Un análisis del Derecho a la Vivienda desde la perspectiva de las garantías constitucionales[1]

Norma JUANES
María Cristina PLOVANICH

Sumario. 1. Introducción. 2. Derechos fundamentales de segunda generación. Derechos económico-sociales. 3. Los límites implícitos en el nombre del instituto del "bien de familia". 4. La constitucionalización del Derecho Privado y la interpretación de las leyes. 5. Nuevas tendencias en la jurisprudencia nacional. 6. Conclusiones.

1. Introducción

La tutela jurídica del derecho a la vivienda se ha visto últimamente robustecida a través de algunos pronunciamientos jurisprudenciales inspirados en la necesidad de asegurar la vigencia de los derechos básicos de la persona, y de superar todo posible agravio causado por una visión formal y legalista de la realidad a la hora de resolver un conflicto.

Hay un fuerte reconocimiento del derecho a la vivienda como un derecho propio de todo hombre, directa y concretamente vinculado con la dignidad humana. Este derecho puede dimensionarse no sólo como la posibilidad de que el ser humano tenga una estructura material bajo la cual pueda cobijarse, sino además como un derecho a la protección integral de la persona, que contribuya y le asegure la posibilidad de desarrollar en plenitud sus potencialidades físicas y espirituales, psicológicas y emocionales, artísticas y deportivas.

En la sociedad actual se ha generado un amplio consenso en torno de la necesidad de proteger algunos bienes humanos básicos, como la dignidad de la persona, la libertad de conciencia, la autonomía de decisión, la vida, la salud, entre otros, que se enlazan naturalmente con la necesidad del hombre de tener un ámbito o morada adecuada para el desarrollo integral de su personalidad.

Parece conveniente poner de manifiesto el soporte esencial que presta a este enfoque el proceso de "horizontalización" de los derechos fundamentales, como consecuencia de la creciente influencia de la norma constitucional sobre el Derecho Privado[2].

2. Derechos fundamentales de segunda generación. Derechos económico-sociales.

---

[1] Publicado en Revista LexisNexis, nº 8-2006, Córdoba, 2006, pp. 721-729

[2] El tema de la proyección horizontal de los derechos fundamentales viene siendo objeto de reflexión en la doctrina nacional y extranjera, desde hace más de dos décadas. LORENZETTI, Jorge, (*Derecho Privado como protección del individuo particular*, **Revista de Derecho Privado y Comunitario, Derecho Privado en la reforma constitucional,** núm. 7, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1994, p. 79) sostiene que a raíz de ese proceso los derechos fundamentales "giran no sólo alrededor de la persona, sino de otros sujetos y …terminan constituyendo normas fundamentales de articulación del ordenamiento jurídico".

Junto a los derechos fundamentales inicialmente reconocidos, como el derecho a la libertad, a la propiedad, a la resistencia, a la opresión, apareció una segunda generación, llamada de los derechos económico-sociales[3], como el derecho al trabajo, el derecho a la salud, derecho a la vivienda, que se perciben por la mayoría de los individuos como valores inalienables del ser humano.

La Constitución argentina sanciona de manera expresa en su parte dogmática la protección de los derechos laborales individuales y colectivos, el derecho a obtener los beneficios de la seguridad social, la *protección integral de la familia*, la compensación económica familiar y el acceso a una vivienda digna (Art. 14 bis), y otorga jerarquía constitucional -entre otros- al Pacto internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, a la Convención sobre los Derechos del Niño y a la Convención sobre la eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer.

Ahora bien, pese a que tienen reconocimiento constitucional de modo explícito, parte de la doctrina establece diferencias entre los derechos civiles y políticos, por un lado, y derechos económicos y sociales por el otro; debatiéndose aún acerca de si éstos constituyen verdaderos derechos o sólo obligaciones morales. Respecto de los primeros no se discute su naturaleza de verdaderos derechos subjetivos, dotados de acciones protectoras y por tanto exigibles; se satisfacen generalmente con un *no hacer* por parte del Estado o demás individuos: no restringir las libertades, no interferir en la propiedad privada, etc.

Mientras que a los derechos económicos y sociales les corresponden un *hacer*: proveer servicios de salud, asegurar la educación, etc.; es decir, obligaciones de *prestación positiva* cuya concreción, en la mayoría de los casos, debería solventarse con recursos del erario público, no siempre disponibles y que de existir, depende de decisiones políticas que sean afectados a estos fines. De ello se deriva que, no siempre ese *hacer* es formalizable ni universalizable, y por ende la violación de estas obligaciones pueden calificarse como simples omisiones que no resultarían coercibles ni justiciables[4], de allí que no constituirían verdaderos derechos. Por ello se sostiene que fundar derechos a partir del establecimiento de obligaciones positivas, con características como las descriptas, resultaría conceptualmente imposible o materialmente inviable; de modo que si una Constitución o un pacto de derechos humanos habla de "derecho a la salud", "derecho a la vivienda", estas expresiones no debieran tomarse en sentido literal, sino figurado o metafórico[5].

Dejamos sentada la necesidad de considerar propiamente "derechos", y como tales exigibles judicialmente, a los derechos económico-sociales proclamados en nuestra Constitución Nacional.

La sola existencia de una obligación en materia de derechos humanos, que indudablemente se refuerza tras la reforma constitucional de 1994 y la incorporación de los tratados y convenciones allí enunciados, genera para el Estado que la asume la obligación de garantizar su cumplimiento y articular mecanismos adecuados para preservarlos, y hacerlos compatibles con los condicionamientos económicos y

---

[3] Se trata de los derechos consagrados por el constitucionalismo social de comienzos del siglo XX. Cfr. MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Los nuevos derechos: ¿meras declaraciones o derechos operativos?* **Revista de Derecho Privado y Comunitario, Derecho Privado en la reforma constitucional,** núm. 7, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1994, p. 90.

[4] FERRAJOLI, Luigi, en el prólogo a: ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian, **Los derechos sociales como derechos exigibles,** 2ª edición, Ed. Trotta, Madrid, 2004, p.9.

[5] ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian, **Los derechos sociales como derechos exigibles,** ob. cit., pp. 21 y sgtes.

patrimoniales cuando han de concretarse en la interacción social. En esta materia no es posible admitir un doble estándar: no se puede, por un lado, afirmar que hay que cumplir inexcusablemente la obligación cuando se enuncia en un pacto o convención y, por otro, que hay obligaciones que constituyen una mera obligación moral.

Con esta perspectiva, entendemos que el legislador, al instrumentar el derecho a la vivienda en cuanto derecho de raigambre constitucional, debe ir más allá de la acotada protección que el ordenamiento argentino actualmente otorga a la morada al establecer el régimen de bien de familia. Las consecuencias de un resguardo débil son tan lacerantes para ciertos sectores de la sociedad como lo son, entre otros, la falta de salud o la carencia de servicios educativos. El insuficiente amparo de menores, la disolución del vínculo matrimonial, por muerte o por otras causales, las uniones de hecho, la dispersión de la familia, son cuestiones asociadas al régimen de protección de la vivienda, que hoy carece de una regulación tuitiva adecuada. Lo normal es que la vida del ser humano se centre en el hogar, y la realidad del hogar necesita de una vivienda. Cuánto más se impone esta exigencia cuando hay una familia, núcleo esencial de la sociedad, cuyas condiciones de vida (a menudo de hacinamiento y promiscuidad) son como un flagelo infeccioso que contamina el cuerpo social, diluyendo los vínculos familiares y amicales, y que se agudizan por la fragilidad con que la ley regula este derecho fundamental del hombre.

Este escenario ha inspirado recomendaciones en diversos foros[6] para que se consolide un régimen jurídico de protección de la vivienda que torne operativos los principios constitucionales de igualdad y libertad, garantizando idénticas posibilidades de protección a todo ciudadano, en consonancia con lo dispuesto por el art. 75 inc. 23, de la Constitución, que encomienda al Congreso Nacional: "Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos…".

Esta preocupación también ha animado algunas opiniones vertidas en el ámbito de las más recientes XX Jornadas Nacionales de Derecho Civil de 2005[7]. En este marco bien se ha afirmado que el "*Estado nacional tiene la obligación de legislar a favor de los ciudadanos más desprotegidos y de inmiscuirse en las distintas facetas que hacen a la vida en sociedad para equilibrar la balanza en pos de la igualdad de oportunidades. El tema de la vivienda es sin lugar a dudas de interés del Estado. Se incluye dentro de los derechos económicos*, *sociales y culturales, y las tendencias más modernas del constitucionalismo social*"[8].

---

[6] En 1992, las V Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil, Comercial, Procesal e Informático (Junín, Pcia. de Buenos Aires) destacaron la importancia de proveer cauces a la garantía constitucional de acceso a la vivienda al pronunciarse específicamente sobre el tema "Protección constitucional de la vivienda". BIDART CAMPOS, Germán, **Manual de Derecho Constitucional argentino,** Ediar, Buenos Aires, 1983, p. 41, se ha pronunciado con firmeza sobre la gravísima pasividad de los órganos legislativos que omiten dotar de eficacia operativa aquellas normas programáticas de orden constitucional. En su opinión, los jueces debieran declarar la inconstitucionalidad por omisión, facilitando la aplicación y vigencia de tales normas.

[7] **XX Jornadas Nacionales de Derecho Civil**, Facultad de Derecho (UBA), Buenos Aires, 22 al 24 de Septiembre de 2005, www.laley.com.ar.

[8] PALOMANES, Ana María y ROSSI, Dante V., "*Necesidad de protección de la vivienda única con independencia del bien de familia, y creación de un registro único de titulares de viviendas únicas*", ponencia presentada a la Comisión nº 4, XX Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Facultad de Derecho (UBA), Buenos Aires, 22 al 24 de septiembre de 2005. **Conclusiones de las Ponencias**, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2005, p.116.

Aunque la familia como núcleo de la sociedad ha experimentado transformaciones según los diferentes lugares y épocas, y adquirido perfiles diversos, subsiste como institución conservadora del equilibrio de los individuos que la conforman y de la comunidad que integra, por lo que el legislador debe preocuparse de manera prioritaria por resguardar el asentamiento físico o morada familiar, que es sede natural del desarrollo personal del individuo.

Atendiendo a los datos de la realidad social, parece conveniente revisar la rigidez de los criterios que se aplican en esta materia, teniendo en cuenta que la normativa de rango inferior debe ceder frente a principios emanados de un derecho superior, sean ellos procedentes de la Constitución o de los tratados internacionales a ella incorporados[9].

3. Los límites implícitos en el nombre del instituto del "bien de familia".

Las últimas Jornadas Nacionales arriba referidas optaron por tratar el tema del "bien de familia" bajo la denominación de "protección jurídica de la vivienda", lo cual significa abandonar los criterios restrictivos que han orientado su regulación en la legislación argentina y otros ordenamientos jurídicos que han recogido el instituto.

El actual régimen del bien de familia establecido por la Ley 14.394 requiere un acto de afectación del titular, o titulares del inmueble en caso de condominio. Ese inmueble queda fuera del comercio después de su afectación, y como tal es inenajenable para el titular, e inembargable e inejecutable por parte de terceros, en tanto está protegido de las agresiones de orden patrimonial que tengan por causa deudas posteriores a su constitución, aunque no en forma absoluta.

Este régimen tuitivo supone necesariamente la existencia de un grupo familiar, que aprovecha la protección que brinda la ley al inmueble que le sirve de casa-habitación, o a un predio rural que sirve de sustento a la familia. Este presupuesto necesario pone de relieve que la denominación de bien de familia cristaliza un régimen protectivo limitado y estrecho, pues no atiende a las otras dimensiones posibles en las que se desarrolla la vida del individuo en estos días.

La legislación existente, que data de 1954 y dio respuesta adecuada en ese momento histórico a la necesidad de brindar protección, hoy exige una renovación. Esa normativa ya no se adapta a la realidad de los tiempos que corren, y básicamente no responde a la evolución que ha experimentado la noción de familia. La sociedad misma está transformada como consecuencia de los cambios acaecidos en el seno de aquella, ya que las modalidades de convivencia humana que hoy son habituales no se compadecen con el concepto tradicional, cuya significación debe ser reformulada en coherencia con la realidad sociológica actual.

La institución familiar que prevalecía hasta avanzado el siglo pasado basada en el matrimonio, hoy comparte el espacio y el tiempo con otras formas de convivencia humana: uniones de hecho, familias ensambladas, hijos que deben integrarse en núcleos diferentes, ya sea el formado por los progenitores, unidos o no por vínculos

[9] Esta tendencia ya ha inspirado algunas decisiones de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. En la causa "Ekmekdjian, Miguel A. c. Sofovich, Gerardo y otros", el alto tribunal dejó sentado que "La violación de un tratado internacional puede acaecer tanto por el establecimiento de normas internas que prescriban una conducta manifiestamente contraria, cuanto por la omisión de establecer disposiciones que hagan posible su cumplimiento. Ambas situaciones resultarían contradictorias con la previa ratificación internacional del tratado; dicho de otro modo, significarían el incumplimiento o repulsa del tratado, con las consecuencias perjudiciales que de ello pudieran derivarse". CSJN, 7/07/ 1992, LL, 1992-C-541.

legales, ya sean grupos conformados con otras personas, o bien el de aquel que optó por permanecer solo sin compañero conviviente.

En este orden de ideas entendemos que el ordenamiento argentino, al consagrar el régimen de bien de familia, otorga a la morada un resguardo limitado. La significación que asigna la ley 14.394 al estado de *familia* que debe acreditar el constituyente en cuanto a su relación con los otros beneficiarios de la protección legal, autoriza a aplicar el instituto a diversas situaciones, que incluyen la relación conyugal y otras relaciones de parentesco, matrimonial y extramatrimonial, ascendientes y descendientes, los hijos adoptivos, y los colaterales hasta el 3º grado de consanguinidad, con la condición de que se trate de personas que sean "convivientes" con el constituyente (art. 36). Sin embargo, esta amplitud del concepto legal de familia no disminuye el carácter restrictivo del instituto protectivo, porque desampara a las personas que no conviven con alguna de las personas a quienes se refiere la norma, o que sencillamente viven solas.

Toda persona, en ejercicio de su derecho a la autodeterminación derivado de su natural condición de ser libre, puede optar por vivir sola, o convivir sin establecer un vínculo legalmente reconocido, y esta opción no puede sustraerla de los beneficios de la protección que le corresponde como ser humano. La normativa vigente sobre bien de familia (Ley 14.394) deja sin amparo el derecho a la vivienda de estas personas, y podría ser tachada de inconstitucionalidad, en virtud de afectar derechos provenientes de la ley constitucional[10].

Esta situación de desprotección perjudica tanto a las personas adultas, que viven solas, o no unidas en matrimonio, como a los menores huérfanos bajo tutela, o mayores incapaces, en estos casos cuando tutor y pupilo, o curador e incapaz, no están unidos por vínculos de parentesco. De ahí que el derecho constitucional de acceso y salvaguarda de la vivienda debe estar garantizado en su operatividad, independientemente de las condiciones en que desenvuelve su vida el beneficiario, se encuentre o no inmerso en el seno de un grupo familiar. Las XX Jornadas Nacionales citadas se pronunciaron en el sentido de que "*La protección constitucional de la vivienda (Art. 14 bis de la Constitución Nacional; Art. 25, ap. 1º de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; Art.14, ap.1º del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), beneficia no sólo a la familia sino a la persona humana en su individualidad. El régimen tuitivo de la ley 14.394 (Arts 34 a 50), debe ser interpretado sistemáticamente con las directivas de la Constitución y las de los Tratados de Derechos Humanos con rango constitucional (Art.75, inc. 22, CN). Así, alcanza la protección tanto a la vivienda individual como a la vivienda familiar*)"[11]. Esta afirmación es concordante con la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre que sanciona en el art. 23 que "*toda persona tiene derecho a la propiedad privada correspondiente a las necesidades esenciales de una vida decorosa, que contribuya a mantener la dignidad de la persona y del hogar*".

Un cuestionamiento análogo al que venimos formulando despierta la situación de desprotección en la que se encuentran los menores que quedan huérfanos, o los mayores incapaces, que hayan heredado o recibieren en donación un bien inmueble

[10] Esta es la opinión de Aída KEMELMAJER de CARLUCCI, vertida en ocasión de su exposición en la Asociación de Magistrados y Funcionarios Judiciales de la Provincia de Córdoba en el marco de la "Jornada sobre protección de la vivienda familiar" llevada a cabo el 6/10/04, para quien esta norma sería pasible de ser declarada inconstitucional en cuanto significa una limitación desde la perspectiva del principio de igualdad de las personas, y hasta ser causal de trato discriminatorio, a la luz de las disposiciones de los art. 14 bis y 16 CN.

[11] **XX Jornadas Nacionales de Derecho Civil**, recomendación de *lege lata* de la Comisión nº 4 sobre el tema "La persona humana como titular de la protección de la vivienda".

que no ha sido afectado como bien de familia, y a quienes no los une relación alguna de parentesco con sus representantes. Idénticas serían las consecuencias para el interesado cuando, habiendo estado el inmueble afectado al régimen legal, desaparecen las condiciones que permiten la subsistencia de la protección legal por aplicación del art. 49 de la ley 14.394[12].

4. La constitucionalización del Derecho Privado y la interpretación de las leyes.

Refiriéndose a la Constitución Nacional, BIDART CAMPOS enseña que sus normas "no pueden interpretarse en forma aislada, desconectándolas del todo que componen. La interpretación debe integrar las normas de esa unidad sistemática de la constitución, comparándolas y armonizándolas, de forma tal que haya congruencia y relación entre ellas. Este modo interpretativo va más allá del enunciado de que las normas no son independientes entre sí… lo que obliga a integrarlas no sólo en la unidad del sistema normativo, sino también en el plexo de valoraciones que ese sistema positiviza"[13]. Esta perspectiva del ilustre constitucionalista está en consonancia con el mismo Código Civil, que prevé en su art. 16 que: "Si una cuestión no puede resolverse, ni por las palabras, ni por el espíritu de la ley, se atenderá a los principios de leyes análogas; y si aún la cuestión fuere dudosa, se resolverá por los principios generales del derecho, teniendo en consideración las circunstancias del caso." La naturaleza dinámica de la realidad engendra de manera constante situaciones no necesariamente previsibles por el legislador, y el juez, que no puede inhibirse de fallar, siempre tiene posibilidades de lograr respuestas satisfactorias acudiendo a los valores que inspiran el sistema. Aún cuando decide el conflicto mediante la aplicación de una norma concreta, nunca procede de manera simple y lineal, sino que opera a través de una labor previa de interpretación, de un razonamiento creativo, haciendo intervenir distintos argumentos o fundamentos que le ofrece la tradición jurídica, aplicados de manera nueva según las circunstancias del caso.

Claramente advierte Pietro PERLINGIERI que "si en el ordenamiento se renuevan los principios, todas las normas asumen un espíritu y una finalidad diversos del espíritu y finalidad del tiempo de su publicación". Por lo que es posible, paralelo al devenir del tiempo histórico, la actualización constante del ordenamiento jurídico pues, desde una perspectiva sistemática, al modificar los principios fundamentales, cada institución y cada norma pueden "asumir en el conjunto del ordenamiento jurídico, un espíritu nuevo y una finalidad nueva"[14]. Este autor ha liderado la corriente de pensamiento que propicia una filosofía de respeto a la dignidad de la persona humana, y que promueve la constitucionalización de las instituciones del Derecho privado, ya

---

[12] Al respecto, DANSEY, Carlos Alberto ("*Protección de la vivienda"*, ponencia presentada en la Comisión nº 4, XX Jornadas Nacionales de Derecho Civil, **Conclusiones de Ponencias**, ob.cit., p.120) propone "aceptar por ley la recomendación dada por el Documento Nº 86/77 del XV Congreso Panamericano del Niño, realizado en Montevideo en junio de 1977 por el Instituto Interamericano del Niño, dependiente de la Organización de Estados Americanos (O.E.A.) a fin de que sean inembargables los inmuebles destinados a vivienda del deudor y su familia, no inscriptos como bien de familia", aunque advierte que "la familia beneficiada es la que determina el art. 36 de la ley 14.394", apreciación que no compartimos por las razones esgrimidas en el texto.

[13] BIDART CAMPOS, Germán, **Filosofía del Derecho Constitucional**, Ediar, Buenos Aires, 1969, p. 212.

[14] PERLINGIERI, Pietro, *Por un Derecho civil constitucional español,* **Anuario de Derecho Civil,** 1983-I, pág. 8, quien sostiene que la Constitución afecta el sistema de fuentes y de interpretación de las leyes. De manera explícita, afirma CIANCIARDO, Juan **(El conflictivismo en los derechos fundamentales,** Universidad de Navarra- 1999, EUNSA, Pamplona, 2000, pág. 297) que las normas fundamentales "tutelan aspectos de la vida humana indispensables para un desarrollo digno de la personalidad".

que “la justificación de toda institución jurídica está íntimamente enlazada con los principios fundamentales del ordenamiento”[15].

Esta mirada exhorta a una transformación del orden jurídico a partir del reconocimiento de la necesaria compatibilidad de la norma de rango inferior con el principio de rango constitucional que le sirve de sustento. Y quien decide o afirma esa correspondencia es el órgano encargado de aplicar el derecho, previa labor de interpretación. Es pertinente recordar aquí la reflexión de Néstor SAGÜÉS acerca de que “la interpretación de la constitución tiene que cuidar el equilibrio del conjunto. Ningún precepto debe ser magnificado ni minimizado… ninguna palabra o cláusula puede ser rechazada como superflua o carente de sentido, sino que a cada una debe dársele su debida fuerza y sentido adecuado”[16].

Si la Constitución exige acercarse hacia esta armonía y otorgar idéntica relevancia a todo lo preceptuado en ella, lo mismo tiene que ocurrir con las leyes que están comprendidas dentro del mismo orden y son contemporáneas. Esta armonización del plexo normativo impone, pues, la ponderación de una interpretación sistemática.

En el mismo sentido, FERREIRA RUBIO afirma que “El método sistemático hace hincapié en la consideración de la norma como parte integrante del ordenamiento. Las modernas corrientes en la materia sostienen la necesidad de un análisis integral de la norma tomando en consideración todas las facetas que intervienen en el proceso de normación jurídica.” Y agrega que “la integración es un proceso distinto de la interpretación y de la aplicación, y está vinculada con la característica sistemática del ordenamiento jurídico. Integrar consiste en cubrir los vacíos de la ley, recurriendo a la totalidad de los elementos que integran el ordenamiento jurídico”[17].

Por consiguiente, en el tema que nos ocupa, la armonización del ordenamiento jurídico obliga a estudiar cada rama de la legislación de la mano de toda otra que regule la misma materia, y a abandonar la perspectiva de que estamos frente a compartimentos estancos, revisando las técnicas usuales de interpretación, y renovando por esa vía “las viejas soluciones en relación con las instituciones del Derecho civil”[18]. Como decíamos anteriormente, si no es admisible que el legislador tenga una doble concepción sobre un mismo tema cuando sanciona diversas leyes, tampoco se le puede consentir esta conducta al intérprete.

El texto de la Constitución argentina de 1994 otorga rango constitucional a los tratados ratificados por el Estado, y el art. 75, inc.22, de la norma fundamental estipula que “los tratados…tienen jerarquía superior a las leyes”.

La incorporación de esta normativa con jerarquía constitucional tiene por finalidad no sólo complementar la parte dogmática de la Constitución, sino que condiciona el ejercicio del poder público, incluido el Poder Judicial, y exige el pleno respeto de las garantías que emanan de esos instrumentos. Este escenario reclama una nueva mirada del intérprete de la ley. Quienes desarrollan esta delicada tarea no sólo están obligados a conocer y aplicar los tratados, sino además a respetar la

---

[15] Ibidem.

[16] SAGÜÉS, Néstor, **Teoría de la Constitución**, Astrea, Buenos Aires, 2001, p. 150.

[17] FERREIRA RUBIO, Delia M., Comentario al art. 16 Cód. Civil, en: **Código Civil y normas complementarias**, BUERES, Alberto (Dir.) - HIGHTON, Elena (Coord,), Tomo I, Hammurabi, Buenos Aires, 1995, p. 29.

[18] PERLINGIERI, P., loc. cit., p. 5.

interpretación que de esos pactos se ha hecho en el ámbito internacional. Dada la jerarquía constitucional otorgada a los tratados de Derechos Humanos, su violación constituye no sólo un supuesto de responsabilidad internacional del Estado, sino la violación de la Constitución misma. En el plano interno la no aplicación de estos tratados por parte de los tribunales argentinos supondría la adopción de decisiones arbitrarias, por prescindir de la consideración de normas de rango constitucional[19]. Compete a los tribunales locales velar por el pleno respeto y garantía de los derechos reconocidos y por el cumplimiento cabal de todas las obligaciones internacionales asumidas por los países en materia de derechos humanos. Si los tribunales cometen errores en el cumplimiento de esa tarea, o deciden no hacer efectiva la aplicación de esos tratados, sus sentencias harán incurrir al Estado en violación de normas de rango constitucional.

5. Nuevas tendencias en la jurisprudencia nacional.

Aunque creemos necesario impulsar una protección amplia del derecho a la vivienda, y desde esta perspectiva parece prioritario adoptar los mecanismos regulatorios que estructuren operativamente la protección de este derecho, especialmente con relación a los más débiles, menores y discapacitados, no propiciamos la idea de que la vivienda de cualquier deudor quede fuera del alcance resarcitorio de terceros. En todo caso, siempre compete a los jueces ponderar los valores que estén en juego en cada caso concreto, a fin de alcanzar soluciones equitativas para los intereses en conflicto[20].

Afortunadamente nuestros tribunales están desplegando esfuerzos notables, a través de los cuales pueden registrarse decisiones jurisdiccionales que tonifican el sistema, toda vez que reflejan la superación de las permanentes tensiones entre la mera legalidad y la constitucionalidad[21]. En la temática que nos ocupa, encontramos a menudo que, en forma directa o de manera tangencial, los magistrados han resuelto conflictos vinculados con las nuevas formas familiares y su legitimación para reclamar en justicia al tratar otras cuestiones jurídicas.

Esta actitud de apertura permite detectar una fuerte tendencia por hacer operativos aquellos principios básicos constitucionales de igualdad, de libre desarrollo de la personalidad, de protección del débil, en definitiva, de la dignidad de la persona,

---

[19] ABRAMOVICH, V. y COURTIS, C., **Los derechos sociales como derechos exigibles**, ob.cit. p. 72.

[20] Sin embargo, frente a la comisión de un acto ilícito, no cabria esgrimir el carácter inalienable del derecho a la vivienda para amparar a la familia del delincuente en detrimento de la familia de la víctima. Compartimos la observación en tal sentido de CURA GRASSI, Domingo, *Derecho real de habitación del cónyuge supérstite y bien de familia. Coincidencias y diferencias,* ponencia presentada a la Comisión 4, XX Jornadas Nacionales de Derecho Civil, **Conclusiones de las ponencias,** ob.cit. p. 114.

[21] Señala CIANCIARDO, J., op.cit., p. 299, que hasta que "se constataron las contradicciones entre legalidad y constitucionalidad y se constituyó el control de constitucionalidad en un orden jurídico concreto, la vigencia de los derechos fundamentales se limitó al respeto del principio de la legalidad".

que son vitales para el bienestar general y que el Estado debe proteger interviniendo adecuadamente.

Así, por ejemplo, se ha reconocido el derecho de la concubina a reclamar por los daños patrimoniales sufridos por la muerte del compañero[22]. Ese mismo espíritu late en el art. 248 LCT que asigna derechos a la mujer que hubiese vivido públicamente con el trabajador en aparente matrimonio durante el mínimo de dos años anteriores al fallecimiento, a los fines de percibir la indemnización por muerte de aquel. Del mismo modo, en materia de jubilaciones y pensiones la Ley 24.241 establece que en caso de fallecimiento del jubilado, del beneficiario de retiro por invalidez, o del afiliado en actividad, el conviviente o la conviviente supérstite tendrá derecho a percibir la respectiva pensión (art. 53)[23].

En el caso del régimen previsional, cabe recordar su fuerte raigambre constitucional con base en el art. 14 bis C.N., que prevé la sanción de leyes cuyo contenido debe propender, entre otros aspectos, a la protección integral de la familia. De manera congruente, en reiteradas ocasiones la jurisprudencia de la Suprema Corte ha destacado la articulación del régimen previsional con la protección de los intereses familiares, afirmando que las leyes previsionales deben interpretarse conforme a su finalidad, que es la de cubrir riesgos de subsistencia, razón por la cual no es atinente la interpretación restrictiva de las leyes[24].

En esta misma senda se inscribe un pronunciamiento judicial que resuelve sobre un derecho diferente que también goza de raigambre constitucional, como es el derecho a la salud; en el caso los intereses afectados eran los de un niño y el tribunal afirmó el carácter operativo de ese derecho, al decidir que "los niños poseen, además de los derechos de toda persona, derechos específicos indispensables para su formación que requieren comportamientos que deben ser garantizados tanto por los adultos como por la sociedad global; tal es el sentido que informa a la convención de

---

[22] En un fallo de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires **(Causa Ac. 43068 Sent. del 12/11/1991)** que admite el reclamo de una concubina por el daño patrimonial ocasionado por muerte del concubino, resulta de particular interés el fundamento que se esgrime, ya que el tribunal reconoce el derecho de la concubina más que por la relación afectiva con la víctima, por la circunstancias de estar comprometidos derechos que emanan de su mera condición humana. En la sentencia se precisa que el perjuicio sufrido por la reclamante es de carácter jurídico, si bien no generado por el vínculo entre ella y la víctima, sino *en virtud de afectarse derechos provenientes de la ley*. En el tema que nos ocupa, propician un criterio restrictivo Eduardo Mundet, María Adriana Garay y Mariano Pelliza Palmes en ponencia sobre "*La familia en la ley 14.394*", presentada a las XX Jornadas Nacionales de Derecho Civil, en la que sostienen que: "*La ley debe proteger al concubino sólo en los casos de que existan hijos menores o incapaces*….", y que "*El requisito de la convivencia debe extenderse al cónyuge y a los hijos menores, exigiéndose declaraciones juradas que acrediten la convivencia en éste último supuesto y en el caso del concubinato, todo ello para evitar fraudes que amparándose en la protección que brinda la ley al proteger la vivienda vulnere el 'estado de familia', que da sentido a la ley".*

[23] Con relación a esta normativa, REVSIN, Moira, "*El 'Código Civil' no es el techo del ordenamiento jurídico*" (www.elDial.com, 19/12/05), hace referencia a la evolución que ha tenido el texto vigente del art. 53 de la ley 24.241, y expresa que en la primera oportunidad en que la legislación previsional incorporó la figura del conviviente y le otorgó derecho a pensión fue con la sanción de la ley 23.226 del año 1985. En su criterio, "la intención que ha tenido el legislador en esta oportunidad fue, por lo tanto, la de otorgar un derecho al conviviente y reconocer que la relación entre él y el separado de hecho configuraba una situación que debía recibir amparo legislativo; el requisito para que el conviviente supérstite obtenga el derecho a la pensión se limita a una convivencia durante los últimos cinco años anteriores al fallecimiento".

[24] Fallos 271:327, 280:75, 288:439, 289:148, 293:304, 294:94, 311:1937, reseñados por ZARINI, Helio Juan, **Constitución Argentina. Comentada y concordada**, Astrea, Buenos Aires, 2001, p. 76, entre otros.

los derechos del niño, de raigambre constitucional, derechos que no son pragmáticos sino operativos"[25].

Si bien las cuestiones que se ventilaron en los casos reseñados son ajenas a la problemática de la vivienda, el criterio que sustenta tales decisiones es igualmente válido para el tema que consideramos, pues está mostrando una perspectiva solidarista, superadora del rigor formal que conlleva una aplicación desencarnada de la ley y prescindente de las más urgentes necesidades de cualquier ser humano. Es que "toda vez que ante el derecho se plantea un problema asistencial de índole alimentaria o conexo de algún modo con la subsistencia, el punto de vista no puede dejar de ser generoso, porque así lo exige la protección de la necesidad y una elemental exigencia humanitaria, impregnada de solidaridad. Allí debe prevalecer la realidad por sobre la eventual inexistencia de vínculos formales"[26]. Y aunque la legislación vigente en materia de protección de la vivienda no tiene respuesta explícita para supuestos en los cuales se encuentre afectado el derecho individual a la vivienda, en la jurisprudencia se perciben fuertes señales de un cambio de óptica, orientado a agotar todas las posibilidades en torno a una interpretación armonizante entre las normas de diversa jerarquía que conforman el ordenamiento jurídico interno. En la base de esas soluciones puede intuirse cada vez más la vigencia horizontal de las normas constitucionales en las relaciones privadas,

En una decisión bastante reciente, la sala K de la Cámara Nacional en lo Civil[27] rechazó la pretensión de división de condominio del inmueble sede del hogar familiar. En el caso, el actor convivió con la demandada cuatro años en el inmueble adquirido en forma conjunta, y en ese período tuvieron una hija. Producida la ruptura de la unión, la madre, que continuaba habitando la finca con la menor hija de ambos, se opuso a la división del inmueble cuyo destino, al comprarlo, era servir como vivienda del grupo familiar. El tribunal no desconoce las proyecciones que las uniones de hecho tienen en la vida del hombre; y en especial, la proyección que avanza sobre los menores habidos de dichas uniones, y entiende que "la aplicación literal de la ley al supuesto de que se trata, conduce a un excesivo rigorismo legal". Y, con cita de Zannoni, señala que "...la restricción al poder dispositivo no atiende tanto al interés patrimonial del cónyuge, cuanto al interés familiar comprometido; particularmente, el de los hijos menores o incapaces que conviven en el inmueble que constituye el hogar conyugal". En el decisorio se advierte que la división de la cosa común compromete la vivienda del núcleo familiar (madre - hija) y así, el interés de la menor, por lo que concluye que "la demora impuesta en la división del condominio hasta que la menor hija de los

[25] "B. D. M. y otros c/ Medicus S.A. s/sumarísimo" - CNCOM - SALA B - 24/10/2005. "Resulta acreditado en la especie que el menor N. B. padece una encefalopatía secular no progresiva desarrollando una clínica de diparesia espástica a prevalencia distal, enfermedad por la que sufre una discapacidad motriz. Ergo, es de toda obviedad que en la especie está en juego el derecho a la salud, de rango constitucional (cfr. art. 42 Constitución Nacional; art. 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, adoptados por la ONU el 16.12.66, ratificado por ley 23.313) y jerarquía superior a las leyes de acuerdo el art. 22 de la Carta Magna (CNCom., esta Sala, in re "Papandrea de Chiessa, Josefa c/Citibank NA s/amparo", del 24.6.02, id. "Baetti, Juan Carlos c/PEN s/amparo", del 10.6.03)". www.elDial.com.ar.

[26] Cfr. ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, **Resarcimiento de daños**. Vol. 2b. **Daños a las personas (Pérdida de la vida humana**), Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 1990, p. 419, quien trae a colación una decisión del TSJ Córdoba, según el cual "Cuando dos personas conviven de un modo estable y regular, como marido y mujer, constituyen una comunidad espiritual y material, en la que aportan esfuerzos y colaboración recíprocos que en poco se diferencian, en los hechos de la vida matrimonial….", TSJ Córdoba, 8/8/97, "Semanario Jurídico", nº 1160, del 25/9/97.

[27] CNCIV - Sala K - 31/05/2006, "V. S. S. c/ A. N. del V. s/ división de condominio". www.eldial.com.ar 7/06/06.

concubinos llegue a la mayoría de edad por extensión analógica del citado art. 1277, se embreta dentro de la norma del art. 2692 del C.C. en la medida que la restricción aplicada genera una indivisión forzosa en los términos del art. 2715 de dicho ordenamiento". Con idénticos fundamentos, la Cámara rechazó el canon locativo reclamado por el actor a título de compensación por el uso del 50 % del inmueble, en virtud de que la condómino ocupante lo habita con la menor, para con quien el actor tiene deber alimentario integrado por el rubro "vivienda".

Concordante con el espíritu de esta sentencia, y aunque el caso concierne al fuero penal, es la decisión adoptada por el Juzgado de Instrucción n° II de San Carlos de Bariloche[28], en virtud de la cual se sobreseyó a una mujer que, luego de infructuosas gestiones llevadas a cabo durante seis años ante la Municipalidad local dirigidas a lograr la cesión de una vivienda, usurpó un inmueble de esa entidad pública. Haciendo mérito del estado de necesidad en la que se encontraba la imputada, el magistrado actuante dictó el sobreseimiento dadas "las condiciones de vida experimentadas por L. A. H., única fuente de sustento económico de un grupo familiar compuesto por cinco hijos de entre 2 y 12 años de edad, dos de ellos con deficit alimentario, desempleada, carente de vivienda y sin familia que pueda proveer de cuidado y atención." En palabras del juzgador, éste considera que se encuentra ante un cuadro que "objetivamente analizado, indica la existencia de un riesgo cierto, que no ofrece a H. otra alternativa que la comisión de un ilícito como medio para evitar un mal actual e inminente al que es ajena". Cabe destacar en este caso el esfuerzo de ponderación que hace el tribunal entre los distintos bienes amenazados, como son la vida y la integridad física de la madre y sus hijos, para reconocer una situación acuciante que se erige en causal de justificación suficiente para exculpar a la imputada del delito de usurpación cometido, como consecuencia de la imperiosa necesidad de acceder a una casa-habitación.

En la jurisprudencia local, esta tendencia encuentra una expresión contundente en un destacado fallo dictado por la Cámara Tercera Civil y Comercial[29]. En el caso se consideraba el reclamo de dos acreedores de buena fe que pretendían hacer valer sus acreencias sobre un mismo bien, el primero en razón de la prioridad registral que adquirió la inscripción de su embargo al caducar la anterior inscripción provisoria de la escritura de venta, el otro, invocando su condición de adquirente que ha pagado íntegramente el precio, ha labrado la escritura y ha recibido la posesión del bien, todo ello antes de la traba del embargo. El tribunal resuelve a favor del adquirente cuyo contrato de compraventa tiene fecha cierta, es de buena fe, ha demostrado haber recibido la posesión y está habitando el *inmueble que constituye la vivienda familiar*, tomando en consideración que el crédito de dominio del tercerista tiene "la preferencia que surge del art. 1185 bis del Cód. Civil, que a estos efectos ha de entenderse reglamentario del art. 14 bis de la Constitución Nacional, y de las normas de los tratados internacionales con jerarquía constitucional: art.11 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; art. 25, inc.1º, de la Declaración Universal de Derechos Humanos; art. 11, del Pacto de Derechos Económicos,

[28] Juzgado de Instrucción n° II, San Carlos de Bariloche (Río Negro), 22/03/2006, autos "H. L. A. s/usurpación".www.eldial.com.ar 10/04/06.

[29] Cám. 3º Civ. Com. de Córdoba, "Banco Bisel S.A. c/Edinco S.A. y otros – Ejecutivo particular - Tercería de dominio", 17/11/05. El criterio que inspira esta sentencia fue dejado de lado por la misma Cámara en un pronunciamiento posterior, porque en el caso "*el bien adquirido por la tercerista es un local de comercio que, por lo tanto, no puede entrar en este régimen de excepción"*, autos "Terceria de Dominio de Azucena Rosa Rivero de Gomez en autos: Herrero Eduardo c/ Jorge Cagnolo", Sent. nº 54, 11/05/06.

Sociales y Culturales, como también el art. 58 de la Constitución de la Provincia de Córdoba". Consecuentemente le acuerda preferencia sobre el crédito dinerario del ejecutante, congruente con el mandato constitucional que "impone tutelar el derecho a la vivienda constituida precisamente en el inmueble objeto de ese crédito, por sobre la pretendida prioridad temporal de un acreedor de dinero que trabó una medida cautelar sobre el bien, en resguardo de una obligación que podrá hacerse efectiva sobre cualquier otro bien que integre la "prenda común de los acreedores". Entre otros fundamentos, agrega que "la función de la Constitución es moldear las relaciones sociales, y que las normas constitucionales -sobre todo los principios generales y las normas programáticas- pueden producir efectos directos y ser aplicadas por cualquier juez en ocasión de cualquier controversia. La idea es que la Constitución deba ser inmediatamente aplicada también en las relaciones entre particulares, al menos siempre y cuando la controversia de que se trate no pueda ser resuelta sobre la base de la ley, ya sea porque la ley muestre lagunas o porque la ley sí ofrece una solución, pero tal solución parece injusta"[30].

También el fuero local se ha visto sorprendido por otra decisión que se articular directamente con nuestro tema en análisis. Sobre la base de argumentos fundados en la necesidad de profundizar el aspecto tuitivo de los derechos fundamentales, entre los cuales se encuentra el derecho a la vivienda, y la exigencia de actualizar esa protección a través de "medidas apropiadas para asegurar la efectividad de este derecho" (PIDESyC, 11, 1), el Tribunal Superior de Justicia local acaba de dictaminar la inembargabilidad e inejecutabilidad de la vivienda única, aunque en el caso no se encuentre afectada por falta de inscripción, y como tal protegida por el régimen de la ley 14.394[31]. Los integrantes del alto Tribunal se han pronunciado en pleno a favor de la constitucionalidad de la cláusula del art. 58 de la Constitución Provincial que estatuye que la vivienda única "es inembargable, en las condiciones que fija la ley", y de la respectiva reglamentación dispuesta por Ley 8067, que la considera "automáticamente inscripta de pleno derecho como bien de familia" a partir de la vigencia de dicha ley[32].

El fallo genera toda la expectativa del caso, pues aún cuando la protección de la vivienda familiar sea facultad concurrente del gobierno nacional y local, no puede admitirse en derecho que todo se reduce a una mera cuestión instrumental, como es la inscripción (constitutiva) que impone el régimen nacional vigente[33].

6. Conclusiones.

A la luz de estos precedentes, y a partir de la reforma de 1994, especialmente con la incorporación de los tratados y convenciones internacionales a la jerarquía

---

[30] El tribunal hace suyo el voto del vocal preopinante Guillermo Barrera Buteler.

[31] TSJ Córdoba en pleno, autos "Romero Carlos E. c/ Andrés F. Lema - desalojo - recursos de casación e inconstitucionalidad", A.I. nº 108, 04/07/2006.

[32] Esta decisión reaviva la discusión sobre la competencia de las provincias para modificar el sistema de afectación creado por la ley nacional. Cfr. KEMELMAJER de CARLUCCI, A., **Protección jurídica de la vivienda,** ob. cit., pp. 61 y ss.

[33] Al respecto, en su pronunciamiento el Tribunal afirma que "*la modalidad de reconocimiento gubernamental local en cuanto a la publicidad asegura el conocimiento por los terceros en forma equivalente a lo normado por la ley nacional*", por lo que la diferencia entre la regulación de la ley nacional y la ley local estaría reducida a "*la variación en la modalidad del reconocimiento estatal del bien de familia*", lo que implica desdeñar el recaudo de la inscripción, como elemento visceral del sistema de publicidad registral que impera en nuestro ordenamiento jurídico.

constitucional, se advierte una cada vez más acentuada actuación de los principios constitucionales en temas vinculados con los derechos de la persona y de la familia[34].

Como consecuencia de la creciente influencia de la norma constitucional sobre el Derecho Privado, hay un firme proceso de reconocimiento de los derechos fundamentales respecto a lo que es "el interés superior del Estado"[35], que repercute en la tarea legislativa, doctrinaria y jurisprudencial.

El desafío al que deben atender los legisladores en su función sancionadora de normas, por un lado, y los magistrados en su tarea específica, por el otro, consiste precisamente en realizar la coexistencia entre la dimensión del derecho en abstracto y la de las nuevas formulaciones socio-.jurídicas contenidas o derivadas de los derechos reconocidos en la Constitución.

El legislador se encuentra especialmente obligado, ya que recibe de los derechos fundamentales los impulsos y las líneas directrices para orientar su tarea, por lo que su intervención es la vía óptima para diseñar la proyección de los derechos fundamentales. Los obstáculos a una vasta tutela de la dignidad humana, que se ve demorada frente a normas que sólo en apariencia brindan protección, podrán ser superados a través de una legislación adecuada para la actuación de los principios constitucionales.

El juez, en su función de intérprete de la ley y apoyándose en el método sistemático, deberá comprender que el sistema remonta a la norma fundamental y, consecuentemente, efectuar la valoración axiológica que ella supone. Y hasta tanto la normativa particular se perfeccione, los tribunales pueden ir superando las trabas que supone la ausencia o laguna legislativa, señalando vigorosamente las violaciones a los derechos, imponiendo el cumplimiento de los derechos no satisfechos con pronunciamientos innovadores, siempre fundados en el derecho vigente. El Poder Judicial no puede sustituir al Legislativo y al Ejecutivo en la formulación de políticas públicas, pero debe señalar todas las violaciones a los derechos y principios, tomando decisiones que, a través de sus efectos jurídicos, pueden transformar la realidad, graduando sus decisiones de acuerdo con las circunstancias del caso, desde la imposición de la obligación de cumplir una prestación concreta, o efectuar requisitorias, hasta poner en mora a la Administración.

Compete a los doctrinarios, por su parte, contribuir a la elaboración y delimitación de los conceptos, descubriendo cuál es la vertiente originaria en la que abrevan, para vigorizar las instituciones y los instrumentos de protección y de garantía de los derechos fundamentales, que atañen a cada hombre en función de la concreta posición que ocupa en el contexto social. La tarea de la jurisprudencia, según se advierte en los distintos fueros, confirma la corriente sostenida que anima en la actividad jurisdiccional de nuestros tribunales, y que se orienta significativamente hacia el reconocimiento de ese derecho constitucional que hace a la dignidad de la persona, reconocido y elevado a la categoría de derecho fundamental, cual es el derecho a la vivienda.

---

[34] Cfr. RIVERA, Julio C., *El Derecho Privado constitucional*, **Revista de Derecho Privado y Comunitario, Derecho Privado en la reforma constitucional,** núm. 7, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1994, p. 36, quien asigna relevancia sustancial al "reconocimiento del rango constitucional de tratados que regulan materias de Derecho Civil".

[35] Cfr. PERLINGIERI, P., loc. cit., p. 6.