecuencias de la crisis económica de 1837, que habría de dar lugar también a la *Bankrupt Act* de 1841– el ámbito del hogar familiar, ciertas cosas muebles que integraban el llamado *ajuar familiar*, instrumentos necesarios para el desempeño de las actividades productivas de sus habitantes, etc., imposibilitando todo riesgo de embargo u otras medidas similares, incluyendo, en su caso, el secuestro de aquellas cosas.

El *homestead* de 1862, completado en 1864, era una institución de derecho público, que otorgaba a los ciudadanos americanos, nativos o por opción, el derecho de ocupar cierta cantidad de tierra, que debían explotar en forma personal por cinco años, para después obtener el dominio pleno. Durante dicho término, el inmueble no podía ser gravado, embargado, etcétera.

En cambio, de Derecho Privado es la llamada *homestead exemption*, emanada de las diversas legislaciones estatales mencionadas, que protege al hogar y la propiedad, con el fin declarado de fomentar que vastas regiones territoriales pudieran poblarse mediante el asentamiento de las personas a quienes se les brindaba protección. Es, obviamente, de esta figura del Derecho Privado de donde se derivarían todas las normas a las que me habré de referir en este acápite.

Es en Francia donde este tipo de protección adquiere un desenvolvimiento mayor y más preciso. Se dicta, en tal sentido, la ley del 12 de julio de 1909 llamada de *bien de famille insaisissable*, utilizándose por vez primera la expresión que habría de inspirar a nuestros legisladores en lo relativo al dictado de normas tuitivas en relación al patrimonio familiar. Así sobrevienen algunos antecedentes tales como la ley del *homestead* o *Ley Costa* número 10284, sin aplicación práctica tal vez porque en su art. 2º establece una categoría de bienes “propiedad de la familia”, creando así un titular de dominio, por así decirlo, “colegiado” en contra de principios emergentes de nuestro ordenamiento civil, y el decreto 14682, ratificado por la ley 12921, especie de Carta Orgánica de la Caja Nacional de Ahorro Postal (arts. 42 a 46), que establece la posibilidad de crear un bien de familia a través de un procedimiento algo compli-

cado de depósito previo del dinero destinado a la compra del inmueble que así habría de afectarse, normativa esta que tampoco tuvo aplicación en los hechos.

En la Constitución de 1949, art. 37, apartado II, N° 3, se incluyó la figura con este texto: “el Estado garantiza el bien de familia, conforme a lo que una ley especial determine”. Esto llevó a la sanción de la institución dentro de una ley que trataba diversos y heterogéneos temas, tales como el divorcio vincular, el régimen de menores, etcétera. Esta ley lleva el N° 14394.

Esta ley fue luego suspendida en el aspecto destinado a la disolubilidad del vínculo matrimonial, pero quedó subsistente todo lo relativo al bien de familia y a la unidad económica familiar, comprendidos en los arts. 34 a 56. La reforma parcial de la Constitución del año 1957 agregó el art. 14 bis que dice: “... en especial, la ley establecerá... la protección integral de la familia; la defensa del bien de familia...”

El régimen legal mencionado recién fue llevado a la práctica mediante el decreto 2513, dictado el 10 de marzo de 1960, durante el gobierno del Dr. Arturo Frondizi.

3. Análisis del dictamen del señor Fiscal de Cámara

Relata el problema que se ha planteado al solicitar el dueño de un inmueble su inscripción como *bien de familia*, rogatoria que fuera rechazada por no encontrarse casado, sino que el grupo que pretendía amparar implicaba la extensión de la cobertura de la ley a una relación concubinaria.

Tal decisión es impugnada por el interesado a través de un planteo de inconstitucionalidad del art. 36 de la ley 14394, dando lugar al meduloso dictamen del Dr. Carlos Sanz, quien comienza por analizar el alcance que conlleva toda decisión judicial que decida afectar con esa tacha a una norma legal. Ilustra esta idea con varias citas que fundamentan dos aspectos a su juicio necesarios para aceptar que una norma violenta la Constitución. El primero es que tales decisiones sólo pueden adoptarse como *ultima ratio* o *ratio final*, y el segundo que requieren previamente “ser motivo de suficiente substanciación y debate”.

Continúa con el análisis de principios constitucionales básicos, tales como el referente a la inexistencia de derechos absolutos, dado que todos ellos son susceptibles de reglamentación respecto a su ejercicio, según lo preceptúa el art. 14 de la Constitución, y continúa, precisando la idea respectiva, con ejemplos en los cuales corresponde declarar la inconstitucionalidad, es decir, cuando una ley que, so pretexto de reglamentación, incurra en desvirtuar derechos fundamentales básicos en forma inicua, arbitraria o discriminatoria contra “persona o grupo de personas o sectores de la población”.

Rescata también que la congruencia entre normas inferiores y disposiciones constitucionales debe ser interpretada en forma sistemática, de manera tal que tome en cuenta el bien común que debe emanar del conjunto del orden jurídico y no de una parte de él.

Hemos afirmado en otra ocasión²: “La enorme importancia que tiene, en un régimen con separación de poderes, la declaración de inconstitucionalidad merece algunas reflexiones. En primer lugar, el enervamiento de una norma legislativa es el acto más importante que puede emanar del Poder Judicial. De allí que, pese a que se considera generalmente que tal decisión resulta sólo aplicable al caso en que tal declaración se produce, el gran valor moral que un decisorio de la Corte Suprema tiene debe inspirar a los tribunales inferiores a seguir sus conclusiones en todos los casos en que se plantee una situación igual o de gran similitud, porque la vigencia y supremacía de la Constitución Nacional así lo exigen, ya que una ley repudiada por el máximo tribunal no debería aplicarse y mantener ufano su prestigio y su entera vigencia”.

Si bien es cierto que la inconstitucionalidad reclamada lo era en un tribunal ordinario, las razones expuestas no son, por ello, menos válidas, máxime ante la posibilidad cierta de intervención de la Corte en supuestos “en que se haya puesto en cuestión la validez... de una ley del Congreso... y la decisión haya sido contra su validez” (art. 14, inc. 1º, ley 48).

De inmediato se encara el punto crucial del tema en cuestión, es decir, cuál es el concepto de familia. Dado que la inconstitucionalidad recabada lo era respecto al art. 36 de la ley 14394, que es transcripta en el dictamen, es menester subrayar que la familia a la que se refiere la ley no puede ser otra que la encuadrada en sus términos claros, que exige la existencia de un *estado de familia*, claramente diferenciado de la idea de *parentesco*, rescatando que los cónyuges, sin ser parientes, poseen aquel estado, apto para la constitución del bien de familia.

Se descarta toda posibilidad de discriminación, dado que, en definitiva no cabe equiparar la institución matrimonial con uniones de hecho, a las que cabe la aplicación del derecho común. Esto no implica desigualdad ante la ley, por tratarse de situaciones diferentes. Nada impediría que el concubinato recibiera cierta regulación legal, aun cuando axiológicamente ello pudiera ser discutible, pero muy distinto es igualar situaciones desiguales, lo que implicaría *igualitarismo* que, en el caso concreto, puede ser considerado como una forma viciosa de la igualdad. Se analiza certeramente en el dictamen del Dr. Sanz la imposibilidad de la nivelación absoluta de los hombres. Sus características los hacen diferentes y, si bien todos reciben análoga protección jurídica, ello no impide que, colocándose voluntariamente en situaciones especiales, reciban por ello también especiales tratamientos. No parece necesario abundar en ejemplos, tales como las aptitudes que diferencian a los hombres en forma harto natural y sus elecciones que los llevan a colocarse bajo regímenes diversos, bastando recordar el caso de los religiosos profesos, a quienes se les impide contratar (art. 1160, Cód. Civil), o las prohibiciones especiales establecidas para la compraventa (art. 1361, mismo Código). Glosando la primera de las normas que se acaban de mencionar, es evidente que quien toma los hábitos religiosos goza de entera libertad para hacerlo pero, una vez ingresado, de-

(2) ED, 178-351.

be respetar las limitaciones legales pudiendo, claro está, egresar de la respectiva orden y reasumir los derechos respecto a los cuales su libre elección lo había privado.

En el ámbito de los derechos reales también existen normas diferentes para aplicar a quienes han gozado de un estado de familia, y nadie puede pretender su inconstitucionalidad en aras de una igualdad inexistente. Así, por ejemplo, el derecho real de habitación vitalicio y gratuito del cónyuge supérstite (art. 3573 bis, introducido por la ley 20794 [ED, 58-900]).

Aquí también los impugnantes han decidido libremente configurar una situación de hecho, una unión libre, sin que nada les impida en la actualidad, luego de la sanción de la ley 23515 [EDLA, 1987-A-330] constituir una familia *matrimonial*. Esto autoriza a pensar que quienes han formado aquel tipo de pareja lo hacen para sustraerse a los derechos y deberes que el matrimonio trae aparejados. Sin ir más lejos, y precisamente por tratarse de una unión *libre*, ambos miembros de la pareja, o uno solo de ellos puede dar finiquito a la relación sin trámite ni demora alguna.

Existen leyes –en su momento las de locaciones urbanas– que, con el eufemismo de decir “quienes hubieran recibido del locatario trato familiar”, incluyeron en la protección legal de los regímenes de emergencia a los concubinos pero, aun con una expresión solapada, es necesario que la ley los incluya especialmente, para obtener la respectiva tutela legal.

Si la postura de los impugnantes prosperara, también podría caer buena parte del régimen sucesorio, ya que nada impediría a un concubino reclamar la herencia de su difunta pareja invocando análogos argumentos antidiscriminatorios, o que pretenda también un derecho real de habitación vitalicio y gratuito, intentando la aplicación del art. 3573 bis del Cód. Civil.

La naturaleza precaria del concubinato, con relación a su futuro, impiden aplicarle normas concebidas para la protección de la familia o especialmente del matrimonio.

4. Argumentos del fallo

Luego de una síntesis bien lograda de los planteos a resolver, el Tribunal, en el punto II, primer párrafo, en unas pocas palabras decide la cuestión. Afirma, entonces, “la ley ha priorizado la calidad de cónyuge del solicitante, con lo que se torna excluyente respecto de las uniones de hecho”, considerando que la inconstitucionalidad implicaría una indebida intrusión en el poder legislativo, resaltando la conocida doctrina que inhibe a los jueces de pronunciarse sobre aciertos o desaciertos de los otros poderes, salvo en los casos extremos de irracionalidad o iniquidad ostensibles. Recuerda que, pese a la posibilidad de disolver el vínculo matrimonial que trajo aparejada la ley 23515, aun después de su puesta en vigencia, el matrimonio y la familia que de él surgen gozan de preferencias sobre cualquier otro tipo de uniones fácticas, incluso en lo patrimonial, concepto extensivo al instituto del bien de familia. Resalta la opción libre que existe entre casarse o no hacerlo, pero recuerda que, precisamente a

raíz de ello, no caben interpretaciones forzadas, aplicando principios derivados de improcedentes analogías.

Se remite luego al dictamen fiscal, que hace suyo, y argumenta, por último, con la posibilidad de recuperar la aptitud nupcial que la ley respectiva ha incorporado a la normativa matrimonial, que borra la última posibilidad de considerar discriminatoria la exclusión legal.

5. Síntesis sobre el tema

El de la argüida declaración de inconstitucionalidad fue debidamente debatido y resulta claramente descartada en la inteligencia de los arts. 34 y 36 de la ley 14394; hemos argumentado suficientemente sobre estos aspectos del fallo analizado.

El otro aspecto, mencionado al comienzo de este comentario, es decir, el concepto de familia protegida por la ley, también ha sido dilucidado y cabría agregar alguna argumentación sobre la extensión relativa a los componentes de ella, es decir, lo relativo a *cuál* es la familia protegida.

Sin entrar en los análisis históricos y sociológicos que se han ensayado sobre los orígenes del Estado, con sus teorías sobre el patriarcado, sobre el matriarcado, con sus tipos de familia promiscua, consanguínea y punalúa en la etapa del salvajismo, con las familias sindiásmica y patriarcal en la etapa de la barbarie y la familia monogámica propia de la etapa de la civilización; a lo cual puede agregársele la organización romana sobre la base del parentesco por vía masculina o *agnaticio*, culminando en el denominado *agnaticio*, lo cierto es que la palabra *familia* permite en la actualidad diversas interpretaciones en cuanto a la inclusión o exclusión de ciertos grados de parentesco alejados del núcleo establecido sobre la base del matrimonio.

En el idioma corriente existen diversas acepciones: a) la familia nucleada sobre la base del matrimonio y la descendencia; b) la que también incluye a los ascendientes; c) la que incluye a los colaterales; y d) la más amplia, comprensiva de todo tipo de parientes por consanguinidad, cualquiera sea el grado en que se encuentren los colaterales.

En la ley 14394, su art. 36 “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 con el constituyente*”. La lectura de esta norma limita la comprensión y contenido de *familia* a los integrantes del matrimonio y parientes en línea recta. Sólo en defecto (falta) de cónyuge, descendientes y ascendientes se admite la inclusión de colaterales, del grado allí mencionado, agregando, en tales casos, la necesidad de convivencia con el dueño. Se ha interpretado que, habiendo únicamente ascendientes, es posible la inclusión de colaterales, siempre y cuando entre todos ellos, incluso el constituyente, exista el requisito de la convivencia.

Interesa subrayar que siempre deben existir lazos de parentesco o matrimonio entre todos los integrantes del grupo familiar protegido, interpretación que cabe *a fortiori* por aplicación de lo dispuesto en el art. 43, que dice: “Si hu-

biera condominio, la gestión debe ser hecha por todos los copropietarios, justificando que existe entre ellos el parentesco requerido por el art. 36^o. Obviamente ha querido referirse a la totalidad de los lazos de ese último artículo, inclusive el matrimonio, en razón de lo cual si se diera el caso *sui generis* en que los cónyuges fueran también condóminos, podrían afectar el inmueble al sistema legal, pero es menester encontrarse en alguno de los supuestos *familiares* contemplados en dicho art. 36, lo cual, obviamente, no ocurría en el caso que decidió la Sala A de la Cámara Civil, y que merece particular encomio no sólo por el acierto jurídico a que se arribó, sino también por enaltecer la supremacía del estado matrimonial sobre cualquier otro sucedáneo.

Encontrándose ya en prensa el presente trabajo, fue publicado en esta revista un comentario de El Búho con relación al fallo 50.402 [ED, 189-464], que consideramos sumamente acertado, por cuanto la conclusión a que arribó el Tribunal es susceptible de una crítica tanto en lo relativo a su fundamento axiológico, cuanto al problema que deriva de las construcciones pretorianas aventuradas.