

“LA PERSONA HUMANA Y LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LA VIVIENDA”¹

Por María Cristina Plovanich *

SUMARIO. 1. La protección de la vivienda como parte de los derechos humanos. 2. Complejidad de la temática. 3. El derecho al acceso a una vivienda digna. 4. Protección de la vivienda que se habita. La metodología del tema en el CCyC. 5. Objeto de la afectación. 6. Protección de la vivienda frente a derechos de terceros. 7. Reflexiones finales.

1. La protección de la vivienda como parte de los derechos humanos.

El Código Civil y Comercial de la Nación (en adelante CCyC), conforme lo expresan los Fundamentos, reconoce el derecho de acceso a la vivienda como un derecho humano, digno de amparo y defensa, en todos sus aspectos. De este modo, se adecua la legislación sustantiva a lo que marcan los textos constitucionales como parte del proceso de constitucionalización que ha experimentado el Derecho Privado, que requiere la armonización del sistema infraconstitucional con los valores del bloque de constitucionalidad que integran los Tratados, Convenciones y Pactos internacionales incluidos en el texto de la Carta Magna.

El CCyC reafirma el resguardo a bienes humanos básicos que la sociedad actual reconoce de protección necesaria, 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 personalidad².

Si bien la vivienda familiar encontraba en nuestro país tratamiento tuitivo en la Ley 14.394³ que regulaba el llamado “bien de familia”, a partir de la sanción del CCyC esa ley es sustituida introduciéndose modificaciones relevantes. Una clara orientación del cambio lo brinda la denominación al pasar de “bien de familia” a “vivienda protegida”, esto indica que se amplía la

¹ Artículo originalmente publicado en: Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia. Derecho de Familia, Julio 2017. N° 80. p. 61. ISSN 1851-1201

* Doctora en Derecho y Cs. Sociales. UNC. Profesora Adjunta de las asignaturas Derecho Privado I. Parte General y Derecho Privado VII. Derecho de Daños, de la Facultad de Derecho. UNC. Investigadora. Docente de Posgrado. Profesora titular de Derecho Civil I. Universidad Blas Pascal. Miembro del Instituto de Derecho Civil de la Academia de Derecho de Córdoba.

² PLOVANICH, María Cristina- JUANES, Norma, “*Un análisis del derecho a la vivienda desde la perspectiva de las garantías constitucionales*”, LEXISNEXIS CÓRDOBA, N° 8, noviembre de 2006, p.721-729, ISBN 987-592-194-7 y en www.acaderc.org.ar

³Ley 14.394-Régimen de menores y bien de familia. Promulgada el 14/ 12/ 54.Publicada en el B. O.: 30/ 12/ 54. Reformada por leyes 17711, 22278, 23264 y 23515.

mirada al extender el universo de personas protegidas. Esta innovación deviene de transformaciones culturales, sociales que indican que la persona en sí y por tanto aquello que constituye su amparo, seguridad como es la vivienda, merece protección cualquiera sea la inserción familiar o aun sin ella. Por su parte el concepto de familia tiene hoy una significación diferente a la de 1954, año en que se dictó la mencionada ley.

Estos cambios se enmarcan en el llamado proceso de constitucionalización que ha experimentado el derecho privado, y que requería la armonización del ordenamiento legal a los Pactos, Tratados y Convenciones internacionales incorporados en el año 1994 a la Constitución Nacional en el art. 75 inc. 22. Además el mismo artículo en su inc. 23 expresa que se debe: “...*legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato y el pleno goce de los derechos reconocidos por esta Constitución y los Tratados Internacionales vigentes sobre Derechos Humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad*”. A partir de estas mandas se impuso la relectura del derecho privado a la luz de los valores y principios que contienen las normas constitucionales y supranacionales.

Para determinar qué se entiende por “constitucionalización del ordenamiento jurídico”, se toman como referencia las expresiones de Riccardo Guastini, quien dice que es un proceso de transformación de aquél, al término del cual “*resulta totalmente ‘impregnado’ por las normas constitucionales*”, porque la Ley Fundamental resulta “*extremadamente invasora, entrometida, capaz de condicionar tanto la legislación como la jurisprudencia y el estilo doctrinal, la acción de los actores políticos así como las relaciones sociales*”⁴.

Al indagar sobre la validez de este pensamiento respecto al sistema argentino podría sostenerse que efectivamente ese es el camino que se transita en los diferentes ámbitos mencionados, aunque es preciso admitir que, como lo indica la realidad, subsisten dificultades para su concreción según se analizará más adelante. En lo relativo a la legislación, se observa que entre los principios que sustentan el contenido del CCyC se encuentra, precisamente, la constitucionalización del derecho privado. En los Fundamentos se lee: “...*El Anteproyecto, ... toma muy en cuenta los tratados en general, en particular los de Derechos Humanos, y los derechos reconocidos en todo el bloque de constitucionalidad. En este aspecto innova profundamente al receptar la constitucionalización del derecho privado, y establece una comunidad de principios entre la Constitución, el derecho público y el derecho privado,*

⁴ GUASTINI, Riccardo, “La ‘constitucionalización’ del ordenamiento jurídico: el caso italiano” (trad. de José Ma. Lujambio) En: Carbonell, Miguel (ed.), Neoconstitucionalismo(s). 4ª edición, Madrid, Trotta- UNAM, 2009, p. 49-73.

ampliamente reclamada por la mayoría de la doctrina jurídica argentina. Esta decisión se ve claramente en casi todos los campos: la protección de la persona humana a través de los derechos fundamentales, los derechos de incidencia colectiva, la tutela del niño, de las personas con capacidades diferentes, de la mujer, de los consumidores, de los bienes ambientales y muchos otros aspectos. Puede afirmarse que existe una reconstrucción de la coherencia del sistema de derechos humanos con el derecho privado”.

Una demostración de la decisión de hacer efectiva la protección de la persona humana a través del goce de derechos fundamentales, lo da el 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.

Al presentar los lineamientos generales del régimen de la Vivienda en los Fundamentos del CCyC se expresa: *“El derecho de acceso a la vivienda es un derecho humano reconocido en diversos tratados internacionales. Esto justifica que se dedique un Capítulo especial para la vivienda; el régimen proyectado sustituye al del bien de familia de la ley 14.394. Las modificaciones son importantes, en tanto: (a) se autoriza la constitución del bien de familia a favor del titular del dominio sin familia, atendiendo a la situación, cada vez más frecuente, de la persona que vive sola; se permite que el bien de familia sea constituido por todos los condóminos, aunque no sean parientes ni cónyuges; (b) la afectación también puede ser decidida por el juez, a petición de parte, en la resolución que atribuye la vivienda en el juicio de divorcio o en el que resuelve las cuestiones relativas a la conclusión de la convivencia, si hay beneficiarios incapaces o con capacidad restringida; c) se amplía la lista de los beneficiarios al conviviente; (d) se prevé expresamente la subrogación real, reclamada por la doctrina y recogida en diversos pronunciamientos judiciales, que permite adquirir una nueva vivienda y mantener la afectación, así como extender la protección a la indemnización que provenga del seguro o de la expropiación; (e) se resuelven problemas discutidos en la doctrina, los cuales son: la situación de la quiebra, adoptándose el criterio según el cual el activo liquidado pertenece sólo a los acreedores anteriores a la afectación, y si hay remanente se entrega al propietario; la admisión de la retroprioridad registral, en tanto se remite a las normas de la ley registral que así lo autorizan; la inoponibilidad a los créditos por expensas en la propiedad horizontal y a los créditos alimentarios, etcétera”.*

Estos párrafos reflejan casi la integralidad de las modificaciones introducidas en la cuestión.

2. Complejidad de la temática.

La protección de la vivienda es un tema complejo ya que puede ser abordado desde diferentes aristas, que van desde el respeto a la dignidad de la persona en sí, hasta cuestiones de orden familiar, patrimonial, sucesorio, registral, tributario, etc. Además muchos de estos aspectos se vinculan con el derecho de propiedad, y en numerosas ocasiones los derechos reconocidos en cada uno de esos ámbitos confrontan entre sí. Como expresa Carlos Rozenkrantz *“El derecho de propiedad es un derecho competitivo. A diferencia de otros derechos que no rivalizan mucho, el derecho de propiedad rivaliza con todos aquellos derechos cuyo ejercicio requiere el uso de los recursos sobre los que se puede ejercer propiedad”*⁵. Desde ya que esto torna más dificultosas las soluciones.

En lo que hace al eje de este trabajo, la vivienda como derecho humano que tiende a la protección de la persona humana en sí, hay que distinguir dos aspectos: a) el derecho al acceso a una vivienda digna y b) la protección de la vivienda que ya se habita⁶. Otra perspectiva a considerar es el derecho que los terceros pueden tener sobre la vivienda que se protege.

En cada ámbito pueden presentarse tensiones, entre la protección de la persona y los recursos del Estado, entre el derecho de propiedad de los diferentes miembros de una familia, y vinculadas al derecho de propiedad de los acreedores, todos derechos de igual jerarquía. En cuanto al derecho al acceso a una vivienda digna, la realidad señala que en múltiples ocasiones de desamparo de la persona se interpela al Estado por el no cumplimiento de sus obligaciones. En lo referido a la protección de la vivienda que ya se habita, genera en algunas oportunidades conflictos intrafamiliares, en especial al producirse el divorcio o la ruptura de

⁵ ROSENKRANTZ, Carlos, ob.cit.

⁶ Numerosos doctrinarios registran la diferencia, por caso KEMELMAJER de CARLUCCI, A., Protección Jurídica de la vivienda Familiar. Buenos Aires (1995): Hammurabi, p. , en trabajo reciente, KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída y MOLINA de JUAN, Mariel, “La protección de la vivienda de niños, niñas y adolescentes en el Código Civil y Comercial Argentino”, Actualidad Jurídica Iberoamericana, N° 2, febrero 2015, www.idibe.org, pág. 91. Entre los precedentes judiciales, se puede mencionar una sentencia de primera instancia del Poder Judicial de Salta⁶, que destaca la disparidad entre “derecho a la vivienda” y la “protección de la vivienda”, el primero como derecho al acceso a la misma y el otro como medidas tuitivas de la propiedad que ya se tiene. “Acción de amparo presentado por la Dra. Natalia Buirra, en representación de A.M.A.” – Juzgado Correccional y de Garantías n° 5 Distrito Judicial del Centro (Salta) - 01/06/2009. El fallo fue apelado ante la Suprema Corte provincial, con efecto devolutivo, por lo que en cumplimiento de aquella sentencia, el Estado provincial adjudicó una vivienda a la amparista, que la habitaba y pagaba periódicamente una suma módica para adquirirla.

uniones convivenciales, o en cuestiones vinculadas al cumplimiento de la responsabilidad parental. Con relación a terceros respecto al modo en que éstos podrán resguardar sus derechos ante la protección otorgada sobre el bien que ya es garantía de sus créditos.

Se tratará por separado cada aspecto.

3. El derecho al acceso a una vivienda digna

Es este el aspecto que quizás mayores dificultades presenta en su concreción, aquí la tensión está dada entre la dignidad de la persona y las políticas de Estado adoptadas para su efectividad. El CCyC dispone en el art. 1097 que: ... “La dignidad de la persona debe ser respetada conforme a los criterios generales que surgen de los tratados de derechos humanos...”, si bien la norma se contextualiza en los Contratos de Consumo debe entenderse como parte del sistema de modo integral. Esta afirmación colisiona con la debilidad de las políticas de Estado para combatir la pobreza estructural, la dificultad de acceso al trabajo, que se traducen en angustiantes situaciones de desamparo padecidas por personas individuales o grupos poblacionales. Claramente se advierte que la cuestión excede al derecho privado, pero precisamente al desdibujarse las líneas que separan el derecho público del derecho privado, la constitucionalización e internacionalización del derecho privado hacen que este aspecto forme parte del tratamiento de la vivienda.

El derecho a la vivienda digna tiene raigambre constitucional y forma parte de los derechos económico-sociales que hacen a la dignidad humana. Se encuentra consagrado en el art. 14 bis C.N. por tanto debe estar garantizado por el ordenamiento positivo, independientemente de la situación jurídica de quienes resulten beneficiarios, y con prescindencia de que se encuentren o no inmersos en el seno de un grupo familiar. Incorporado a la Constitución Nacional en 1957, está además entre los derechos que a partir del año 1994 integran el bloque de constitucionalidad; por eso, sobre el Estado Argentino, recaen obligaciones positivas tendientes a garantizar su cumplimiento, y a adoptar los mecanismos adecuados para preservarlo y hacerlo compatible con los demás condicionamientos económicos y sociales de la población⁷. Debe tenerse presente, como expresan Nora Lloveras y Marcela Servent, que la Constitución ha instrumentado como garantía frente a los derechos reconocidos y a los compromisos asumidos la vía del recurso de amparo (CN argentina, art. 43)⁸. Además, en el último párrafo del art. 103 CCyC, se introduce una novedad que está referida a la actuación del Ministerio Público en

⁷ JUANES, N. y PLOVANICH, M. C: “El derecho a la vivienda: aristas actuales de una cuestión ¿vital?”, Revista de Derecho de Familia y las Personas, La Ley (2010) núm. 10, pp. 40- 52 .

⁸ LLOVERAS, Nora-SERVENT, Marcela, Enfoque de familia en las políticas sociales básicas del nuevo texto constitucional. 1996 Doctrina JA 1996-III-591. Citar Lexis N° 0003/001364

el ámbito extrajudicial a efectos de garantizar los derechos humanos: “...actúa ante la ausencia, carencia o inacción de los representantes legales, cuando están comprometidos los derechos sociales, económicos y culturales”. La mayoría de los antecedentes judiciales de actuación del Ministerio Público al respecto durante la vigencia del Código de Vélez, se vinculan con la interposición de recursos de amparo en resguardo de la salud, vivienda, educación de menores⁹.

Puede afirmarse entonces que desde lo legislativo el acceso a la vivienda tiene suficiente cobertura, se encuentra amparado por el bloque de constitucionalidad federal, y cuando se pone en riesgo la integridad física, salud, necesidades básicas del ser humano, las medidas de protección de derechos están orientadas a brindarles ayuda, incluso apoyo económico¹⁰.

Sin embargo la realidad señala que son numerosas las situaciones de carencia de hábitat, algunas dramáticas para quienes las atraviesan, donde ante la insuficiencia de programas públicos que den respuesta a esta necesidad básica, debe intervenir el Poder Judicial frente los reclamos planteados. Esto genera puntos de tensión, pues se reconoce que no es incumbencia de este poder del Estado generar soluciones, sino que es tarea del poder político, además solo se puede resolver sobre reclamos particulares dejando fuera un sinnúmero de casos semejantes. La Suprema Corte de Buenos Aires, en base a los argumentos expresados por la Corte de la Nación, sostuvo que estos derechos no tienen operatividad directa sino operatividad derivada en la medida que consagran obligaciones de hacer a cargo del Estado. Reconoció que no es función de la jurisdicción determinar qué planes concretos debe desarrollar el gobierno, pero sí el control de razonabilidad. Adujo que la falta de recursos no es, de por sí, un justificativo razonable para no brindar la prestación, porque los Estados Partes al incorporar estos derechos asumen el deber de proteger a los miembros o grupos más

⁹ "José Antonio Iglesias y Beatriz M. E. Campos C/ Gobierno de la Ciudad Autónoma S/Amparo" - Juzgado Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires Nro. 11 - 10/07/2006 www.eldial.com 11-08-06; causa promovida por la Asesora de Menores a efectos de gestionar la autorización judicial para que se brinde la asistencia sanitaria pertinente a un niño con discapacidad y en situación de calle, O., M. s. Protección Integral /// Superior Tribunal de Justicia, Chaco, 01-09-2014; RC J 8718/14, Rubinzal-Culzoni, Boletín Diario, 12/12/ 2014). Ver Plovovich, María Cristina, Representación y Asistencia. Comentario a los Arts. 100 a 103, y 138 al 140 del Código Civil y Comercial de la Nación, en Código Comentado, anotado y concordado. T.I. Directores: Lidia Garrido-Alejandro Borda- Pascual E. Alferillo. Coordinador: Walter Krieger. Ed. Astrea. Año 2015. p. 122 a 128. p. 168 a 171. ISBN 978-987-706-061-4.

¹⁰ Así lo dispone la Ley 26061, en su art.35. Se encuentra consagrada en una pluralidad de instrumentos internacionales de Derechos Humanos, y ha merecido tratamiento doctrinario extenso, entre otros: JUNYENT BAS, F. y otros: La tutela de la vivienda. Córdoba (2001): Advocatus, p. 28. JUANES, N. y PLOVANICH, M. C: “El derecho a la vivienda: aristas actuales de una cuestión ¿vital?”, Revista de Derecho de Familia y las Personas, La Ley (2010) núm. 10, pp. 40- 52. PISARELLO, G.: Vivienda para todos, Un derecho en (de) construcción: el derecho a una vivienda digna y adecuada como derecho exigible. Barcelona (2003): Icaria, p. 76.

desfavorecidos y marginados de la sociedad aun en momentos de limitaciones graves de recursos, adoptando programas específicos de un costo relativamente bajo¹¹.

Los pronunciamientos judiciales han ido perfilando los lineamientos para la exigibilidad de los derechos económicos y sociales. La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha expresado que *"no compete a la Corte Suprema valorar ni emitir juicios generales sobre situaciones cuyo gobierno no le está encomendado. Pero como intérprete final de principios de rango constitucional, le incumbe velar, en los casos sometidos a su conocimiento, por la vigencia real de esos principios y el logro de la plenitud del estado de derecho"*¹². Manifiesta que se presentan situaciones en las que se impone adoptar una posición equilibrada que armonice el ejercicio de la función jurisdiccional útil con la correlativa limitación institucional de igual jerarquía jurídica. Al superar la idea que les asignaba a los derechos económico sociales un mero carácter programático, la Corte nacional ha dicho que los preceptos que consagran esta clase de derechos sociales poseen una "operatividad derivada", en el sentido de que si bien por su solo enunciado no confieren a los ciudadanos una acción judicial para solicitar su satisfacción, vinculan y obligan al Estado, al tiempo que permiten a los jueces un escrutinio de razonabilidad y los habilitan para disponer medidas en casos extremos, en cuanto se verifique la afectación de un núcleo esencial que atañe al reconocimiento mínimo e impostergable de tales bienes jurídicos¹³.

En este orden la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires reconoce *"que el Poder Judicial no tiene a su cargo funciones que son más apropiadas de las políticas sociales, no corresponde dentro de su órbita de actuación diseñar políticas públicas, pero no inhibe la actuación del Estado Juez ante supuestos excepcionales, en los que se advierta, de un modo evidente, gravemente vulnerados derechos fundamentales y la necesidad de brindar una respuesta urgente. En tal contexto y en ejercicio de la jurisdicción, compete al Poder Judicial adoptar las decisiones más idóneas para asegurar la efectividad de tales derechos. No puede verse en ello un propósito de sustituir a los otros departamentos del Estado en la definición, programación y ejecución de las políticas públicas, ni tomarse su decisión como una valoración o emisión de juicio general respecto de situaciones cuyo gobierno le son ajenas..."*¹⁴. No es una operatividad directa, en el sentido de que, en principio, todos los ciudadanos puedan

¹¹ SCBA, 03/07/2013, "B.A.F. c. Provincia de Buenos Aires s/amparo", APJD 29/07/2013, Abeledo Perrot, Nº: AR/JUR/26478/2013.

¹² CS Fallos 301:77. En similar sentido, Fallos 300:1282 y disidencia de las señoras Juezas E. I. Highton de Nolasco y C. Argibay in re "Rodríguez K. V. c/Estado Nacional y ot. s/amparo", sent. del 7-III-2006.

¹³ v. Q.64.XLVI., "Q. C., S. Y. c. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ Amparo", sent. de 24-IV-2012, Cons. 11.

¹⁴ SCBA, 03/07/2013, "B.A.F. c. Provincia de Buenos Aires s/amparo", APJD 29/07/2013, Abeledo Perrot, Nº: AR/JUR/26478/2013.

solicitar la provisión de una vivienda por la vía judicial; no obstante, los derechos fundamentales que consagran obligaciones de hacer a cargo del Estado con operatividad derivada están sujetos al control de razonabilidad por parte del Poder Judicial, toda vez que hay una garantía mínima del derecho fundamental que constituye una frontera a la discrecionalidad de los poderes públicos cuando se acredita una amenaza grave para la existencia misma de la persona.

Las dificultades y tensiones que este aspecto genera son tratadas por Carlos Rosenkrantz al exponer sobre el derecho de propiedad en el nuevo CCyC, trabajo en el cual el autor se interroga acerca de *“si el modo en que se reguló el derecho de propiedad en la reforma del Código Civil y Comercial es novedoso, esto es, si lo que se ha sancionado con fuerza de ley genera o no nuevas soluciones a problemas anteriores o si, por el contrario, genera nuevos problemas sin soluciones”*¹⁵. En su visión no se han generado nuevos problemas constitucionales respecto del derecho de propiedad pero tampoco ha generado nuevas soluciones. Sostiene: *“El derecho de propiedad es un derecho competitivo. A diferencia de muchos otros derechos que no rivalizan mucho, el derecho de propiedad rivaliza con todos aquellos derechos cuyo ejercicio requiere el uso de los recursos sobre los que se puede ejercer propiedad”*. Encuentra a los arts. 1 y 2 del CCyC como generadores de punto de incertidumbre ya que sostiene: *“no es claro si el artículo 1º hace referencia a los tratados mencionados en el art. 75, inc. 22 de la Constitución nacional o a todos los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte, hubieran sido ellos constitucionalizados o no”*. Expresa el autor que pese a la falta de rigor legislativo las tradiciones interpretativas aclararán dudas, lo que puede hacerse, en su criterio, usando el sentido común e indicando que los tratados de derechos humanos que deben ser aplicados o tenidos en cuenta al interpretar una ley deben ser aquellos mencionados en el artículo 75 inc.22 de la Constitución Nacional o los que en un futuro sean constitucionalizados. El planteo lo lleva a reflexionar acerca del impacto que significó la incorporación de los tratados de derechos humanos en la CN, del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y la aplicación del principio de no regresividad, ello hace que los gobiernos se encuentren impelidos en la definición de políticas públicas y constreñidos en el uso del presupuesto. A lo que se adiciona la decisión de seguir las interpretaciones que efectúa la Corte Interamericana, que suele ser muy generosa en sus definiciones. Opina el autor que para saber cuál será el régimen de propiedad vigente habrá que *“esperar a las futuras decisiones de nuestros tribunales y, dado el diferimiento que nuestra Corte Suprema ha*

¹⁵ ROSENKRANTZ, Carlos, “El derecho de propiedad en el nuevo Código Civil y Comercial: viejos problemas sin nuevas soluciones”, en RDPyC Claves del Código Civil y Comercial. Número Extraordinario-2015, Rubinzal Culzoni 2015, p. 113 y sgtes.

*hecho a la Corte Interamericana y el carácter expansivo, exigente y ambicioso de esta última, es probablemente también que la Corte Interamericana vaya a decidir en cada uno de los casos sometidos a su juicio*¹⁶.

La magnitud de las dificultades socio-económicas que atraviesa el país, escasez de recursos o falta de políticas de Estado con un direccionamiento claro que lleve a superar las dificultades mencionadas, de educación, salud, acceso al trabajo y en consecuencia a la obtención de ingresos genuinos para los ciudadanos, hace de esta problemática uno de los aspectos más graves a los que se enfrentan los gobiernos de nuestra nación.

Habrá que esperar para conocer si los criterios resolutorios se mantienen con la orientación que se había perfilado o esta se modifica. Un reciente fallo indica que se conserva la línea trazada, ya que se condena al Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a resarcir los daños y perjuicios sufridos por los padres y hermanos de un niño recién nacido que fallece por neumopatía, encontrándose la familia en situación de calle. Expresa el tribunal : “ *toda vez que la violación de los deberes de garantía por parte del Estado determinan una clara falta de servicio, existiendo una relación de causalidad adecuada entre la conducta del Estado y los daños ocasionados, en tanto éstos no surgieron en forma súbita, sino en ocasión de su inactividad o deficiente actividad durante dos meses y medio, lapso en el que constató la vulnerabilidad integral y específica de los sujetos que conforman el grupo familiar y del niño por nacer, la situación de calle, el estado de gravidez de la madre, los rigores del clima y la exclusión e indigencia en la que se hallaban*”¹⁷.

Una muestra de la amplitud con que se interpreta este derecho lo otorga un fallo de un tribunal de CABA. Una mujer, también en situación de calle, tiene 52 años, es viuda y padece afecciones físicas y psiquiátricas, y tiene un hijo menor, interpone una acción de amparo contra el Gobierno de la Ciudad por hallarse afectados derechos y garantías constitucionales, en particular el derecho de acceso a la vivienda, a la salud y al desarrollo integral. Solicitó se le brinde una solución que le permita acceder a una vivienda adecuada y en condiciones dignas de habitabilidad. También pidió que se declare la inconstitucionalidad de dos decretos, que fijan límites temporales y cuantitativos a los subsidios habitacionales al considerar que son incompatibles con las normas internacionales, constitucionales y legales que garantizan el

¹⁶ Rosenkrantz, C., ob. cit. Cabe considerar que este trabajo fue escrito antes de la incorporación del autor como Ministro de la Corte Suprema de la Nación.

¹⁷ N. A., M. A. y otros vs. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y otro s. Daños y perjuicios /// Juzgado en lo Contencioso Administrativo y Tributario N° 15, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 14-12-2016; 42740/0, RC J 7133/16. Expresa el tribunal: “Así, cabe concluir que el niño no murió por fuerza mayor, sino por la falta de un Estado presente, pues la ausencia de cuidados, en condiciones de objetiva violencia (climatológica, de hábitat, etc.), fueron determinantes en el resultado, máxime si se advierte que murió de noche y en la calle, un tiempo y un lugar donde jamás debería estar un bebé de veintiséis días de vida”.

derecho a la vivienda digna. El juez declaró la inconstitucionalidad de los decretos que limitan y acotan temporalmente el subsidio para asistir económicamente a quienes se encuentren sin vivienda. Ordenó que *"se le otorgue una vivienda adecuada, bajo la figura de comodato social"*. El magistrado destacó *"el crecimiento del sector inmobiliario y la especulación financiera"*, que junto a la *"indiferencia del Estado respecto del destino de estas personas, hace que engrosen las filas que caen en un sistema asistencialista deficiente y/o terminan en situación de calle"*...*De ninguna manera una insuficiencia presupuestaria o una limitación impuesta por decreto puede ser invocada para justificar el cercenamiento de derechos del mismo rango, o el incumplimiento de obligaciones constitucionales"*. Por lo tanto, el juez declaró la inconstitucionalidad de los decretos, en tanto limitan ese auxilio estatal a una suma exigua y acotada temporalmente, y ordenó al Gobierno porteño que *"otorgue una vivienda adecuada (...) bajo la figura de comodato social, mediante la entrega de uno de los inmuebles ociosos que pertenecen al dominio privado de la Ciudad"*¹⁸.

Como ya se expresara, si bien esta arista del tema excede a las disposiciones de un código civil, los Fundamentos del CCyC, el régimen proyectado para la Vivienda protegida, hacen pensar que todo el sistema está en sintonía para intentar alcanzar la vigencia de los DESC, de los cuales la vivienda es un ítem primordial.

4. Protección de la vivienda que se habita. La metodología del tema en el CCyC.

En lo relativo a la protección de la vivienda que ya se tiene el CCyC le ha destinado un capítulo dentro del régimen general de los Bienes, en el Libro primero: Parte general, Tít. III, Cap. 3, arts. 244 a 256. La metodología adoptada señala que dentro del patrimonio de la persona humana la vivienda es un bien especial que merece una regulación específica. El espíritu tuitivo que tenía la sustituida ley 14394 sigue vigente y ahora con mayor énfasis. Como bien señalara Fanzolato refiriéndose al sistema reemplazado, el bien de familia constituye un *patrimonio especial protegido destinado a satisfacer las necesidades habitacionales de un determinado grupo familiar... La específica salvaguardia legal se manifiesta frente a los acreedores porque la afectación de un inmueble al régimen del bien de familia permite repeler las eventuales acciones de los acreedores por deudas impagas, contraídas con posterioridad a la inscripción, que pudieran comprometer la permanencia de esa vivienda dentro del patrimonio*

¹⁸ "P. M. I. C. contra GCBA y otros sobre Amparo", el titular del Juzgado N° 2 en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires. Diario Judicial, Lunes 17 de octubre de 2016. <http://www.diariojudicial.com/nota/76474>.

*del titular*¹⁹. El resguardo que brinda el CCyC se hace presente tanto en conflictos que pudieran acaecer en el ámbito intrafamiliar como en las relaciones con terceros. Se señaló que ha variado la denominación, ya que no se regula el “bien de familia” sino que ahora se protege la “vivienda” con independencia de la existencia de una familia, se ampara el hábitat de la persona, resulta indiferente que sea soltera, viuda, divorciada, casada, conviviente, etcétera. Como expresan Flah y Aguilar esto va: *“en sincronía con el respeto al principio de autonomía personal que deriva de la existencia de múltiples formas familiares dignas del mismo tratamiento”*²⁰.

Numerosas disposiciones en orden al propósito tuitivo de la vivienda se encuentran diseminadas en el Código, al tratar sobre diferentes cuestiones que pueden ocasionar conflictos intrafamiliares, según el párrafo transcrito anteriormente de los Fundamentos se regula para los casos de: divorcio: atribución del uso de la vivienda familiar y sus efectos, arts. 443 y 444; uniones convivenciales: contenido del pacto de convivencia, art. 514; protección de la vivienda familiar, art. 522; atribución de la vivienda en caso de cese de la convivencia o muerte de uno de los convivientes, arts. 526 y 527; indivisión forzosa impuesta por el testador, arts. 2330 y 2333, son algunas de aquellas normas. Como así también se disponen los efectos que causa la afectación frente a terceros, arts. 249 y sgtes.

5. Objeto de la afectación.

Dispone el Art. 244. Afectación. *“Puede afectarse al régimen previsto en este Capítulo, un inmueble destinado a vivienda, por su totalidad o hasta una parte de su valor.*

Esta protección no excluye la concedida por otras disposiciones legales. La afectación se inscribe en el registro de la propiedad inmueble según las formas previstas en las reglas locales, y la prioridad temporal se rige por las normas contenidas en la ley nacional del registro inmobiliario.

No puede afectarse más de un inmueble. Si alguien resulta ser propietario único de dos o más inmuebles afectados, debe optar por la subsistencia de uno solo en ese carácter dentro del plazo que fije la autoridad de aplicación, bajo apercibimiento de considerarse afectado el constituido en primer término”.

Respecto al Inmueble rural el art. 256 dispone: *“Las disposiciones de este Capítulo son aplicables al inmueble rural que no exceda de la unidad económica, de acuerdo con lo que establezcan las reglamentaciones locales”.*

¹⁹ FANZOLATO, Eduardo I., La afectación como bien de familia, los derechos y deberes del instituyente, de los demás beneficiarios, y la legítima de los herederos forzosos, Revista de Derecho de Familia Nro. 29, Abeledo Perrot, Bs. As. 2004.

²⁰ FLAH, Lily – AGUILAR, Rosana en Comentario al art. 244 en Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, Director: Ricardo Luis Lorenzetti, T. I, Arts. 1 a 256. Rubinzal Culzoni Editores, 1ra. Edición, BsAs, 2014, p. 810.

En lo referente al amparo de la vivienda ya alcanzada u obtenida, sea en propiedad o por cualquier otro medio legítimo: locación, usufructo, posesión, etc., en el CCyC tal como lo expresa Lea Levy²¹ se pueden distinguir dos ámbitos, según se la considere desde la perspectiva de: a) miembros de la pareja matrimonial o convivencial entre sí y b) frente a terceros locadores, acreedores, indivisión forzosa, oposición del cónyuge, de un heredero y frente a terceros.

En lo que hace a la protección de la vivienda en la esfera doméstica, los cambios introducidos en el área del derecho de familia refuerzan la protección de la morada: se exige el asentimiento del cónyuge o conviviente no titular para disponer del inmueble en el que habita la familia, art. 456, art. 522; se fija la atribución del uso de la vivienda luego del divorcio o de la ruptura de la convivencia, art. 433 inc.e, art. 439, art. 518, art. 526; se considera la incidencia de la vivienda familiar como pauta para la fijación de la cuota alimentaria durante la convivencia y la separación de hecho de la pareja matrimonial, art. 442 inc.f, art. 443, art. 444, art. 445; en el supuesto de divorcio o de unión convivencial puede preverse la atribución tanto en el convenio regulador como por decisión judicial a los efectos de la compensación económica²².

La protección de la vivienda en todos los supuestos no se limita al inmueble sino que incluye los bienes muebles. Desde el punto de vista metodológico, el tema se trata en los actos jurídicos que requieren conformidad de ambos cónyuges, art. 456. Se resuelve que ninguno de los cónyuges puede, sin la conformidad del otro, disponer de los derechos sobre la vivienda familiar, ni de los muebles indispensables, ni transportarlos fuera de ella. Esta incorporación da respuesta a una inquietud permanente y prácticamente unánime de la doctrina autoral²³. Se fortalece el resguardo ya que no solo se hace referencia a los actos de disposición del bien, sino de disposición de los derechos sobre el bien. Quedan incluidos, entonces, los supuestos de otorgamiento de uso, usufructo, locación, comodato, cesión de herencia que incluya el inmueble, legados, entre otros. Es la respuesta adecuada a críticas y observaciones respecto de la insuficiencia legal del texto del art.1277, párr. 2, del Código Civil de Vélez²⁴.

²¹ LEVY, Lea, La vivienda familiar en el Anteproyecto de Código Civil, SJA-2012/06/20-36; JA-2012-II.

²² La doctrina viene bregando desde hace tiempo por alcanzar soluciones integrales en cuanto a la protección de la vivienda, así en el X Congreso Internacional de Derecho de Familia, llevado a cabo en la ciudad de Mendoza, en septiembre de 1998, se concluyó: "La vivienda familiar debe ser tutelada durante la convivencia, haya o no hijos de la unión, teniendo como premisa la salvaguarda del interés familiar. Asimismo, deberán fijarse pautas para la atribución de la vivienda en caso de ruptura". En el mismo sentido se encuentran numerosos pronunciamientos judiciales.

²³ FANZOLATO, Eduardo I., ob. cit. La afectación como bien de familia, los derechos y deberes del instituyente,

²⁴ Con este alcance ver el proyecto de ley, presentado en la Honorable Cámara de Diputados de la Nación por Lea Levy y la diputada Marta Milesi (expte.5276-D-2000).

Los pronunciamientos judiciales receptan estos lineamientos. En ese orden puede citarse la resolución de la Cámara de Azul que hizo lugar al pedido de una mujer divorciada que solicitó seguir viviendo en la casa familiar con sus dos hijos menores, debe considerarse que la causa se inició bajo la vigencia del Código Civil. Los jueces resaltaron la necesidad de resguardar a los menores y la parte más afectada económicamente. Los integrantes del Tribunal explicaron que la causa debe resolverse con el nuevo Código, bajo el principio de solidaridad familiar que sería la atribución del uso de la vivienda familiar a uno de los cónyuges como consecuencia del divorcio. Desde que se produjo la separación de hecho, fue la mujer quien continuó viviendo en el lugar con sus dos hijos y, por lo tanto, debe primar el interés superior de los menores involucrados, al respetar el principio del statu quo, permitiendo que los hijos permanezcan viviendo en el mismo hogar y manteniendo las mismas condiciones de vida de las que gozaban cuando sus padres convivían²⁵.

Se siguen de este modo los lineamientos que señalara Bidart Campos²⁶ en el sentido de que en caso de disputas entre derechos de las partes en conflicto se ha de dar preferencia al valor o bien de mayor jerarquía, aquel que en el conflicto concreto exhibe mayor valor, en estos supuestos se prioriza la protección a los vulnerables. A fin de precisar el contenido de esta última expresión se recurre al análisis de Adela Seguí quien expresa que los tribunales utilizan el término vulnerabilidad pese a que no existen definiciones jurídicas del concepto. Señala que la expresión “grupos en situación de vulnerabilidad” se usa para designar “a aquellos grupos de personas o sectores de la población que por razones inherentes a su identidad o condición y por acción u omisión de los organismos del Estado, se ven privados del pleno goce y ejercicio de sus derechos fundamentales y de la atención y satisfacción de sus necesidades específicas²⁷”.

6. Protección de la vivienda frente a derechos de terceros.

También el CCyC aborda la afectación de la vivienda a fin de protegerla frente a la acción de los acreedores y las relaciones frente a terceros, de allí que en este aspecto se regulen: casos

²⁵ Cámara de Apelaciones Departamental -Sala I, "B. A. C. y/ C. M. S. S/ Divorcio (Art. 214 inc. 2 C.C.)", www.scba.gov.ar, <http://www.diariojudicial.com> del 19/01/2017. Los magistrados resaltaron que la ex cónyuge es la principal afectada del divorcio, ya que se encuentra en una situación económica más desventajosa para proveerse una vivienda por sus propios medios y resolver así sus dificultades habitacionales.

²⁶ BIDART CAMPOS, Germán J., *La garantía constitucional de los derechos fundamentales*, Congreso Internacional la Persona y el Derecho en el fin de siglo. 1996. Santa Fe. Argentina, Universidad Nacional del Litoral. Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, 1996, p.386.

²⁷ SEGUÍ, Adela, La función preventiva y los daños causados a personas en situación de vulnerabilidad, en Revista de Derecho de Daños, 2016-2 Prevención del daño. Edit. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2016, p. 597 y sgtes.

de continuación de la locación por el cónyuge o conviviente no locatario, según corresponda, y, respecto de los herederos, el derecho real del cónyuge superviviente en supuestos de indivisión impuesta por el causante.

La vivienda integra el patrimonio que es la prenda común de los acreedores, forma parte de la garantía crediticia. Ya se aclaró que la afectación de la vivienda reemplaza al instituto del bien de familia, el que fuera definido por Areán, -conforme las características que presentaba al momento en que el trabajo fue realizado-, como *una figura que recae sobre un inmueble urbano o rural, generalmente edificado, que debe ser habitado si está destinado a vivienda, o explotado personalmente si no reconoce ese destino, por el constituyente o su familia y que, en razón de su finalidad protectora del núcleo familiar, da origen a una fuerte limitación de las facultades jurídicas de aquél, al tiempo que resulta inembargable e inejecutable por los acreedores de fecha posterior a la constitución, genera beneficios impositivos, reducción de honorarios profesionales, es transmisible por causa de muerte y subsiste mientras no concurren algunas de las causales de desafectación enumeradas taxativamente por la ley* ²⁸. Del concepto brindado se desprenden las ventajas que la figura acordaba, pero esto no impedía que se hubiesen generado en los años de su vigencia numerosos reclamos por parte de la doctrina y jurisprudencia nacional, derivados de lo insuficiente y restringido que resultaba el régimen protectorio previsto en la ley 14394. El sistema programado en esta oportunidad procura superar las limitaciones señaladas.

Claro que estas modificaciones no deben ser entendidas en un sentido ilimitado, ya que si bien la vivienda es un derecho fundamental de la persona y merece la protección del orden jurídico, también el tráfico comercial necesita contar con un sistema de garantías que hagan efectivo el legítimo derecho de los acreedores a ver saldadas sus acreencias y por otro lado, posibilite al ciudadano el acceso al crédito al otorgar respaldo suficiente para el pago del mismo²⁹.

²⁸ AREÁN, Beatriz, "Bien de familia", Ed. Hammurabi, 2001, p. 20.

²⁹ En este orden cobra valor lo que expresara Aída Kemelmajer al analizar la reforma proyectada en el año 1998: "...adviento que no debe creerse que la Constitución, o los Tratados internacionales son un "sanalotodo" que permite resolver cualquier problema relativo a la vivienda. Por eso, se ajusta al orden normativo vigente la sentencia que afirma: "Resulta inadmisibles considerar que por aplicación de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, no procede la desocupación del inmueble sede del hogar conyugal subastado en la ejecución, sin antes concederle a la cónyuge del ejecutado la oportunidad de ejercer su derecho de defensa; en efecto, en dicha Convención se establece que la mujer tiene el mismo derecho que su marido en materia de propiedad, por lo cual, dado que el ejecutado no puede ejercer derecho alguno sobre el bien que fue objeto de venta compulsiva, tampoco podrá su esposa obstruir la adquisición del dominio pleno por el adquirente en subasta". KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída, "La vivienda en el Proyecto de Código Único de 1998", 2001, RDF 2001-18-9.

En este ámbito, en general, se suscitan tensiones alrededor de la posibilidad del acreedor de embargar la propiedad, proceder al desalojo y ejecutar o no el bien embargado.

Un caso resuelto por la justicia salteña patentiza las dificultades que se presentan cuando están en juego derechos de personas en situación de vulnerabilidad y acreedores con legítimo derecho y en condiciones de hacer efectivo su crédito. En las actuaciones el propietario del inmueble solicitó el desalojo de la familia en situación de vulnerabilidad que la habitaba, presentándose entonces el conflicto entre dos derechos en juego de raigambre constitucional: el derecho de propiedad del titular del inmueble y el derecho del niño con discapacidad a la vivienda y la tutela integral por parte del Estado. Aclara con razón el tribunal que *"no se pueden adoptar criterios que lleven a que sea el locador -quien no necesariamente estará en mejor situación que el locatario en materia de vivienda - quien subvencione en forma indirecta el problema habitacional de la parte demandada... Debe arribarse a una solución que preserve en la mayor medida posible los dos derechos en juego de raigambre constitucional"*, por tanto posterga el desahucio y fija un plazo de 60 días hábiles, durante el cual deberán disponerse y llevarse adelante las medidas tendientes a obtener la acción de los organismos públicos competentes para la tutela de los derechos de los niños que residen en el inmueble³⁰.

Otro fue el criterio seguido por la Sala H de la Cámara Civil, ante el recurso de apelación interpuesto por la Defensora Pública de Menores contra la sentencia de grado que ordenó la ejecución de un inmueble embargado, solicitaba la postergación hasta que se satisfaga el derecho a la vivienda de la menor que allí habita. Ante ello, los integrantes del Tribunal sostuvieron que en los juicios de ejecución hipotecaria, la residencia es subastada como consecuencia del incumplimiento de la obligación asumida y que allí viva una persona menor o mayor de edad, resulta indistinto. Por lo tanto, la sentencia dictada en autos no habilita lo pretendido por la Defensora de Menores, puesto que ello *"implicaría vulnerar el derecho de propiedad de raigambre constitucional"*. Sostienen que *"la intervención del Ministerio Público de Menores e Incapaces en este tipo de situaciones se circunscribe a velar para que los niños y adolescentes afectados por la secuela del juicio no se vean privados de su basilar derecho a la vivienda que debe serles proporcionada primariamente por sus padres y demás obligados alimentarios. De ese modo, se honra el mandato constitucional que emana del art. 3º, apartado 2 de la Convención sobre los Derechos del Niño"*³¹.

³⁰ Sala 2da. Cám.Apel.Civ. y Com. Salta "H. M. M. vs. H. C. L. por Desalojo", <http://www.diariojudicial.com> 14/12/2016.

³¹ Sala H de la Cámara Civil, B.J.D.c/M.A. M.s/ejecucion hipotecaria", Diario Judicial del 17 de noviembre de 2016, <http://www.diariojudicial.com/nota/76518>. No surge de la información recogida que en el caso se tratara de un menor con discapacidad como lo era en el fallo de la Cámara salteña.

Otro fallo también de Salta trata sobre la inembargabilidad por deudas posteriores a la afectación, situación que preveía la Ley 14.394 y hoy encuentra reafirmación en el CCyC. La causa del embargo fue una ejecución de honorarios iniciada por un letrado en forma posterior a la fecha de inscripción como bien de familia del inmueble. Las actuaciones se inician con anterioridad a la vigencia del CCyC, pero el tribunal resuelve conforme el nuevo ordenamiento, sostiene que el art. 249 dispone que el efecto principal de la afectación sea la inoponibilidad a los acreedores de causa anterior a la misma y a continuación, enumera taxativamente las excepciones a la regla. Esta afectación continúa luego del fallecimiento del constituyente, situación en la que se encuadra la causa en trámite por lo que el inmueble fue transmitido a sus herederos con la afectación. Expresan los jueces que *“la muerte del instituyente no configura una causa de desafectación, conclusión que también se deduce del texto del artículo 252”* del CCyC. El artículo 247 del Código de fondo dispone que, en todos los casos, para que los efectos de la afectación subsistan, basta que uno de los beneficiarios permanezca en el inmueble³².

7. Reflexiones finales

En respuesta al interrogante que nos planteáramos al inicio del trabajo acerca de si tiene vigencia en nuestro sistema legal la constitucionalización del ordenamiento jurídico, entendiéndolo como el proceso de transformación de aquél al término del cual *“resulta totalmente ‘impregnado’ por las normas constitucionales”*, ya que la Constitución es *“extremadamente invasora, entrometida, capaz de condicionar tanto la legislación como la jurisprudencia y el estilo doctrinal, la acción de los actores políticos así como las relaciones sociales”*³³, en lo relativo a la protección de la vivienda podemos afirmar que se camina en esa senda.

No podría afirmarse que se ha concretado de modo pleno ya que aún resta mucho por hacer, sobre todo en el campo de los Derechos Económicos Sociales y Culturales y el derecho al acceso a una vivienda digna para la persona humana. También en el orden de las relaciones familiares, hay que bregar para que los conflictos que surjan en este ámbito se resuelvan por modos no adversariales, incorporar la cultura del acuerdo, de la preservación de las relaciones familiares.

³² Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Salta, Sala Tercera, “P. R. R. c/ A. G. D, A. M. A. s/ piezas pertenecientes”, 18-ago-2015, **Cita:** MJ-JU-M-94423-AR | MJJ94423 | MJJ94423.

³³ GUASTINI, Riccardo, “La ‘constitucionalización’ del ordenamiento jurídico: el caso italiano” (trad. de José Ma. Lujambio) En: Carbonell, Miguel (ed.), Neoconstitucionalismo(s). 4ª edición, Madrid, Trotta- UNAM, 2009, p. 49-73.

Según señala Kemelmajer³⁴ todo el CCyC gira en torno a tres principios básicos: la libertad que lleva al concepto de autonomía; la igualdad que deriva en pluralismo; y la solidaridad que trae la idea de la responsabilidad. Precisa que en el caso de la vivienda regirá el principio de solidaridad. Valores como la igualdad, la equidad, la solidaridad ocupan un lugar preponderante. De allí que se estima justo establecer limitaciones al principio de autonomía de la voluntad, así como determinar estrictos espacios, umbrales mínimos, de interés público que deben ser indisponibles por los individuos, en los que están en juego derechos o garantías que el Estado preserva y que no pueden verse afectados por decisiones individuales. En todo caso, las restricciones al libre ejercicio de derechos individuales estarán fundadas en la necesidad de protección de valores prioritarios para la vida en sociedad, tales como la salud, la seguridad, la dignidad de las personas que se sustenta en sus posibilidades de acceso, entre otros bienes fundamentales, a la vivienda.

³⁴ Expresiones vertidas durante la presentación del Proyecto de Código Unificado Civil y Comercial 2012, en una jornada de debate en la Facultad de Derecho de la UBA, mayo 2012.