

**DERECHOS SOCIALES FUNDAMENTALES Y BIENES JURÍDICOS
PROTEGIDOS EN EL CÓDIGO. EL CASO DE LA VIVIENDA****Gustavo Maurino****I.- Introducción: El lugar de los Derechos Fundamentales -y los bienes jurídicos sobre los que recaen- en el Código Civil**

Cuando Vélez Sarsfield definió los bienes de los que se ocuparía el Código Civil (art. 2312 y su nota) , no sólo realizó una operación analítica, sino que expresó una visión constitucional y de política legislativa fundacional y arquitectónica.

Recordemos la célebre nota a dicha norma: “Hay derechos y los más importantes, que no son bienes, tales son ciertos derechos que tienen su origen en la existencia del individuo mismo a que pertenecen, como la libertad, el honor, el cuerpo de la persona, la patria potestad, etc... Si, pues, los derechos personales pueden venir a ser la causa o la ocasión de un bien, ellos no constituyen por sí mismos un bien in iure...En la jurisprudencia sólo se considera ‘bien’ lo que puede servir al hombre, lo que puede emplear éste en satisfacer sus necesidades, lo que puede servir para sus usos o placeres, lo que puede en fin entrar en su patrimonio para aumentarlo o enriquecerlo, aunque consista en un mero derecho...”.

La arquitectura del Código Civil originario tuvo dos puntos básicos: Por un lado, una separación rígida entre derechos civiles propios de la materia constitucional y de los derechos que se adquirían, modificaban y extinguían en el marco de las relaciones entre individuos –especialmente a partir de actos jurídicos en los términos del Art. 944; y, correlativamente, una regulación dedicada a los bienes –cosas y derechos- sobre los que recaen tales relaciones entre individuos desde una perspectiva eminente y exclusivamente patrimonialista.

En términos generales, todo el Código, y la práctica del derecho privado en general fue consistente con las bases de esa arquitectura. Por ello pudo seguir operando sin turbulencias incluso en las épocas más trágicas de la práctica jurídica argentina, cuando los derechos civiles y políticos fundamentales de las personas eran pisoteados y desnaturalizados. Tales derechos, no recaían sobre “bienes” de los que el Código Civil se ocupara, y las prácticas políticas no impactaban significativamente en las “relaciones jurídicas” típicas del derecho civil así consideradas.

El Proyecto de reforma recientemente presentado a consideración del Congreso, propone abiertamente en un cambio de paradigma sobre esta materia; lo que constituye un avance valioso y transformador.

En primer lugar, el proyecto postula explícitamente la integración del Código Civil a la regulación constitucional, superándose la división rígida de materias entre “el derecho público” y “el derecho privado”.

Esta integración se manifiesta claramente en la nueva regla interpretativa general para las instituciones del Código incluida en sus primeros dos artículos¹. Pero en términos específicos, también se advierte la impronta constitucionalizadora en la incorporación de instituciones jurídicas relativas precisamente a aquéllos derechos que Vélez estimaba como ajenos a la materia del derecho civil; en particular, los derechos personalísimos²; las regulaciones para los derechos de incidencia colectiva en general, y para ciertos bienes de incidencia colectiva en particular, como el derecho al agua y la tutela civil de la “vivienda”³.

Tanto en el mensaje elaborado por la comisión redactora, como en el repaso del contenido del proyecto es justo decir que una importante serie de instituciones reflejan la valiosa aspiración de que el Código exprese los principios básicos relativos a los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución y las Convenciones de Jerarquía Constitucional⁴.

En los siguientes apartados analizaremos en términos generales la manera en que el proyecto lleva adelante este cambio de paradigma en relación con ciertos bienes jurídicos básicos relativos a los derechos sociales, para detendremos en particular en la regulación realizada sobre la “vivienda”. Como se podrá apreciar, nuestro juicio sobre el tema llega a la conclusión de que en este valioso camino, el proyecto ha avanzado menos de lo posible y deseable en la materia, con una tutela relativamente parcial y menos robusta de lo que demandaría el compromiso constitucionalmente asumido por nuestro país.

¹ Las referencias del Art. 1º del Proyecto a la Constitución y los Tratados, y las del Art. 2 -que establece como parámetro interpretativo a “las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídico”- implican el fin del tradicional aislamiento constitucional del derecho privado.

² En el Libro 1, Tit. 1, Cap. 3 se regulan las garantías jurídicas de la dignidad, el honor, la imagen, la libre disposición del propio cuerpo y la autonomía decisoria sobre las cuestiones fundamentales para la propia vida.

³ Desafortunadamente, el PEN eliminó las regulaciones relativas al derecho al agua y a los derechos de incidencia colectiva, en una pésima decisión de política legislativa. Esperemos que el Congreso reincorpore tales disposiciones, de gran significación para la integridad del Código.

⁴ El caso más intenso probablemente se advierte en las regulaciones generales relativas a los “niños” y las “personas con discapacidad”, rediseñadas con el objeto de reflejar los compromisos fundamentales de jerarquía constitucional en dicha materia –más allá de la evaluación sustantiva que cada uno haga sobre lo logradas o no de tales regulaciones-, y en la regulación de diversas instituciones familiares, donde se advierte la preocupación por recomponer estereotipos discriminatorios relativos al género.

II.- La Regulación del proyecto. Una reconstrucción sobre los bienes incluidos desde una perspectiva emancipatoria sobre los derechos fundamentales

La superación de la fragmentación público-privado y patrimonialización de la regulación del Código tiene, como se puede anticipar, dos vías de concreción: Por un lado las instituciones clásicas del Código se regulan con una perspectiva constitucionalmente sensible; y por otro, se incorporan materias regulatorias nuevas que proyectan contenidos constitucionales al nuevo cuerpo legal.

Voy a concentrarme aquí en los avances en esta segunda vía, pues resultan clave a los fines de nuestra preocupación, y conceptualmente más desafiantes y difíciles de realizar en el proyecto de integración constitucional del Código.

Las innovaciones que ya hemos mencionado -derechos personalísimos, derechos de incidencia colectiva, derecho al agua- junto a otras, tales como la regulación de la propiedad colectiva indígena y la incorporación de las garantías fundamentales de protección de los consumidores (que en nuestro país es materia constitucional explícita) constituyen el catálogo más relevante de incorporaciones a las instituciones del Código en la agenda analizada.

Respecto de estas novedades, es necesario reconstruir y explicitar la matriz que las explica y les da sentido conceptual e histórico. Es relativamente sencillo identificar que estas incorporaciones llegan por diversas vías de recepción superpuestas.

Una vía bien perceptible es el desarrollo propio de la práctica doctrinaria del derecho civil, que ya había asumido doctrinariamente el trabajo con ciertas instituciones y respecto de las cuales largamente se reclamaba su inclusión formal en el Código. En algunos de estos casos los desarrollos estaban autocontenidos en el derecho privado (ej. derechos personalísimos) aunque sin la proyección constitucional que ahora caracteriza su incorporación. En otros supuestos ya existía una dimensión constitucionalizada en el tratamiento de estas instituciones, bajo la lógica de “microsistemas” en la órbita del derecho privado pero fuera del Código (ej, derecho del consumidor).

Un fenómeno diferente de recepción ocurre con la caso de la propiedad indígena y los derechos de incidencia colectiva, que no responden a esta matriz de “desarrollo propio” del derecho civil; sino que resultan más bien de la detección de lo que podríamos llamar un “imperativo constitucional de integración”, imprescindible por razones de consistencia a nivel jurídico fundamental. Se trata de instituciones previstas o desarrolladas completamente por fuera de la cultura y la práctica del derecho civil pero de inevitable impacto sobre ésta, y previsible colisión con sus tradiciones y reglas clásicas, lo que demandaba a juicio de la comisión redactora, un ejercicio de ajuste y diseño en el nuevo Código.

Finalmente, encontramos dos casos particulares; el derecho al agua y la protección de la vivienda, que quedan por fuera de las dos vías de recepción

identificadas, pues no responden a un desarrollo doctrinario del derecho civil, ni a un imperativo de consistencia de instituciones constitucionales desarrolladas, que colisionan significativamente con las instituciones clásicas del derecho privado. Creo que su inclusión en el proyecto de la comisión se explica y justifica, simplemente, por una cuestión de principios evaluados por sus integrantes, por la valoración de que tales bienes (el agua, la vivienda) son bienes fundamentales, sobre los que un Código Civil constitucionalizado debería contener regulaciones.

Ahora bien, la pregunta inescapable que debemos hacernos cuando miramos los bienes y derechos que se regulan en el nuevo diseño es la siguiente: ¿en qué medida puede considerarse que las instituciones incorporadas reflejan adecuadamente una concepción constitucional consistente y valiosa, sobre tales bienes y derechos básicos, que un Código que supera la arquitectura clásica (patrimonialista y desconstitucionalizada) debería regular en sus principios generales?

Sobre este punto, creo que el proyecto no consigue articular “una” concepción integral, sino que ha optado por la recepción acumulativa de diversas “buenas” instituciones, cada una de ellas consistente prima facie con los principios constitucionales de una concepción robusta e igualitaria de los derechos fundamentales, pero que no proyectan ni conforman una regulación sistémica de tales bienes y derechos en la estructura del Código.

El ejemplo más claro para explicar este punto, podemos encontrarlo en el “derecho al agua”; es difícil conciliar la inclusión originaria del derecho al agua en el Código Civil, con la no inclusión del derecho a la alimentación, o a la salud, por ejemplo. Y, cómo veremos, es difícil conciliar el contenido relativamente mínimo de la regulación sobre la “vivienda” como bien protegido en el Código Civil, con la idea de un “derecho humano a la vivienda” y sus garantías jurídicas básicas, como ha sido reconocido por las Convenciones de Derechos Humanos.

El contraste más significativo, y a mi juicio desafortunado, se aprecia entre la inclusión de una regulación de los “derechos personalísimos” limitada típicamente a los bienes jurídicos asociados con los “derechos civiles”, sin referencia sistémica a los bienes relativos a los “derechos sociales” (fuera del caso del “agua” y –muy parcialmente- la vivienda).

De este modo, el avance en la “constitucionalización” del derecho civil, valioso como es, resulta en relación con los bienes protegidos, un tanto parcial y fragmentado.

III.- Los bienes tutelados por los Derechos Sociales y la no inclusión del “Paradigma del Acceso” en el diseño del Código

La falta de inclusión sistémica y robusta de los bienes relativos a los derechos sociales es también el reflejo de una perspectiva arquitectónica fundamental de

su diseño, que debemos lamentar, en relación con las posibilidades de un Código Civil emancipatorio para sociedades tan desiguales, inequitativas y fragmentadas como las latinoamericanas en general y la argentina en particular: me refiero a la exclusión, al silencio total, sobre las cuestiones del “acceso a los bienes jurídicos primarios”.

Precisamente ha sido Ricardo Lorenzetti quien magistralmente desarrollara y defendiera de manera más vigorosa y sistémica en el campo del derecho civil, el llamado “paradigma del acceso”, en su reconocida obra sobre fundamentos del derecho⁵. Su posición identificaba un elemento clave para la igualdad, la dignidad y el progreso social en nuestras comunidades; habitualmente descuidado en la tradición jurídica clásica, dedicada a -o focalizada en- las relaciones entre “los que tienen”, los “incluidos” –los ciudadanos propietarios⁶.

A nivel constitucional, el paradigma del acceso también tuvo un momento, aunque limitado, de discusión, en 1994, cuando los sectores de centroizquierda postulaban su incorporación en las cláusulas relativas a derechos de los consumidores⁷. Como es sabido, el texto del Art. 42 no incluyó textualmente el “acceso al consumo” como un bien particularmente protegido por la constitución.

⁵ Cfme. “Teoría de la Decisión Judicial. Fundamentos de Derecho”; Parte 4, cap. 1, pág. 277; Rubinzal-Culzoni editores; Bs. As. 2006

⁶ “Es ampliamente conocido el problema de la exclusión social: los bienes económicos, culturales, y también los jurídicos, no son accesibles a grandes grupos poblacionales que han quedado fuera del mercado... En el Derecho clásico, la propiedad, el trabajo, el contrato o la responsabilidad fueron instrumentados por los sectores sociales con amplio acceso a esos bienes...la propiedad se ocupaba centralmente de los problemas de quien ya era propietario...el contrato se interesaba por quien ya era contratante...Las instituciones jurídicas partieron del presupuesto de su neutralidad respecto de las distribuciones previas que hace el mercado...Existe un umbral de entrada al Derecho que importa la exclusión de grandes grupos de personas: no todos llegan a ser propietarios, contratantes, trabajadores o actores en un proceso...”(cfme. Lorenzetti, op. cit., pág 279)

⁷ La posición del miembro informante del Frente Grande en la discusión del plenario de la Convención Constituyente, en relación con los principios de los derechos de usuarios y consumidores reflejaba esa postulación del “paradigma del acceso”. El Convencional Escudero reseñaba así la posición de su bloque: “El Frente Grande ...trata de que el consumo de ciertos bienes sea para la totalidad de la población argentina. Estos bienes son los que aseguran su vida, su calidad y su seguridad...El dictamen inicial del Frente Grande pone énfasis en la salud y nutrición. Esto es así porque consideramos que quien consume salud y nutrición no consume cualquier cosa sino algo que está asociado a la vida y a la muerte....Con respecto a los bienes de salud y nutrición queremos enfatizar esa característica que hace que el mercado sea un buen asignador de calidad en electrodomésticos y no ocurre lo mismo respecto a la salud y nutrición...El Frente Grande quiere asegurar consumos para toda la población. ¿Qué tipo de consumos? El primero puede ser calidad, accesibilidad y oportunidad de servicios médicos, por cuya carencia muere mucha gente innecesariamente en la Argentina...El segundo consumo a asegurar es el acceso a la comida, que es un bien básico, no porque la comida afecte directamente la salud sino porque la desnutrición es el caldo de cultivo básico para la disminución del tamaño físico, afectaciones al mecanismo inmunitario del cuerpo, retraso en el desarrollo psicomotor...Asimismo, planteamos la posibilidad de que el consumo de medicamentos cuente con bases científicas...También defendemos el planteo de que la población argentina consuma agua potable. Esto parece una perogrullada, pero gran parte de la ciudadanía no dispone de ella...” (cfme. Diario de Sesiones, 16 de Agosto, págs. 4205 y ss.)

En su obra de 2006, Lorenzetti identificaba diversos sectores del derecho inspirados por el “enfoque basado en el acceso”, a saber: el acceso al trabajo, el acceso a la justicia, el acceso de las víctimas a la reparación, el acceso a la propiedad privada, el acceso al mercado, el acceso al consumo y el acceso a la salud.

De manera particular, nuestro autor argumentaba convicentemente por “establecer un puente de acceso para los bienes primarios o esenciales, de manera que todos los individuos estén satisfechos en una sociedad organizada”, y –sin perjuicio de reconocer la dificultad en la definición de tales bienes materiales- mostraba su perfil favorable a la adopción de tutelas fuertes respecto del acceso a la vivienda y al agua, por ejemplo⁸.

El paradigma del “acceso a los bienes básicos” era consistente y se reforzaba mutuamente con otro paradigma relevante, inspirado por el ideal igualitario, llamado “paradigma protectorio” enfocado en la tutela de los “débiles” y que tienen una de sus manifestaciones en el progresivo reconocimiento de derechos fundamentales – especialmente aquellos económicos y sociales, así como los relativos a la calidad de vida⁹.

Si bien el paradigma protectorio ha tenido una amplia influencia en el diseño del proyecto –en instituciones como las relaciones de familia y los contratos- el paradigma del “acceso a los bienes básicos” prácticamente no ha sido reflejado a nivel de los principios básicos de regulación en el proyecto de Código Civil, y ha sumado una nueva derrota de política legislativa –fuera del caso del derecho al agua, aunque el compromiso de la Comisión en dicha materia fue eliminado por el PEN.

Esa falta de incorporación de las cuestiones de acceso a los bienes materiales fundamentales, o primarios, en el diseño del Código, lleva fatalmente a que los derechos sociales y los bienes que los protegen hayan quedado en general excluidos del proyecto.

Más allá de las controversias conceptuales alrededor de los derechos sociales, su contenido y alcance; resulta claro que su dimensión más robusta, aquélla de la cual genuinamente puede postularse una proyección emancipatoria o igualitaria, consiste en la garantía de acceso a ciertos bienes o servicios materiales fundamentales, o primarios, para la dignidad y autonomía -atención de la salud, alimentos, vivienda, agua, educación, un mínimo de disponibilidad de recursos económicos como resultado del trabajo o la protección social, etc.).

Así como los derechos civiles fundamentales cumplen su función moral básica en su operación como inmunidades de una esfera personal de autodeterminación individual frente a intromisiones estatales o privadas, los derechos sociales encuentran su promesa más significativa en la garantía universal de acceso a las condiciones

⁸ Cfme. Lorenzetti, op. cit. pág. 292. Claramente puede encontrarse allí la inspiración de la inclusión de dicha protección en el proyecto.

⁹ Cfme. Lorenzetti, op. cit., pág. 320

materiales primarias para que dicha autodeterminación sea significativa para cada ser humano.

Mientras los derechos civiles protegen fundamentalmente nuestra capacidad volitiva –particularmente a nivel mental o psicológico, pero también física- para la autodeterminación, los derechos sociales protegen nuestra capacidad relativa a medios material para ella¹⁰.

Dado que nuestra capacidad material no es una dote con la que nacemos “naturalmente”, y que nos acompaña en cuanto personas autónomas –como sí lo es nuestra aptitud mental y física para elaborar o adherir a concepciones del bien, y elegir planes de vida¹¹- los derechos sociales implican fundamentalmente una dimensión acceso a condiciones materiales relevantes para dicha capacidad material, asociadas a ciertos bienes; esos bienes primarios universalmente reconocidos, y consagrados como contenidos de los derechos sociales.

El proyecto de Código incluyó una regulación básica de los derechos civiles fundamentales; no sólo los bienes y derechos patrimoniales, familiares y contractuales, sino también varios de los que tutelan la intangibilidad volitiva de las personas, y que la tradición civilista llamara “derechos personalísimos”.

Sin embargo, salvo con el malogrado caso del derecho al agua, y la reducida tutela de la vivienda, no ha incluido la regulación o la tutela de los bienes materiales básicos, consistentes con el “paradigma del acceso” y demandados por la consagración constitucional de los derechos sociales.

Su tutela, desafortunadamente, seguirá librada a la contingencia de leyes y regulaciones ajenas al Código.

Precisamente la falta de influencia del paradigma del acceso en el diseño del Código también provee la mejor explicación acerca del modo en que el proyecto regula la protección de la vivienda.

IV.- La vivienda en el proyecto

El capítulo 3 del título 3º (relativo a los Bienes) del Libro Primero del Código se refiere a la “Vivienda”, y diseña una regulación de su protección, basada en el instituto de la “afectación” de un inmueble destinado a vivienda, por parte de su propietario registral. El régimen de afectación consiste básicamente en la sustracción del

¹⁰ Con el término “material”, empleado para referirme a los medios o la capacidad, me refiero a elementos externos a nuestra personalidad, opuestos a nuestros recursos de base corporal (talentos, capacidades físicas, intelecto, facultades psicológicas, etc.).

¹¹ Al menos en relación con las personas morales plenas. Para un análisis sobre la personalidad moral y su relación con la autonomía y nuestras dimensiones psicológicas y físicas, ver Nino, Carlos “Ética y Derechos Humanos” (Astrea, Bs. As. 1989) y “La autonomía Constitucional” (en el volumen “La autonomía personal”, CEC, Madrid, 1992).

bien de la función de garantía por las deudas del titular; con no pocas excepciones, dicho sea de paso.

La protección legal sólo opera respecto de propietarios de inmuebles, y la inmunidad frente a ejecuciones no comprende las deudas relativas al inmueble –expensas, tributos, mejoras. La ponderación realizada por el proyecto en dicho capítulo coloca el derecho a la “vivienda” (del propietario) por encima de derechos contractuales patrimoniales de terceros contra dicho propietario, y de los derechos a la indemnización de daños extracontractuales sufridos por terceros de los cuales el propietario sea responsable, si el resto de su patrimonio no alcanzare para dicha garantía.

Fuera de esa protección, el Código proyectado contiene en diversas partes algunas reglas que también reflejan una preocupación y sensibilidad de la comisión redactora por este bien fundamental. Acaso los casos más valiosos puedan encontrarse en las reglas sobre atribución de vivienda familiar en caso de divorcio y de disolución de la unión convivencial; las reglas sobre condiciones contractuales prohibidas en contra del locatorio en locaciones destinadas a vivienda y las relativas a la continuación de la locación por parte de la familia del locador fallecido, así como algunas disposiciones en materia sucesoria que regulan la tutela de la vivienda de algunos sucesores en condiciones de relativa debilidad.

Eso es básicamente todo lo que el proyecto de Código Civil contiene en términos de tutela protectoria en relación con la vivienda; bien primario fundamental para la dignidad, y que en el proyecto se ha considerado pertinente dotar de alguna regulación.

Como se puede apreciar, es claro que dicha regulación se enfoca en algunos eventuales problemas de quien ya cuenta con un acceso y goce legalmente consagrado y tutelado a una vivienda –sea por vía de los derechos reales o contractuales regulados. Es más, incluso se incorpora un nuevo derecho real al Código, que viene a tutelar ciertas prácticas de las clases acomodadas de las grandes ciudades (los “barrios cerrados”), al incorporar los llamados “conjuntos inmobiliarios” al catálogo de tales derechos.

Lejos de ser irradiado por el paradigma del acceso a los bienes básicos, en relación con la vivienda la tutela consagrada resulta parasitaria de la propiedad dominial o de los derechos de propiedad relativos a derechos contractuales de quienes ya están incluidos en el mercado.

V.- Conclusiones

El proyecto de Código Civil constituye un avance en relación con los bienes y derechos que reciben protección. Avanza en la integración constitucional del derecho privado y deja atrás la arquitectura patrimonialista del código originario.

La constitucionalización de los bienes tutelados responde a diversas vías de recepción, sin reflejar una concepción integral y sistémica sobre los bienes y derechos

fundamentales, pero incorporando los desarrollos de la práctica del derecho privado de las últimas décadas y asegurando la consistencia constitucional de algunas instituciones clásicas.

En relación con los bienes materiales primarios, relativos a los derechos sociales, el proyecto contenía reconocimientos parciales en su alcance –agua y vivienda– y modestos en su contenido –particularmente en relación con la vivienda. La eliminación del derecho al agua por parte del PEN ha hecho desaparecer prácticamente toda regulación relevante de estos bienes.

La carencia de una regulación extendida y robusta de los bienes materiales básicos, contenidos de los derechos sociales fundamentales, refleja la falta de impacto del “paradigma del acceso a los bienes jurídicos primarios” en la arquitectura del proyecto.

Si bien el proyecto expresa la impronta del “paradigma protectorio”, que le provee un valioso compromiso simbólico igualitario, la ausencia de instituciones relativas a las condiciones materiales de dignidad, y los bienes y derechos que las implican, constituye un freno significativo para sus posibilidades emancipatorias y su potencialidad para proveer igualdad real de oportunidades.

Tal vez no sea esa la función esperable de un Código Civil en Latinoamérica, en el Siglo XXI; y seguro no ha sido esa la tradición dominante del Derecho Civil, pero la oportunidad estaba abierta y la teoría justificatoria estaba disponible.