PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA ARGENTINA

"*Santa María de los Buenos Aires*"

FACULTAD DE DERECHO

DOCTORADO EN CIENCIAS JURÍDICAS

TESIS DOCTORAL

JERARQUIA Y EXIGIBILIDAD DEL DERECHO DE PROPIEDAD Y EL DERECHO A LA VIVIENDA, DESDE EL DERECHO NATURAL AL DERECHO POSITIVO ARGENTINO

CANDIDATA AL DOCTORADO: MERCEDES MAZZIA

DIRECTOR DE TESIS: Dr. EDGARDO IGNACIO SAUX

Rosario, marzo de 2022

AGRADECIMIENTOS

Quiero expresar mi agradecimiento, en primer lugar al Director de esta Tesis, el Dr. Edgardo Ignacio Saux ya que sin su sabiduría, permanente orientación, generosidad y entusiasmo no habría llegado a la luz el presente trabajo. Es un gran honor haber sido por él aceptada como su tesista y recibido su formación académica.

A la Pontificia Universidad Católica Argentina, Sede Rosario, por haberme acogido en esa casa de Altos Estudios como Doctoranda, a su Director Dr. Alejandro Andrada, y a su gran equipo de colaboradores que me acompañaron en este recorrido, destacando a los integrantes del equipo de Biblioteca ya que en tiempos de Pandemia, el acceso al material bibliográfico digital fue trascendental.

A Fray Marcos González O. P. *in memorian*, como maestro, filosófo, teólogo y amigo quien alumbró con extrema lucidez desde el tomismo, los fundamentos filosóficos de este estudio.

A mis padres queridos, *in memorian.*

A mi hermana, también Doctoranda, Ana Mazzia, porque su presencia continua en este viaje jurídico determinó arribar a destino.

A todos aquellos amigos y amigas, que estuvieron presentes honrándome con su generosidad de escucha y aliento.

INDICE

INTRODUCCION 11

Estructura del Trabajo 13

Hipótesis de trabajo 14

Hipótesis principal 14

Hipótesis secundarias 14

Objetivos del trabajo 15

Objetivo principal 15

Objetivos instrumentales 15

Justificación 16

Limitaciones y Delimitaciones 16

Metodología 17

Medios y recursos 17

PARTE PRIMERA 19

CAPITULO I: ALGUNAS POSTULACIONES SOBRE EL ORDEN POLITICO

1. El Estado corresponde a las personas: su actividad sometida a la realización permanente del bien común 19

1. a) Dignidad y contenido del bien común 26

2. Orden político, orden jurídico, orden político virtuoso 40

3. Sujeto del orden político: persona humana, ámbito individual y familiar 47

4. Persona: sujeto de derecho. El derecho humano relación con ley humana y ley natural 60

5. Epílogo 70

PARTE SEGUNDA 75

CAPITULO I: REFLEXIONES GENERALES SOBRE LOS DERECHOS HUMANOS

1. a) Consideraciones relevantes del concepto derecho. 75

1. b) Derechos Humanos: Antecedentes históricos. Derecho de Gentes. Movimientos de ideas. Concepciones en el pensamiento. Postulados 78

2. Derechos Humanos: aproximación a sus fundamentos filosóficos 90

3. a) Elaboraciones de conceptos respecto a los Derechos Humanos. 97

3. b) Fundamentaciones de los Derechos Humanos 108

4. Algunas características principales de los Derechos Humanos. Exigibilidad. Trascendencia 114

5. Derechos Humanos: Instrumentos de dignificación social 118

6. Derechos Humanos: sociales y políticos. Derechos fundamentales 123

7. Epílogo 126

PARTE TERCERA 131

CAPITULO I: APROXIMACION AL DERECHO DE PROPIEDAD

1. Antecedentes históricos. Aproximación a la evolución como hecho y derecho de propiedad 131

2. Concepciones filosóficas. Exponentes en la historia. Posiciones doctrinarias 145

3. Doctrina tomista. Propiedad. Extensión, bien común. 158

4. a) Función social como característica intrínseca del derecho de propiedad. 163

4. b) Doctrina Social de la Iglesia Católica sobre la propiedad y su función social 166

4. c) Destino común de los bienes 175

4. d) Alcances del derecho de propiedad en el vínculo de la persona con los 178

bienes exteriores

5. El derecho de propiedad en el régimen de la Codificación Civil Argentina. Lineamientos generales. 181

5.a) Derechos individuales, de incidencia colectiva, propiedad comunitaria indígena en el Código Civil y Comercial Argentino. Derecho de la propiedad como derecho subjetivo 182

5. b) Derechos Reales y derecho de propiedad 196

6. Epílogo 201

CAPITULO II: EL DERECHO A LA VIVIENDA FAMILIAR Y/O INDIVIDUAL 205

1. Evolución histórica 205

2. Diversas concepciones y alcances de la vivienda en el vínculo con la persona 207

2. a) Naturaleza jurídica del derecho a la vivienda. Aproximación 214

3. Expresión “vivienda digna”, expresión “vivienda adecuada”. Relevancia 219

4. Parámetros suministrados por antecedentes jurisprudenciales en relación al derecho a la vivienda en su correlato con Derechos Fundamentales 224

5. El derecho a la vivienda en el sistema del Derecho Privado Argentino. Diseño 234

6. El Derecho a la vivienda a través de la Doctrina Social de la Iglesia 247

7. Epílogo 253

CAPITULO III: EL CONSTITUCIONALISMO SOCIAL 257

1. Constitución y Derechos Humanos. Su diseño derivado del constitucionalismo social 257

2. a) Derechos Sociales. Concepto, contenido, alcances. 267

2. b) Derechos Humanos y Sociales en el plano Internacional 271

3. Vinculación de los derechos sociales con el derecho a la vivienda y el 277

derecho de propiedad. Tratados Internacionales, Derecho Constitucional Argentino.

4. Epílogo 283

CAPITULO IV: REGIMEN DE AFECTACION DE LA VIVIENDA EN EL CODIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACION ARGENTINA 287

1. Diseño y características del régimen protectorio de la vivienda consagrado en el Código Civil y Comercial de la Nación 287

2. Requisitos para su constitución. Acto de afectación 289

3. Legitimados y beneficiarios 294

4. Efectos 297

5. Subrogación real 305

6. Ejecución y transmisión de la vivienda afectada. Inembargabilidad. Desafectación y cancelación de la inscripción 307

7. Epílogo 309

CAPITULO V: EL DERECHO A LA VIVIENDA FAMILIAR Y SU CORRELATO CON LOS INSTITUTOS JURIDICOS DEL CODIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACION ARGENTINA 313

Introducción 313

1. Alimentos y Vivienda 314

2. Vivienda y Divorcio. Atribución de uso de la vivienda familiar. Efectos. Cese 318

3. Vivienda y Uniones Convivenciales. Atribución y cese. Pacto de convivencia. 324

4. Regulaciones de relevancia en el Código Civil y Comercial Nación Argentina como supuestos protectorios de la vivienda familiar 327

4.a) Exigencia de asentimiento del cónyuge o del conviviente para enajenación y restricción para su embargabilidad (art. 456 y 522 del CCyCN) 327

4. b) Supuestos de atribución preferencial en la partición de la comunidad de los cónyuges (art. 499 del CCyCN) 330

4. c) Objeto de medidas provisionales (art. 721, inc. a del CCyCN) 331

4. d) Regulación sobre legados alimentarios (art. 2509 del CCyCN) 333

4. e) Indivisión forzosa (art. 2330, 2331 y 2332 del CCyCN) 334

4. f). Atribución preferencial en la instancia de partición (art. 2381, inc. a del CCyCN) 335

4. g). Derecho real de habitación del cónyuge supérstite y conviviente sobreviviente (arts. 2383 y 527 in fine del CCyCN) 336

5. Epílogo 340

CONCLUSIONES 345

BIBLIOGRAFIA 351

INTRODUCCION

El Derecho de Propiedad y el Derecho a la Vivienda, son derechos que cobran relevancia diariamente y que sus jerarquías, su reconocimiento jurídico, su naturaleza, muestran la necesidad de su vigor en una sociedad política a fin de que no sean negados e incluso desconocidos (de lo cual existen muestras históricas irrebatibles). Esta preocupación, siendo que en algunos países es realidad cotidiana su continua vulneración, ha motivado a su estudio y distinción, a los efectos de determinar la jerarquía de los mismos, analizándolos desde el orden natural, positivo y abarcando su inclusión como derechos humanos, evitando caer al nombrarlos en contenidos vacíos, que sólo invitan en su mención a intentar sostener posiciones políticas convenientes. Es por ello que el rigor de su análisis permite también sostener la necesidad de que existan acciones políticas adecuadas y justas que permitan su concreción. En esa línea, su análisis y estudio ingresa a reivindicar derechos de la persona humana que son objeto de violación en la práctica y que en actuales situaciones dan origen a que se reiteren hechos significativos de vulneración, que aún se encuentran presentes en el devenir histórico actual. Se impone el deber de una continua revisión de sus contenidos y su significación como derechos inviolables de la persona.

El sentido esencial del derecho de la propiedad y del derecho a la vivienda implica su desenvolvimiento dentro del Estado como comunidad política, que asume como objetivo primero la realización del bien común "el bien común al que la autoridad sirve en el Estado, se realiza plenamente sólo cuando todos los ciudadanos están seguros de sus derechos. Sin esto se llega a la destrucción de la sociedad, a la oposición de los ciudadanos a la autoridad, o también a una situación de opresión, de intimidación, de violencia, de terrorismo, de los que nos han dado bastantes ejemplos los totalitarismos de nuestro siglo. Es así como el principio de los derechos del hombre toca profundamente el sector de la justicia social y se convierte en medida para su verificación fundamental en la vida de los organismos políticos"[1].

1 SAN JUAN PABLO II, *"Redemptor hominis"*, en *Los derechos del hombre y su violación en el mundo de hoy. La palabra del Papa Wojtyla Incuidas sus intervenciones en Irlanda y EE.UU*., Selección

El fenómeno visceral que atraviesa el orden jurídico interno y que se impone en su designación desde la doctrina como "constitucionalización del Derecho Privado", recoge como hecho histórico la reforma de la Constitución Nacional Argentina de 1994 que reconoce los tratados internacionales como derecho supralegal, y en esa línea el Código Civil y Comercial Argentino de 2015 que deroga al anterior Digesto Velezano, asume en su núcleo y en forma íntegra a la Carta Magna Nacional y los tratados de Derechos Humanos de los que Argentina es parte (v. art. 1 y 2 del CCyCN). Ello así, como señala el jurista Bidart Campos, los instrumentos de derechos humanos internacionales proyectan un deber 'hacia adentro' de los Estados, que implica respetar en cada ámbito interno los derechos de las personas sujetas a la jurisdicción del Estado-parte y es en ese sentido que la Nueva Codificación en lo que al estudio de los derechos de propiedad y de vivienda refiere, propone un marco regulatorio que encuentra su coordinación en el orden internacional e interno. Si bien es laudatorio la actual modificación del Digesto en función al estudio de los derechos señalados, en tanto se significan como derechos que reconocen en su naturaleza su inderogabilidad, el ser imperativos e indisponibles y que forman parte del elenco de los derechos humanos fundamentales (lo que será puesto de relevancia en el presente estudio) asentados en la dignidad de la persona; puede sumarse y quizás como de "lege ferenda" proposiciones aún mas concretas en lo que refiere al derecho a la vivienda a fin de su exigibilidad y permanencia en el ámbito del ejercicio de los derechos de la persona humana.

---

e Introducciones de José Mar. Alsina Roca, Presentaciones del Cardenal Primado de España, Barcelona, Ediciones Acervo 2da. Edición, 1979, p 51.

Estructura del Trabajo

Se desarrollará en tres partes. Previo a su descripción, se aclara que al finalizar cada capítulo se efectúa un epílogo del mismo, remarcando la aproximación a la conclusión de ese sector de la investigación que se aborda. En ese menester, la Primera Parte refiere a las postulaciones y reflexiones relativas al orden político, poniendo la relevancia del vínculo existente entre la persona humana y el Estado. Este primer núcleo conformado por este vínculo, se estatuye a través de un orden político que asume como fin la realización del bien común y es en ese sentido que se lo asume -al orden político- como virtuoso. Este bien común, que implica la realización de los bienes individuales; indica que primeramente, se construyan los fundamentos filosóficos suficientes para el presente estudio, invocando sólo aquellos con los cuales se comparte su andamiaje y que permiten elaborar desde la base de la dignidad de la persona humana postulados que fundamenten a la persona como titular universal del derecho de propiedad y del derecho a la vivienda (individual o familiar). Este recorrido llevará luego el abordaje desde la óptica de los derechos humanos en la parte segunda de este trabajo, en la indagación sobre su devenir histórico, naturaleza jurídica, características, el hecho de ser estimados como fundamentales. Es así que estas dos partes se vuelven nucleares en el presente estudio y sin que agoten la temática propuesta, pretenden volverse pilares que sustenten con la necesaria solidez, el arribo a la parte tercera de este trabajo. Justamente en la parte tercera, se comenzará en el primer capítulo el estudio del derecho de la propiedad, abordándolo desde su inicio y origen, las distintas concepciones filosóficas, los principales exponentes en su desarrollo, delimitando la posición tomista escogida y su estructura y fortaleza que permite lo necesario para su justificación como derecho humano fundamental. Ello así, la actuación de la Iglesia Católica Apóstolica Romana a través de la historia contribuye a la definición de su contenido y sus límites, destacando la función social de la propiedad a través de los distintos instrumentos eclesiásticos dictados en la historia y que obedecen a problemas que aún -y a pesar de las centurias transitadas- pueden reconocerse en la persona contemporánea. Arribando como último acápite de dicho capítulo, la legislación positiva -en forma general y como muestreo-

establecida en la actual codificación. En el siguiente capítulo se afrontará el estudio del derecho a la vivienda, repitiendo el esquema anterior en tanto se reconoce la necesidad de adentrarse en su naturaleza jurídica, conceptos, características, posiciones filosóficas, dignidad como elemento integrante de la misma, su acceso y su regulación en la legislación positiva argentina, esto último sólo en lineamientos genéricos. El siguiente capítulo pretende asumir una síntesis desde el constitucionalismo social en relación al derecho de propiedad y el derecho a la vivienda, cómo se consolida su diseño en el plano internacional, su vinculación con los derechos sociales y su recepción desde la óptica constitucional en el orden supralegal y nacional. El régimen de afectación de la vivienda que sustituye al anterior régimen de bien de familia, merece su desarrollo en orden a su descripción y valoración en tanto abarca la vivienda individual y familiar. El último capítulo recoge al derecho a la vivienda en su diseño concreto en el plano del derecho positivo argentino y su materialización a través de distintos institutos como también en situaciones afines, a los efectos de demostrar la relevancia e importancia visceral del mismo. Culminando con las conclusiones.

Hipótesis de trabajo

Hipótesis principal

El derecho de propiedad y el derecho a la vivienda son derechos que revisten la misma jerarquía en el orden natural, como derechos humanos fundamentales y así son reconocidos en el ámbito internacional de los Tratados de derechos humanos como en el ordenamiento positivo argentino.

Hipótesis secundarias

La posición filosófica que se asume en relación a los derechos de propiedad y a la vivienda determina que se los estime como derechos naturales, humanos y fundamentales que detenta la persona humana en tanto sujeto de derecho y por ello, son

de innegable existencia.

El bien común configura un vínculo imprescindible y conforme a su naturaleza, entre el derecho de propiedad y el derecho a la vivienda, configurando un orden político virtuoso al que debe aspirar el ente estatal en el respeto de la dignidad y desarrollo de la persona humana.

La protección de la vivienda familiar y/o individual en el actual régimen protectorio del Código Civil y Comercial Unificado de la Nación es superador respecto del anterior digesto derogado, destacando principios vectores que iluminan la actual codificación.

El diseño en la actual codificación respecto del derecho a la vivienda es -en un sentido- suficiente en aras de su protección, lo que no impide que a futuro pueda incorporarse normativa más explícita para completar su diseño, en función de su exigibilidad.

Objetivos del trabajo

Objetivo principal

Demostrar que el derecho de propiedad y el derecho a la vivienda son derechos humanos fundamentales de la misma jerarquía.

Objetivos instrumentales

Investigar los fundamentos filosóficos y jurídicos donde se consagran las bases o pilares sobre las que descansan los derechos de propiedad y vivienda

Demostrar como el bien común es objetivo primero y último de todo ordenamiento político y con ello, la dignidad de la persona como elemento constitutivo de ambos derechos de propiedad y vivienda.

Analizar las hipótesis propuestas en el plano internacional jurídico, en lo que refiere a la órbita de los Tratados Internacionales en su devenir histórico, y su incorporación al derecho interno argentino y la exigibilidad de los mismos, sólo en lo relativo al estudio de los derechos mencionados.

Examinar los diseños normativos establecidos en el Código Civil y Comercial Argentino en relación a a ambos derechos, a fin de exponer su reconocimiento como tales.

Explicitar los institutos protectorios en relación al derecho a la vivienda consagrados en el actual digesto normativo y evaluar si los mismos resultan suficientes en orden a la protección y reconocimiento de dichos derechos como también en relación a su exigibilidad.

Justificación

El fenómeno social que se observa, tanto a nivel nacional como internacional, en relación a la ausencia y vulneración de los derechos de propiedad y vivienda, arroja como resultado el desamparo de miles de personas que son -no puede negarse- sujetos de protección por parte del Estado del que forman parte. En este aspecto, ello se observa a través del estudio de la historia de la humanidad, pero actualmente se asiste al triste espectáculo de la ausencia de respeto a la normativa jurídica y en definitiva de la continua vulneración de la persona como sujeto de derecho y siendo que la actual legislación civil ha asumido como directriz la "ética de los vulnerables" en palabras del jurista Lorenzetti, no permite permanecer ajeno ante esta opresión, que incide en forma directa en la paz social. Si el derecho de la propiedad asumido junto a su función social y el derecho a la vivienda fueran respetados, encontraríamos una sociedad en la que el orden político virtuoso se encuentre instalado y las disputas que pudieren acontecer encontrarían una respuesta inmediata en el amparo de una normativa que las eliminaría restituyendo la mencionada paz social como objetivo primero -que conlleva el bien común- y que es a lo aspira toda sociedad humana.

Limitaciones y Delimitaciones

En el presente trabajo no se han encontrado limitaciones en cuanto al abordaje que le es es propio, más allá de dificultades técnicas en cuanto a textos en idiomas

extranjeros o algún material bibliográfico de difícil localización; no obstante no se ha vuelto en reparo, por lo que la planificación propuesta ha podido desarrollarse de modo razonablemente adecuada. Si bien es menester señalar, que la Pandemia COVID 19 marcó un hito a nivel bibliográfico en tanto el cierre de las bibliotecas para consulta y búsqueda de material, lo que concluyó en la utilización de la mayoría de recursos electrónicos, asumiendo un papel relevante en la confección del presente trabajo.

Respecto a las delimitaciones, han sido lo suficientemente precisas y circunscriptas a la temática planteada en relación a las hipótesis propuestas, por lo que la información buscada y obtenida refiere en exclusividad a ella. Ello indica que se apartaron, aquellas informaciones que sólo periféricamente podrían ser útiles pero no medulares en el estudio presente. Por ello, se destaca la incidencia de textos filosóficos, de Derecho constitucional, Civil, Reales y de Familia, y antiguos digestos romanos como fuentes de importante relevancia.

Metodología

En términos generales se utilizará una estrategia metodológica cualitativa valiéndose como técnica de la recolección de datos y el análisis de trabajos doctrinarios y jurisprudenciales, de la Constitución Nacional, Provincial, de Tratados Internacionales, Codificación de fondo, etc.; afines con la temática cuyo abordaje se propone, aclarándose en este sentido que los datos obtenidos y la información recabada sobre diferentes perspectivas y puntos de vista lo será sin efectuar ninguna medición numérica o análisis estadístico en particular. En este sentido se procederá a analizar las fuentes primarias y secundarias que se mencionan a continuación, a través de la estrategia de análisis documental y de contenido.

Medios y recursos

Los medios a utilizar serán aquellas fuentes de información que se constituyen como instrumentos o recursos que aportan información sobre determinado tema.

Fuentes Primarias (son las fuentes directas de información, originales, de primera mano): fallos, sentencias y legislación relativos a la temática elegida en el orden nacional y del Derecho Comparado. Se procederá a trabajar principalmente con la Constitución Nacional, Cartas Magnas internacionales, Tratados Internacionales, Codificación de Fondo, Documentos Eclesiásticos, Tratados filosóficos y demás legislación vinculada a la temática de estudio.

Fuentes Secundarias: son aquellas que comentan, sintetizan o analizan las fuentes primarias de información. En este trabajo se utilizarán como fuentes secundarias libros, artículos o sitios web que contengan elaboraciones doctrinarias o que traten el tema objeto de estudio fijando posición sobre el mismo, como así también diversos comentarios a fallos y artículos de revistas especializadas en derecho.

Fuentes Terciarias: son aquellos instrumentos que se basan en las fuentes secundarias; en esta investigación se consultarán específicamente libros o sitios web que expliquen y analicen las diversas posiciones doctrinarias y jurisprudenciales sobre la materia.

PARTE PRIMERA

CAPITULO I

ALGUNAS POSTULACIONES SOBRE EL ORDEN POLITICO

1. El Estado corresponde a las personas: su actividad sometida a la realización permanente del bien común.

El título de este apartado contiene la premisa que forma parte del nombre del capítulo, esto es la pertenencia del Estado en relación a las personas y su respectivo correlato, es decir la vinculación de las personas al Estado, compartiendo ambos un mismo objetivo: el bien común.

Entonces, a los fines de poder lograr un delineamiento de las aristas que encierran los conceptos que se encuentran en dicha premisa (en lo que refiere concretamente a Estado, persona humana y bien común), se vuelve necesario recorrer la vinculación esencial, innegable y prístina del Estado y la persona -sin que exista confusión entre ellos- lo que permite para lograr su comprensión y en la inteligencia de evitar reiterar conceptos o silogismos que desde el plano filosófico trascienden a esta exposición, pero que sin lugar a dudas alguno de ellos van a ser mencionados a los fines de su aplicación directa para la comprensión del postulado que se sostiene y que da nombre a este acápite en tanto se dice que “el Estado le corresponde a la persona”; aplicarlos al presente a los fines de lograr una fundamentación. Y ello así en tanto el propósito de este estudio es construir fundamentos filosóficos suficientes, invocando sólo aquellos con los cuales se comparte su andamiaje, en tanto admiten elaborar desde la base de la dignidad de la persona humana el postulado que resulta objeto de este trabajo, en tanto refiere a la titularidad universal del derecho de propiedad y el derecho a la vivienda. Ello implica en su recorrido, transitar por conceptos y definiciones que en la actualidad, si bien se supone conocidos, se estima imperioso volverlos presentes a los fines de la trama del presente trabajo.

Así, a los fines de poder lograr el cometido propuesto, se seguirá la doctrina y los postulados del autor canadiense Padre Louis Lachance O.P. (Orden de Predicadores)

en orden a su filosofía eminentemente tomista, que es la que se sostendrá para dar soporte al presente. Ello así en tanto la filosofía jurídica de Santo Tomás de Aquino es la fuente primera y final de Lachance, quien con solidez y coherencia permite adentrarse en lo medular de la doctrina tomista y a través de ese cristal, develar y comprender los significados en su totalidad tanto de la persona, del Estado y su vinculación en orden a su causalidad y sus fines. Lo descripto devela que exista equilibrio en sus formulaciones, evitando los antagonismos entre realidades tanto filosóficas como del orden práctico. Y en sí mismo, lo que vuelve más trascendente este pensamiento es que justamente, logra a través de las luces que arroja al intelecto, la paz social que es sin duda de lo que actualmente carece la sociedad fragmentándola, generando rivalidades y culminando muchas veces en guerras con la consabida destrucción de la persona humana y de la sociedad que habita. Por ello es trascendente remarcar y volver actual estas directrices que van a informar a este estudio.

La afirmación de la existencia de Dios es un postulado que se erige como verdadero y forma parte de lo dogmático de esta investigación y es en ese sentido que se consigna, por lo cual esta afirmación no es objeto de debate en ningún aspecto y así se comparte la misma visión del autor del cual se sigue su escuela (Louis Lachance) que es, quien a su vez, recogiendo la doctrina tomista, suministra y construye las bases de lo abordado en lo que filosóficamente compete. Ello así, y sin pretender caer en reiteraciones, la arquitectura delineada en el enfoque filosófico que sirve de sustento a los posteriores desarrollos y que fue expuesta, indudablemente es la que constituye el punto de partida del inicio del estudio propuesto. Indudablemente que no puede desconocerse que innumerables doctrinarios ha perfilados diferentes perspectivas incluso antagónicas a lo formulado, pero no es menester y/u objetivo de la labor confrontarlas desviando el camino elegido hacia otras aristas que no son las propias a las elegidas. Entonces, en el enfoque tomista escogido, se continuará con el esquema delineado reiterando que las líneas que se recorren parten de los presupuestos en exclusividad, en lo concerniente a los postulados filosóficos que definen la cuestión.

En el cometido expuesto, es menester adentrarse en lo esencial del significado del término Estado en cuanto a que su fundamento se reconoce en las personas humanas

que lo componen y que son las mismas que lo definen, indicando en su concepción estimarlo como algo objetivo, real, con contenido humano, y no como una entidad abstracta, evitando caer en el peligro de pensarlo con un realismo exagerado, so pretexto de poder justificar la existencia de los totalitarismos y regímenes de gobierno sustentados en premisas que convergen en la negación de las libertades individuales, las que son absorbidas por una masa estatal poderosa que culmina en la negación en primera y última instancia de los derechos de la personas.[2]

Es necesario determinar si el Estado tiene una objetividad distinta de las personas que lo conforman. Así, se lo puede comparar con un organismo (un todo orgánico) en razón de sus similitudes con el "todo" que conforma la persona y si se lo observa desde su actividad en tanto existe unidad en el actuar y se trata de una unidad dinámica, se observa también similitud. No obstante, no se abarca con lo dicho lo que conlleva esa unidad que se refleja por entero en el principio de acción y así se llega a la segunda parte del nombre del acápite esto es "su actividad sometida a la realización permanente del bien común".

Se constata en la realidad tangible, que el concepto Estado conlleva una concepción pluralista en el sentido de que se compone de personas humanas, con sustancias autónomas y libres, y ostenta una organización política propia. También se señala como elemento que le es propio, el orden que existe e impera en el Estado, lo que deviene en jerarquía, compatible con la diversidad de las funciones a las cuales recubre. Contiene también una trama de relaciones reales, que da lugar a un todo real, que lo

2 "El liberalismo del siglo XIX...exaltan la libertad individual, exageran los derechos del individuo en detrimento de los del estado -y por consiguiente debilitan considerablemente la cohesión de la comunidad política- obteniendo así ventaja lo múltiple sobre lo uno. Por contra, se sabe que los regímenes totalitarios, como por ejemplo el fascismo y el nazismo, que preconizaron una unidad tan rígida que resultó incompatible con el respeto de la dignidad y los derechos de la persona humana, conocen ciertas formas de supervivencia. Los sistemas políticos que se inspiran en la filosofía marxista también son tipos de organización unitarios, estatales. Ofrecen pocas garantías al ejercicio de la libertad, al desconocer prácticamente las prerrogativas de la persona...La libertad que el liberalismo ha querido absoluta, desprovista de toda directriz, ha llegado a ser soberana. Algunos individuos han acaparado la mayor parte de las riquezas hasta el punto de ser lo bastante poderosos para dirigir el Estado, de modo que la libertad de los ciudadanos, que se deseaba tan franca, se ha convertido en servidumbre. La comunidad política y la mayoría de sus miembros están a merced de de unas cuantas unidades federadas", LACHANCE, Louis, *Humanismo político. Individuo y Estado en Santo Tomás de Aquino*, Traducción de Jorge Cervantes y Juan Cruz Cruz, Pamplona, España, Editorial EUNSA Ediciones Universidad de Navarra S.A, 2001, p 42.

vincula a sus partes y lo vincula también a su objetivo que es el bien común.

Es así que se observa la existencia de Estado como un todo funcional, en tanto su constitución con personas humanas libres (libertad en tanto atributo de la propia naturaleza humana), independientes entre sí pero con una dependencia para la adquisición de su superación intelectual, moral, que conlleva a remitirse a la teoría del todo y la parte, en tanto la persona es un todo en el sentido metafísico; es decir es un todo particular que frente a un todo organizado que es el Estado y frente al cual tiene razón de ser de parte, en un equilibrio en tanto la perfección recíproca, se condiciona dependiendo una de otra.[3]

El referir al Estado como un "todo" organizado, implica también definirlo como un todo dinámico que tiene un principio de acción como causa universal de progreso y realización, que se compone de miembros, de personas que se distinguen del todo. Allí en la relación del todo y la parte, concibiendo al Estado como todo y la persona humana como parte en el sentido expuesto, se percibe la idea de la comunidad humana conformada entre las distintas partes. En esa línea, el Estado se vuelve necesario para la persona, en tanto a que en orden a jerarquía de todo organizado permite que la persona -sin ser sustraída por el mismo- alcance sus fines. Así se explica que sólo mencionando a la persona en calidad de "parte" en tanto integrante de la sociedad, se vuelve a la teoría de que tanto el todo no puede ser sin la parte y la parte no puede ser sin el todo, en orden a su perfección. A su vez esta sociedad estatal, contiene tanto a personas como a asociaciones, realizan ellas sus fines en una unidad de orden, destacando como principio de unidad el orden de sus partes.[4]

Esta perspectiva encuentra su solvencia y acabado discernimiento en el análisis

3 "Así el Estado procede siempre de la naturaleza, lo mismo que las primeras asociaciones, cuyo fin último es aquél, porque la naturaleza de una cosa es precisamente su fin, y lo que es cada uno de los seres cuando ha alcanzado su completo desenvolvimiento se dice que es su naturaleza propia...Puede añadirse que este destino y este fin de los seres es para los mismos el primero de los bienes, y bastarse a sí mismos es, a la vez, un fin y una felicidad. De donde se concluye evidentemente que el Estado es un hecho natural, que el hombre es un ser naturalmente sociable", ARISTOTELES, *Política*, Buenos Aires, Ediciones Terramar, 2014, p 13.

4 "lo que prueba claramente la necesidad natural del Estado y su superioridad sobre el individuo es que, sino se admitiera, resultaría que el individuo puede entonces bastarse a sí mismo aislado así del todo como del resto de las partes; pero aquel que no puede vivir en sociedad y que en medio de su independencia no tiene necesidades, no puede ser nunca miembro del Estado", ARISTOTELES, op. cit., p 14.

que efectúa Santo Tomás de Aquino al explicar el sentido que se le asigna a la prioridad del Estado -en el sentido que se viene discurriendo- sobre la persona (lo que impide justificar nefastos regímenes totalitarios que ocasionaron graves daños a humanidad), lo que deviene en el plano de la finalidad, es decir de la naturaleza y de la perfección; y el instinto que orienta a la persona a su "bien vivir" lo orienta a aquello que es su causa natural y ello es en este sentido en tanto el Estado como institución humana, es producto de las personas humanas, de su intelecto, libre albedrío y voluntad, definiendo al hombre en su concepción e historicidad como "animal social, animal civil, animal político". Ahora bien, la doctrina tomista si bien estima al Estado como algo real, al modo de ser objetivo, una entidad distinta a la de las personas que la componen, no es una realidad substancial. Puede hablarse de analogía pero no de univocidad. La colectividad realiza las propiedades de la persona, reclamando la autonomía de ellas. Es decir, lo colectivo "no es pura privación de unidad, sino la encarnación de una forma de unidad contrario a aquella que caracteriza al uno"[5]. En el cuerpo societario, existe unidad. Esta unidad de las personas implica situaciones de parentesco, de origen, de comunidad de principios. Sobre esa unidad se construye el Estado. Si bien es evidente que la multitud que representa el Estado no está fundada sobre el ser, ya que eso es propio del universo y la persona humana como pieza del universo, como ser que lo vincula a Dios. "La multitud comunitaria contiene sujetos que son autónomos pero que se encuentran unidos con relación a un término. Y este término...es el fin común. Ellos se unen pues en relación a un mismo fin. Las relaciones que los solidarizan entre sí están fundadas sobre aquellas que los encaminan hacia un mismo fin. La unión de las voluntades realiza la unidad interior"[6]. Si la sociedad estatal es un orden, convoca a principios cuales son el de enlace, comunión entre sus miembros, la distinción de las personas que regula, las jerarquías existentes, lo que se traduce en división de poderes y de bienes, creación de funciones, determinación de obligaciones, las facultades de un ser orgánico según la diversidad de aptitudes con relación al bien común. En la sociedad existe una unidad de relación. En ella surge la solidaridad resultante de la

5 LACHANCE, Louis, *El concepto de Derecho según Aristóteles y Santo Tomás,* Buenos Aires, Talleres gráficos de Domingo Taladriz Primera Edición, 1953, p 283.
6 LACHANCE, Louis, *El concepto de derecho...*, op.. cit., p 285.

conciencia viva de un ideal común.

En la doctrina tomista, la forma si bien designa el principio que efectúa el moldeado de la materia, también significa, por extensión, "el orden que contiene una multitud que hace de ella un todo ligado, dotado de una cierta consistencia y de una cierta organización...el Estado, la ciudad, no son el orden o la organización política, ni tampoco la nación, sino el compuesto de ambos, el todo, el pueblo organizado políticamente, la multitud encerrada en un orden"[7]. La trascendencia del Estado se da por su forma, es decir, por el orden político. Es que nuevamente se confiere a este todo orgánico, con contenido humano, no como una forma irreal y abstracta sino como algo real y objetivo, en la cual las partes que lo componen (las personas humanas, asociaciones, etc.) no pierden su individualidad, manteniendo su objetividad distinta a la del Estado y en su correlato, el Estado mantiene también su objetividad respecto de sus miembros. No se trata de una categoría creada sino de realidades diferentes y concretas.

Nuevamente, se resalta que este todo que constituye el Estado frente a la persona en tanto parte, no descarta el carácter pluralista del Estado, en el sentido de que conserva los bienes de cada persona que lo componen. No absorbe la colectividad al individuo y por lo tanto no pierde el carácter de unidad. Esta unidad que se verifica en el Estado, no lo vuelve en un Estado absoluto, se trata de una unidad que contiene a las personas y las incorpora formando un organismo político que le permite su diferenciación. Y así el Estado que como se sostiene emana de las virtualidades de la naturaleza y tiende a la promoción del bien vivir por el establecimiento del orden, de la justicia, debe permitir la realización de las condiciones del bien vivir con sujeción a un orden político. En otras palabras "El estado es una forma unitaria. Las fuerzas que ejerce trabajan para la unificación de elementos humanos. Toma el aspecto de una paradoja concreta en la que términos opuestos como lo uno y lo múltiple, lo singular y lo plural se realizan simultáneamente sin confundirse ni suprimirse. Viene a ser una aplicación analógica de la teoría de lo uno y lo múltiple"[8]. Si bien se deja a salvo, -como se dijera- que el Estado no goza de una unidad sustancial. Esta unidad en tanto

7 LACHANCE, Louis, *Humanismo político..*, op. cit., p 248.
8 LACHANCE, Louis, *Humanismo político..*, ibidem., p 22.

dinámica, se anuda en el actuar.

Establecida la premisa de que el Estado corresponde a las personas, se puede observar que la unidad que contiene se encuentra reflejada en tanto -según Santo Tomás-, en que previamente se ha constituido un principio de acción. Es decir, la unidad para configurarse necesita de la acción. La acción forma parte del sujeto del cual emana. La acción emana de un sujeto, de modo que la unidad de uno denuncia la unidad de otro. Hay sujeto y unidad y acción. En el Estado, es una unidad dinámica. Esa acción como ley fundamental es tender al bien. Ese bien que se quiere alcanzar, en la acción es ordenada en su realización por la política y de la acción articulada de Estado y de la persona, se deriva el bien vivir humano; coincidiendo así el fin de la política con el de la acción.

Entonces, teniendo en cuenta las partes que componen el todo del Estado, no hay realización de un efecto sin una causa unitaria, tampoco puede haber producción de un bien esencialmente colectivo sin colaboración, ni colaboración sin orden, ni orden sin cohesión, sin unidad. Desde la política, se introduce un orden en los actos humanos libres, y se propone coordinar la actividad colectiva de manera que contribuya al bien vivir, instaurando un orden sobre el actuar de las personas, acción que pertenece propiamente a las personas.

Asimismo y siempre en referencia al Estado, es necesaria la unidad para el logro de un bien, siendo que el bien colectivo se nutre de colaboración, una colaboración ordenada que implica cohesión y por lo tanto unidad. Todo ello configura el orden. “Gracias a la división del trabajo y a la diferenciación de las funciones, una aglomeración adquiere la solidaridad, se forma en equipo y multiplica el rendimiento humano, pero a condición de estar protegida contra la anarquía por el orden...los individuos se asocian para asegurarse mejor la obtención de su fin”.[9]

Dicha unidad, estimando al Estado como realidad práctica constituida para la acción que no excluye a los ciudadanos sobre el cual se ejerce lo político, indica también un orden. Este orden también implica también la forma, en tanto orden concebido como contenedor de una multitud con consistencia y organización. “Así

9 LACHANCE, Louis, *Humanismo político...*, op. cit., p 13.

pues, del mismo modo que un hombre no es un cuerpo ni un alma, sino el compuesto de ambos, el todo; también el Estado, la Ciudad, no son ni el orden o la organización política, ni tampoco la nación, sino el compuesto de ambos, el todo, el pueblo organizado políticamente, la multitud encerrada en un orden". [1011].

Entonces si este orden implica la forma en cuanto al Estado, es trascendente su forma; es decir el orden político. Este orden dentro de la unidad dinámica del Estado que constituye un principio de acción, denuncia al sujeto del cual emana, es decir la persona. "El Estado,… es una disposición de partes relativamente estable, relativamente estática, pero ante todo es una línea de orientación. De manera que la causa última de su consistencia interna reside en el fin que orienta la multitud. Este fin tiene el carácter de un dato objetivo nuevo, es decir, de un dato que sólo es claramente percibido por los individuos después de un cierto tiempo de vida en aglomeración y que, desde el momento en que es descubierto, actúa sobre ellos y suscita en ellos un querer común"[12]

Esta actividad derivada del principio de acción del Estado, refleja la unidad bajo una causa única y objetiva. Entonces la acción común, de todos sus miembros supone también la existencia de una autoridad en el marco del orden, cumpliendo cada uno funciones propias, sin que implique determinismo social en dicha unidad.

1. a). Dignidad y contenido del bien común.

La concepción de la persona humana en tanto soporte material del orden político y su causa realizadora y también causa de la organización política como obra propia de

10 SANTO TOMAS DE AQUINO, *Suma Teológica*, I q 31 a1 ad2 website: //hjg.com.ar consultado el 8/08/2020.

11 "Como en Aristóteles, la unidad de la ciudad es aquí unidad en la diversidad de funciones en armonía con un fin unitario. La diversidad de órdenes, considerada según la de ministerios y actos, es inherente a la naturaleza misma de la jerarquía. Como en Aristóteles, la unidad de la ciudad es aquí en la diversidad. De ahí el símil del organismo, que también Santo Tomás hace suyo en su clásica acepción analógica. La sociedad política es una realidad superior a la suma de sus miembros, es una unidad de actuación con arreglo a un fin, pero no una unidad sustancial, como la del individuo, sino una unidad de orden (*unitas ordinis*), ... En esta concepción, el bien individual se somete al bien común sin ser absorbido por éste en lo que irradiación de la personalidad que al hombre confiere su naturaleza racional...", TRUYOL Y SERRA, Antonio, *Historia de la filosofía del derecho y del estado. De los orígenes a la baja edad media*, Madrid, Décima Edición Alianza Editorial, 1991, Tomo I, p 372.

12 LACHANCE, Louis, *Humanismo político...*, op. cit., p 251.

la misma, permite avizorar que la noción de bien común está implicada en su constitución, ya que la definición del sujeto del orden social pone en posesión del principio primero. En ese sentido se sigue que hay implicación del Estado y del bien común en la definición práctica de la persona humana. Así referirse al fin o bien de la persona o bien individual, implica no soslayar su incorporación al orden político, sino que el bien individual de cada persona es parte del bien del todo (Estado), esto es el bien común.

En este cometido lograr una definición asertiva de lo que se entiende por bien común, indica que la persona como sujeto de derecho, con su individualidad racional, lleva la idea de integridad de acabado ontológico. Así se comprende la dependencia que existe de la persona con instituciones políticas y sociales en tanto las condiciones de progreso que impone su naturaleza[13]. Asimismo como parte (la persona) del todo (el Estado) aspira al bien más alto y para lograrlo dispone de los instrumentos más perfectos, encontrándose más apto para producir el bien humano. Ello así no descarta el bien individual y mantiene la solidaridad y su orden.

Desde la individualidad, existe la aspiración al bien más alto por parte de la persona humana, lo que expresa a la vez su imperfección, en tanto para alcanzar su perfección, su razón natural le ordena unirse al prójimo. Esto no implica que su naturaleza social sea consecuencia de su necesidad de progreso en sus distintos órdenes (material, espiritual, etc.) sino la causa de la perfección espiritual. "Aunque fuere perfecto, también debería vivir en sociedad. Y eso a causa de la esencia misma del bien humano, que es tan alto y tan complejo que no puede ser realizado por el concurso y el esfuerzo de un solo hombre. Es forzosamente obra colectiva y bien común"[14]. Justamente no puede sostenerse que la persona perfecta pueda vivir fuera de la sociedad política, ya que su perfección la alcanza dentro de esta actividad colectiva y no apartada de ella. Y esta comunidad en su pertenencia a la misma (la persona), participa del bien

13 "El hombre, siendo capaz de la felicidad puede perseguir un bien universal y perfecto. Pero está en su naturaleza, en el último escalón de la escala de los seres que comparten con él este destino. Por consiguiente, su alma necesita un gran número y una gran diversidad de maneras de progresar, de inclinaciones", SANTO TOMAS DE AQUINO, *Suma Teológica*, 1 q77 a1, website: //hjg.com.ar consultado el 8/08/2020.

14 LACHANCE, Louis, *El humanismo...*, op. cit., p 278.

común no en una forma artimética (si se entiende el mismo sólo en términos económicos15); por el contrario, la integra. No puede bajo ningún aspecto considerarse al bien común como una abstracción vacía de contenido. Por el contrario, es una realidad tangible, que en el orden práctico y en el diario de la vida humana se constata. Pero ello, sin caer en la paradoja de un bien público que sustituya al bien común, y que admita cambiar de contenido y esencia conforme sea quien esté a cargo del cuerpo social como gobernante. Sostener esta concepción es asumir el cultivo de intereses egoístas que distan y se oponen a lo que verdaderamente se entiende como bien común. Si el bien común en palabras de Santo Tomás de Aquino es aludido como "felicidad", a las claras lo expresa en un sentido esencial en cuanto a su objeto en el orden físico y metafísico. La esencia metafísica de la felicidad supone su pura esencia, lo que lo constituye y distingue de otros (en el hombre ser animal racional). En la felicidad su esencia metafísica es Dios como objeto en el cual primera y necesariamente consiste la felicidad del hombre y en la esencia física de la felicidad objetiva implica añadir a su esencia metafísica otros bienes distintos de Dios que concurren en relación a la felicidad del hombre. Y entonces, si se sostiene al bien común como felicidad, no puede admitirse una concepción individualista opuesta a su esencia y tampoco un idealismo que lo aparte de la realidad, en la cual la persona humana no participe y por lo tanto no alcance su desarrollo.

La idea de bien, como idea directora de la vida de la persona humana, implica la idea de ser y de perfección, pero vista desde el sujeto la perfección es hacia lo que tiende "y si perfección y bien son dos elementos que se requieren mutuamente, debe resultar de ello, que nuestro bien es nuestra relación y por tanto el remate de nuestra vida. El círculo -escribe Aristóteles- es perfecto cuando la línea que describe toca su punto de partida, pues es entonces cuando es perfecto según la naturaleza el círculo,

15 "Está la tendencia individualista, que permite el uso de la fórmula también a los discípulos de Locke, y ponen a la comunidad del bien en su división material y aritmética, en partes iguales o proporcionales, entre todos los miembros singulares de la comunidad...la comunidad del bien debe ser una comunidad concreta de sujetos concretos...debe pues resolverse un una utilitatem civium y no en el culto de una mítica abstracción, en la cual el Estado no ve más que la propia sombra", GRANERIS, Giuseppe, *Contribución tomista a la filosofía del derecho, B*uenos Aires, Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1977, p 181.

puesto que, en este momento, es círculo al máximo. Ocurre lo mismo con todo ser. Posee la perfección cuando todos los recursos que duermen latentes en él, han sido puestos de relieve y obtienen el objeto por el cual han sido desarrollados. La perfección consiste entonces en la aprehensión del bien que es apto para procurar el coronamiento del último"16. Entonces es razón fundamental, que la persona humana requiera insertarse a través de un organismo social para alcanzar su perfección, que implique ayuda mutua, y alcance su bien que tiene razón de fin, la felicidad común hacia la cual lleva la naturaleza de persona humana.

En el espacio de su individualidad que forma parte de la naturaleza de la persona humana, se expresa -la propia persona- a través del propio gobierno de vida de sí misma, en cuanto se confía a su razón personal. Allí intervienen tanto la inteligencia como la voluntad para delinear el gobierno de su vida y ambas se dirigen a alcanzar el bien propio, de cada individuo, el cual será diferente por reconocer en sí la individualidad que le suministra la unicidad particular respecto de cada persona en la cual reside. Es decir, el bien individual tiene una determinación cuantitativa y cualitativa propio del carácter particular de la estructura de la persona. Se sigue que el bien propio de cada persona es particular y limitado, por ello resulta inferior al bien común en tanto este ofrece en suficiencia todos los elementos en orden de la perfección y así el bien particular necesita del común para su realización[17]. Claramente existe solidaridad y orden, como se señalara, lo que los diferencia pero manteniendo una interacción continua, siendo dualidad y comunión al unísono. De este modo se colige que existe reciprocidad entre el bien individual y el bien común. El bien individual contribuye a la eficiencia del bien común y éste a la integridad final de la parte (persona).

El bien común surge como fin último al que se vincula la voluntad individual a través de su bien individual. "El bien común es fin de toda persona que vive en

16 LACHANCE, Louis, *El concepto de Derecho…*, op. cit., 55.

17 "El bien común depende del bien individual en el orden la causalidad material, el bien individual es tributario del bien común en el orden de perfección", LACHANCE, Louis, *El concepto...*, ibidem, p 158

comunidad, así como el bien del todo es fin (último) de todas las partes"[18]. En esa lógica, la persona humana alcanza su plenitud en la comunidad, en el bien común que esta persigue, por lo que no se encuentra por encima de ella sino que reconoce su superioridad en la realización de su individualidad19 .

La dignidad del bien común por su lugar de supremacía en tanto causa y fin, se verifica en que posee por derecho la prerrogativa de finalizar la actividad colectiva[20] [21].

En el ámbito del bien individual de la persona, en su dinámica del obrar (es decir del gobierno individual de la vida de cada persona), se observa que dicho gobierno se configura a través de la inteligencia y voluntad como se expresara, ya que la persona se confía a su razón personal. Ese gobierno propio implica un principio de acción. En el obrar personal de cada persona, se adquiere un hábito virtuoso cuando ese obrar es "bueno". La prudencia individual es la que lo genera, logrando un discernimiento juicioso que vuelve a vincularse al principio de acción "el arte virtuoso consiste en

18 SANTO TOMAS DE AQUINO, *Suma Teológica*, II-II q58 a9 ad3, website: //hjg.com.ar consultado el 20/08/2020.

19 "Maritain (sostiene)...bien particular del individuo subordinado al bien común de la sociedad, bien particular de la persona por encima del bien común de la sociedad y bien común de la sociedad". La concepción aludida claramente coloca al individuo por delante de la sociedad, y utiliza esta última como un elemento para lograr sus fines, justificando en alguna medida la necesidad de su existencia, pero siempre en el contexto de su utilidad. Ahora bien, sólo desde la necesidad sostiene su existencia negando entonces, la naturaleza de la persona y en consecuencia su sociabilidad natural. A ello agrega que el bien individual en la cúspide de la pirámide y por debajo el bien común", TORRES LACROZE, Federico, *El bien común en la doctrina tomista. Aplicaciones prácticas*, Universidad Nacional del Litoral, 1953 website: http://hdl.handle.net/11185/3631 consultado el 30/07/2020.

20 "El bien individual, para ser completo, debe ser recogido de un bien común. El individuo está en la obligación de recibir de las instituciones nacionales su acabamiento personal. Se comporta ante ellas como lo perfectibles respecto de su causa perfectiva. De manera que, incluso cuando ha llegado al término de su desarrollo y ya no necesita más su apoyo, no puede hacer que su bien propio no conserve respecto de ellas lazos de dependencia ni que no retenga para siempre la fisonomía de un efecto", LACHANCE, Louis, *El humanismo*..., op. cit., p 382.

21 "el bien que desempeña el papel de causa última goza de tanta más eficacia cuanto su radio de acción es más extensivo. Así pues, si un bien fuera fin de un particular y otro fin fuera de la Ciudad, parecería considerablemente preferible y más perfecto promover y salvar el bien de toda la Ciudad que el de un solo hombre. La amistad que debe reinar entre los hombres hace que debamos procurar el bien del individuo. No obstante, no es preciso decir que es infinitamente mejor y más divino dedicarse al bien de toda la nación y de sus ciudades. Y si ya es loable asegurar el bien de una ciudad, es verdaderamente más divino producir el de la nación compuesta de varias ciudades. Y esto es proclamado más divino por el hecho de que de este modo se ve acrecentada la semejanza con Dios, causa suprema de todos los bienes. Este bien, común a una o varias ciudades, es el objeto de un arte llamado civil. Este arte constituye la más alta disciplina que hay, aquélla a la que corresponde en primer lugar considerar el fin último de la vida humana", LACHANCE, Louis, *El humanismo*... ibidem, p. 284.

andar recto, cumplir su acción según las exigencias del justo medio"[22] . Ese justo medio en palabras de Santo Tomás de Aquino implica referirse a la virtud (en tanto hábito) y así sostiene que "La virtud moral puede orientarse bien de forma general al justo medio racional, pero es responsabilidad de la iniciativa de la prudencia designar lo que conviene al fin virtuoso, dictar la acción que realice concretamente el justo medio racional"[23] . Ese bien racional e individual que se alcanza a través de la movilización de las fuerzas interiores de la persona que actúa mediante la razón, incluye su fin inclinándose hacia un objetivo específico. Este objetivo será intrínseco puesto que el dinamismo personal se orientará hacia su bien individual, su gobierno personal lo guiará hacia el mismo. Pero a la vez el objetivo será extrínseco en tanto último desarrollo de su propio bien dirigido hacia el bien común. El gobierno personal presume la existencias de mandatos (como se observa en cualquier gobierno formal), esta estructura interior compuesta de mandatos se origina en su prudencia política, que como fin se dirigen a la realización del bien racional, las actividades humanas convergen hacia el mismo, pero no como fin último. Equivale a decir que la mejor expresión de lo que prudencia política obtiene como objetivo es que las actividades particulares satisfagan el bien individual de la persona, abasteciendo las exigencias racionales, pero convergiendo hacia la colectividad, en tanto ser social. Es decir, el bien común en esta línea de argumento aparece como el ordenamiento racional de los fines del actuar particular para su logro, y en este orden de fines, la prudencia política encauza la acción colectiva en un sistema de leyes.

Siendo la actividad humana social por naturaleza, el destino de cada persona se decide en su interior pero se encuentra cruzado por la solidaridad que lo vincula a los otros. Aristóteles se refería al "buen vivir", a ese bien individual que las personas pretenden alcanzar para sí, y que está fundado en su propia naturaleza social. Así, la persona es el sujeto de su propia vida moral, la causa material de su vida moral[24]. Esta

22 LACHANCE, Louis, *El humanismo…* ibidem, p 377.

23 SANTO TOMAS DE AQUINO, *Suma Teológica*, II-II q47 a7, website: //hjg.com.ar consultado el 8/09/2020.

24 "Los preceptos morales ... versan directamente sobre las buenas costumbres. Ahora bien, estas costumbres se regulan por la razón, que es la norma propia de los actos humanos, y así aquéllos serán buenos que concuerdan con la razón, y malos los que de ella se apartan. Y como todo juicio de la razón

vida moral, en el entendimiento que se rige por la razón natural, deriva en que los preceptos morales son de ley natural, en sus modos diversos y conlleva autonomía, acción libre, personal; constituyendo la moralidad del acto -no el actuar- su calidad. Es decir la voluntad recibe la vitalidad del ser, es poder libre y participa en la universalidad de la razón y "encuentra fuera de ella misma, en los principios sobre los que debe regularse, la causa de su bondad" [25]. Esta bondad se manifiesta en rectitud, ya que la bondad se concibe en relación a un orden obligado "Es recto todo cuanto es conforme a la regla, todo cuanto va al fin designado por la naturaleza"[26]. Entonces esa rectitud es propia de un querer moralmente bueno.

Ello puesto de relieve en el ámbito del bien individual, y siguiendo en esa línea, la voluntad personal se inclina hacia el bien racional, como se señalara, y esa bondad de la voluntad lo es conforme al objeto que desea, de allí la bondad aludida. El objeto es propuesto por la razón, entonces la bondad de la voluntad depende tanto de la razón como del objeto, ambos intervienen y se relacionan. La razón en tanto criterio de rectitud, sirve de medida y referencia en su regulación de la voluntad. Este criterio de rectitud primera es obtenido por la razón de la conciencia moral primaria o sindéresis.

---

especulativa se funda en el conocimiento natural de los primeros principios, así todo juicio de la razón práctica se funda en ciertos principios naturalmente conocidos,...de los cuales se procede de diferente modo en la formación de los diversos juicios. Porque en los actos humanos hay cosas tan claras que con una pequeña consideración se pueden aprobar o reprobar, mediante la aplicación de aquellos primeros y universales principios. Otras hay cuyo juicio requiere mucha consideración de las diversas circunstancias, que no todos alcanzan, sino sólo los sabios, como la consideración de las conclusiones particulares de las ciencias no es de todos, sino de sólo los filósofos. Otras hay para cuyo juicio necesita el hombre ser ayudado por la revelación divina, como son las cosas de la fe. Resulta, pues, claro que, versando los preceptos morales sobre las buenas costumbres, rigiéndose éstas por la razón natural y apoyándose de algún modo todo juicio humano en la razón natural, síguese que todos los preceptos morales son de ley natural, aunque en diverso modo. Pues unos hay que cualquiera, con su razón natural, entiende que se deben hacer o evitar; v.gr.: Honra a tu padre y a tu madre. No matarás. No hurtarás y otros tales, que son absolutamente de ley natural. Otros hay que se imponen después de atenta consideración de los sabios, y éstos son de ley natural, pero tales que necesitan de aquella disciplina con que los sabios instruyen a los rudos; v.gr.: Levántate ante la cabeza blanca y honra la persona del anciano (Lev 19,32); y como éste, otros semejantes. Finalmente, otros hay cuyo juicio exige la enseñanza divina, por la que somos instruidos de las cosas divinas, como aquello: No te harás imágenes talladas ni figuración alguna. No tomarás en vano el nombre de tu Dios",SANTO TOMAS DE AQUINO, *Suma Teológica*, I-II ae q100, website: //hjg.com.ar consultado el 8/08/2020.

25 LACHANCE, Louis; *El humanismo...*, op. cit. P 390.

26 SANTO TOMAS DE AQUINO, *Suma Teológica*, I-II q21 a1 website: //hjg.com.ar consultado el 10/09/2020.

"El bien cuyo principio está inserto por la naturaleza, es la felicidad"[27] [28] .

Se puede contrastar lo expuesto con una posición antagónica en todos sus postulados filosóficos invocando a modo de ejemplo a Kant como figura y se obtendrán resultados distintos y medularmente contrarios a todo lo desarrollado hasta aquí. En una aproximación para llegar a sus conocidos "imperativos categóricos" brevemente se debe reseñar, que en la filosofía Kantiana, se busca un intermedio entre el racionalismo extremo y el empirismo como fuente de experiencia, distinguiendo en el conocimiento un elemento material y un elemento formal, explicando que la materia del conocimiento viene por las sensaciones producto de la experiencia, a los que el pensamiento ordena enlazando sus contenidos "de un lado, mediante las formas de la intuición sensible, que son el espacio y el tiempo (hacen posible la experiencia: no podemos pensar objeto alguno sin situarlo a la vez en el espacio y en el tiempo); de otro, mediante las formas del intelecto o categorías (son en número de doce, la más importante de las cuales es la de causalidad)29. Kant sostiene que el mundo es creado por la personas, y no se puede prescindir para su conocimiento de la conciencia y de sus formas a priori, niega la existencia de la metafísica tradicional ya no era susceptible en su mirada de un conocimiento científico por trascender la posibilidad de toda experiencia. Kant reconoce el principio de acción al sostener que junto a la facultad cognoscitiva hay en el hombre un facultad racional encaminada a la acción, introduciendo el orden en sus inclinaciones y motivaciones. "Y con ello dispone de un dato *a priori* de un valor absoluto, imposible de negar; la existencia del deber, cuya presencia en su conciencia le llenaba personalmente...este deber...es un imperativo categórico..una orden inmune de todo móvil utilitario, valedera siempre y cuya fórmula es "obra de tal manera que la máxima de tu voluntad pueda valer siempre al mismo tiempo como principio de una legislación

27 SANTO TOMAS DE AQUINO, *Suma Teológica*, I-II q10 a1 website: //hjg.com.ar consultado el 10/08/2020.

28 "la "felicidad común" con el "bien común" implica también decir referirse a la felicidad individual en su relación a la felicidad común como la "parte al todo", SANTO TOMAS DE AQUINO, *Suma Teológica*, I-II, q. 90, a 2 website: //hjg.com.ar consultado el 10/08/2020.

29 TRUYOL Y SERRA, Antonio, *Historia de la filosofía del derecho y del estado. Del renacimiento a Kant*, Madrid, Editorial Universidad Textos Alianza Editorial, 1982, Tomo II, p 390.

universal”30 Así sostiene que obra moralmente, el que obra por puro deber, lo único bueno es la buena voluntad y este imperativo categórico es de corte formal ya que no se describe el contenido de la acción. Al imperativo categórico, no obstante, lo sostiene desde la libertad del hombre en su obrar, siendo principio fundamental de la ética Kantiana el de la autonomía de la razón práctica, es decir que para que la voluntad quiera por puro deber no debe estar sometida a ninguna ley, sino a la propia en tanto es legisladora suprema de sí misma. La naturaleza racional del hombre “hace que éste sea un fin en sí, lo cual se traduce en el imperativo: obra de tal manera que uses la humanidad, tanto en su persona como en la persona de cualquier otro, siempre como fin, y nunca meramente como medio”31. Sostiene que “para que una acción sea moralmente buena, no basta conque sea conforme a la ley moral, debe además haberse hecho por la ley moral. Y el motivo que confiere valor moral a una acción es el motivo del deber, y Kant entiende por ello que se haga lo que es debido por la razón debida. Al decir que solo el motivo del deber confiere valor moral a una acción, Kant no está diciendo cuáles son los deberes concretos que tenemos. … Se limita a observar que, cuando establecemos el valor moral de una acción, evaluamos los motivos por los que ha sido hecha, no las consecuencias que produce”32. Así, Kant en esta autonomía personal que se erige por sobre la persona y que la hace extensiva a todo el obrar en su relación con la sociedad, no reconoce la existencia de realidades ontológicas que vinculan al ser de la persona con Dios y que de allí, por su participación en el bien universal extrae los principios de su conciencia primera, en lo que se define como sindéresis. No explica el bien común y sólo se restringe en su juicio a lo que la propia moral dicta a cada persona.

Lo dicho, concluye necesariamente en evidenciar al bien común, el cual es aludido por el Aquinate como felicidad “esta felicidad resulta de un conjunto de realidades materiales y espirituales, y es fijado en nuestro ser como bien. Este bien es el

30 TRUYOL Y SERRA, Antonio, *Historia de la filosofía del derecho y del estado. Del renacimiento a*... Tomo II, op. cit. p 391.

31 TRUYOL Y SERRA, Antonio, *Historia de la filosofía del derecho y del estado. Del renacimiento a…,* Tomo II, ibidem, p 391.

32 SANDEL, Michael, *Filosofía pública. Ensayos Ensayos sobre moral en política*, Barcelona, España, Penguin Random House Grupo Editorial, 2020, p 30, e book.

bien común, al cual la persona tiende en forma natural afirmando su esencia de ser social y político por naturaleza."[33] [34] .

Los principios kantianos claramente desconocen la sindéresis o conciencia primaria así como también reglas universales a las que la razón humana adhiere en tanto la unión del ser con Dios. En la sindéresis o conciencia primaria, refiere a los principios universales del derecho, a los principios naturales del derecho natural y el principio primero del derecho es el bien común. La sindéresis permite extraer reglas morales que nos hacen poseedores de estos principios. A estos preceptos morales se hizo referencia en su ordenación al bien común. Lo sostenido presupone concluir que el principio de moralidad es el bien común, encontrándose su medida en la ley. Así, se logra abordar lo que implican las nociones de bien individual y bien común, sin que se confundan ni se contrapongan.

De este modo, se vuelve en la noción de bien común a una concepción de ordenamiento racional de los fines del actuar particular en el que interviene la prudencia individual y la prudencia política. En tanto la prudencia pertenece directamente a la facultad cognoscitiva, concierne propiamente al entendimiento, "puesto que se hace por deducción"[35] y exige la aplicación de la recta razón al obrar, con la rectificación de la voluntad. En la prudencia política "Esta virtud hace por la colectividad lo que la razón individual hace por cada uno...Atrae a su radio de influencia todas las actividades particulares y opera la síntesis de los fines. De este modo, satisface nuestras exigencias -fundadas en la esencia de nuestra razón- de animales sociales. De esta manera que el bien común es el ordenamiento racional de los fines del actual particular, para que se

33 "De hecho, Santo Tomás siempre identifica felicidad y bien común. De modo que la sindéresis, al hacernos tender hacia la primera, nos inclina por lo mismo hacia el segundo", LACHANCE, Louis, *El humanismo…*,op. cit, p 392.

34 "Del mismo modo que la razón es el principio de los actos humanos, también hay en la razón algo que es principio respecto de todo el resto… (se trata del dato fundamental al que se refiere la sindéresis o conciencia moral primaria). En efecto, el primer principio de la acción, la cual corresponde a la razón práctica, es el fin último. Ahora bien, el fin último de la vida humana es la felicidad o la dicha, ...Sin embargo, dado que toda parte está ordenada al todo como lo imperfecto a lo perfecto, es de rigor que la ley (de la vida moral) se refiere propiamente al orden que produce el bien común. El bien común ... sostiene la regulación de la razón práctica. Es fin de los fines. El orden que lo promueve abarca todos los fines particulares de la vida", LACHANCE, Louis; *El humanismo...*,ibidem, p 393.

35 SANTO TOMAS DE AQUINO, *Suma Teológica*, I II ae q100 website: //hjg.com.ar consultado el 8/08/2020.

realice con la mayor integridad posible el bien de la razón, objetivo último de la vida. Y para que ese ordenamiento, para que este "orden de los fines", tenga la estabilidad que conviene a un bien de civilización, la prudencia política encauza la acción colectiva en un sistema de leyes"[36] .

La persona y en la inteligencia de su dimensión, se dirige como fin último al bien común, en ese sentido de ordenamiento racional -como se dijo- en los fines de su actuar particular, y su definición integra la noción de Estado y bien común.

La dignidad del bien común es un aspecto esencial que alcanza envergadura tal, que necesariamente conlleva que la persona humana participe de él y se dirija al mismo como causa final[37]. .

Cuando se señala la sindéresis como precepto que indica "hacer el bien y evitar el mal" considerado en cuanto tal, es un principio que es primero pero sin dejar de ser a la vez un precepto. La universalidad del mismo, en cuanto comprende a todos los hombres, indica que ese "hacer el bien" refiere a cualquier forma eventual del bien, siendo en definitiva lo que permite al hombre alcanzar su perfección; puesto que lleva consigo el que opte por las vías y fines conforme a la recta razón. Aplicado a la persona humana indica que opta por un conjunto de fines, de medios, conforme a la recta razón.

---

36 LACHANCE, Louis, *El humanismo….* op. cit., p 291.

37 "todos los agentes es necesario que obren por un fin. Pues entre las causas ordenadas entre sí, se sustrae la primera, es necesario que las otras se sustraigan. Pero la primera entre todas las causas es la causa final. La razón de esto es que la materia no alcanza la forma a no ser que sea movida por el agente: pues nada se reduce a sí mismo de la potencial al acto. Pero el agente no mueve a no ser por la intención del fin. Pues, si el agente no estuviera determinado en orden a un efecto, no más haría esto que aquello: por tanto, para esto que produzca un determinado efecto, es necesario que esté determinado a algo cierto, que tiene razón de fin. Pero esta determinación como en la naturaleza racional se hace por el apetito racional, que se dice voluntad; así en los otros se hacer por la inclinación natural, que se dice apetito natural. Pero hay que considerar que algo por su acción o movimiento tiende hacia el fin doblemente: de un modo, como moviéndose a sí mismo hacia el fin, como el hombre; de otro modo, como movido por otro hacia el fin, como la flecha, que tiende hacia a un fin determinado por esto que es movida por el arquero, que dirige su acción hacia el fin. Por consiguiente, aquellos que tienen razón, por sí mismos se mueven hacia el fin: porque tienen dominio de sus actos por el libre albedrío que es facultad de la voluntad y de la razón. Pero aquellos que carecen de razón, tienden al fin por inclinación natural, como movidos por otro y no por sí mismos: en cuanto no conocen la razón de fin y, por tanto, nada pueden ordenar a un fin, sino que sólo son ordenados hacia el fin por otro. Pues, toda la naturaleza irracional se compara hacia Dios, como instrumento al agente principal...Por tanto, es propio de la naturaleza racional el que tienda hacia el fin como actuándose o conduciéndose hacia el fin; pero de la naturaleza irracional como actuada o conducida por otro, ya sea en el fin aprehendido, como los ….animales, ya sea en el fin no aprehendido, como aquellos que totalmente carecen de conocimiento", GONZALEZ, Marcos OP, *Reflexiones sobre el orden político virtuoso*, texto inédito.

En el orden metafísico, es necesario mencionar la existencia de un bien en común o un *"bonum in communi"*; es decir un bien indeterminado, un bien del universo al que gravita la voluntad, es decir que tiende -la voluntad- a un bien aún mas alto que el propio bien humano[38]. Para ahondar en ello, Santo Tomás al referirse a lo que la voluntad humana aspira explica que "lo que tiende por naturaleza la voluntad, lo mismo que cualquier potencia a su objeto, es al bien en común, y también al fin último, que se comporta en lo apetecible como los primeros principios de las demostraciones en lo inteligible; y, en general, a todo lo que conviene a quien tiene voluntad según su naturaleza. Pues, mediante la voluntad, deseamos no sólo lo que pertenece a la potencia de la voluntad, sino también lo perteneciente a cada una de las potencias y a todo el hombre. Por tanto, el hombre naturalmente quiere no sólo el objeto de la voluntad, sino también lo que conviene a las otras potencias: como el conocimiento de lo verdadero, que corresponde al entendimiento; o el ser, el vivir y otras cosas semejantes, que se refieren a la consistencia natural. Todas estas cosas están comprendidas en el objeto de la voluntad como bienes particulares"[39]. Es aquí donde se observa nuevamente que el bien propio al que se ordena la voluntad, es decir el bien humano individual, también se ordena como la parte al todo, en tanto inserto dentro del todo y ese todo, en este aspecto, refiere a Dios como bien común del universo. Es decir que hay un movimiento de las creaturas, una orientación espontánea o natural hacia Dios, bien común del universo Interesa resaltar que si la voluntad está ordenada al *bonum in communi*, en tanto bien indeterminado, está más ordenada a Dios como bien común del universo, que a otro cualquier bien, así lo sostiene el Padre Lachance y se adhiere a ese postulado. Por ello, en cuanto a los distintos ámbitos en que se mueven, se diferencia este *bonum in communi*, bien universal del orden natural; del bien común del orden del apetito electivo. En este aspecto en este bien común universal, el hombre participa a través de los bienes comunes intermedios de las distintas asociaciones que compone, no las saltea

38 "El bien de la voluntad considerado como amor espiritual y universal, se sitúa más allá del bien humano y goza de la más amplia universalidad", LACHANCE, Louis, *Los derechos y los derechos del hombre, Título original: Le droit et les droits de l'homme*, versión española realizada por Luis Horjo Liria para todos los países de habla castellana, Madrid, España, Editorial Rialp, 1979, p 126.

39 SANTO TOMAS DE AQUINO, *Suma Teológica*, I-III q 10 a 1 website: //hjg.com.ar consultado el 7/08/2020.

para unirse al bien universal[40] [41][42]. El hecho de que la persona esté ordenada individualmente a Dios, no implica que escape al orden político, en tanto las sociedades intermedias no lo desligan del universo sino que lo insertan mejor en él.

Entonces, desde el ámbito de la voluntad desde el plano natural, existe una gravitación a Dios al igual que el intelecto. Se produce un enlace de los bienes humanos con el bien universal que no implica que limite su libertad sino que reconoce sólo el origen del cual deriva, dejando intacta su libertad y no impide que se encuentre inserto en otros órdenes para alcanzar sus fines. Este plano metafísico del bien común universal, en la que naturaleza del hombre participa en tanto su deseo de conocer la verdad de Dios, indica una sola tendencia en tanto una misma ley ordena a Dios como fin último y al bien común en el plano del bien común como fin intermedio, un fin *quo*, una "causa un principio de acción indispensable para la persecución relativamente perfecta de Dios" [43].

Retomando la implicancia del precepto de "hacer el bien y evitar el mal" (sindéresis), es claro que él versa sobre el *bonum in communi*, y este bien que desea y al

40 "Charles De Koninck en su obra "De la primauté du bien commun,.., comete sobre este particular algunas lamentables imprecisiones. Pues no sólo no diferencia el bien común del universo del de las asociaciones políticas, sino que, sin prevenir de ello al lector, salta del orden natural al de la caridad. Lo que da a entender que la sociedad política es tan necesaria como la sociedad religiosa, es decir, como el esse de los individuos. Además al confundir el bonum in communi con el bonun commnune, convierte a este último en el objeto del apetito natural, cuando en realidad lo es del apetito electivo", LACHANCE, Louis, *El derecho y los derechos...*, op. cit., p 128.

41 "el error de De Koninck es no haber considerado el "bonis en comunni", bien llamado también universal o general, al que la voluntad natural "'voluntas ut natura" siempre se dirige. Si consideramos sólo el bien común, sin distinguirlo en el orden natural del bien propio (en el sentido de persona o individuo) y encuadrarlo como de especie a género dentro del bien universal, general "bonis in comuni" caemos en un totalitarismo sin ningún valor. En el orden natural, nos dijo, es necesario destacar el bien "propio" ordenado o tendiendo al bien general en su sentido integral y humanista. Así también lo destaca el aquinatense en la Suma Theológica (Iq., 10, art. 19). Frente a ese "bien propio del hombre", el padre Lachance destacó también la existencia de un "bien particular", que puede ser de la familia, de la Iglesia, de una sociedad determinada, etc. Luego el "bien común" que dijo que era el "primero de los derechos, pero por encima de él y envolviendo a todos esos bienes (propio, particulares y común) se halla el bien "general", "universal" o "*in comunni*" de la humanidad", TORRES LACROZE, Federico, op. cit.

42 "el hombre, igual que es llevado a constituir la sociedad civil, busca la formación de otras sociedades entre ciudadanos, pequeñas e imperfectas, es verdad, pero de todos modos sociedades. Entre éstas y la sociedad civil median grandes diferencias por causas diversas. El fin establecido para la sociedad civil alcanza a todos, en cuanto que persigue el bien común, del cual es justo que participen todos y cada uno según la proporción debida", SUMO PONTIFICE LEON XIII, *Rerum Novarum*, Carta Encíclica. Sobre la situación de los obreros, 15 de mayo de 1891, website: www.vatincan.va, consultado el 06/05/20.

43 LACHANCE, Louis "*El derecho y los derechos...*, op. cit., p 140.

que aspira el hombre, indica su inclinación natural hacia Dios. Esta ley natural que es también primer principio y precepto, implica que recaiga no sobre Dios sino sobre el bien en general. En efecto, si se parte del basamento de que la indigencia de la persona humana en su condición de nacimiento necesita, bienes (educación, alimento, etc.) que adquirir, le permitirá penetrar en esferas más profundas en cuanto a su inteligencia y voluntad. Y es así que el hombre ser social, capta el bien para sí mismo y para la sociedad que conforma sin que exista oposición entre ambos. La sociedad y Dios son fines para el hombre, siendo la sociedad un fin intermedio o fin *quo* conforme al pensamiento de Lachance, en tanto causa como principio de acción indispensable para llegar a Dios. La Ley natural presenta unidad en sí misma. Entonces, lo más próximo a ese bien universal es el bien común humano y este bien común humano puede ser nacional o internacional. Todo ello sin que la ley natural primera pierda vigencia, sino que por el contrario permite la superación individual y colectiva de este Estado de indigencia en que el hombre nace. Ella misma es un impulso hacia el bien público y de ella derivan la leyes humanas.

Indudablemente que referirse al bien común desde un ángulo metafísico es remitirse al *bonum in communi* (bien común universal) y su contenido exige una inclinación natural de la persona humana hacia Dios, también comprende las relaciones con las exigencias esenciales del hombre, sus valores primordiales en el orden de la contemplación, sus valores en el orden moral dispositivo y en el orden material instrumental y luego en un segundo tiempo se define la distinción entre bien común y bien propio.

El bien común exige en su aspecto formal que el mismo sea realizable, en el orden natural y concreto. Y así se vuelve a los preceptos primeros de la ley natural, que en sí mismos son generales e indeterminados y necesitan del derecho positivo o consuetudinario para su eficacia. Ello implica que la ley natural converge hacia el mismo género de bien común que las leyes positivas, hacia un bien humano y político[44]. Es que es necesario destacar que el bien común natural se realiza bajo la forma del bien

44 "La ley humana comprende deducciones y determinaciones de los principios de la ley natural" SANTO TOMAS DE AQUINO, *Suma Teológica*, I, II q 95 a 2, website: //hjg.com.ar consultado el 8/08/2020.

común político y a la vez histórico. Ello supone la promoción simultánea del bien individual propio de la persona[45] y el bien común, reflejado en una economía interna en el orden social, que vuelven tangibles los bienes propios y se vuelven visibles precisamente en la esfera del bien común, adquiriéndose los primeros en instituciones intermedias (asociaciones, la propia familia, etc.) respondiendo también a la necesidad de progreso personal de los individuos[46]. Vale la aclaración que el bien común no es un bien intermedio entre los individuos y sus bienes propios; sino la síntesis de éstos y su coordinación general[47]. La contribución de las personas en la totalidad del bien común, refleja el aporte en sí y la participación acorde a su naturaleza humana48.

2. Orden político, orden jurídico, orden político virtuoso.

El Estado, tanto en el orden esencial como en el operativo corresponde a los hombres, siendo_su causa final el bien común inmanente y trascendente. Existe una correspondencia del Estado respecto de la persona humana, y es así que toda la actividad del Estado en su distintos aspectos se dirige en forma permanente al bien común, no en forma abstracta o teórica sino otorgando a la persona las condiciones

45 Se vuelve interesante a los fines de contrastar lo que Sandel reflexiona criticando a Rousseau al señalar: "Ese es un peligro que deja entreverse en la descripción que hacía Jean-Jacques Rousseau de la labor formativa necesaria para constituir una república democrática. La tarea del fundador o del gran legislador de esa república, escribió Rousseau, consiste nada más y nada menos que en «cambiar la naturaleza humana, transformar a cada individuo en una parte de un todo más amplio del que, en cierto sentido, este individuo recibe su vida y su ser». El legislador «debe negar al hombre sus propias fuerzas» para que así dependa de la comunidad en conjunto. Cuanto más próxima está la voluntad individual de cada persona a estar «muerta y destruida», más probable será que se adhiera a la voluntad general. «Así pues, cuando cada ciudadano no es nada y no puede hacer nada si no es en concierto con todos los demás puede decirse que la legislación ha alcanzado la máxima perfección posible», SANDEL, Michael, *Filosofía pública*...op. cit..

46 "toda actividad del Estado, política y económica, está sometida a la realización permanente del bien común; es decir, de aquellas condiciones externas que son necesarias al conjunto de los ciudadanos para el desarrollo de sus cualidades y de sus oficios, de su vida material, intelectual y religiosa, en cuanto, por una parte, las fuerzas y las energías de la familia y de otros organismos a los cuales corresponde una natural precedencia no bastan", SUMO PONTIFICE PIO XII, *Radio Mensaje de Navidad*, 24 de diciembre de 1942, website: www.vatican.va. consultado el 8/08/2020.

47 "El bien común y el bien propio están ligados entre sí por su misma estructura; dependiendo el primero del segundo con respecto a las causas material y eficiente, y el segundo del primero, con respecto a las causas formal y final. Y la ley que intima el uno, intima implícitamente el otro", LACHANCE, Louis, *El humanismo político*…. op. cit. , p 146.

48 "Y teniendo que ser el bien común de naturaleza tal que los hombres, consiguiéndolo, se hagan mejores debe colocarse principalmente en la virtud", SUMO PONTIFICE LEON XIII, *Rerum Novarum*, op. cit.

externas para su desarrollo. Justamente, la necesidad espontánea de solidaridad entre las personas que integran el Estado, unidos por lograr el buen vivir aristotélico, lo concluye y constituye.

El bien común y la forma política integran la existencia del Estado como causas verdaderas. En esa línea, el bien común es en el plano de la finalidad, la causa del ser del Estado. Por su parte al referirse a forma política, se parte de la concepción de que el término forma designa -al modo aristotélico- la esencia, la estructura interna, el interior del ser. La forma política "posee todos los atributos correspondientes a la forma en general y los comunica a la aglomeración que organiza, pero estos atributos se realizan en ella según un modo analógico...a su manera, especifica, informa, mide la vida común"[49]. Su particularidad reside en que orienta el contenido del valor humano hacia el bien común, acrecentando la bondad de los mismos, logrando arribar a la tendencia al fin último: que es el bien plenamente racional en el plano de la moral.

La forma política, se convierte en el orden vivido, en tanto existe una comunicación entre gobernante y gobernado, la acción del gobernante sobre las personas gobernadas adquiere la perfección del que la imprime, esta perfección se comunica en tanto hay un orden dinámico, un vínculo. Ese orden vivido, es un orden dinámico en la que el gobierno forma parte de la sociedad y la forma de ésta última, es el orden que la rige. El orden existe en la sociedad (sin especificar los distintos tipos de órdenes que la integran conforme sea la pluralidad de personas que la componen) y este orden es inmanente a la actividad colectiva y también es su medida intrínseca. Es decir que el Estado supone un orden propio y por lo tanto indica "una nación organizada políticamente"[50]. Se trata del compuesto integrado por la forma política y la nación, eso es lo que totaliza el concepto Estado. En el Estado, la forma política implica adaptar la actividad de las personas hacia el bien común racional, si bien las formas políticas son diversas (monarquía, democracia, etc.). Pero además implica medir también las relaciones de la sociedad con el bien de cada uno de sus integrantes y de sus integrantes entre sí y esa medida consagra unidad y equilibrio.

---

49 LACHANCE, Louis, *El humanismo...*, op. cit., p 307.
50 LACHANCE, Louis, *El humanismo...*, ibidem, p 310.

Como se observó, dentro la sociedad existen variedad de órdenes que coexisten con diferentes jerarquías y la forma política los recubre, les otorga homogeneidad manteniendo su heterogeneidad. "Santo Tomás no duda en considerar la igualdad proporcional como el objetivo formal de los dos órganos por excelencia de la vida política que son la ley y la justicia. "Se dice que las leyes son justas ...por su forma, cuando los sacrificios impuestos a los sujetos por el bien común lo son según la igualdad de proporción...ocurre lo mismo con la justicia: su medio, la medida que realiza, "consiste en la igualdad de proporción" del actuar exterior respecto del prójimo"[51].

La forma política en su elaboración conlleva la vida de cada pueblo y sus características propias, elevándolas y orientándolas, no es un concepto abstracto ya que refiere en forma concreta al bienestar de la vida colectiva, con un orden propio dirigido a un fin. El Estado está hecho a su medida[52]. En sí misma la política refiere a un saber práctico que tiene por objetivo la instauración del orden en el actuar concreto de las personas individuadas. No se sustraen las personas al orden político, dado que sólo a ellas les corresponde producir el bien humano mediante el despliegue articulado de su actividad.

El bien común al que aspira la comunidad, explica la existencia del Estado que sólo existe por él y hacia él dirige su accionar. Por eso y en ese sentido, en tanto en el seno del mismo Estado es donde el accionar individual también será orientado a éste fin primero y último, el bien común debe ser contemplado como un derecho supremo que se entiende desde el bien particular de cada persona como también como ideal hacia el cual se dirigen todos los derechos, toda la pléyade de derechos se aprecian en función de éste. Así, la sustancia del orden político necesariamente es jurídica en tanto confluyen en él tanto el derecho como la justicia. La persona con su naturaleza social ordenada al

51 LACHANCE, Louis, *El humanismo político...*, op. cit., p 314.

52 "La justicia y, por lo mismo, el derecho implica siempre una relación *ad alterum*. Si Dios hubiese creado sólo a un hombre, sin relaciones esenciales con otros seres humanos, y hubiese constituido ese "pequeño mundo", cerrado en sí, no tendría sentido hablar de justicia y de derecho. Pero, dado que toda persona humana, por su finalidad intrínseca, está ordenada al Estado, la necesidad que brota de su propia naturaleza expresa politicidad, que no es sino la fisonomía que la justicia adopta en un mundo, como el presente, en el que el hombre *est, natura sua, animal politicum*", OLGIATI, Francisco, *Juridicidad en Santo Tomás de Aquino*, Pamplona, Ediciones Universidad de Navarra S.A., 1977, p 237.

bien común es el sentido del orden político y del orden jurídico. La diferencia entre ambos justamente se encuentra en que el orden político se despliega en la ciudad, en la comunidad, en el orden de los bienes particulares hacia el bien común racional, mientras que el orden jurídico se concibe hacia el fin natural del hombre, en razón del ideal de justicia y del buen vivir. En ese aspecto, si bien tanto el orden jurídico como el político reconocen similitudes, el primero se aplica incluso antes que el segundo (el político). Ello así en tanto el orden jurídico prepara a la persona para su inclusión en la ciudad, promulga sus leyes y sostiene otras que quizás por la costumbre no fueron determinadas formalmente. Lo cierto es que el orden jurídico opera en todas las etapas de la vida humana mientras que el orden político[53], en su determinación reconoce a la ciudad. Es que dentro de la comunidad o sociedad, la ley humana opera como reguladora de las relaciones de las personas en tanto estos actos exteriores se verifican en la comunicación entre ellas, lo que supone que esa comunicación sea objeto de la justicia como directriz de la comunidad humana. Así las leyes operan distribuyendo las cargas entre los ciudadanos en forma proporcional y la justicia es esta "igualdad de proporción"[54]. La ley opera con razón de justicia. Pero existe una fusión en ambos órdenes por el bien común al cual los dos se dirigen siendo inmanente en ellos e invade la estructura de los mismos, tratándose de un derecho supremo, primer derecho (como ya se señalara), el cual es como derecho inmanente a todas las determinaciones concretas que implica.

En la línea del orden político, se canaliza fundamentalmente a través de las leyes[55], como instrumentos de gobierno de la ciudad, que asegura la permanencia del

53 "Santo Tomás sostiene que el derecho es la medida de la acción y que en definitiva hace depender de éste el valor regulador del orden político establecido, ordena las cosas más lógicamente. Enseña que el sujeto propio del derecho, de la ley, del orden político y de la obediencia es la persona", LACHANCE, Louis, *El humanismo...*, op. cit., p 58

54 SANTO TOMAS DE AQUINO, *Suma Teológica* I-II q96 a4 website: //hjg.com.ar consultado el 8/08/2020.

55 "todo derecho objetivo debe estar necesariamente informado por la ley como la material por su forma, y ser conforme a ella...Por eso, no se da ley ni derecho propia y formalmente más que en los seres dotados de inteligencia, ...La ley es esencialmente un producto o una creación de la sindéresis o de la prudencia gubernativa en forma de proposiciones imperativas reguladores de las acciones humanas al bien común de toda la humanidad o de porciones determinadas de ella que llamamos Estados -comunidades perfectas-...en las actividades interiores de nuestra inteligencia especulativa y práctica distinguimos el acto mismo de entender o de ordenar y su producto o resultado, que es el verbo mental

orden político traducido a su vez en una forma de gobierno que se aplica sobre los ciudadanos que la integran. Los sistemas jurídicos integrados por leyes, se vinculan en forma directa a lo que se concibe como prudencia política. Justamente es la prudencia quien canaliza el accionar humano, proponiendo reglas de acción y reconociendo como base a los principios proporcionados por la sindéresis. El accionar de la prudencia se constata en la percepción del bien y su actuación en consecuencia. Ello se percibe en forma directa en la ley humana y la sustancia de determinación de estos principios generales en reglas particulares es de orden moral. Esta virtud que se ubica tanto como virtud moral como virtud intelectual; permite calificar al ordenamiento político como virtuoso[56] en tanto el lugar que ocupa la prudencia en el mismo[57]. Para clarificar la actividad de la misma (prudencia), se señala que al ser la virtud un hábito operativo bueno[58], la prudencia se encuentra tanto como virtud intelectual (perfecciona la inteligencia) y como virtud moral (perfecciona a la voluntad). En este sentido la

simple o compuesto procedente y resultante de nuestra inteligencia en acto: verbo mental simple en forma de mero término o definición, correspondiente a la simple aprehensión; verbo mental compuesto en forma de enunciación o de proposición, correspondiente al juicio inmediato; y el verbo mental compuesto en forma de silogismo o de argumentación, correspondiente al juicio mediato o discurso. Y el contenido de ese verbo mental compuesto del entendimiento o de la razón práctica en forma de enunciación o de proposición imperativa, es el derecho objetivo formalmente considerado. O, lo que es lo mismo, el justo medio, el objeto formal de la justicia", RAMIREZ, Santiago, *El derecho de gentes*, Madrid, Ediciones Stvdivm, 1955, p 63.

56 "La inclinación natural en los seres privados de razón manifiesta la que está inserta en la voluntad de la criatura intelectual. Ahora bien, toda realidad de la naturaleza que es, por su esencia misma, parte de otra, se encuentra más radicalmente inclinada hacia otra que hacia sí misma. Y esta inclinación natural se revela en los seres que actúan por espontaneidad, pues, tal como se dice en el libro segundo de la Física, toda cosa sigue naturalmente la tendencia de sus propensiones innatas. En efecto, vemos que la parte se expone naturalmente al peligro por la conservación del todo; así la mano se expone sin deliberación a los golpes para la protección del cuerpo. Y dado que la razón imita la naturaleza, encontramos una imitación de esta tendencia en las virtudes políticas; en efecto, corresponde la ciudadano virtuoso exponerse al peligro de muerte por la salvación de toda la república, y si el hombre fuera naturalmente parte de tal ciudad en particular, esta inclinación le sería natural" SANTO TOMAS DE AQUINO , *Suma Teológica*, I q60 a5, website: //hjg.com.ar consultado el 9/07/2020.

57 "el Estado como el hombre, no prosperan sino a condición de ser virtuosos y prudentes; y el valor, la prudencia y la virtud, se producen en el Estado con la misma extensión y con las formas que en el individuo; y por lo mismo que en el individuo las posee es por lo que se llama justo, sabio y templado" ARISTOTELES, op. cit., p 117.

58 "En el sentir de Aristóteles la virtud es necesaria como es necesario al hombre, no estar por debajo de sí mismo. A los ojos de Santo Tomás, es el completo natural de sus facultades, el refuerzo de energía que la pone en condición de obedecer a su impulso inicial y de evolucionar según toda la amplitud de poder. "Es el rendimiento último de la potencia", es como el lazo de unión entre la potencia y el bien capaz de perfeccionarla definitivamente. De donde resulta que la virtud, enriqueciendo nuestras potencias, las orienta definitivamente a su fin. Ella es la disposición de aquel que es perfecto...", LACHANCE, Louis, *El humanismo político...*, op. cit., p 88.

prudencia va a dirigir la acción colectiva y va a calificar al sujeto que la ejerza. Así, como se señaló en el acápite anterior, es menester volver a la sindéresis y citar que "son los principios que le son naturalmente inoculados los que desempeñan el papel de reglas y de medidas generales respecto de todas las acciones que ella misma tiene la función de regular y de medir"[59] . La prudencia recoge los datos primitivos de la sindéresis, los que son aplicados por el gobernante, adaptados por medio de la ley y conforme a las necesidades de la nación. Ahora bien, como la prudencia reconoce ese humanismo primero de los primeros principios y por medio de la razón se aplican, construyendo, tratando de que la vida colectiva se encause en esos elementos aportados por la sindéresis, que conllevan la idea de bien. Entonces el orden que lleva la prudencia política es construido, lo que se clarifica y evidencia en la ley humana y a su vez, esta ley deriva de la ley natural, puesto que siempre hay impregnación de los principios generales. La sociedad política se apoya y se inclina hacia el bien común. Puede sostenerse que "la política es una forma de prudencia, en cuanto es recta razón de los actos humanos de la multitud ordenado en el Estado, que quiere, pretende e impera, según el fin común trascendente e inmanente. Supone a la prudencia en su faz individual; y se considera, formalmente, en el ámbito institucional y ciudadano. Asumidos los fines de la política, en un orden más universal y en sus determinaciones más concretas, el gobernante, debe determinar acerca de los medios correspondientes, en orden a la consecución de estos fines. Y allí se entiende, el ejercicio de las potestades constitucional, legislativa, ejecutiva y judicial. La política está íntimamente relacionada con la justicia, en cuanto es hacia otras personas y sus derechos, en orden al bien común, tanto trascendente como inmanente"[60].

El orden político virtuoso dirigido al bien común, es el que permite la realización de todos los derechos del hombre en su amplio objeto y a su vez, es que exige el cumplimiento y respeto de los mismos, expresándolo en sus constituciones, en sus cartas magnas de constitución como Estado. Es que la persona humana, en su cometido de alcanzar su progreso espiritual y material, siendo sujeto de este orden que

59 SANTO TOMAS DE AQUINO, *Suma Teológica*, I-II q91 a3 ad2, website: //hjg.com.ar consultado el 9/07/2020

60 GONZALEZ, Marcos OP, *Reflexiones sobre el orden político virtuoso*, op. cit.

construye y por el cual lo construye en función de la colectividad en pos no sólo de su subsistencia sino de su crecimiento, reconocerá la existencia del dominio sobre bienes terrenales, sin que pueda negársele atento a su propia naturaleza, la propiedad de los mismos. El dominio natural que la persona ejerce sobre los bienes individuales, indica la existencia de posesiones privadas conforme a la naturaleza del hombre, y el reconocimiento de ello depende de la paz social que a través de los ordenamientos jurídicos permita ser operativa61 62 63.

61 "Poseer bienes en privado...es derecho natural del hombre, y usar de este derecho sobre todo en la sociedad de la vida, no sólo es lícito, sino incluso necesario en absoluto. "Es lícito que el hombre posea cosas propias. Y es necesario también para la vida humana"...El derecho de poseer bienes en privado no ha sido dado por la ley, sino por la naturaleza, y por tanto, la autoridad pública no puede abolirlo, sino solamente moderar su uso y compaginarlo con el bien común. Procedería, por consiguiente, de una manera injusta e inhumana si exigiera de los bienes privados más de lo que es justo bajo razón de tributos", SUMO PONTIFICE LEON XIII, *Rerum Novarum*, op. cit.

62 "Las cosas exteriores pueden considerarse de dos maneras: una, en cuanto a su naturaleza, la cual no está sometida a la potestad humana, sino solamente a la divina, a la que obedecen todos los seres; otra, en cuanto al uso de dichas cosas, y en este sentido tiene el hombre el dominio natural de las cosas exteriores, ya que, como hechas para él, puede usar de ellas mediante su razón y voluntad en propia utilidad, porque siempre los seres más imperfectos existen por los más perfectos, como se ha expuesto anteriormente (q.64 a.1); y con este razonamiento prueba el Filósofo, en I Polit., que la posesión de las cosas exteriores es natural al hombre. Este dominio natural sobre las demás criaturas, que compete al hombre por su razón, en la que reside la imagen de Dios, se manifiesta en la misma creación del hombre, relatada en Gén 1,26, donde se dice: Hagamos al hombre a nuestra imagen y semejanza, y tenga dominio sobre los peces del mar, etc." SANTO TOMAS DE AQUINO, *Suma Teológica,* II II q 66 a 1, website: //hjg.com.ar consultado el 7/07/2020.

63 "Acerca de los bienes exteriores, dos cosas le competen al hombre. La primera es la potestad de gestión y disposición de los mismos, y en cuanto a esto, es lícito que el hombre posea cosas propias. Y es también necesario a la vida humana por tres motivos: primero, porque cada uno es más solícito en gestionar aquello que con exclusividad le pertenece que lo que es común a todos o a muchos, puesto que cada cual, huyendo del trabajo, deja a otros el cuidado de lo que conviene al bien común, como sucede cuando hay multitud de servidores; segundo, porque se administran más ordenadamente las cosas humanas si a cada uno le incumbe el cuidado de sus propios intereses; sin embargo, reinaría confusión si cada cual se cuidara de todo indistintamente; tercero, porque así el estado de paz entre los hombres se mantiene si cada uno está contento con lo suyo. De ahí que veamos que entre aquellos que en común y pro indiviso poseen alguna cosa se suscitan más frecuentemente contiendas. En segundo lugar, también compete al hombre, respecto de los bienes exteriores, el uso de los mismos; y en cuanto a esto no debe tener el hombre las cosas exteriores como propias, sino como comunes, de modo que fácilmente dé participación de éstas en las necesidades de los demás. Por eso dice el Apóstol, en 1 Tim 7,18: Manda a los ricos de este siglo que den y repartan con generosidad sus bienes", SANTO TOMAS DE AQUINO, *Suma Teológica,* II II q 66 a 1, website: //hjg.com.ar consultado el 7/07/2020.

3. Sujeto del orden político: persona humana, ámbito individual y familiar.

Al reflexionar sobre lo que implica en sí el término Estado, se estimó el sustrato social que lo configura y le da vida, siendo la persona humana la base del mismo, en tanto ella se encuentra sujeta a la comunidad en la que encuentra una causa, una razón de ser de esta sujeción. Para deslindar la trama de ese vínculo, se debe reseñar lo que ontológicamente conlleva el tratamiento de lo que implica persona humana. Y en ese cometido lo primero que debe ponerse en relevancia es el intelecto que conforma la misma, denominado razón, lo que la eleva por encima del mundo sensible. "La razón posee, en efecto, la extraña prerrogativa de ser a la vez, según se la considere objetivamente o subjetivamente, inmanente al alma y exterior a ella, exigua e inconmensurable, individuada y universal. Por su inclusión en la persona humana, comporta la indigencia y los límites del ser creado, pero gracias a la intencionalidad, gracias a los rasgos y a los recursos que le presta el pensamiento, goza de la trascendencia y no conoce límites. Al tener por objeto al ser, cuyos principios vivificantes se infiltran en el corazón de todas las realidades multiformes que aparecen en el universo en forma de la materia y los espíritus, resulta evidente que su radio de actividad es susceptible de ampliación infinita….la razón no está atada a ningún orden particular"[64].

La persona humana en cuanto ser sujeto de razón, reconoce su definición en la dictada por Santo Tomás de Aquino que siguiendo a Boecio expone en su libro "*De Duabus Naturis*: es la sustancia individual de naturaleza racional (*Persona est naturae rationalis individua substantia*)"[65]. Es decir, que sólo por la racionalidad el sujeto del ser se denomina persona. "El sujeto es el participante….es el que tiene el ser, pero no el ser en general, sino el ser condicionado por las determinaciones de su esencia. Y cuando ésta es la más noble de las aquí abajo, cuando es la racionalidad, el sujeto que la lleva es designado con el nombre de persona. La persona es algo que tiene el ser completo; se

64 LACHANCE, Louis, *El humanismo político...*, op. cit., p 105.
65 SANTO TOMAS DE AQUINO. *Suma Teológica* I, q. 29 a 1 website: //hjg.com.ar consultado el 17/07/2020.

define como la sustancia...individuada de naturaleza racional"[66]. Es que la racionalidad es la que determina su estatuto ontológico, de allí deriva su dignidad, siendo la persona humana lo más perfecto que hay en la naturaleza (Boecio expone que la individualidad es perceptible a través de los accidentes. La clase de individuo que es una persona se vincula así a su individualidad sustancial, no depende del cúmulo de características accidentales que pueda tener. Retoma, de esta manera, la clásica distinción aristotélica entre sustancia y accidente reconociendo, al igual que Aristóteles, que aquello que verdaderamente es, de manera absoluta y sin más, es la sustancia o ousía).

La racionalidad de la persona humana, constata la dignidad de la misma ello en tanto despeja la diferencia con lo sensible, ya que la racionalidad (la persona humana como se sostiene posee razón) constituye el alma humana (principio intelectivo) y esta le da forma a la existencia del cuerpo que le permite a su vez, explayarse en la multiplicidad de operaciones. En ese sentido, Santo Tomás de Aquino sostiene que "Es necesario afirmar que el entendimiento, principio de la operación intelectual, es forma del cuerpo humano. Pues lo primero por lo que obra un ser es la forma del ser al que se le atribuye la acción; así como lo primero por lo que sana un cuerpo es la salud, y lo primero que hace que el alma tenga conocimiento es la ciencia; de ahí que la salud sea forma del cuerpo y la ciencia lo sea del alma. Esto es así porque ningún ser obra sino en cuanto que está en acto; por lo tanto, obra por aquello que hace que esté en acto. Es evidente que lo primero por lo que un cuerpo vive es el alma. Y como en los diversos grados de los seres vivientes la vida se expresa por distintas operaciones, lo primero por lo que ejecutamos cada una de estas operaciones es el alma. En efecto, el alma es lo primero por lo que nos alimentamos, sentimos y nos movemos localmente; asimismo es lo primero por lo que entendemos. Por lo tanto, este principio por el que primeramente entendemos, tanto si le llamamos entendimiento como alma intelectiva, es forma del cuerpo. Esta es la demostración que ofrece Aristóteles en el II De Anima."[67]. El principio intelectivo o intelecto es su forma, conforme lo postula el Aquinate invocando a Aristóteles.

66 LACHANCE, Louis, *El humanismo político…,* ibidem, p 106.
67 SANTO TOMAS DE AQUINO, *Suma Teológica,* I q76 a 1 website: //hjg.com.ar consultado el 17/07/2020.

En el orden metafísico, la razón que posee la persona humana, implica la inteligencia pero se trata de una inteligencia imperfecta que físicamente necesita discurrir y elaborar. Al ser imperfecta toma del mundo sensible su soporte para salir de su Estado de potencialidad. Entonces, en su actividad la persona humana para lograr sus propios fines necesita valerse y fortificarse en un conjunto de condiciones materiales y espirituales que a través de la ciudad o sociedad, le permite alcanzar su perfección. Allí se comprueba la vocación universal de la persona en tanto compuesto de alma y cuerpo. Tanto el cuerpo como el alma se encuentra individuados, no solo en su contenido ontológico, sino que tienden naturalmente hacia lo universal. La trascendencia está en relación directa con la inmanencia.

Frente a lo que se ha sostenido en tanto en aras de esa indigencia por la cual se sujeta la persona humana a la comunidad, se puede sostener que dicho Estado de carencia trasunta un trasfondo metafísico que revela que la imperfección humana no deriva de su sociabilidad, sino que por el contrario, lo dirige para adquirir su perfección buscando esa plenitud en el Estado. La razón natural lo ordena al prójimo, y ello demuestra la necesidad espiritual en tanto estas necesidades superiores le permiten adquirirlas a través del mismo como también, para alcanzar el bien humano que no puede ser realizado con el esfuerzo de una sola persona, lo que concluye que aún cuando físicamente se señalare perfección en la persona humana no escaparía de la sociabilidad para alcanzar sus fines. Es decir, la vinculación a la sociedad es inherente a la constitución como persona.

Cobra relevancia mencionar en orden a la alianza armoniosa que tiene la persona con el Estado, que algunas discusiones filosóficas han colocado a la persona por sobre el Estado en el orden práctico, brindándole un lugar de relevancia y de supremacía y para fundarlo se han valido de desdoblar los conceptos de persona e individuo.

Véase en este sentido lo sostenido por el Padre Meinvielle que analizando lo expuesto consigna en la crítica a Jacques Maritain insigne expositor de dicha tesis que le permite ubicar a la persona por encima del bien común, que “Para sostener la superioridad de la persona humana sobre la sociedad política, Maritain ha debido efectuar antes una disección en el mismo concepto de persona humana, a saber, lo ha

desdoblado en el de persona humana- individuo y en el de persona humana-persona humana. A la Persona humana-individuo la ha subordinado al Estado o sociedad política, pretendiendo salvar así todas las conocidas tesis aristotélico-tomistas de la integración de la persona humana como parte en el todo social. Pero a la persona humana-persona humana la ha independizado del todo social, la ha colocado por encima de él y de toda la especie humana y aún del mismo universo, si lo mejor del hombre, que es la persona humana, no entra en el todo social, ¿cómo salvar la dignidad humana de la sociedad y del Estado? Maritain sostiene que la persona humana entra, sí en la sociedad política, pero no como una parte, sino como un todo al cual se subordinaría la misma sociedad política, y sostiene también que precisamente en esta suplantación del individuo por la persona humana, verificada en el seno mismo de la sociedad política, consiste el progreso de ésta. La *prise de conscience* de los derechos de la persona en y sobre el Estado señala entonces el progreso de la sociedad política y de toda civilización...La tesis de la supereminente dignidad de la persona humana por encima de toda sociedad creada ocupa de esta suerte lugar primero y fundamental en toda la filosofía moral y política de Maritain...la persona humana singular merece preeminencia sobre el Estado, porque es un todo substancial mientras que éste no es sino un todo accidental, y a nadie se le oculta que la substancia merece...preeminencia sobre el accidente; además, porque la persona humana singular alcanza en un acto singular y propio aquello que constituye la felicidad de la creatura intelectual, a saber, la contemplación, mientras que el Estado es incapaz de este acto; asimismo, porque la persona humana está hecha para Dios contemplado en la visión facial de la divina Esencia, mientras que el Estado no tiene otro destino que el terrestre o temporal. Luego la persona humana es superior al Estado…Maritain hace más intrincada la cuestión por cuanto afirma que, en efecto, el Estado ejerce una superioridad sobre la persona humana, pero no sobre ésta en cuanto tal, sino en razón de su carácter de individuo. Y así admite las primeras razones de una superioridad del Estado, pero sólo como demostrativas de una superioridad sobre la persona humana individuo humano, mas de ninguna manera sobre la persona humana-persona humana. Individuo humano y persona humana se identifican perfectamente porque cuando estamos frente a un ser que subsiste

individuado en la naturaleza racional estamos frente a una persona humana"[68] .

Claramente el Padre Meinvielle con precisos y certeros argumentos rebate de manera inexorable lo sostenido por Maritain, basándose justamente en que los polos (polo material referido a la individualidad y el polo espiritual que referiría a la personalidad verdadera) no se encuentra separados sino que se dan en el marco de unidad, lo que sostiene Santo Tomás invocando a Boecio que ya se reseñara, quien no diferencia entre individidualidad y personalidad[69]. La persona humana es el sujeto del ser, ser condicionado por las terminaciones de su esencia, y la racionalidad tiene trascendencia absoluta en la constitución del individuo humano, de allí deriva su dignidad y su estatuto ontológico. Santo Tomás concibe a la persona como lo más perfecto de la naturaleza que incluso la trasciende. Ello así, si embargo, sostiene que el bien común al que la misma aspira y como también fuera dicho, implica su unión al Estado, ya que sólo a través del mismo es dónde alcanza su progreso y realización y es por ello que la persona no se ubica en lugar de preferencia respecto del Estado, sino por el contrario. El bien común como derecho supremo, es el que en forma primera ubica al Estado antes que a la persona, como bien lo postula Lachance. Entonces, la persona no prescinde del alcance de sus bienes particulares pero la causalidad universal hacia el Estado se impone a ella, en tanto el orden y la subordinación se manifiestan con plenitud.

La tesis personalista reseñada que se fundamenta en el alcance de la optimización primero de la persona y su fin trascendente, a la que se encuentra

68 MEINVIELLE, Julio, *Crítica de la concepción de Maritain sobre la persona humana*, Buenos Aires, Ediciones Nuestro Tiempo, 1948 website: http://www.liberius.net › livres › Critica_de_la_co consultado el 30/09/2020.

69 "Aun cuando lo universal y lo particular se encuentran en todos los géneros, sin embargo, el individuo se encuentra de modo especial en el género de la sustancia. Pues la sustancia se individualiza por sí misma, pero los accidentes se individualizan por el sujeto, que es la sustancia. Ejemplo: Esta blancura es tal blancura en cuanto que está en este sujeto. Por eso también las sustancias individuales tienen un nombre especial que no tienen otras: hipóstasis o sustancias primeras. Pero particular e individuo se encuentran de un modo mucho más específico y perfecto en las sustancias racionales que dominan sus actos, siendo no sólo movidas, como las demás, sino que también obran por sí mismas. Las acciones están en los singulares. Es así como, de entre todas las sustancias, los singulares de naturaleza racional tienen un nombre especial. Este nombre es persona. Por eso, en la definición de persona que se ofreció, entra la sustancia individual por significar lo singular en el género de la sustancia. Y se le añade naturaleza racional por significar lo singular en las sustancias racionales", SANTO TOMAS DE AQUINO, *Suma Teológica*, Ia q29, website: //hjg.com.ar consultado el 17/07/2020.

subordinada la sociedad civil, especifica que la persona se halla por encima de la sociedad y solo como individuo el hombre estaría subordinado a la sociedad[70], agregando que la persona es un todo, con destino e identidad propia, y sólo es parte en relación a ciertas cosas de la sociedad política; a partir de allí ese concepto de bien común esbozado en esa línea filosófica encuentra su confrontación con los conceptos reseñados, puesto que por un lado subordina al individuo a la sociedad y por el otro es personalista al anteponer la persona (espiritual) a la sociedad. De ese concepto metafísico Maritain deriva su tesis del bien común, sostiene que no es un todo como la especie con relación a los individuos o la colmena con relación a las abejas, la persona si es un todo, tiene un destino y dignidad propias, solo es parte en relación a ciertas cosas de la sociedad política, solo así se empeña íntegra como parte de esa sociedad política. "Así para Maritain tendríamos: bien particular del individuo subordinado al bien común de la sociedad, bien particular de la persona por encima del bien común de la sociedad y bien común de la sociedad"[71].

En el marco de los cuestionamientos reseñados y que claramente se manifiestan como contrarios en sus postulados, la posición del Padre Lachance (compartida por Charles De Koninck el cual se señala porque junto con el nombrado a pesar de que exista diferencia entre sus postulados, fueron figuras de relevancia en torno a la cuestión) permite responder con argumentos eficaces y pormenorizados las objeciones que se oponen a la primacía del bien común, como también se debe señalar que en la tesis sostenida por Maritain no puede dejar de notarse sesgos de colectivismo en tanto subordina al individuo a la sociedad y por el otro es personalista al anteponer la persona (espiritual) a la sociedad.

Nuevamente el análisis de la concepción personalista que se reseñara, vuelve menester reprobar la ideología que justifica la existencia de Estados totalitarios ya que

---

70 "no existe en mi una realidad que se llama individuo y otra que se dice persona; sino que es un mismo ser, el cual en un sentido es individuo y en otra persona. Todo yo soy individuo en razón de lo que poseo por la materia y todo entero persona por lo que me viene del espíritu, del mismo modo que un cuadro es todo él un complejo físico-químico por las materias colorantes que lo componen, y a su vez todo entero es una obra bella merced al arte del pintor", MARITAIN, Jacques, *La persona y el bien común*, Traducción de Leandro de Sesma, Buenos Aires, Ediciones Desclée de Brouwer, 1948, p 41.

71 TORRES LACROZE, Federico, op. cit.

como se dijo, la trascendencia del Estado se da por su forma, es decir, por el orden político y es en ese sentido que la persona se subordina, pero que bajo ningún aspecto implica la negación de si misma y de allí la paradoja. Hay una unión de la persona y el Estado, que si bien admite jerarquía, también sostiene la autonomía. Es que este todo orgánico estatal, con contenido humano, las partes que lo componen (las personas humanas, asociaciones, etc.) no pierden su individualidad, manteniendo su objetividad distinta a la del Estado y en su correlato, el Estado mantiene también su objetividad respecto de sus miembros. No se trata de una categoría creada sino de realidades diferentes y concretas. Hay un carácter plurista estatal en tanto conserva los bienes de cada persona que lo componen. No absorbe la colectividad al individuo y por lo tanto no pierde el carácter de unidad y debe permitir la realización de las condiciones del bien vivir con sujeción a un orden político.

La concepción que asume en la forma del Estado, necesariamente debe implicar el reconocimiento de sus derechos y la tutela de los mismos.

Indagar sobre sobre el término persona, indica también referirse al término sujeto y afirmar que no hay equivalencia perfecta entre el sentido metafísico y el sentido moral de la palabra sujeto, puesto que si bien la realidad designada es la misma, la causa por la que esta realidad es considerada tal, es decir el aspecto formal, difiere. El principio metafísico que constituye como sujetos, la perfección que es causa de la posesión inalienable del ser y de la actividad, es la capacidad de subsistir, denominada en el caso de las criaturas racionales personalidad y el sujeto subsistente es persona; el acto que le permite subsistir es la personalidad. Desde el orden práctico, si el sujeto de derecho es la persona, el motivo propio por el que posee este atributo reside en su capacidad de perseguir perfectamente un fin, capacidad implicada en el don de la razón y de la libertad. La capacidad, o moral, o jurídica, o política, tiene su raíz ontológica en la razón y reside en la libertad.

En otras palabras el individuo es el todo, comprende espíritu y materia, es la misma persona humana. La materia es interior a su esencia, es forzosamente individuada e individuo, con características que la distinguen de cualquier persona. (No se debe olvidar que la política tiene necesidad de la metafísica porque ésta le enseña el

sentido en el que se han de dirigir las personas y también que son sujeto de derechos lo cual los pone en guardia frente al estatismo y el totalitarismo). Existe un acabado ontológico en tanto el sujeto de derecho es la persona y la persona es un individuo racional (el individuo se encuentra realizado en el género sustancia y la sustancia está individuada en sí misma, los accidentes son individuados por su sujeto; y entre todas las sustancias los individuos que tienen el uso de la razón llevan un nombre especial: persona).

Cuando se pretende desdoblar persona e individuo, se utiliza el argumento de la eternidad en la persona y la finitud en el individuo; pero resulta inexacto en tanto si bien los principios espirituales están individuados (el alma es individual, propia de cada uno), también la causa propia y exclusiva de la multiplicación, de la incomunicabilidad de las personas de la misma especie reside en la individualidad de sus principios materiales y espirituales. A su vez, el individuo no tiene una finalidad temporal en tanto la misma como conservación de la especie, sino que en razón de la espiritualidad del intelecto, tiene abertura hacia el universal absoluto, Dios mismo, en una visión incomunicable. Pero además pretender lograr la emancipación de la persona respecto del individuo incluyendo las causas que constituyen a la personas y las que individuan, no sólo es prácticamente imposible sino que además de innecesario, en tanto los elementos esenciales y personales están individuados, es decir que el todo es a la vez individuo y persona. Si este es un argumento para eliminar la jurisdicción del Estado sobre la persona, sólo trasunta los peligros en los cuales se caería de suyo, fundamentalmente en lo que hace a los fines perseguidos. Y más aún, si se continuase con la distinción de individuo y persona, se permitiría que el materialismo se despliegue por completo y deje fuere los valores espirituales contenidos en el hombre, concibiéndose la vida en función de necesidades inferiores enraizadas sólo en lo material y por otro lado, ubicar a la persona por encima del Estado no permite evitar el subjetivismo y el liberalismo, en tanto las voluntades individuales se impondrían a la autoridad generando inexorablemente anarquía, destruyendo la idea de orden. Esos motivos orientan a escapar tanto del estatismo como del materialismo y mantener la sujeción en el sentido de encomendarse, la persona al Estado a fin de lograr el bien

común colectivo. No puede olvidarse que la exaltación de los derechos de las personas en detrimento del Estado, debilitan la cohesión a la comunidad política obteniendo ventaja lo múltiple sobre lo uno. En este sentido cuando se enfrenta con la realidad de la existencia de regímenes totalitarios como fue el facismo y el nazismo, implicó que la unidad que pregonaran e impusieran anulara los derechos de las personas humanas y fuera incompatibles con su dignidad. Ello sucede también con los países que sostienen una filosofía marxista, con organización unitaria estatal, que caen también en el desconocimiento de las prerrogativas de las personas. Por otro lado en los regímenes liberales, que indican una libertad soberana, ocasiona también el sometimiento de la sociedad en manos de individuos que acaparan riqueza en niveles que permiten dirigir al Estado.

Pero si la propuesta es la dirección a hacia el logro del bien común del Estado que conlleva el alcance del bien individual de las personas que lo componen, entonces no puede sostenerse esta división del personalismo que en su insistencia del vínculo de la persona con Dios, y que ello sería el ancla para excluirla de la falta de razonabilidad en sujetarla a la jurisdicción del Estado, por lo que sus sostenedores consignan que no es lógico someterla a la jurisdicción de un poder inmerso en el tiempo y contaminado de sus miserias.

En la inteligencia que no se puede librar a la persona de su sujeción a la comunidad sin caer en la anarquía, el personalismo encuentra como causa de sujeción a la comunidad, la individuación. Así sostuvo que el hombre en tanto es persona no entra comunidad sino en tanto que es individuo. Al ser persona es un todo con un fin en si mismo y en tanto individuo lo es como parte de la sociedad política como se dijera. Se diferencia operando como tensiones: persona e individuo.

Las deficiencias consecutivas al hecho de la individuación marcarían también distintas realidades que van a apareciendo en su vinculación con la comunidad respecto del individuo, entonces se tendrían vínculos que sucederían unos a otros en forma ininterrumpida hasta el final de la vida, todos ellos distintos en tanto varía la individuación y a la vez únicos en tanto siempre sería el mismo individuo frente a comunidad determinada. Indudablemente que no es aceptable esta posición.

Es que se vuelve ya indiscutible la unidad conceptual de estimar el todo como persona y en acordar que las personas se asocian no sólo desde la existencia material y sólo en virtud de intereses comerciales o defensivos, sino que las virtudes enmarcadas en sus legislaciones, configuran no ya un Estado nominal, sino verdaderas comunidades de vida[72]

Ahora dentro del orden político en la que la persona humana se encuentra, debe aclararse que este orden tiene esencia propiamente moral siendo sus directrices la definición de bien[73]. El principio del orden político, implica el conocimiento de valor supremo, que es razón de ser de su disposición y de su solidaridad.

La política introduce un orden en los actos humanos libres, coordina la actividad colectiva de modo que esta alcance el bien común por el establecimiento del orden de la justicia, lo que permite que se realicen las condiciones múltiples y variadas del bien vivir, respetando las condiciones sociológicas de los grupos. El ser responsables de los actos realizados, es imputable a la persona, y en ese aspecto la función específica de la política es dirigir la acción, lo que implica la idea de encomendarse, en tanto ordenan y disponen sus acciones dirigidas hacia un mismo fin. Ello implica admitir que si se retomasen las teorías personalistas enunciadas, se encontrarían por encima del orden político (a las personas) pudiendo negarse las mismas a la jurisdicción del Estado sobre ellas, vaciando de contenido a la existencia de un orden político. Por lo demás, siendo el individuo en concreto una persona y que los principios mismos que constituyen la persona están individuados, destrona el personalismo mencionado en tanto socava sus

72 "la virtud debe ser objeto de un cuidado vigilante por parte del Estado verdaderamente digno de este nombre y que no sea un Estado puramente nominal sin lo cual la comunidad se convierte en una simple alianza, que no difiere de las otras alianzas concluidas entre Estados que viven aparte unos de otros nada más que por la posición geográfica, y la ley no es entonces nada más que una convención, es según la expresión del sofista Licofrón, una simple caución que garantiza las relaciones de justicia entre los hombres, pero impotente para hacer a los ciudadanos buenos y justos" (Polit III 9 1280 a 31-b 12)", LACHANCE, Louis, *El humanismo político...*, op. cit., p 35.

73 "Lo moral, al igual que lo psíquico, se mueve en parte en el orden de lo inefable. No sería posible, sin desnaturalizarlo, reducirlo al esquema físico-metafísico de los predicamentos aristotélicos. Consiste en una cierta disposición o cualidad (en sentido analógico) del movimiento voluntario, consiguiente al hecho de que la facultad de querer obedece a la atracción de lo honesto, a la magia de la luz inmaterial. Proviene, no de que la voluntad quiere el bien, ni tampoco únicamente de que quiere aquello que debe querer, sino de que lo quiere como debe quererlo. Se superpone a su tendencia a la manera de una dimensión nueva y representa en ella un modo singular de complacencia y de afección", LACHANCE, Louis, *Humanismo político...*, ibidem, p 56.

propios basamentos. La persona se erige como sujeto propio del derecho, de la ley, del orden político y es así como Santo Tomás lo sostiene[74] .

Lo dicho en ningún aspecto implica la idea platónica de que el Estado absorbe al individuo y se unifica con él, puesto que lo uno no desaparece con lo múltiple, conserva su actividad específica como lo señala Aristóteles en tanto el Estado (ciudad) presenta un interés propio, que hace que pueda ser estudiada por sí misma. Es decir que en el Estado se realiza tanto lo individual como lo múltiple pero sin confundirse ni suprimirse[75].

La persona (en el plano metafísico) es una realidad sustancial y el Estado contiene a las personas y resulta también de un conjunto superpuesto de relaciones de orden puramente accidental. Por lo demás y continuando con la noción de Estado como hecho político - moral, en el plano político la relación entre persona y Estado se trata de lograr el bien vivir humano. En una coincidencia entra la política con la acción. El bien que busca la relación entre persona y Estado se trata de un bien que debe existir verdaderamente y la voluntad lo busca en movimiento. Asimismo en el plano político se introduce un orden en los actos libres, móviles; coordina la actividad colectiva a los fines de lograr la realización del bien vivir. Se instaura un orden dirigido al actuar de la persona. Se dirige a la acción, lo que pertenece propiamente a las personas individuadas. Y la acción que pertenece a la persona, y esa acción, no niega la libertad, ya que por más que la política dirija a las personas no las somete, ellas disponen de la acción y son sus principios y sus dueños. Es decir, la función política dirige la acción y las personas disponen de la acción y son sus propios principios.

"Santo Tomás, que sostiene que el derecho es medida de la acción y que en definitiva hace depender de éste el valor regulador del orden político establecido,

74 Ver SANTO TOMAS DE AQUINO, *Suma Teológica,* II q95 a2.; II-Il q58 a2. Cf. q105 a3 website: //hjg.com.ar consultado el 20/07/2020.

75 "Nuestros Estados modernos, movidos únicamente por el interés material o incluso gobernados por el dios de la máquina y de la técnica o la mística de la raza y de la sangre, habrían sido acusados por Santo Tomás con el calificativo de realidades buenas *secundum quid*, es decir de realidades apartadas de su fin natural y entregadas a la búsqueda de una pseudocivilización. El deber del individuo ante ellas no es el de consagrarse a su ruina, sino a su reforma. Además el Estado no se identifica nunca con la maquinaria administrativa, sino con la multitud. A ésta le corresponde legislar", LACHANCE, Louis, *El humanismo político...*, op. cit., p 43.

ordena las cosas logicamente"[76]. Así, concluye que el sujeto del derecho, de la ley, del orden político y de la obediencia es la persona. La acción la atribuye a la persona. Las personas no se sustraen al orden político, puesto que a ellas les corresponde producir el bien humano mediante su actividad, "si la felicidad consiste en obrar bien, la actividad es para el Estado todo, lo mismo que para los individuos en particular, el asunto capital de la vida"[77].

Al estar la naturaleza coronada por la razón, en el plano político, la persona se dirige según el modo propio de su inclinación voluntaria y es así que se inserta la misma en la sociedad como sustrato del Estado al que pertenece, en el orden práctico (del cual forma parte el Estado), se vuelve la mirada hacia la naturaleza de los objetos a ordenar en función del fin que se quiere alcanzar. Siempre teniendo presente que el Estado como hecho político - moral, cuya realización está determinada por la libertad, su definición de bien es el criterio propio que lo distingue.[78]. Ese propósito o fin, es el bien vivir, entendido este como como directriz, que informa al Estado en tanto es institución dependiente de la vida humana y destinada a mejorar la vida; por ello se estima del orden práctico y de esencia moral[79].

El desarrollo de la persona humana en el seno del Estado, del cual participa, no indica en modo alguno que éste le asigne facultades espirituales que son propias de la

---

76 LACHANCE, Louis, *El humanismo político...*, ibidem, p 58.

77 ARISTOTELES, *La política*, op. cit., p 122.

78 Hecho moral por ser "aquél cuya realización está determinada por la libertad, por una libertad que sin duda está en lucha con una multitud de contigencias y que cede más o menos bajo la carga de los acontecimientos, pero por una libertad que, a pesar de los obstáculos que surgen de la vida concreta de esta tierra, tiende paciente y obstinadamente hacia su bien. El hecho moral es el que se materializa y se orienta hacia la búsqueda de un propósito o un fin", LACHANCE, Louis, *El humanismo político...*, ibidem, p 46.

79 "hay al menos tres maneras de definir el bien. La primera -experimental, física, históricamente anterior a todas las otras- sostiene que el bien es lo que todos los seres desean...Es un hecho de experiencia. La segunda, metafísica esta, expresa que el bien es el acto perfectivo, la perfección misma de la inclinación afectiva. Ninguna de estos dos definiciones es un principio de acción. No son imperativos, sino que se contentan con constatar y enunciar con desinterés lo que hay. La tercera, por su parte señala en qué consiste prácticamente el bien. No lo considera como objeto de análisis, sino como objeto y término de la acción, como perfección realizable por ella...Declara que el bien es lo que debe hacerse...La ley fundamental de la acción es tender al bien. A los ojos del moralista, el bien es lo que mueve a su manera el querer libre, lo que se impone a éste y lo obliga a determinarse a la acción. Es presencia moral y compromiso. La perfección es para él un fin, ...lo que llama a poner en práctica los medios, lo que exige el control de la pasión, lo que requiere la adquisición de las virtudes y la elaboración de las leyes morales", LACHANCE, Louis, *El humanismo político...*, op. cit., p 56.

relación ontológica de la persona con Dios, como autor del ser. Es que el Estado no deja de ser percibido como fenómeno objetivo, como una realidad con existencia distinta a las personas que la compone pero que a la vez reviste la peculiaridad que es inseparable de las mismas puesto que las mismas son su basamento.

La persona humana para procurar su desarrollo se integra en núcleos primarios, núcleos de familia, ya sea la que se estime con lazos biológicos o lazos espirituales que conforman verdaderas células comunitarias[80]. Es decir, se parte de una aproximación de la sociabilidad primera de la persona que generalmente es en el seno familiar. Ello no desconoce la existencia de realidades diferentes (situaciones de orfandad, abandono, o individualidad en sí), pero no es en soledad en que la persona se construye. Existirán entonces núcleos afines que amparen y colaboren desde lo social en el desarrollo humano. Y es así, que luego la persona comenzará a integrarse en una multitud de asociaciones intermedias[81], a medida que va desenvolviendo su vida. La progresión de la inserción en las asociaciones forma parte de la naturaleza de la persona humana que se sucede en forma espontánea[82]. Obviamente las singularidades exigen señalar

80 "Al igual que el Estado...la familia es una verdadera sociedad, que se rige por una potestad propia…siendo la familia lógica y realmente anterior a la sociedad civil, se sigue que sus derechos y deberes son también anteriores y más naturales. Pues si los ciudadanos, si las familias, hechos partícipes de la convivencia y sociedad humanas, encontraran en los poderes públicos perjuicio en vez de ayuda, un cercenamiento de sus derechos más bien que una tutela de los mismos, la sociedad sería, más que deseable, digna de repulsa" SUMO PONTIFICE LEON XIII, *Rerum Novarum*, op. cit.

81 Resulta interesante señalar lo que expone críticamente Michael Sandel en cuanto a la existencia de las asociaciones intermedias en las que se puede incluir la familia en la reflexión que hace en un momento histórico de los Estados Unidos de Norte América al señalar que: " Los demócratas de la era Reagan no cuestionaron este aspecto del discurso del presidente, ni tampoco entraron en el debate sobre la comunidad y el autogobierno. Comprometidos con un liberalismo orientado a los derechos, no supieron reconocer la sensación de descontento imperante. Las ansiedades del momento estaban relacionadas con la erosión de las comunidades intermedias situadas entre el individuo y la nación (las familias y los vecindarios, las ciudades pequeñas y los pueblos, las escuelas y las congregaciones religiosas). Pero los demócratas —quienes antaño habían sido el partido de la dispersión del poder— habían aprendido en esas últimas décadas a contemplar dichas comunidades intermedias con suspicacia. Con frecuencia habían constituido bolsas residuales de prejuicios, avanzadillas de intolerancia, lugares en los que se imponía la tiranía de la mayoría. Por eso, desde el New Deal hasta el movimiento de defensa de los derechos civiles y la Gran Sociedad, el proyecto progresista liberal pasó por utilizar el poder federal para reivindicar los derechos individuales que las comunidades locales no habían podido proteger. Esa falta de apego hacia los niveles intermedios de la vida cívica, por muy honorable que fuera su origen, dejó a los demócratas muy mal situados para dar respuesta a la erosión del autogobierno" SANDEL, Michael, *Filosofía pública...* op. cit, p 29.

82 "se ha de decir que existe un grupo, en el sentido relevante, trátese de un equipo, un club, una sociedad, una empresa, una corporación o una comunidad, donde quiera que haya, por un lapso de tiempo

conforme sean los procesos históricos por los que atraviese la persona humana, su pertenencia a etnias, geografías, historias, etc., que cobran incidencia en orden a las necesidades que adquiere y que buscan su satisfacción. Se vislumbran las asociaciones o agrupamientos humanos, que continúan revelando el instinto de sociabilidad de la persona. Allí pueden verse las raíces del bien común con que se identifica la persona, al cual se va subordinar las funciones humanas sin encontrar frustración alguna en lo individual, puesto que no va a prescindirse del orden, en su regulación directa al bien común. Se reconoce una esencia moral y heterogeneidad. Entonces es el orden político que se modela, en el orden de la realidad en el que se afinca[83].

4. Persona: sujeto de derecho. El derecho humano, relación con ley humana y ley natural.

Habiendo esclarecido en alguna medida lo que implica referirse a la dimensión del significado persona, cuando se la concibe como sujeto de derecho, es común observar remitirse a posiciones positivistas que al referirse al derecho lo han descripto como un hecho variable y relativo en torno a sus atributos y han olvidado la universalidad del mismo, el origen de su causa, si se encuentra la misma en la naturaleza humana o se se origina en una fuerza más universal y trascendente y así se ingresa en inmediata conexión con quién es el sujeto de derecho, esto es la persona

---

apreciable, una coordinación de actividad entre un cierto número de personas, bajo la forma de interacciones, y con vistas a un objetivo compartido...cuando más de acuerdo esté la coordinación entre las personas relevantes con algún valor o compromiso de realización ilimitada, o, en caso de estar dirigida a algún proyecto definido y plenamente realizable, esté de todas maneras controlada por el interés en algún valor o valores que exijan adaptar la coordinación para responder a circunstancias contingentes, más probable es que estemos dispuestos a pensar que los participantes constituye un grupo… la existencia de grupo, la existencia de reglas sociales, y la existencia de la autoridad tienden a ir unidas. Y lo que da sentido a esta atribución de existencia es en cada caso la presencia de un objetivo más o menos compartido o, más precisamente, de una concepción compartida sobre el fin de la cooperación continuada. A este fin podemos llamarlo el bien común", FINNIS, John, *La ley natural y derechos naturales*, Buenos Aires, Argentina, Editorial Abeledo Perrot, 2000, p 182.

83 "los que gobiernan deben cooperar, primeramente y en términos generales, con toda la fuerza de las leyes e instituciones, esto es, haciendo que de la ordenación y administración misma del Estado brote espontáneamente la prosperidad tanto de la sociedad como de los individuos, ya que éste es el cometido de la política y el debe inexcusable de los gobernantes", SUMO PONTIFICE LEON XIII, *Rerum Novarum*, op. cit.

humana.

Indudablemente que el derecho se encuentra ligado a la persona y su destino. No es propósito de este apartado, establecer un concepto de derecho (hecho narrado y estudiado en forma profusa desde la antigüedad a los días presentes) sino ubicar a la persona humana como sujeto de derecho, en tanto justamente es ella quien es el centro de todo sistema jurídico. Y si bien puede resultar reiterativo lo expuesto ante la evidencia del planteo, no puede soslayarse la reflexión en tanto la naturaleza humana, su dignidad propia, su grandeza que no es convencional, que se distingue y se eleva sobre lo creado, ha sido puesta en juicio tanto desde lo filosófico como en el terreno legislativo.

Como se sostuvo, la persona humana adquiere la superación a la que aspira en el transcurso de su vida, por ello proyecta su camino en la historia. Esa historia personal que despliega en el marco de su inserción en el grupo social, en el cual va cumpliendo su destino terrenal. En la adquisición de los bienes (materiales y espirituales) a los cuales la persona aspira dada sus necesidades primeras, se conecta en forma inmediata en su vinculación al otro. Es decir su propia naturaleza social, lo genera. Entonces el bien al que aspira asume rasgos de "lo justo" en relación a sus semejantes. La equidad y la justicia ocupan un papel preponderante. El bien que busca la persona, lo busca como un primer resorte de gestión y progreso, hacia el afuera, en el otro. Los datos naturales de la razón humana son universales como se ha visto en apartados anteriores, es así que para recurrir a los principios de un derecho humano es de necesidad de recurrir a la naturaleza y a la razón y ello implica referirse a su sociabilidad, a su razón creadora, necesidad de justicia, realización de ideales individuales y colectivos.

Santo Tomás de Aquino indicaba como factores para estimar la civilización de los pueblos apuntar a sus sistemas jurídicos y linguísticos, también Aristóteles lo destaca como un rasgo distintivo. Es que justamente, la persona humana en su desarrollo en la sociedad, enmarcada en la misma que construye, inmersa en el orden temporal de la ciudad o sociedad, el derecho del cual es sujeto e interviene como promotor de la justicia, permite la aplicación de la moral a las fuerzas sociales.

No se pretende -se reitera- en este acápite establecer el concepto de derecho,

sino tratar de observar como la persona humana es su sujeto y la implicancia que conlleva. Ello así permite que se deje de lado y sólo se mencione a título de ejemplo alguno elementos como antecedentes que han permitido arribar a conclusiones que se mencionarán, siempre teniendo como objetivo la persona como sujeto de derecho.

Es así que volviendo a la persona humana conlleva destacar la reflexión que ha permitido acercarse hacia lo que encierra el bien común y el bien individual en las intelecciones que se presentaran. Todo ello deriva en una medida sociológica de la mirada de la vida racional de la persona, en tanto existe una orientación de la misma hacia bienes, lo que fue estudiado por Aristóteles como por Santo Tomás de Aquino y así lo sostiene "El bien y el ser realmente son lo mismo. Sólo se diferencian con distinción de razón. Esto se demuestra de la siguiente manera. La razón de bien consiste en que algo sea apetecible. El Filósofo dice en el I Ethic. que el bien es lo que todos apetecen. Es evidente que lo apetecible lo es en cuanto que es perfecto, pues todos apetecen su perfección. Como quiera que algo es perfecto en tanto en cuanto está en acto, es evidente que algo es bueno en cuanto es ser; pues ser es la actualidad de toda cosa, como se desprende de lo dicho anteriormente (q.3 a.4; q.4 a.1 ad 3). Así resulta evidente que el bien y el ser son realmente lo mismo; pero del bien se puede decir que es apetecible, cosa que no se dice del ser"[84] . Y abunda más aún cuando afirma que "Todo ser, en cuanto ser, es bueno. Pues todo ser, en cuanto ser, está en acto, y de algún modo es perfecto porque todo acto es alguna perfección. Lo perfecto tiene razón de apetecible y de bien, como quedó demostrado (q.5 a.1). Consecuentemente, todo ser, en cuanto tal, es bueno"[85]. Entonces hay una tendencia natural y esencial de la persona hacia el bien y ello así en tanto el bien permite que alcance la perfección que tiene razón de fin para todo lo que no es perfecto desde el comienzo (aquí vale remitirse al estado de necesidad en el que se nace al cual se hizo referencia en acápites anteriores). Así se concluye que en la búsqueda de su perfección natural "el derecho cuya función es adaptar al hombre a su bien, debe proporcionarlo a sus semejantes. Si la naturaleza

84 SANTO TOMAS DE AQUINO, *Suma Teológica,* I a1 website: //hjg.com.ar consultado el 20/07/2020.

85 SANTO TOMAS DE AQUINO, *Suma Teológica,* I a 1 q 3 website: //hjg.com.ar consultado el 20/07/2020.

misma del hombre requiere que sea injertado en un organismo social, el derecho debe, evidentemente, reglar sus relaciones con este organismo. Si su bien depende de las comunicaciones que establece con sus semejantes, la ley y el derecho, aparatos reguladores de la acción, deben determinar estas comunicaciones"[86] . Es que la acción humana se encuentra ordenada hacia un fin y organizada hacia él, el fin inicia la acción y la modela. En este aspecto, el fin último se identifica con el bien común, en tanto allí la función del derecho es determinar la actividad de toda la colectividad en relación al mismo y también la de todo otro fin que por su naturaleza nos conduzca a él. Ello se vincula a que la persona ubicada en el centro de la sociedad condiciona sus bienes particulares en una actividad solidaria, que en definitiva es la que determina la interrelación de las personas en su convivencia. Hay actividad común, y los bienes individuales convergen en un carácter de fin de interés general, de un bien común[87]. Entonces, si las personas ambicionan el bien, y aquí entra a jugar la virtud, necesariamente se concluye que los comportamientos humanos no serían en función de competencia egoísta sino que colectivamente tenderían a satisfacer sus deficiencias individuales en el socorro mutuo[88]. Esta acción conjugada de las personas obtiene como fruto el bien común, pero a la vez estas fuerzas sociales necesitan de un principio organizador, universal y potente, el cual se configura como derecho. Este es el que va a equilibrar la acción del grupo.

---

86 LACHANCE, Louis, *El concepto de Derecho*…..op. cit., p 59.

87 "En el sistema aristotélico – tomista, la perfección viene de lo Alto; emana de Aquel que la posee a guisa de manantial. No se cometa el error ilógico de hacerla proceder de la privación. Todo desciende y se remonta en virtud del impulso de Aquel. Ningún ser de la naturaleza llega al acrecentamiento y a su apogeo sin el concurso de una multitud de fuerzas anónimas, sin el aporte oculto de agentes superiores", LACHANCE, Louis, *El concepto de derecho...*, op. cit., p 75.

88 "Como consta por lo ya dicho (q.63 a.1; q.94 a.3), el hombre tiene por naturaleza una cierta disposición para la virtud; pero la perfección de esta virtud no la puede alcanzar sino merced a la disciplina. Es lo que pasa con las necesidades primarias, tales como las del alimento y el vestido, a las que el hombre ha de subvenir con su personal industria. Pues aunque la naturaleza le dotó para ello de los primeros medios, que son la razón y las manos, no le dio el trabajo ya hecho, como a los demás animales, bien surtidos por naturaleza de abrigo y comida. Ahora bien, no es fácil que cada uno de los individuos humanos se baste a sí mismo para imponerse aquella disciplina. Porque la perfección de la virtud consiste ante todo en retraer al hombre de los placeres indebidos... De ahí que esta disciplina conducente a la virtud ha de serle impuesta al hombre por los demás...Ahora bien, esta disciplina que obliga mediante el temor a la pena, es la disciplina de la ley. Luego era necesario para la paz y la virtud de los hombres que se instituyeran leyes. Porque, como dice el Filósofo en I Polit.: Si bien el hombre ejercitado en la virtud es el mejor de los animales, cuando se aparta de la ley y la justicia es el peor de todos ellos", SANTO TOMAS DE AQUINO, *Suma Teológica*, I-II, q 95 a1, website: //hjg.com.ar consultado el 20/07/2020.

El orden que se refleja socialmente, y que va prescribir el obrar humano, necesita de una regla y medida de obrar que en función de los actos humanos es la razón, ya que pertenece a ella "ordenar en vista al fin y ella es el primer principio en el orden universal del obrar. Y lo que es primer principio de un orden cualquiera, es de éste, la regla y la medida"[89]. Así la razón es el primer principio de los actos humanos y a la vez es regla, la ley es fruto de la razón[90]. Es que humanamente se legisla instituyendo leyes del propio obrar humano en relación a la idea de bien universal que tiene razón de último fin. El orden en el que se actúa es obra de la razón humana. Y se remarca la ley pertenece al principio de la razón, principio de los actos humanos. Así, la recta razón es la regla de todo obrar humano o moral, en tanto la racionalidad se trata de un principio constitutivo de nuestra naturaleza y es a la vez causa y raíz del bien humano, en tanto constituye la regla del querer, dependiendo de ella la bondad de toda volición. Es así que el acto humano emana de la voluntad deliberada y es impulsado en el dominio de su ejecución por la prudencia[91]. Se observa en el gobierno de la ciudad y en el dictado de leyes, que imprimen un orden que corresponde a la prudencia, en el sentido de cualidad intelectual en el obrar, intima a la práctica de la acción virtuosa. En el vínculo de la prudencia con la ley, esta última es el instrumento por el cual la prudencia de los gobernantes aseguran dirigir las fuerzas hacia la obtención del bien común[92]. Es decir

89 LACHANCE, Louis, *El concepto de derecho...*, op. cit, p 103.

90 "La ley es una regla y medida de nuestros actos según la cual uno es inducido a obrar o dejar de obrar; pues ley deriva de ligar; porque obliga en orden a la acción. Ahora bien, la regla y medida de nuestros actos es la razón, que, como ya vimos (q.1 a.1 ad 3), constituye el primer principio de los actos humanos, puesto que propio de la razón es ordenar al fin, y el fin es, según enseña el Filósofo, el primer principio en el orden operativo. Pero lo que es principio en un determinado género es regla y medida de ese género, como pasa con la unidad en el género de los números y con el movimiento primero en el género de los movimientos. Síguese, pues, que la ley es algo que pertenece a la razón", SANTO TOMAS DE AQUINO, *Suma Teológica*, I-II ae q 90 a 1,website: //hjg.com.ar consultado el 20/07/2020.

91 "entre todas las formas de prudencia que podemos adquirir, una, permite disciplinar todas las tendencias de nuestra naturaleza individual y orientarlas, haciendo concordar el rigor de una regla objetiva con las exigencia de las contingencias exteriores. Ella agrupa todas las fuerzas vivas de nuestro ser, en vista de la conquista del bien personal. Hay una otra que es una participación más intensa de la providencia divina, que tiene sus raíces en los datos naturales de la sindéresis y que es lo más noble en el orden de la vida práctica. Ella se relaciona con la colectividad humana más alta y la dirige hacia el ideal más noble. Esta está en el intelecto práctico del gobernante, que es para él mismo y para todos sus súbditos, una regla viva y activa", LACHANCE, Louis, *El concepto de derecho…*, op. cit., p 119.

92 "dado que es propio de la prudencia deliberar, juzgar y ordenar los medios para llegar al fin debido, es evidente que la prudencia abarca no sólo el bien particular de un solo hombre, sino el bien común de la multitud", SANTO TOMAS DE AQUINO, *Suma Teológica*, II – II q 47 a 10, website:

que la ley y la prudencia convergen hacia el mismo objeto, pero la prudencia es la que dispone los objetos para que las virtudes se dirijan a su fin. Así en relación a la justicia[93], en tanto virtud que rectifica la voluntad, la inclina a esta a seguir las ordenanzas de la ley.

Cuando en estas reflexiones se vuelve sobre la idea del bien común, implica vincularlo al orden jurídico, que es un elemento específico. Y ello así en tanto la ley traza el orden que asegura la realización del bien común en relación a la actividad colectiva, por ello también es regla y medida. La ley no esta instituida en favor del interés privado sino en para el común de la sociedad, de la comunidad política.

Entonces, las leyes permiten la unidad de los miembros del Estado, ocurren en una forma orgánica siendo el Estado en sí mismo el orden de los que habitan la ciudad. Tanto la ley como el derecho se disponen en relación a los miembros del Estado, entre esos entre sí y en relación al régimen comunitario. La ley no crea el orden pero es un principio de orden social[94] .

En esa línea, es por la ley que comienza el derecho, por ella extrae su cuerpo y de ella toma su forma. En este aspecto el derecho es objeto de la justicia y a la vez de la ley en diferentes órdenes. Así, el derecho está hecho a imagen de la ley, en el diseño que se da en las relaciones entre persona y persona, en la cual interviene la ley para dirigir el acto humano. En ese mismo sentido de interrelación, la justicia también esta ordenada a otro, es decir que se despliega en las acciones entre las personas. Puede decirse que la ley causa al derecho por intermedio de la justicia en tanto traza el orden (la justicia lo ejecuta) y se realiza el derecho. Ello no conmueve el hecho de que en el obrar se encuentra la prudencia como virtud en tanto la aplicación de la ley exige un juicio prudente de conciencia.

//hjg.com.ar consultado el 20/07/2020.

93 "El intento de desliga los argumentos sobre la justicia y los derechos de los argumentos sobre la vida bueno es un error por dos razones: en primer lugar, no siempre se pueden zanjar las cuestiones referentes a la justicia y a los derechos sin resolver cuestiones morales sustantivas; y en segundo lugar, incluso cuando es posible, puede que no sea deseable", SANDEL, Michael, *Justicia hacemos lo que debemos*, España, Editorial Debate 3era. Edición, 2015, p 284.

94 "el ideal individual no se realiza sino en la medida en que el ideal común es realizado"… "el bien común depende del bien individual en el orden la causalidad material, el bien individual es tributario del bien común en el orden de perfección", LACHANCE, Louis, *El concepto de derecho...*, op. cit., p 155 - 159

Así, el derecho al canalizar la acción humana, toma los imperativos de la ley con referencia a los requerimientos del orden y del bien común, lo que se traduce en actos que revisten el carácter de igualdad debida a otro. Si se ubica al derecho entre dos personas, una en calidad de deudor y la otra de acreedor, en el campo de las relaciones prácticas; indica una relación de igualdad debida. Esta igualdad es objetiva y racional. Por lo tanto el derecho confiere a quien lo posee un poder y en esta dimensión a veces es confundido con él -en tanto *dominium* de la persona- el imperio que ejerce sobre ella. Pero este *dominium* en concreto, continúa consistiendo en una relación que lleva consigo tres realidades: el sujeto que está afectado por la relación de prioridad, la persona o cosa sobre la cual recae y el fundamento de esta relación. Entonces el *dominium* se traduce como un fundamento de disposición previa. Ello se entiende en tanto la persona, con su naturaleza humana racional, es dueña de sus propias acciones en tanto posee razón y voluntad, y la acciones que proceden de la voluntad deliberada (la persona en tanto dotada de libertad), implica poseer cierto poder sobre sus obras y sobre las cosas que lo rodean. Pero este poder o *dominium* se transforma en poder de orden propiamente moral, que permite establecer límites. Vinculado a este *dominium,* es el criterio de medir el uso de la libertad, que lo atiene a principios que se convierten en reglas morales en tanto evalúa en orden al bien, la realización de lo que es lícito, honesto y razonable. Es decir la razón de sus actos, se encuentra en un juicio de la prudencia, en la razón prudencial, en la norma universal de la rectitud humana.

En su operación la razón humana se apoya en fines, objetos y circunstancias. Los fines serán evaluados conforme sean bien propio del individuo o de un grupo o bien común de la comunidad nacional e internacional; en función de que sean malos o buenos conforme a la razón. En el caso de ser buenos llevan consigo el poder moral mientras que lo contrario sólo deja subsistente el poder de la fuerza. Esta operación se ejerce sobre algo concreto que es el objeto, ese objeto es elevado a ese valor por la misma razón, que lo mide y evalúa. En este orden práctico, este objeto desempeña el papel de forma, es un dato racional. En el derecho se observa esa cualidad, y se enlaza con lo moral al conservar su naturaleza de virtud moral, pero al tener la cualidad de dato racional, no puede sostenerse solamente al mismo como solamente moral. Es racional y

es moral. Es que, el derecho en cuanto objeto, se estima no sólo como regla jurídica apoyada en la voluntad en tanto atributo de la misma, sino como medida inmediata y justificadora de la acción. Es que se trata de un medio racional, sobre el cual versan la actividad de la razón que lo evalúa en cada caso concreto, por eso el papel de "forma" en el orden práctico, "de modo que una diferencia en el objeto entraña una diferenciación de igual naturaleza en las operaciones del querer libre"[95].

El derecho reviste esta fusión tanto de virtud (objeto de justicia) como de disposición moral de la persona. Es decir, el derecho tiene caracteres racionales que le permiten ingresar en el orden moral y le genera una facultad del mismo orden. Entonces el derecho conforma un dato racional -como se señalara- que escapa como fundamento de la facultad moral del sujeto. El derecho se une a la moral en tanto "*medium rationis*" que implica una operación gobernada por la prudencia, con atención a las circunstancias específicas de cada caso; pero siendo a la vez un "*medium rei*" (es fijo e invariable de su naturaleza para todos) es decir existe una conformidad de la virtud con la recta razón, ello en tanto la razón es una facultad esencialmente objetiva, que no impone medidas arbitrariamente. Así, el derecho es para el hombre en tanto se determina conforme a sus tendencias y necesidades, adecuándose a las exigencias del bien común, pero obviamente esto estaría sesgado de relatividad, ante la diversidad de regímenes existentes y su condicionamiento -por ejemplo- de multitud de factores de orden históricos, entonces la razón recoge estos hechos a los fines de orientarlos a elementos objetivos que son el orden, la paz y el bien común. El derecho mide, rectifica, el uso de la libertad en relación al bien común. En ese sentido, el derecho indica una igualdad objetiva, el *dominium* del que se hablara es materia de un derecho objetivo, de algo debido en justicia. "Este poder exclusivo sobre las cosas y que sólo es posible cuando va acompañado de la apropiación, es por regla general, inviolable; es debido al individuo en la medida en que sus títulos son válidos. Es conforme a su condición y a su estatuto jurídico: es lo que le corresponde es su derecho….estamos...en presencia de un derecho objetivo y lo estamos igualmente cuando se trata del poder que una persona puede ejercer sobre sus semejantes….este género de dominio es un derecho, es decir,

95 LACHANCE, Louis, *El derecho y los derechos…*, op. cit., p 187.

que es debido al que posee por los títulos para retenerlo y su límite está determinado por el alcance del fin común que ha motivado su concesión"[96] . Se observa este *dominium* en la apropiación que hace la persona sobre los bienes materiales en orden a su desarrollo personal y en la comunidad, con un legítimo título de dominio derivado no sólo desde el derecho natural sino que se reflejan en muchos sistemas jurídicos positivos, aspecto que será analizado en el decurso del presente estudio. Así, el *dominium* es materia de derecho objetivo, materializándose en dicho poder el derecho. La incidencia subjetiva en el derecho, existe en tanto implica siempre un sujeto, y justamente en la relación de igualdad planteada, el sujeto de derecho se identifica con quien se le reconoce y atribuye esta deuda[97] . En la concepción tomista, sostiene a la persona como titular de derecho, se explica que estos le corresponden porque la ley, natural o positiva le reconoce un estatuto jurídico y porque ella intima a la sociedad a que lo respete.[98]

La persona es el sujeto de derecho. En esta visión objetiva de derecho, el beneficiario de la deuda es el sujeto de derecho. Allí existe una relación real, una vinculación de las personas, no existe un derecho que no pertenezca a nadie, sería un absurdo. Y esta relación de personas es la que permite por intermedio de la ayuda mutua la solidaridad, la coordinación de esfuerzos para alcanzar el bien humano. Existe

96 LACHANCE, Louis, *El derecho y los derechos…*, op. cit., p 192.

97 "la persona humana, que es dueña de sí misma, tiene la responsabilidad de ponerse de acuerdo consigo misma y con sus semejantes. En el primer caso, lo consigue cuando somete su razón a las reglas de la prudencia individual y en el segundo, cuando la regula conforme a lo dictados de la ley. Pues al obedecer a ésta consigue su efecto, es decir, la virtud y, muy particularmente, la de justicia. Una vez formada en el ejercicio de dicha virtud dispone de la voluntad firme y permanente de dar a cada uno su derecho. Aquel a quien es reconocido este derecho, es decir, aquel que es su *finis cui*, es su beneficiario: entre él y ese derecho que es suyo hay una relación de *habere* fundada sobre una relación de derecho o de igualdad debida. El sujeto de derecho es, pues, el derechohabiente. Como consecuencia de ambas relaciones, goza con respecto su derecho del privilegio de *dominium*. Y como consecuencia de que posee ese derecho, tiene el poder racional, o bien de conservar lo que su semejante tiene la obligación de respetar, o bien de volver a entrar en posesión de lo que aquél tiene el deber de cederle", LACHANCE, Louis, *El derecho y los derechos...*, op. cit., p 198.

98 "el derecho es un objectum secundum se, le repugna ser concebido como un poder de la persona sobre su bien propio; y, por el contrario, se define, según los puntos de vista, tanto en función de la ley como del bien común o de los títulos ajenos. Y estas consideraciones,...bastan para convencernos de que Santo Tomás, fiel a la tradición aristotélica, jamás concibió el derecho al modo de los subjetivistas pasados o contemporáneos. Mantuvo...que había sujeto; que el derecho, necesariamente, era el derecho de alguien y que todos los hombres tenían derechos, pero también mantuvo que tales derechos representaban lo que les era objetivamente debido", LACHANCE, Louis; *El derecho y los derechos...* ibidem, p 261.

un conjunto de relaciones reguladas por la justicia y el derecho, como realidades conexas. La solidaridad se vincula directamente a la posibilidad de realización de bien humano completo. Este bien es también el débito, el que es debido a uno y a todos, y es debido en la trama de las relaciones humanas, por lo tanto es derecho propio y común. Y así esta medida objetiva es impuesta por la ley, expresión de la razón, a los intercambios en las relaciones sociales. Ello así, el derecho natural relacionado a los atributos esenciales de la naturaleza humana, se identifica con el derecho individual humano; y así los derechos propios de cada persona otorgadas a la persona por la ley natural. Siguiendo en esa línea, la persona posee ese derecho a título propio o exclusivo y a título de parte en la sociedad que integra posee también derechos en forma colectiva como por cuanto también es poseedora de bienes comunes (cultura, medioambiente, etc.). Son haberes de la persona persona y en tanto recaen sobre la persona como sujeto de derecho lo es tanto sean individuales como colectivos. "Hay derechos del hombre, derechos absolutos, derechos consecutivos, de su naturaleza, derechos que derivan de su *status* ontológico. Hay, paralelamente derechos relativos del hombre, derechos en relación con la historia y el régimen político. Ambos son derechos reales, aunque los primeros sean más fundamentales y esenciales que los segundos"[99] .

Además debe señalarse que el derecho implica el uso de la libertad en relación a otro (lo debido) y en segundo lugar en las cosas sobre las cuales versa este uso. Pero la libertad no es la última y suprema regla como el liberalismo ha sostenido despojando a la razón de su supremacía y sosteniendo que el mismo poder de la persona podía convertirse en materia del derecho. Siendo el derecho una igualdad objetiva, hay casos en los que el uso de la libertad es susceptible de llegar a ser materia de derecho como el dominio que el hombre ejerce sobre las cosas, pero esta forma de poder en la concepción tomista es debida a la persona en función de su dignidad o por las exigencias de su desarrollo y sus fines condicionado por los requerimientos del bien común. En esa línea, el poder puede ser materia de derecho objetivo como algo debido en justicia.

El otro cuestionamiento cuya respuesta se encuentra en la mirada tomista y

99 LACHANCE, Louis, *El derecho y los derechos….*, op. cit., p 279.

vinculada a esta facultad de la persona en tanto *potestas procurandi et dispensandi*, poder exclusivo, podría llegar a ser derecho. A lo que afirmativamente se contesta, en tanto sobre las cosas y acompañado de apropiación de las mismas, se concluye que lo que es debido a la persona en la medida que sus títulos sean legítimos, es lo que le corresponde en derecho. Este género de dominio es un derecho en tanto es debido al que posee los títulos para detentarlo con el límite del bien común.

5. Epílogo

Lo analizado hasta aquí permite realizar y destacar presupuestos que en el orden filosófico permitirán ir construyendo las bases de este estudio. En ese aspecto, sistematizando lo construído hasta el momento admite ir despejando el camino de obstáculos a los fines de obtener una mirada clara sobre la propuesta de investigación. Así se puede señalar que el desarrollo de la persona humana se produce dentro del Estado, en una realidad que compone como miembro y sustrato de base y que a la vez soporta la paradoja de conformar el ser estatal una realidad distinta y objetiva de la persona humana. Pero además, la persona en el seno del Estado del cual participa en su vínculo con él, no implica una relación ontológica que sí tiene la persona con Dios como autor de su ser. Sin embargo es la realidad estatal la que permite su desarrollo como persona social y realiza justamente en la comunidad de vida en la que se aloja esta sociabilidad, que bien recibida deviene en solidaridad. Es que se recogen dentro del Estado las aptitudes y actividades en forma individual de la persona, en su diversidad, sin prescindir de la realidad, por el contrario es flexible y asume un espíritu de adaptación a la realidad de la vida, que manifiesta su medida propia y única que no somete a la persona, sino que suma a su perfección. Tanto el Estado y la persona son productos de la naturaleza, nacen de una relación estrecha con el bien común y si desviasen de este ideal humano necesitan ser reformados.

Conforme a los principios de orden que rigen se modela el Estado en su forma política que muestra acabadamente su naturaleza y heterogeneidad al recoger y reconocer las diferentes funciones en forma concreta de instituciones, asociaciones

destinadas a favorecer el despliegue de las actividades de la persona. El orden político se modela sobre el respeto de las personas que integran la sociedad y es lo bastante amplio y flexible como para alcanzar y reglamentar todas las categorías de las asociaciones intermedias que la persona compone. Hay un espíritu de adaptación a la variabilidad de la vida, que genera adherencia a la complejidad de lo real en cuanto Estado; que impide -en el reconocimiento de las individuales- que se vuelva en una máquina capaz de aplastar lo humano, que también impide entonces caer en totalitarismos absolutos. Ello reconoce en el ser una realidad moral, el orden político orientado exclusivamente hacia el bien común, podrá cambiar conforme a las exigencias de los factores de tiempo, lugar, espacio y demás. Es decir no excluye el presente que vive, su realismo.

La persona humana para procurar su desarrollo, como sustrato social que configura al Estado, determina la existencia de relaciones entre ella y el Estado. Por lo tanto existe una estrecho vínculo entre el bien individual de la persona y el bien común como fin y causa última. Es decir, el bien común aparece como el ordenamiento racional de los fines del actuar particular para su logro, y en este orden de fines, la prudencia política encauza la acción colectiva en un sistema de leyes.

Por otro lado, los preceptos morales son de ley natural, en sus modos diversos y conlleva autonomía, acción libre, personal; constituyendo la moralidad del acto -no el actuar- su calidad. Es decir la voluntad recibe la vitalidad del ser, es poder libre y participa en la universalidad de la razón. La Ley natural presenta unidad en sí misma. Entonces, lo más próximo a ese bien universal es el bien común humano y este bien común humano puede ser nacional o internacional. Todo ello sin que la ley natural primera pierda vigencia, sino que por el contrario permite la superación individual y colectiva de este estado de necesidad en que la persona nace. Ella misma es un impulso hacia el bien público y de ella derivan la leyes humanas.

El bien común exige en su aspecto formal que el mismo sea realizable, en el orden natural y concreto. Y así se vuelve a los preceptos primeros de la ley natural, que en sí mismo son generales e indeterminados y necesitan del derecho positivo o consuetudinario para su eficacia. Ello implica que la ley natural converge hacia el

mismo género de bien común que las leyes positivas.

Es que es necesario destacar que el bien común natural se realiza bajo la forma del bien común político y a la vez histórico. Ello supone la promoción simultánea del bien individual propio de la persona y el bien común, reflejado en una economía interna en el orden social. La relevancia que se invoca impone sostener que la inclinación que lleva hacia el bien perfecto de la razón ordena al bien común como a centro de gravedad definitivo. Este bien racional equivale a conceder que las actividades de las personas convergen hacia el bien común como hacia su coronamiento natural. El mandato que tiene anterioridad sobre todos los demás, el que es la mejor expresión de la razón, no es el mandato emanado de la prudencia individual, sino el que procede de la prudencia política. Y allí la prudencia política hace por la colectividad lo que la razón individual hace por cada persona. Atrae a su radio de influencia todas las actividades particulares y opera la síntesis de los fines. De este modo, satisface nuestras exigencias -fundadas en la esencia de nuestra razón- de animales sociales. De manera que el bien común es el ordenamiento racional de los fines del actuar particular, para que se realice con la mayor integridad posible el bien de la razón, objetivo último de la vida. Y para que este ordenamiento, para que este "orden de los fines" tenga la estabilidad que conviene a un bien de civilización, la prudencia política encauza la acción colectiva en un sistema de leyes.

Ello así, se observa como la prudencia política se destaca en su operatividad en la colectividad, en tanto se comporta en lo apetecible como los primeros principios de las demostraciones en lo inteligible; y, en general, a todo lo que conviene a quien tiene voluntad según su naturaleza. En el orden de la ejecución obra la justicia como ligada al bien humano, en tanto toma los valores espirituales y materiales que recoge, jerarquiza y unifica la prudencia política, despliega las facultades para que sean realizados. Y en ese aspecto el objeto de la justicia en tanto virtud al tener como función regular la conducta de la parte en relación al todo, asume una jurisdicción completa respecto de la persona que la mueve. "La justicia tiene por objeto regular nuestras relaciones con el otro y de dos maneras: sea con otro considerado individualmente, sea con otro considerado socialmente, es decir, considerado representándose que quien se entrega a

la comunidad se entrega por lo mismo a todos cuantos forman parte de ella...Es susceptible de ser referido al bien común que la justicia persigue. Así los actos de todas las virtudes pueden derivar de la justicia, dado que esta ordena al bien común..."[100].

A su vez, el derecho interviene como principio universal y potente para balancear las fuerzas que se ejercitan en el seno del grupo social, ya que racionaliza las relaciones sociales, equilibra la acción del grupo y hace posible la producción de este bien común. Ello así en tanto este último necesita de la ley que tenga relación con una multitud de bienes, conforme las exigencias del grupo social, guardando en la disposición de estos bienes cierta proporción y reglar conforme a las exigencias del bien común.

Así, las leyes debe contener una dirección hacia el bien común, hay un imperativo de la razón, lo que incide en la persona en tanto guiará en la actuación por el sendero de la prudencia y la justicia y esta última es la que implanta el instituto de solidaridad e imprime en el comportamiento humano las medidas que requieren los títulos del otro "La virtud del buen ciudadano, la que lo ordena como conviene al bien común es la justicia social"[101]. Lo opuesto se verifica en aquellos estatismos absolutos que erigen la fuerza y la arbitrariedad como regla de derecho; el Estado crea el derecho halla en el su justificación y su legitimidad. Desaparecen las leyes justas, arrasando con los principios jurídicos que permitan controlar el valor de sus decisiones, aboliendo el bien común. La existencia de criterios objetivos superiores a la voluntad estatal son lo que proporcionan la garantía de que sus juicios estén impregnados de rectitud[102].

Por otro lado, el bien común colectivo es el que permite arribar al bien individual o distribuido como algunos autores han sostenido y esta distribución tiene a la apropiación como efecto inmediato, no obstante encontrar su fundamento en la

100 LACHANCE. Louis, *El humanismo...*, op. cit., p 409.

101 SANTO TOMAS DE AQUINO, *Suma Teológica*, II II q 58 a 6, website: //hjg.com.ar consultado el 20/07/2020.

102 "Por ser la bondad de Dios, por su naturaleza, el fin propio del derecho eterno, Santo Tomás pudo escribir: "la ley comporta una dirección racional hacia un fin. Ahora bien, en los movimientos encaminados, es necesario que la virtud del segundo motor derive de la del primero; el segundo no mueve sino en la proporción en que es movido por el primero. Vemos una aplicación de este principio en los casos de todos aquellos que están encargados de gobernar; los principios de gobierno que tiene la dirección suprema sobre los que ocupan el segundo rango; así la determinación de lo que debe hacerse en la ciudad", LACHANCE, Louis, E*l humanismo político...*, op. cit., p 74.

justicia social "que consiste en la gestión de la cosa pública y el mantenimiento del bien vivir común. El bien general, en razón de su preeminencia sobre el bien privado, finalmente prevalece sobre éste"[103] .

La concepción humana y política del Estado, permite asumir que posee la mayor aptitud para discernir el más alto de los bienes humanos como lo sostuvo Aristóteles, y este bien común supera al bien individual. Ello así determina que los mismos principios de moralidad, las leyes de integridad y de justicia que se aplican a las personas también se aplicada al Estado. Se concibe a la vida pública como una prolongación y complemento de la vida privada. La heterogeneidad de las funciones que comporta la vida orgánica es una fuente sin igual de conservación y de enriquecimientos que desarrollan al bien común. La persona en su integración con el Estado (todo) conservan su estructura distintiva y su actividad diferenciada, pues las aptitudes propias de las partes son el fundamento y la condición obligada del ejercicio de las funciones que deberán asumir en el seno de la colectividad. Es su perfección personal la que, una vez ordenada a un fin trascendente, dispone inmediatamente a la persona al cumplimiento de las funciones públicas confiadas a él por acuerdo de la comunidad

El orden político virtuoso dirigido al bien común se construye por y para la comunidad, en pos no sólo de su subsistencia sino de su crecimiento, y reconoce la existencia del dominio de la persona sobre bienes terrenales, sin que pueda negársele atento a su propia naturaleza, la propiedad de los mismos. El dominio natural que la persona ejerce sobre los bienes individuales, indica la existencia de posesiones privadas conforme a la naturaleza del hombre, y el reconocimiento de ello depende de la paz social que a través de los ordenamientos jurídicos permita ser operativa.

103 LACHANCE, Louis, *El humanismo político...*, ibidem, p 70.

PARTE SEGUNDA

CAPITULO I

REFLEXIONES GENERALES SOBRE LOS DERECHOS HUMANOS

1. a) Consideraciones relevantes del concepto derecho

Se vuelve de interés, como forma previa a ingresar en la temática de los derechos humanos que encierra el presente capítulo, remarcar nuevamente lo ya postulado y que sirve de directriz al estudio de los objetivos propuestos, ello es lo relativo al concepto y posición sostenida en cuanto al fundamento de lo que se concibe como derecho y su vínculo con la persona humana, en tanto se trata de una relación bilateral, dicha relación se sitúa entre dos personas y la materia frecuente de la justicia consiste en los actos exteriores y en las cosas que entran en los intercambios humanos. El abordaje filosófico asumido, permite que estos postulados (ese es motivo principal por el cual se vuelve de importancia su mención) que definen al concepto derecho, sea aplicado -a su vez- a la locución derechos humanos.

En ese menester, vale recordar que se considera a la persona humana como término de la relación jurídica, en tanto es sujeto o término de las relaciones que constituyen el derecho. El poseedor del derecho es la persona. Así, el derecho se sitúa entre dos personas, una de las cuales es deudor y la otra es acreedor o beneficiario. De esta relación, el derecho interviene como canalizador de la acción, del acto humano, midiendo la actividad externa de ambas y "toma como norma los imperativos de la ley como punto de definitiva referencia los requerimiento del orden y del bien común" [104]. Entonces el derecho es la medida universal en las relaciones que se establecen en el orden de los intercambios entre las personas. Ello en tanto implica algo debido en una relación y una igualdad en esta deuda. Se trata entonces de un derecho objetivo, en tanto lo que es debido lo es en igualdad objetiva y racional, lo que origina propiedades esenciales de inviolabilidad por parte del deudor y de exigibilidad respecto del beneficiario. Tampoco se confunde el derecho con el *dominium*, como se expresó en el

104 LACHANCE, Louis, *El derecho y los derechos…,* op. cit., p 180.

capítulo anterior, ya que éste invade la esfera psicológica de la persona -por la razón y la voluntad- y por ello la persona es dueña y le son propias sus acciones humanas. Pero el *dominium* reduce su papel al de fundamento de la acción previa. La persona por ser libre tiene un poder de acción, en tanto también este poder lo ejerce sobre sus actos y sus obras.

Lo expuesto indica la existencia del derecho como una igualdad objetiva, una medida objetiva. El poder de la persona es requerido por su dignidad y orden a las exigencias de su perfección, condicionado por los requerimientos del bien común. El poder se convierte en la materia del derecho objetivo, de lo debido en justicia, de una deuda. La causa del derecho es la ley, en tanto determina lo que es debido objetivamente conforme a una igual proporción a la comunidad y a cada uno de sus miembros. Esta deuda proporcional es el derecho. Se trata del derecho objetivo, de una rectitud objetiva.

Sin duda, que en la línea filosófica asumida, todo derecho es derecho objetivo. Pero en la actualidad, es relevante mencionar que la incidencia de la primacía del poder que tiene la persona sobre la materia que encarna el derecho, poder fundado en la razón -si bien no se trata de un poder de naturaleza propiamente jurídica sino que podía estimarse de esencia moral- el uso lo ha llamado derecho subjetivo. Entonces, se observa filosóficamente un paso de lo objetivo a lo subjetivo. Sin embargo el poder de la persona que es efectivamente su *dominium*, deriva originalmente de su derecho (objetivo). Se acepta recurrir al término derecho subjetivo como una acepción derivada de derecho objetivo, que como se señalara es el núcleo que los encierra. Y más aún para resaltar "hay un sujeto del derecho... no obstante, este sujeto no es la persona que está obligada a respetarlo, sino aquella que es el término de la relación de igualdad debida, aquella que es su *fin cui*...ella es el derechohabiente, y por vía de consecuencia, está provista de un poder sobre la materia que lo encarna, poder fundado en la razón, poder derivado del derecho en su cualidad de *medium rationis*….poder ...más bien de esencia moral, el uso ha querido que lo llame derecho subjetivo. La causa que ha favorecido este paso de lo objetivo hacia lo subjetivo ha sido la misma que ha llevado a los individuos y a los pueblos a proyectar su existencia en función de su libertad, de su poder y su soberanía...cabe justificar posteriormente este uso por el recurso a la

analogía. Pues el poder del sujeto, que es efectivamente su *dominium*, deriva de su derecho en el sentido original de la palabra, como deriva de todo lo que es racional y lícito"[105]. El derecho subjetivo al que se hace referencia, si bien como lo refiere el Padre Lachance no fue nombrado ni concebido así por Santo Tomás. Actualmente y en virtud de analogía se lo conoce con esa denominación extrínseca, pero en términos tomistas no posee valor de regla y medida sino que necesita ser medido y ajustado por la realidad "que encarna el orden necesario para el bienestar de la comunidad y que, desde siempre, ha sido designada como representante efectivo del derecho"[106]. El poder de la persona humana es materia del derecho objetivo, en tanto reviste la forma de una igualdad debida, pero no puede soslayarse la acepción que actualmente se utiliza y si bien se estima como impropia, el hecho de ponerse de relevancia el verdadero sentido en tanto derecho objetivo se permite utilizar esta denominación a fin de evitar caer en antagonismos innecesarios que en definitiva no conducirían más que a formalismos rigurosos y que desde lo doctrinario con esta manifestación, se tiene por salvados.

El fundamento filosófico expuesto, es el que construye las bases de la locución derechos humanos, ya que en definitiva, es la construcción del concepto derecho lo que es esencial en el desarrollo de los mismos, en tanto el término de la relación jurídica y sujeto de la misma es la persona humana y a ella le pertenecen dichos derechos.

Indudablemente que la persona humana como sujeto de derecho, lo es en función no sólo de su individualidad sino en relación al resto de la comunidad en tanto integra la sociedad en la que se desarrolla. Ello se vincula a la realización del bien individual y bien común que se expusiera. Así, los derechos que la persona reviste no sólo son individuales sino que se cumplen en cuanto su unicidad y también en la sociedad que integran. Si se los pretenden enumerar, se verá que estos derechos en el sentido amplio de su espiritualidad y sociabilidad le competen a la persona como derechos individuales, propios, privados, indivisibles y su exigencia de respeto a su dignidad.

Se vislumbra como el significado de la locución trasciende y se dirige a la comunidad que la persona integra, y así sus derechos entran en juego con los derechos

105 LACHANCE, Louis, *El derecho y los derechos* ..., op. cit. p 206.
106 LACHANCE, Louis, *El derecho y los derechos...*, ibidem, p 206.

del resto y también de las sociedades políticas que integra.

1. b) Derechos Humanos: Antecedentes históricos. Derecho de Gentes. Movimientos de ideas. Concepciones en el pensamiento. Postulados.

En una somera síntesis, partiendo de la cosmovisión griega en la integración y conformación de las sociedades políticas, pueden señalarse algunos elementos históricos de relevancia que revelan como el reconocimiento de derechos individuales y comunes en la humanidad, se traslada en la conformación de sociedades como estados políticos y como estos derechos de las personas que las integran comienzan a volverse derecho escrito y a la vez común (a todas ellas) e internacional a través de tratados, declaraciones, etc. constituyendo una suerte de derecho internacional que encuentra su correlato con el bien común internacional al que aspiran los estados (sociedades políticas) en su progreso; logrando el avance del derecho en la comunidad política.

Así, y siguiendo con la concepción del término persona que se expresara, se sostiene la premisa de la sociabilidad natural como lo estimara Aristóteles, quien al contemplar la propia naturaleza humana, sostenía que la misma lo llevaba a concluir en el estado como entidad social y civil[107]. La polis de Aristóteles se edificaba sobre personas libres aptas para formar una comunidad con imperio de la justicia, a través del derecho positivo, de leyes generales, escritas o consetudinarias. Considera al derecho positivo como una institución necesaria y la ley como compatible superior a cualquier decisión del individuo y que permite que la obediencia a una autoridad sea compatible -a su vez- con la dignidad de la persona[108].

---

107 "El hombre es un animal naturalmente político, es decir, llamado a vivir en la polis por exigencia de su propia esencia. La fórmula aristotélica va más allá de la referencia a la sociabilidad en general como imperativo de la naturaleza humana. El hombre...es político, y sólo él es tal. La polis es la condición de una vida humana buena, de una vida humana dotada de aquella plenitud que a la esencia del hombre como animal racional corresponde", TRUYOL Y SERRA, Antonio, *Historia de la filosofía del derecho y del estado. De los orígenes a la baja edad…*, Tomo I, op. cit., p 161.

108 "en el derecho de la ciudad hay elementos naturales y permanentes junto a otros, convencionales y mutables: Aristóteles reconcilia el *nomos* y la *physis*, sin excluir posibles discordancias en determinados puntos…..la ley se le presenta principalmente como un conjunto de reglas cristalizadas en una tradición, y no en primer término como creación constante de los hombres". TRUYOL Y SERRA, Antonio, *Historia de la filosofía del derecho y del estado. De los orígenes a la baja edad…*, Tomo I, ibidem, p 164.

Aristóteles en su reconocimiento de la naturaleza social de la persona y su búsqueda natural del estado, observó que dicha naturaleza es la que le proporciona reglas fundamentales por lo que sostuvo la idea de derecho natural, con carácter universal que rige a todos los hombres, de lo que se deduce que surgiría una alusión cercana a la existencia de un derecho natural internacional[109]. Este sentido de universalidad, fue también materia de postulación en el pensamiento estoico, quienes aludían al carácter cosmopolita del mundo en el que habitaban pero con un fundamento distinto al que sostenía Aristóteles, en cuanto radicaba esta universalidad en el derecho natural, no obstante no les impedía reconocer la existencia de un derecho universal que le correspondía a la comunidad también universal. "A semejanza de los cínicos, postulan ya los primero estoicos un universalismo político de signo cosmopolita. El universo es equiparado a una *civitas maxima* común a los hombres y a los dioses. Pero el cosmopolitismo adquiere en el estoicismo una base metafísica de que antes carecía. Esta metafísica, que entronca Heráclito, es un monismo panteístico, según el cual el universo está vivificado por la Divinidad como por un fuego que configura las cosas singulares según sus fines. Hay un alma del mundo que contiene las razones seminales...que informan toda la realidad. Profesa, pues, el estoicismo, una concepción teleológica del universo que concibe la acción inmanente de la Divinidad, por una parte, como inflexible destino (*heimarmene*) que determina entre las partes del universo una conexión necesaria, y por otra, como providencia (*pronoia*), por cuanto se presenta cual potencia sapientísima que lo ordena todo de la mejor manera….De la común participación de los hombres en el *logos* divino resulta su igualdad esencial...La consecuencia más importante del principio de la igualdad esencial de los hombres, fundada en su común patrimonio racional, es la teoría estoica del derecho natural. Hay un conjunto de principios éticos que dimanan de la naturaleza concebida en sentido

109 "En la justicia civil y en el derecho político se puede distinguir lo que es natural y lo que es puramente legal. Es natural lo que en todas partes tiene la misma fuerza y no depende de las resoluciones que los hombres puedan tomar en un sentido o en otro. Lo puramente legal es todo lo que, en un principio, puede ser indiferentemente de tal modo o del modo contrario, pero que cesa de ser indiferente desde que la ley lo ha resuelto", ARISTOTELES, "Libro quinto, capítulo VII Distinción de lo natural y de lo puramente legal en la justicia social y en el derecho civil y político", *Moral a Nicómaco* website: www.filosofia.org consultado el 17/10/20.

estoico, o sea, de la razón que rige el universo, y que más especialmente gobierna a los hombres por la participación que en ella tienen. A la comunidad universal del género humano corresponde un derecho también universal. Tenemos aquí el precedente inmediato de la teoría cristiana de la *lex aeterna* y la *lex naturalis*"[110].

La idea de los estoicos es la de unidad del género humano, partiendo de que el hombre formaba parte de la gran sociedad del cosmos "según ellos, todos los seres estaban ligados por su solidaridad única y universal. Por lo cual, y con gustoso énfasis, se proclamaban ciudadanos del mundo" [111] .

Cicerón por su parte señalaba a la solidaridad de los hombres como lo mas elevado, y concebía a la recta razón como verdadera ley conforme a la naturaleza, inmutable y eterna[112]. Cicerón concibe que de esa ley primigenia anterior a la ley escrita y a la ciudad procede el derecho que a su vez es para él tanto norma como facultad. El humanismo de Cicerón conduce a pensar en el universo como una ciudad común humana y divina a la vez, y por ello sostiene que en las relaciones entre los pueblos no puede haber impedimentos para que los extranjeros vivan en ciudades distintas a las de su origen o impedimentos para el comercio pacífico. "Hay, en particular, acciones tales, que ni por su misma patria hará un sabio. Existe una sociedad del género humano regida por el *ius gentium*"[113].

El reconocimiento de los derechos individuales y comunes se vuelve tangible en Roma. Así, la idea de derecho internacional en el marco de los juristas romanos, "*ius gentium*", se esparció en el mundo gracias al favor que merecían los mismos. Si bien

---

110 TRUYOL Y SERRA, Antonio, *Historia de la filosofía del derecho y del estado. De los orígenes a la baja edad…,*Tomo I, op. cit., p. 179.

111 LACHANCE, Louis, *El derecho y los derechos...*, op. cit., p 208.

112 "que llama al bien a los hombres con sus mandatos y los aparta del mal con sus prohibiciones,...es una ley única en el espacio y en el tiempo, quien no la acata huye de sí mismo y abdica de su cualidad de hombre...La ley es *ratio summa, insita in natura*, que ordena lo que hay que hacer y prohíbe lo contrario, no es invención del humano ingenio ni de la voluntad de los pueblos, es el espíritu mismo de Dios, su razón soberana….Las leyes humanas sólo son tales en la medida en que participan de la misma que ordena lo que hay que hacer y prohíbe lo contrario; no es invención del humano ingenio ni de la voluntad de los pueblos; es el espíritu mismo de Dios, su razón soberana", TRUYOL Y SERRA, Antonio, *Historia de la filosofía del derecho y del estado. De los orígenes a la baja edad…,* Tomo I, op. cit., p. 190.

113 TRUYOL Y SERRA, Antonio, *Historia de la filosofía del derecho y del estado. De los orígenes a la baja edad…,* Tomo I, ibidem, p 192.

Cicerón había incorporado el concepto romano de *ius gentium* al acervo estoico, la diferencia entre derecho natural y derecho de gentes mereció observaciones para lograr su diferenciación. "Los autores modernos reconocen dos significados principales para el i*us gentium:* 1) Conjunto de leyes e instituciones que regían primitivamente las relaciones entre los peregrinos y los ciudadanos romanos, o entre los peregrinos de los diversos países, y que, poco a poco, fue aplicable en Roma para todos los hombres libres, fueran o no fueran ciudadanos romanos, y que sobre todo tenían por objeto al derecho mercantil. 2) Conjunto de leyes y de instituciones comunes a todos los pueblos, que tenía como base la *ratio naturalis*. En este segundo sentido, se aplicó no sólo a las instituciones de orden mercantil, sino a todas las instituciones vigentes en los pueblos que habían llegado a cierto grado de evolución"[114]. Más allá de las diferencias en los conceptos y sus alcances, el reconocimiento de la capacidad jurídica de los pueblos se vuelve materia ineludible. Ello se afianza en la igualdad, en la solidaridad y en el reconocimiento de la conciencia de un valor de unidad. Esa unidad resplandece en la aspiración de todas las personas hacia un fin último que es el bien humano. Por lo tanto la unidad de la naturaleza humana resulta en unidad del género humano y conlleva la participación en una gran comunidad, y ello indica universalidad y cumplimiento de un destino común.

Ya en la edad media, existía un reconocimiento de los derechos que le correspondían a cada pueblo y así lo reseña el Padre Lachance en relación a la reflexión de Santo Tomás de Aquino en cuanto a los vínculos que unen a los pueblos en tanto este -por su parte- estimó que "las relaciones de los pueblos entre sí no sólo dependen de la ley natural, puesto que escribe que toda legislación debe incluir algunas disposiciones positivas dedicadas a definir las relaciones de la nación con sus vecinos…previó igualmente la posibilidad de una organización jurídica en el plano humano...un derecho internacional supone unas naciones que han de unirse, otorgó más atención que la mayoría de sus contemporáneos a la fragmentación histórica de la humanidad en grupos diversos y a la formación en su seno de derechos consetudinarios en estrecha relación

114 LACHANCE, Louis, *El derecho y los derechos...*, op. cit., p 209.

con su medio étnico, físico y social"[115].

Siguiendo en el plano histórico y como se señalara en el comienzo de relevar acontecimientos significativos, con los conflictos surgidos por los descubrimientos en América, vale citar a Francisco de Vitoria en la formulación filosófica jurídica de la armazón del derecho internacional que reconoce en su entramado derechos comunes a todos los hombres y que de allí nace. En líneas generales sostiene que la capacidad jurídica y política de los pueblos los hace suficientes para constituir su propio gobierno y organización. No obstante expresa que ninguna ciudad o pueblo existe para sí mismo sino que en cuanto bien humano, existe y es responsable en relación al resto de la humanidad. Por ello existe la solidaridad como ley universal que supone la unidad entre las personas, "pues los hombres tanto si se les considera individual como colectivamente, tienen deberes para con todo aquel ser que revista la dignidad humana"[116] [117]. Francisco de Vitoria sostenía la soberanía del estado pero no los absolutismos, sino que a la soberanía la indicaba en el sentido que tenía en la sociedad, de gestionar su propio gobierno a través de sus constituciones. Esta soberanía en el orden interno significaba la capacidad del pueblo para su propia existencia y ella es anterior a la soberanía externa. Jurídicamente el estado ingresa a la comunidad internacional en el respeto de su soberanía interna, en relaciones de igualdad, de su capacidad jurídica y competencia. No es posible admitir la existencia de un super estado compuesto de una ciudadanía exclusivamente internacional, en tanto desconoce los gobiernos nacionales y políticos. Es decir que la propia sociedad política goza de soberanía interna y que en cuanto a su participación en la comunidad internacional, no la niega ni la absorbe, puesto que la soberanía externa tiene una extensión relativa, limitada al bien común de la comunidad internacional[118].

---

115 LACHANCE, Louis, *El derecho y los derechos...*, ibidem, p 218.

116 LACHANCE, Louis, *El derecho y los derechos del hombre...*, op. cit, p 227.

117 "Suele ser designado con el nombre de bien común internacional y se concreta primero en la concordia y en la paz; y, luego, esos intercambios y enriquecimientos de todo orden que son favorecidos por el estado de paz. Por eso no hay pueblo alguno que tenga el derecho de atentar contra la paz, pues, al hacerlo, lesiona el derecho común de todos los pueblos; los priva de un valor que es su obra común, que es su herencia individisible e inviolable", LACHANCE, Louis, *El derecho y los derechos del hombre...*, ibidem, p. 227.

118 Lo contrario sostenía Francisco Suárez que minimiza las exigencias del bien común y estima al

Este reconocimiento del derecho de gentes que en la actualidad convergería en el término Derecho Internacional, sin entrar a deslindar en forma completa su alcance, subraya la existencia de un patrimonio común en el plano de derechos que parten de la individualidad humana para arribar a asumir una dimensión universal, que recoge la esencia de la persona humana en un sentido amplio y la reconoce como sujeto de derechos humanos, en el marco de esas dos dimensiones que no se contraponen. Y en ese cometido, la conformación de los estados como sociedades políticamente organizadas en su evolución, reconocen la suficiencia en los límites de sus jurisdicciones para su subsistencia, como también las necesidades que puedan surgir en el intercambio apto para promover a su propio bienestar, lo que exige cierta institucionalización de apoyo y de alcance internacional que permita la ayuda mutua en la solidaridad. Ello no implica negar la soberanía nacional en el alcance del bien común internacional, ya que lo contrario implicaría caer en un monismo político que aboga por un estado único, negando la existencia de sociedades políticas que lo conforman[119].

En el plano de la historicidad, tanto el renacimiento como la reforma y la filosofía nominalista, señalaron el advenimiento del liberalismo y el comienzo del individualismo. La independencia del individuo y la autonomía de la voluntad se erigieron como absolutas, "la escuela liberal no retrocede ante la negación de todo realismo social. La humanidad no es...sino la simple suma de los individuos...el

---

derecho como una facultad moral del sujeto, despojándolo de su función de medio objetivo, lo aparta del derecho natural y de los preceptos dictados por la razón humana. Con Grocio por su parte "su definición del derecho es la misma de Suárez: lo concibe como una cualidad moral de la persona que lo habilita para poseer o para hacer algo con justicia. Cuando esta cualidad moral es perfecta, se llama facultad; cuando es imperfecta, se llama aptitud...Este punto de partida subjetivo conduce, tanto en Grocio como en Suárez, a la negación del carácter objetivo del derecho", LACHANCE, Louis, *El derecho y los derechos...*, ibidem, p 234

119 "El defecto radical del liberalismo y del individualismo es no entender el carácter social del hombre; es desconocer que los vínculos que le unen a sus semejantes son, en su origen, naturales y que se materializan por la acción, por la persecución concertada de fines comunes...(cuando) el liberalismo individual se transformó el liberalismo colectivo...se vio a las naciones imitar a los individuos y reclamar su entera independencia...se proclamaron autónomas y soberanas... trajo la ruptura de la solidaridad natural que existía entre los pueblos….los teóricos del derecho...elaboraron una doctrina de la soberanía caracterizada por el absolutismo… (la nación)...no tolera límites exteriores...entrañó la negación de la solidaridad humana...liberalismo y marxismo...coincidían en el hecho de que el uno y el otro recurrían a unas leyes necesarias, a unas leyes que se sitúan más allá de la libertad y que escapan a su imperio….uno y otro llevan a una noción inorgánica de la humanidad y, en definitiva, al monismo político", LACHANCE, Louis, *El derecho y los derechos...*, op. cit., p 257-258.

monismo político, los que abogan por un Estado único, un Estado cuyos miembros ya no serían los grupos históricos, sino los individuos con abstracción de sus orígenes étnicos y de sus conexiones políticas….las instituciones no son más que unas entidades lógicas… no ven ...inconvenientes en sustituirlas por una organización de recambio, por una organización única en la que los individuos se hallarían en inmediata relación con el poder supremo...el defecto del liberalismo y del individualismo es no entender el carácter social del hombre"[120].

Los antecedentes históricos reseñados y los postulados filosóficos narrados, contribuyeron a delinear el significado de la locución derechos humanos. En ese plano las reflexiones sobre la persona y sus derechos y su universalidad en el género humano encuentran su expresión en declaraciones de corte internacional, cuyos contenidos presidieron el desarrollo de la doctrina de los derechos humanos vigente en la actualidad.

En el plano de las palabras, la locución "derechos humanos" (subrayando la adherencia a la posición filosófica de que sólo la persona humana es sujeto de derechos), se encuentra la misma enmarcada en acontecimientos históricos y concretos que prepararon y presidieron esta suerte de doctrina de derechos humanos tan vigente en la actualidad y que -en alguna medida- se reseñara**.** Así en la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789, los derechos proclamados y aprobados por la Asamblea Nacional, -corolarios de la revolución francesa- recoge y reconoce dicha expresión añadiéndole características propias de una posición iusnaturalista pero cuyo anclaje es la razón humana y en ese cometido asume la existencia de derechos naturales, inalienables, que todos los hombres nacen libres e iguales en derechos, remarca la soberanía de la nación, la ley como expresión de la voluntad general, entre otros.

La ilustración como movimiento filosófico e intelectual intentó "ser una síntesis entre el empirismo inglés y su valoración de lo individual, lo sensible y la inducción...y el racionalismo continental heredado de Descartes. La razón es la base de la verdad, fuerza absoluta desprovista de contenido, la razón ilustrada significa una fuerza de

120 LACHANCE, Louis, *El derecho y los deberes…*, op. cit., p 265.

adquisición y conquista que parte de la experiencia de los hechos para llegar al descubrimiento de la legalidad con que acontecen. ...trasladado este intento al ámbito del derecho, de lo que se trataba era de conciliar el normativismo universalista y sistematizador de la Escuela Moderna del Derecho Natural, inaugurado por Grocio y Pufendorf, con la valoración casi excluyente de las prerrogativas de los individuos presente en la tradición empirista de Guillermo de Ockham, ….otorgar un valor universal y racional a los *rights* reconocidos en la tradición inglesa y justificados por Locke de modo contractualista. Esta doctrina del derecho debía seguir los moldes metodológicos del conocimiento empírico científico, ya que éstos se constituyeron, para la Ilustración, en el paradigma de todo saber digno de ese nombre….Todo esto queda claro en el Preámbulo de la *Declaration des droits de l homme et du citoyen* cuando se habla de los "reclamos de los ciudadanos"; esos reclamos de los individuos, sobre los que tanto habían escrito los empiristas, se encontraban ahora fundados sobre los claros principios de la razón universal"[121] [122]. Es claro que la razón no podía fundar la inalienabilidad de los derechos, en tanto la razón técnico empírica no justifica la inviolabilidad de los derechos de la persona y de allí la paradoja del pensamiento ilustrado para justificar los derechos humanos. Si bien, los basamentos de la ilustración no alcanzaban para fundarlos es interesante señalar lo que explica Martin Kriele al sostener que a pesar de que la filosofía de la ilustración era intrínsecamente incapaz de fundarlos, la insistencia en esa proclama se basaba en que los ilustrados del siglo XVIII

121 MASSINI CORREAS, Carlos I., *Filosofía del Derecho. El derecho y los derechos humanos*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1994, p 204.

122 "Para el nominalismo,...no existe la naturaleza y tampoco existen las causas finales ni formales. El resultado es la desaparición del orden natural, la primacía de la voluntad sobre la inteligencia y el nacimiento del concepto de poder absoluto...Desaparece el derecho en sentido objetivo, lo "justo", que se descubría en el ámbito de la sociedad política y que aparecía ordenado en forma mediata o inmediata al bien común de la misma. Aparece en cambio el derecho como "poder absoluto" del hombre aislado...El nominalismo ha sido la consecuencia de un teologismo filosófico, que eliminaba la acción de las causas segundas. Entre Dios y los individuos no hay absolutamente nada….Las consecuencias del nominalismo, que surgen….son: un contingentismo metafísico; un escepticismo gnoseológico y un voluntarismo moral y jurídico. ...dicha orientación corresponde al nihilismo o la pérdida del ser y, con el ser, a la pérdida de los valores; nada es valor y eso nada tiene valor; la palabra es una etiqueta que, al no revelar ningún contenido, pues nada posee un contenido significante, puede adherirse a cualquier cosa e indicar cosas diversas e incluso opuestas, no porque se enriquezca con nuevos significados objetivos, sino porque todos son nombres meramente funcionales sin ningún significado sustancial", MONTEJANO, Bernardino, *Ideología, racionalismo y realidad,* Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1981, p 41-42.

si bien adoptaron una postura antieclesiástica frente a las pretensiones dominadoras de las Iglesias en el Estado confesional, "vivían en el de la tradición que continuaba vivo y que marcaba el clima espiritual de su tiempo, así como su cultura ética y política. Su idea de la dignidad humana se manifestaba en la confesión de un deber indispensable frente al hombre….el concepto de dignidad humana resonaba el resto de un recuerdo religioso, de una manera de pensar en la que el hombre es un ser eterno indestructible en su espiritualidad, cuya vida sobre la tierra tiene un sentido trascendente a lo terreno "[123] [124]. Así se ha señalado que "la ilustración comienza el desmoronamiento...el derecho natural divino, la norma de justicia suprahumana y objetiva, se convierte en el derecho racional, de la razón subjetiva, el cual fue pronto angostado y modificado, en cuanto a su contenido, por obra de una dirección individualista en el sentido de los derechos subjetivos del hombre...La revolución francesa concretará esta aspiración ilustrada en su línea individualista, a través de la declaración de los derechos del hombre y del ciudadano" 125.

En el reducto absoluto de la razón, el derecho asumía un carácter estatal apoyado

123 MASSINI CORREAS, Carlos I., *Filosofía*... op. cit., p 207.

124 Al señalar el pensamiento del filósofo Michel Villey expone Massini Correas que "los derechos humanos se encuentran inescidiblemente unidos a la concepción moderna del derecho y que no pueden ser pensados sino dentro de los parámetros de esa concepción. ...la noción de derecho humanos tiene su origen más remoto en la utilización, realizada la primera vez por Guillermo de Ockham del término *ius* en el sentido de facultad del sujeto otorgada por la ley; este uso, coherente con el nominalimo del franciscano inglés, va a continuarse en casi todo el pensamiento jurídico moderno, pero en especial en el empirismo anglosajón y en el pensamiento continental que le es tributario. Es evidente que una filosofía que considera a las individualidades sensibles como único objeto posible de conocimiento, no puede sino visualizar el derecho desde la perspectiva del sujeto individual, en especial de sus prerrogativas y libertades. ...desde la perspectiva nominalista-empirista de Ockham y sus seguidores no es posible reconocer ningún orden natural en el mundo, esas prerrogativas y libertades quedarán desencajadas, fuera de todo orden o estructura y, al secularizarse paulatinamente la cultura moderna, liberadas también de las ataduras de los mandatos divinos. De aquí surgen, "bajo la pluma de escritores sobre todo ingleses, dentro de una doctrina filosófica ya secularizada, pero todavía no sustraída a la hegemonía de la fe cristiana")...los derechos humanos cuya trayectoria estudia Villey a través de Hobbes, Locke y Rousseau, así como de Suárez, Grocio y Pufendorf….supone el abandono total de la concepción clásica de lo jurídico, … el surgimiento de la noción de derechos humanos supone la descomposición del concepto de derecho, de la clásica idea del justo reparto de los bienes exteriores entre los componentes del grupo social y su disolución en una noción vaga...los derechos humanos son...ante todo, irreales: atribuyen bienes imposibles de obtener a individuos considerados abstractamente….también ilusorios...sostiene la necesidad de abandonar la falsa filosofía de los derechos del hombre y retornar a la concepción del derecho natural clásico...poner el acento en el justo reparto de los bienes, en la justicia de las relaciones sociales, supera las aporías a que conducen el individualismo y el utopismo de la doctrina de los derechos humanos", MASSINI CORREAS, Carlos I., *Filosofía*...op. cit., p 182.

125 MONTEJANO, Bernardino, op. cit., p 91.

en sus principios universales "en la revolución francesa se concreta la unión entre la idea peculiar del orden natural que tienen los ilustrados y la voluntad general de Rousseau"[126]. La parte dogmática de la constitución francesa supuso un tipo de constitución llamado "racional normativo", en el que los derechos universales derivaban de la mencionada razón.

La concepción de los derechos humanos que comenzaba a establecerse en las declaraciones internacionales, revestían singularidad en cuanto a la concepción subyacente de lo que esgrimían como derechos de la persona, los que se erigen frente al estado y a su vez éste tiene deberes en orden a la satisfacción de los mismos[127].

Es así que, durante el siglo XVII y XVIII con el surgimiento de las constituciones escritas, se implementan ideas liberales independientes de la forma de gobiernos que adoptaban (versiones republicanas o monárquicas), que incluye en líneas generales declaraciones de derechos y con ello se observa cierta positivización progresiva de los derechos (Véase como referentes a la Carta Magna de 1215 como consecuencia de la derrota de Rey Juan Sin Tierra en Inglaterra donde se establecen derechos y garantías; el *Habeas Corpus* de 1679 durante el reinado de Carlos II y el *Bill of Rights* de 1689, en Inglaterra, o el Bill of Rights del estado de Virginia y la Declaración de Independencia de los Estados Unidos, ambas en 1776. Todos ellos documentos -que si bien no pretenden ser agotados en su enunciación- permiten señalar la especificación normativa de derechos, resguardo de garantías individuales y recorte a

126 MONTEJANO, Bernardino, ibidem, p 95.

127 "Por ejemplo en la Declaración Universal de los Derechos Humanos se afirma "...que toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social..derechos que se oponen inequívocamente al Estado, al que plantean exigencias y en el que suponen el deber de satisfacerlas…-el deber del otro de satisfacer la exigencia planteada por los derechos- está expresamente reconocido en ciertos casos por las declaraciones a que nos referimos; en efecto, en la Convención Americana sobre Derechos Humanos se dedica un capítulo -el primero- a la "enunciación de deberes"...esa posibilidad deóntica que suponen los derechos, se presenta bajo dos modalidades principales: 1) como la posibilidad de realizar una cierta conducta por parte del sujeto titular, sin ser obstaculizado en ella por otros sujetos y 2) como la aptitud o el poder de exigir de otro y otros sujetos jurídicos la realización de cierta acción o conjunto de acciones" ... "en la Declaración Universal se dice expresamente que es esencial que "los derechos sean protegidos por un régimen de derecho" y en la Declaración Americana se establece "que los derechos esenciales del hombre...tienen como fundamento los atributos de la persona humana"...esto significa que tanto la posibilidad de exigir que se denomina derecho, cuanto el deber que aparece necesariamente como su correlativo, suponen una cierta instancia justificatoria", MASSINI CORREAS, Carlos I., *Filosofía...*op. cit., p 65 – 66.

los poderes estatales).

Sin pretender hacer en el plano histórico (objetivo que excedería a este estudio) una enumeración detallada de los documentos que acompañaron el desarrollo de los estados y que indudablemente cristalizaron derechos, se señalan sólo algunos que por su importancia de acontecimiento visceral en la historia pusieron su relevancia en esta actual locución que tanto tiene de antigua en su esencia como lo es el origen de la persona humana en su constitución.

En la singularidad de esa consagración de pléyades de derechos se ha sostenido que "...en el curso de los siglos XVII y XVIII se insiste mucho más que antes sobre lo derechos subjetivos; no se pone ya el acento sobre los deberes naturales sino sobre los derechos naturales...pero resulta imposible afirmar la primacía de los derechos naturales sin afirmar paralelamente que el individuo es en todos los aspectos anterior a la sociedad civil:...el individuo en cuanto tal debe ser visto como un ente esencialmente completo independientemente de la sociedad civil"[128].

En los siglos XVIII y XIX las naciones "se proclamaron autónomas y soberanas...Partiendo del postulado de que las naciones tiene el derecho a disponer de sí mismas, de que, para su autonomía, no tienen otra regla y otro límite que su arbitrio y su poder, los teóricos del derecho...elaboraron una doctrina de la soberanía caracterizada por al absolutismo... Toda nación es soberana y esta soberanía es absoluta, es decir, que no tolera límites exteriores...la única regla suprema reconocida es la de la libertad...El absolutismo...entrañó la negación de la solidaridad humana"[129] .

Reconocer la aparición del Manifiesto Comunista (Marx – Engels), indica mencionar al comunismo y el materialismo que conlleva "se presenta como una tentativa de emancipación, de resurgimiento y de dominación del proletariado. Está caracterizado por el hecho de que se propone, en el interior de cada país, abolir todas las clases con excepción de la de los trabajadores y por encima de las fronteras nacionales, realizar la fusión del mundo obrero...la desaparición de las causas étnicas, sociales y políticas de la distinción de los grupos hará posible la instauración de un modo único y

128 MASSINI CORREAS, Carlos I, *Filosofía...* op. cit., p 184.
129 LACHANCE, Louis, *El derecho y los derechos...*, op. cit., p 268.

uniforme de regulación política, calcado sobre las necesidades de la masa y coextensivo a ella"[130]. Estas concepciones filosóficas, se oponen a la existencia de una humanidad que reviste una realidad concreta, que resulta de la multitud de vínculos de las personas entre sí y niegan en definitiva, a la persona como sujeto de derechos.

Esta breve reseña, permite -en forma acotada- lograr una mirada histórica y política que converge sobre los derechos humanos y que encuentra su correlato en los textos constitucionales, declaraciones internacionales, en tanto los mismos aparecen como derechos de las personas y se extienden a las relaciones de los estados entre sí como sociedades políticas y en relación a las personas que los integran. Resulta innegable entonces, que esta recopilación de los derechos asuma un reconocimiento histórico en su origen como derechos naturales en el sentido del iusnaturalismo en tanto son comunes a todas las personas, y por ello se busca dentro de las conformaciones de los estados su sustancia en ellos.

En esa lógica, la comunidad humana en tanto hecho, que conllevó a través de los distintos regímenes políticos y fraccionamientos de poder a la formación de las naciones, recibió los embates del liberalismo y del individualismo que destronaban la perspectiva del carácter social de la persona; recibiendo del comunismo la masificación y la destrucción de estructuras necesarias -en líneas generales- para la expansión de la persona humana.

En el siglo XX acontecimientos históricos y mundiales (a modo de ejemplo la sociedad de Naciones como intento de organización supranacional, primera y segunda guerra mundial, ideologías fascistas, estados nacionalsocialistas, etc., y los antecedentes de las constituciones de cada nación en la que efectúan autodeterminación y consagraciones de derechos); conllevan a señalar como trascendente la Declaración de los Derechos Universales del Hombre proclamada por Naciones Unidas 1948. El valor político de la Declaración, subraya la existencia de un instrumento nacido a fin de instaurar y garantizar el orden, la justicia y la paz en el mundo.

Del escueto resumen expuesto se puede afirmar que los derechos humanos comenzaron su fase de consolidación en el Derecho Constitucional, cuando se cristalizó

130 LACHANCE, Louis, *El derecho y los derechos...* , ibidem, p 259.

la vigencia sociológica y normológica de los mismos, así éstos obtuvieron su necesaria especificidad. Sin embargo, puede advertirse que estos derechos pasaron por otra fase de consolidación, la internacional, acaecida con el fin de la Segunda Guerra Mundial, cuando los mismos fueron contemplados, en forma específica, en la Declaración Universal de Derechos Humanos mencionada y declaraciones posteriores (o incluso anteriores). A partir de entonces, los derechos humanos, efectivamente, comenzaron a tener positividad nacional e internacional. Asimismo se destaca el logro de asumir en su desarrollo la expansión de su naturaleza universal que propugna su validez, y logra su materialización (véase a modo de ejemplo que la Declaración de Derechos Humanos -es considerada norma de observancia obligatoria a partir de la Primera Conferencia Mundial de Derechos Humanos realizada en Teherán en 1968-, continuó en su desarrollo con los Pactos de Derechos Humanos adoptados dentro del marco de las Naciones Unidas en 1966 y vigentes a partir de 1976, Pacto Internacional de derechos civiles y políticos y el Pacto Internacional de derechos económicos, sociales y culturales, creándose también Comité de Derechos Humanos a los fines de lograr la efectiva observancia de los mismos)**.**

2. Derechos Humanos: aproximación a sus fundamentos filosóficos.

A la concepción suministrada de lo que significa derecho que previamente se señalara y a los fines de la ubicación en un determinado orden en relación a los derechos humanos, Santo Tomás de Aquino refiere que “El derecho o lo justo es una obra adecuada a otra persona, según cierto modo de igualdad. Pero una cosa puede ser adecuada a una persona en dos maneras. Una, por la naturaleza misma de la cosa; por ejemplo, si uno da tanto a otro para recibir otro tanto. Esto se llama derecho natural. De otra manera se adecua o acomoda algo a otra persona en virtud de acuerdo o por convenio común; por ejemplo, si uno se declara conforme con recibir tanto. Y esto mismo puede suceder de dos maneras, o por acuerdo privado, como que se fija mediante un contrato entre personas privadas, o por convenio público, como, por ejemplo, cual el pueblo entero conviene en que algo debe considerarse como adecuado o acomodado a

otro, o cuando así lo dispone el príncipe que tiene el cuidado del pueblo y lo representa. Y eso se llama derecho positivo"[131]. Entonces "en principio … sólo hay dos posibilidades de este equilibrio: o en función de la naturaleza de la cosa o a consecuencia de un acuerdo. Esta última le parece a su vez doble: acuerdo entre personas individuales o acuerdo de la sociedad como un todo. En el acuerdo social está incluido no sólo el contrato de sociedad, sino también el mandato de la autoridad social, puesto que a esta última se la considera como representante del verdadero bien de la sociedad….Sólo hay, por tanto, derecho natural o derecho positivo...derecho natural es el estado de las cosas preestablecido, en cuanto corresponde a la naturaleza humana. El derecho positivo abarca,...todo lo que los hombres han decidido de mutuo acuerdo como norma de equilibrio o de paz, a base de una formación expresa de la voluntad (pacto) o a base de ejercicio efectivo (costumbre), como también lo que la autoridad ha dispuesto para la sociedad"[132] . En la perspectiva esgrimida la concepción tomista de la división entre positivismo y iusnaturalismo en la concepción del derecho, parte del derecho natural. Desde estos órdenes señalados es donde la temática de derechos humanos cobra su significado filosófico. Para lograr una aproximación filosófica en su fundamento Massini Correas parte de la postulación relativa a los derechos humanos en cuanto a su vinculación o no con el pensamiento moderno en especial el de la ilustración o si es dable abordarla desde una filosofía realista. En ese cometido cita pensadores como Michel Villey que estima que "el derecho (*to dikaion*) es un objeto; es por ejemplo, mi parte de impuesto a las ganancias, que debo pagar o que he pagado y que no será ni excesiva ni insuficiente. Si, luego, el derecho es un medio, será un justo medio objetivo en las cosas "*in re*"[133] . El término derechos humanos para este autor converge en la idea de que son "irreales: atribuyen bienes imposibles de obtener a individuos considerados abstractamente, como cuando se proclama el derecho a la felicidad, al desahogo económico o a la cultura; son también, ilusorios: prometen tanto -la salud, la vida, el

131 SANTO TOMAS DE AQUINO, *Suma Teológica*, II-II 57 2, website: //hjg.com.ar consultado el 19/10/2020.

132 URT, Arthur F., "Iusnaturalismo y iuspositivismo en la sistemática de las doctrinas jurídicas", MASSINI CORREAS,Carlos I. compilador-, *El iusnaturalismo actual*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1996, p 417.

133 VILLEY, Michel, *Philosophie du Droit*, París, Dalloz, 1975, Tomo I, p 73.

descanso, etcétera- que no pueden abocar sino a la desilución y el desengaño; son, además, peligrosos, porque no puede satisfacerse a uno sin desmedro del otro, con el consiguiente resentimiento de quien resulta perjudicado, creándose así un estado general de desencanto por la frustración de las expectativas ilusorias...el maestro parisino sostiene la necesidad de abandonar la falsa filosofía de los derechos del hombre y retornar a la concepción del Derecho Natural Clásico, originada por Aristóteles y remozada por Tomás de Aquino, para la que el derecho es la "cosa" o proporción justa en el reparto común, cuya medida se descubre en la naturaleza, entendida teleológicamente, a través de un método dialéctico. Esta filosofía -afirma Villey- al poner el acento en el justo reparto de los bienes, en la justicia de las relaciones sociales, supera las aporías a que conduce el individualismo y el utopismo de la doctrina de los derechos humanos"[134]. En similar sentido, lo incluye al Profesor de la Universidad de Chicago Leo Strauss quien se pronuncia remarcando la necesidad de volver a la concepción clásica de la política diferente a la que acunó la noción de derechos humanos y que se caracteriza por su realismo, historia y valoración de la prudencia. Incluye en esta corriente de "realismo negatorio" al Padre Lachance al señalar (lo que ya fuera consignado y objetado -lo que se remarca- sosteniendo la importancia en su doctrina de los derechos humanos) la ausencia de la noción derecho subjetivo en la obra de Santo Tomás de Aquino, señalando que para este último el derecho se configura como el bien del otro, el de la comunidad y de sus miembros, el derecho como una relación de igualdad debida y en lo que ya se ha citado y configuró como base de este estudio, la existencia de un derecho objetivo y sobre lo que se retomará para su desarrollo. Los mencionados son algunos de los exponentes que cita para agruparlos en esta síntesis de "realismo negatorio". Luego continúa con los expositores de "respuestas no-realistas negatorias" entre los que cita a Martín Kriele, Jüger Habermas [135] [136] entre

134 MASSINI CORREAS, Carlos I., *Filosofía...*, op. cit., p 182.

135 Sostiene Massini Correas respecto de la posición filosófica de Habermas que los derechos del hombre no pueden obtener su fundamento del derecho natural clásico realista, sino sólo del derecho natural moderno; en su trabajo derecho natural y revolución; "mientras, conforme al derecho natural clásico, las normas de la actuación moral recta se orientan por igual, en cuanto concierne a su contenido, según la vida buena, o sea virtuosa, de los ciudadanos, el derecho formal de la Edad Moderna se ve eximido de los catálogos de deberes -ya sea de la ciudad o de la posición social- de un orden material de

otros para arribar a la conclusión de que en la corriente nomenclada por este autor reviste las características de manifestar incompatibilidad entre el derecho natural clásico y el individualista moderno que funda los derechos humanos que se afinca en la oposición entre el objetivismo realista y el subjetivismo de las declaraciones de derecho, estimando que el derecho natural moderno considera al hombre en abstracto y la corriente realista aristotélica lo estiman como un individuo concreto inserto en estructuras comunitarias. Por último agrupa dentro de la denominación "respuestas realistas afirmatorias" a autores como Jacques Maritain[137] -quien critica a la filosofía individualista y racionalista de los derechos del hombre- vincula a los derechos humanos con el principio personalista (lo que fue analizado en el presente estudio), sosteniendo que los mismos se arraigan en la persona en tanto agente espiritual y libre, al orden de los valores absolutos y a un destino superior al tiempo. Asimismo también cita a Georges Kalinowski estimando que este autor "considera posible ...hablar y pensar acerca de los derechos humanos en el arco conceptual del pensamiento realista tomista, con la salvedad de que no se pretenda buscar en el *corpus thomisticus* la locución derechos humanos, aunque sí la noción que hoy se quiere significar con estas palabras...si no se confunde el plano de las locuciones verbales, el de las nociones intelectuales y el de las realidades, puede hablarse de una concepción realista de los derechos humanos, que resulta más rica y profunda"[138]. Concluye (Massini Correas)

---

la vida. Este derecho (el moderno) justifica más bien una esfera neutral de la dilección personal, en la cual cada ciudadano puede proseguir, en su condición de particular y en forma egoísta, objetivos de maximización de actividades.. Los derechos formales son, en principio, derechos de libertad", HABERMAS, Jürgen, *Derecho natural y revolución*, trad D.J. Vogelmann, Buenos Aires, Teoría y Praxis, Sur, 1966, p 59

136 Para Habermas "… los derechos clásicos no eran revolucionarios, ...existe una decisiva diferencia entre las concepciones clásica y moderna del derecho, siendo sólo esta última la que puede justificar los derechos humanos, meramente formales y virtualmente revolucionarios", MASSINI CORREAS, Carlos I., *Filosofía* .., op. cit., p 190.

137 "la ley natural y la luz de la conciencia moral en nosotros no prescriben solamente hacer o no hacer ciertas cosas; reconocen asimismo derechos, en particular derechos vinculados a la misma naturaleza del hombre...la verdadera filosofía de los derechos de la persona humana descansa, pues, sobre la idea de la ley natural. La misma ley natural que nos prescribe nuestros deberes más fundamentales y en virtud de la cual obliga toda ley, es también la que nos asigna nuestros derechos fundamentales. Porque estamos empeñados en el orden universal...y porque al mismo tiempo tenemos el privilegio de ser espíritus, poseemos derechos frente a otros hombres y a todo el conjunto de las criaturas", MARITAIN, Jacques, *Los derechos del hombre y la ley natural*, Trad H. F. Miri, Buenos Aires, La Pléyade, 1972, p 70.

138 MASSINI CORREAS, Carlos I., *Filosofía...*, op. cit., p 198.

como rasgos fundamentales de los autores citados que se puede sostener la locución "derechos humanos" desde una perspectiva filosófica realista y que quienes lo niegan lo es por una incomprensión del realismo filosófico tanto por ceñirse con rigor a las palabras o pretiriendo realidades.

Desde la mirada trialista se los establece enmarcados en sus tres dimensiones que permite reseñarlos en el siguiente sentido: "deben reconocerse en su tridimensionalidad, que supera los despliegues normológicos y dikelógicos a los que suele ceñirse el planteo de la cuestión, para reconocer la perspectiva que integra las dimensiones sociológica, normológica y dikelógica de los mismos. ...a) dimensión sociológica: ...los derechos humanos son repartos, o sea adjudicaciones de potencia e impotencia provenientes de la conducta de seres humanos determinables, pero esos repartos están en inescindible relación con otros repartos y con adjudicaciones provenientes de la naturaleza, las influencias humanas difusas y el azar, denominadas distribuciones. En relación con estos repartos y distribuciones, los derechos humanos son posibles o imposibles (y, según importa en definitiva, justos o injustos). El trialismo está plenamente capacitado para reconocer las diversas realidades del derecho, cambiantes en el espacio y en el tiempo, y para relacionar los derechos humanos con ellas, advirtiendo que suele haber límites necesarios, surgidos de la naturaleza de las cosas, que impiden la realización de los derechos humanos que se desea adjudicar. b) teoría normológica: la teoría trialista del mundo jurídico reconoce a las normas como captaciones lógicas neutrales de repartos proyectados que, como tales, deben ser fieles, exactas y adecuadas. En relación con esta triple problemática, que también debe satisfacerse respecto de las normas de derechos humanos, el aspecto más tenso es el de lograr la exactitud (o sea el cumplimiento) de las normas...la teoría trialista del funcionamiento de la norma, que integra las fase de interpretación, determinación, elaboración y aplicación, significa una nítida ubicación del hombre en el universo, también a los efectos de los derechos humanos. En la compresión trialista del funcionamiento se iluminan las vías de producción de carencias dikelógicas y de heterointegración para superar las limitaciones que las normas pretendan imponer a los derechos humanos. c) Dimensión dikelógica. El trialismo considera que la justicia como

valor es un ente ideal exigente, cuyos requerimientos son objetivos, básicamente no generados por nuestras opiniones, aunque no pretende sostener que tales exigencias sean universales ni eternas. De esto surge el carácter también objetivo, pero relacionado con las circunstancias, de los derechos humanos"[139].

Luego de esta breve reseña filosófica efectuada, se vuelve a la impronta filosófica asumida y compartida de Lachance. Ello así, esta doctrina filosófica política en cuanto a los derechos humanos no los niega, sino que reconoce el valor de los mismos. Es más toda su obra se encuentra enmarcada en el reconocimiento de los derechos de la persona individual y los derechos surgidos en el plano internacional conforme a la trama de relaciones humanas. No obstante advierte que los derechos establecidos en la Declaración de 1948 "está redactada en términos ambiguos que pueden inducir a equívocos, muestra la acogida de tres posturas intelectuales que encuentran en este declaración un motivo de oposición o disenso. Son los que...ha denominado intransigentes o absolutistas, los utópicos y los positivistas"[140] . En relación a ello señala Lachance que los absolutistas asumen la declaración de cada derecho como de naturaleza científica, previsible y cuantificable y debe estar garantizada, respondiendo -Lachance- que en el orden de la naturaleza de la persona se encuentran estos derechos en forma universal y estable y que en su aplicación asumen cierta mutabilidad, ello en orden a la naturaleza racional de la persona y su camino de perfección, y que se formulan a medida de que toma conciencia de sus inclinaciones y aspiraciones. En cuanto a la posición utópica es la que Lachance estima que deja de lado la dimensión social de la persona, enfocándose solamente en la individualidad, señalando que el derecho limita la libertad individual y regula la libertad de los grupos. En cuanto a los positivistas que niegan el derecho natural y por lo tanto esgrimen la mutabilidad y derogación del derecho conforme a las circunstancias, sostiene justamente que los derechos humanos "tiene la misión de imponer a las relaciones

139 CIURO CALDANI, Miguel Angel, *Los derechos humanos en el trialismo,* ED 129-955.

140 Ver al efecto la Conferencia del Padre Lachance titulada *"lors de la Déclaration universelle des drotis de´homme*", en la Universidad de Montreal contenida en los Archives de Lórdre Des Dominicains ou Fréres Précheurs. Saint Albert Le Grand, Monteas, 1959, y SANTOS RODRIGUEZ, Patricia, *El humanismo político y jurídico de Louis Lachance*, Madrid, Fundación Universitaria Española 2008, p 288.

humanas la forma que conviene según la naturaleza racional y libre de quienes la protagonizan"[141]. Suma a sus fundamentos los elaborados en el desarrollo de la persona humana dentro del derecho internacional, basado en el entendimiento de los derechos humanos desde la conciencia de unidad del género humano, unidad trascendente en su origen y destino, igual al orden inscripto en la ley natural y en el derecho de gentes. El realismo tomista de la doctrina de Lachance no se contrapone al concepto derechos humanos, por el contrario, es esta posición la que remarca la aspiración de las personas humanas al fin último142.

En la lógica de los derechos humanos, señala Lachance que la persona humana como parte de la sociedad política que integra, adquiere nuevos derechos (sumados a los propios que como ser social ya conlleva), a los que se suman aquellos que versan sobre los bienes realizados por la sociedad política que integra como ser paz, orden, etc. Estos derechos pueden verse bajo la mirada de que la persona no los detenta como propios sino en función de la parte que es respecto del todo. Es decir la persona los adquiere en forma colectiva, al ser la parte del todo que conforma la sociedad política, por lo que son comunes y los detenta en forma solidaria. No obstante, a la vez no pierden su naturaleza de ser personales (los derechos) en tanto la propia persona es sujeto de derecho "los derechos de las personas, consideradas en cuanto que son solidarias, se identifican con esos mismos derechos del todo, puesto que precisamente de su solidaridad derivan el ser, el dinamismo y la productividad del todo…la sociedad es la titular de los derechos comunes, y las personas, consideradas colectivamente son los titulares o los sujetos de esos mismos derechos"[143]. El todo al que llamamos sociedad

141 SANTOS RODRIGUEZ, Patricia, *El humanismo...*, op. cit., pág. 290.

142 "El hombre es aquel que a todo lo que apetece lo apetece verdaderamente por el último fin...esto es, del influjo real o verdadero del fin en el proceso de los actos humanos...El fin último puede ser considerado, según su razón de fin último fin y en cuanto a la cosa o entidad en donde se encuentra esta razón de último fin. El fin último según su razón de último fin consiste en el bien perfecto y completivo del apetito del apetente. El fin último, en cuanto a la cosa o entidad en que se encuentra la razón de fin último, es la cosa en que se encuentra o se considera que se encuentra esa condición de ser el bien perfecto y completivo del apetito ...la razón formal del último fin, verdaderamente se encuentra allí, en donde la encuentra el que tiene el apetito bien dispuesto; esto es, en conformidad vital con un recto juicio...Como al influjo de la causa divina no escapa ninguna entidad creada, tanto el hombre como las creaturas irracionales apetecen a Dios y así se ordenan a Dios como a su fin supremo", GONZALEZ, Marcos Rodolfo O.P., *Filosofía Moral Cristiana*, Convento de Santo Domingo de Santa Fe, 2016, p 24.

143 LACHANCE, Louis, : *El derecho y los derechos...*, op. cit., p 264.

política o estado asume un poder propio necesario para proteger a las personas que lo integran, lo que deriva en que las mismas tengan derecho solidariamente a un orden de paz y justicia; y por otro lado ese mismo derecho, implica el deber de "entrar en una organización de envergadura humana por la misma mediación de la autoridad política"[144]. Es decir si se considera en forma colectiva a todos los Estados que integran la humanidad representarían el sujeto inmediato del derecho internacional público. Es así que a los Estados les incumbe la salvaguarda del bien común internacional, visto en forma análoga a como a la sociedad o estado en particular le incumbe el logro del bien común. El todo y la parte vuelven a perfilarse al ver al Estado en su singularidad y en su relación con el conjunto de los Estados, en colectividad internacional "como consecuencia de su admisión en la colectividad internacional, los Estados adquieren sobre este nuevo plano y en relación con los fines que allí se persiguen, el reconocimiento de un título natural, a saber, el de la capacidad jurídica. Todo estado...posee cuando menos los atributos derivados de su condición esencial de miembro libre y responsable y por tanto, goza con respecto al todo y a sus copartícipes de una igualdad jurídica de base. Como asociado, cualesquiera que sean las condiciones históricas en que se encuentre, tiene derechos absolutos" [145].

3. a) Elaboraciones de conceptos respecto a los Derechos Humanos.

En la doctrina tomista que se consignara, el derecho involucra la concepción de una relación de igualdad debida, lo que genera una relación de *habere*. Es decir una relación entre dos personas, que involucra el bien del otro ("Santo Tomás preocupado siempre por justificar los principios del derecho romano, enseña que la función de la justicia se reduce, en definitiva, a dar a otro lo que es "suyo"[146]). En ese menester, el derecho se materializa en una relación bilateral entre dos personas y la materia de la justicia consiste en los actos exteriores y en las cosas que entran en los intercambios humanos. Así, si adquiere una forma imperativa, se refiere a una deuda y al cumplir

144 LACHANCE, Louis, *El derecho y los derechos...*, ibidem, p 265.
145 LACHANCE, Louis, *El derecho y los derechos...*, op. cit., p 268.
146 LACHANCE, Louis, *El derecho y los derechos...*, ibidem, p 195.

esta, hacen nacer un derecho. En esa línea el deudor es el que se ve constreñido cuando incumple, en tanto la causa del derecho reside en la ley que determina lo que es debido objetivamente y conforme a una igualdad proporcional a la comunidad y a cada uno de sus miembros. La deuda, en lo expresado, es el derecho. La justicia rectifica las relaciones y no se confunde con el derecho. La existencia del objeto a realizar (el derecho), requiere la necesidad de una proporción y de una adaptación permanente a él. De este modo la justicia en su esencia y estructura se rige por el objeto que le sirva de fin intrínseco, lo que lleva a concluir que el derecho es una relación de deuda y de igualdad con otro, por ello el derecho no se encuentra centrado sobre el bien propio sino en relación al del otro. Así en la persona humana que somete su razón o juicio a las reglas de la prudencia individual, mueve su voluntad a cumplir los dictados de la ley y al obedecer a esta, asume dar a cada uno su derecho. "Aquel a quien es reconocido este derecho, es decir, aquel que es su *finis cui*, es su beneficiario: entre él y ese derecho que es "suyo" hay una relación de *habere* fundada sobre una relación de derecho o de igualdad debida. El sujeto de derecho es, pues, el derechohabiente. Como consecuencia de ambas relaciones, goza con respecto a su derecho del privilegio del dominium. Y como consecuencia de que posee ese derecho, tiene el poder racional, o bien de conservar lo que su semejante tiene la obligación de respetar, o bien de volver a entrar en posesión de lo que aquél tiene el deber de cederle. Y por consiguiente, tiene el usufructo de la cosa que posee. El derecho, objeto delimitado por las prescripciones de la ley, es inviolable y por eso mismo, implica necesariamente obligación por parte del deudor. Como contrapartida de su inviolabilidad es exigible, y, por eso mismo, entraña en su beneficiario unas prerrogativas inalienables. Si, subirtiendo este orden, se suprime más o menos la deuda establecida por la ley en relación con el estatuto jurídico de las personas, todo lo demás se desploma. Pues el derecho, en razón de sus componentes y de sus propiedades, es fuente de todo un conjunto de poderes y de prerrogativas inalienables"[147]. Esta concepción de derecho objetivo impide pensar el derecho en términos de bien propio, de un bien condicionado por las disposiciones individuales de

147 LACHANCE, Louis, *El derecho y los derechos...*, op. cit., p 198.

cada persona. Es decir, el derecho no es el poder que la persona tiene sobre su bien propio, pero obviamente es derecho de "alguien", todas las personas tienen derechos y estos derechos representan lo que les es debido. Por lo tanto no puede reducirse el derecho al poder de la persona humana sobre un bien, o solamente al *dominium* como ya se ha narrado en acápites anteriores.

Lo expuesto si bien determina la concepción objetiva del concepto derecho, no puede sustraerse al resultado de la transferencia de dicho concepto a la comunidad política y al hecho de haberse identificado con la ley como también con el poderío subjetivo del individuo. Este fundamento filosófico (que es el que se adopta) se vuelve necesario y a modo de reiteración permitida, puesto que es el puerto del cual se parte para llegar a poder definir en algún sentido la locución derechos humanos.

En este devenir, los derechos humanos no pueden convertirse en un asunto meramente convencional, en una regla que sólo existe en el plano positivo y que debe su esencia a la norma que los emite. Ello ha sido puesto de relevancia cuando se mencionó los postulados filosóficos esgrimidos en torno a los mismos, como lograron manifestarse normativamente, salvaguardando siempre el hecho de que su expresión no quede reducido sólo a un formulismo positivo. La locución humanos reviste la singularidad de parecer una redundancia, en tanto se asume a la persona humana como única titular de derechos. Ello así, todo derecho supone la existencia de un bien humano y un valor positivo de justicia en forma objetiva. Massini Correas, sostiene que este tipo de locución permitió poner en relevancia aquellos derechos que tiene una conexión mas estrecha con la calidad de su titular, la persona humana.[148] [149]. En ese aspecto, los define

148 "Así la Declaración Americana y otras declaraciones habla de "todo hombre" "toda persona", que significan "inequívocamente la radical vindicación de esos derechos con la hominidad de sus titulares. Pareciera como si, de acuerdo al sentido inequívoco del lenguaje utilizado, el título propio de esos derechos radicara en el mero carácter humano del sujeto titular….veremos que alguno de estos derechos no pueden atribuirse propiamente a todo hombre, sino a una cierta clase de ellos;….es necesario una cierta cualidad adicional para la titularidad de ciertos derechos también calificados de humanos….la hominidad no se considera como algo estático y definitivo, sino como algo en proceso de perfeccionamiento, es decir, no sólo como una calidad que ya se tiene, sino también como algo que debe ser desarrollado o actualizado. Y este segundo grupo de derechos se vinculan directamente con esa actualización o acabadamente de la condición o modo de ser que corresponde a todo hombre. Pero en definitiva, sea por su referencia al estatuto óntico del hombre, como por su vínculo con su perfección o

como "aquellos derechos subjetivos que tienen su título -o fundamento o justificación- en las notas esenciales del modo de ser del hombre -en lo que podríamos llamar la "hominidad"- o en algunas de sus dimensiones perfectivas próximas, y que -además- se poseen lo establezca o no la legislación positiva y aún en contra de ella. Esto supone -ello bien claro- la necesidad de la existencia de al menos un principio suprapositivo, principio en el que se fundarían esos derechos humanos"[150]. En correlato con lo expuesto se asume que los derechos humanos, por toda la fundamentación anteriormente aportada, asumen su existencia en la propia persona y por ello preexisten a las leyes positivas, y éstas los reconocen[151].

Filósofos como Hart, Nino, Bobbio, Hernández entre otros, defienden la existencia de los mismos como un valor positivo de deseable vigencia.

Desde otra perspectiva y en el marco de la mirada trialista; los derechos humanos son entendidos desde su referencia al valor justicia y al valor humanidad, "... a la luz del desarrollo del trialismo estos valores resultan integrados en un complejo de valores "naturales" y "fabricados" más rico, en el que deben desplegarse relaciones de "coadyuvancia", donde no es posible prescindir de los aportes de otros valores como el poder, la cooperación, el orden, etc. Los derechos humanos en sus despliegues de justicia y humanidad debe apoyarse siempre en otros valores, como los recién mencionados, de modo, que si estos valores se alzan contra los derechos humanos

---

actualización, es indudable que cuando se habla de derechos humanos se quiere significar que su raíz, título o fundamento se encuentra radicalmente en el carácter humano de sus titulares y en las principales dimensiones del perfeccionamiento de esa humanidad; o bien, ...en ciertas situaciones, estados o agrupaciones que aparecen como indispensables para el desarrollo acabado de los rasgos básicos del modo de ser humano", MASSINI CORREAS, Carlos I., *Filosofía*...op. cit, p 87.

149 "en la Declaración Universal se dice expresamente que es esencial que "los derechos sean protegidos por un régimen de derecho" y en la Declaración Americana se establece "que los derechos esenciales del hombre...tienen como fundamentos los atributos de la persona humana"...esto significa que tanto la posibilidad de exigir que se denomina derecho, cuanto el deber que aparece necesariamente como su correlativo, suponen una cierta instancia justificatoria", MASSINI CORREAS, Carlos I., *Filosofía*...ibidem, p 66.

150 MASSINI CORREAS, *Filosofía*… op. cit., p 89.

151 "por derechos humanos entendemos unos derechos que preexisten a las leyes positivas. Por eso, de esos derechos se dice que se declaran; y de ellos se dice también que se reconocen, no que se otorgan o concedan por las leyes positivas", HERVADA, Javier; "Problemas que una nota esencial de los derechos humanos plantea a la Filosofía del Derecho" en *Escritos de Derecho Natural*, Pamplona, EUNSA, 1986, p 427.

requeridos por las exigencias referidas de justicia y humanidad hay una relación ilegítima de "subversión" y si los derechos humanos resultan a la inversa, invocados de manera desviada contra los valores en los que deben apoyarse, hay una relación ilegítima de inversión. Por ser valores, la justicia y la humanidad se manifiestan -cada uno- como valencia, valoración y orientación. La valencia consiste en un deber ser ideal puro, del que resulta el "derecho" a cumplir con el "deber" de realizar el valor y éste es uno de los fundamentos más sólidos de los derechos humanos. ...El tercer despliegue de los valores es la orientación, que se produce mediante criterios generales que simplifican las valoraciones, aunque significan el riesgo de desviarlas. Los derechos humanos suelen expresarse como criterios generales orientadores, pero estos criterios no deben ocultar que en definitiva la justicia y la humanidad ha de referirse (mediante el desarrollo de las valoraciones que resulte necesario) a las diversas circunstancias, en donde las exigencias pueden ser diferentes…El principio supremo de justicia exige adjudicar a cada individuo la esfera de libertad necesaria para convertirse en persona o sea para desarrollarse plenamente, de modo que el derecho humano fundamental es el derecho a ser persona. Los derechos humanos han de comprenderse como expresiones concretas del humanismo, que exige tener a cada hombre como fin y no como medio. Es en relación con la idea del hombre pleno, como fin y no en sentido desarticulado, que puede dar lugar a abusos como han de entenderse los derechos humanos."[152] Esta perspectiva en su concepción reconoce la singularidad de -sin negarles su carácter de derechos-, orientarlos hacia una concepción de los mismos como principios o criterios generales que reconoce la justicia en el marco de la esfera de la libertad individual, lo que permite el desarrollo completo de la persona poniendo relevancia en la humanidad.

En otro enfoque, el filósofo John Finnis, ratifica el carácter absoluto que contienen y los concibe como derechos "….concluye su análisis de los "derechos" afirmando que "no debemos dudar en decir que, a pesar del consenso en contrario, hay derechos humanos absolutos. Porque el séptimo de los requerimientos de razonabilidad práctica es que resulta siempre irracional optar directamente contra cualquier valor básico, ya sea en nosotros mismos o en nuestros semejantes seres humanos. Y los

152 CIURO CALDANI, Miguel Angel, op. cit.

valores básicos… no son meras abstracciones: son aspectos del verdadero bien de los individuos de carne y hueso. Correlativos a las inexcusables obligaciones impuestas por este requerimiento, existen derechos, reclamos humanos absolutos o sin excepción; el más obvio, el de que la propia vida no sea tomada como un medio para un fin ulterior; esto último sucede, sostiene Finnis, cuando se parte de un punto de vista consecuencialista o utilitarista; porque si las consecuencias de no respetar un derecho humano aparecen como menos gravosas que las que se siguen de respetarlo, qué argumento puede oponerse, en estricto utilitarismo consecuencialista, a la violación deliberada de ese derecho?. El fino espíritu de nuestro autor ha percibido con claridad que para el respeto de los derechos humanos sea absoluto, también debe serlo su fundamento: en efecto, un fundamento relativo sólo puede ser el sustento de derechos relativos. Por ello, elabora una atrayente demostración de la necesidad racional de un principio absoluto, en el que arraigue, en última instancia, el valor de los derechos humanos; no se trata -aclara Finnis- de que los principios de razonabilidad práctica sean expresiones del querer divino, sino de que sólo un ser absoluto puede explicar los derechos y ofrecer una justificación profunda de la obligación. "Alguien que no reconozca la existencia de Dios -precisa finalmente- no reconocerá a los bienes básicos por lo que ellos son, es decir, como relativos objetivos. Pero una persona así, puede ciertamente aprehender los bienes básicos como deseables en cuanto actualizadores o razón práctica, la cual, si es vivida integralmente, es la vida de la virtud moral...Esa me parece ser la realidad de la condición humana" [153].

Desde otro mirador, el filósofo Carlos Nino, sostiene que las "proposiciones acerca de derechos en en general y de derechos humanos en especial (así como las que aluden a deberes, responsabilidades, etc.) son equivalentes a proposiciones acerca del contenido de reglas o principios de un determinado sistema normativo. Según sea el carácter moral, jurídico o de derecho natural del sistema normativo aludido por tales proposiciones, así será la índole de los derechos referidos por los enunciados

153 MASSINI CORREAS, Carlos I., *"Algunas precisiones sobre derechos y derechos humanos consideraciones sobre las ideas de John Finnis",* ED 121-863.

originarios..." [154]. Diferencia, en el marco de la tesis iusnaturalista dos ideas fundamentales que radican la primera en que "hay principios que determina la justicia de las instituciones sociales y establecen parámetros de virtud personal que son universalmente válidos independientemente de su reconocimiento efectivo por ciertos órganos o individuos; b) que un sistema normativo, aun cuando sea efectivamente reconocido por órganos que tiene acceso al aparato coactivo estatal, no puede ser calificado como derecho si no satisface los principios aludidos"[155]; para luego señalar que los contrastes con los sostenedores del positivismo conceptual (Bentham, Austin, Kelsen, Ross, Hart, etc.) se subsana en la advertencia que existe un concepto normativo de derecho que alude a las normas que deben justificadamente ser reconocidas por los órganos estatales "como un concepto descriptivo de derecho (que alude a las normas que son de hecho reconocidas por los órganos estatales)"[156]. Frente a la pregunta del origen de los derechos humanos en el marco del derecho natural, señala que parte de la corriente positivista se opone a que los derechos humanos estén establecidos por principios de derecho natural puesto que no conciben la existencia de principios ideales que los justifiquen o que tales principios no son universalmente válidos sino relativos a épocas y circunstancias "o de que ellos no son cognoscibles a través de procedimientos intersubjetivos."[157]. Sostiene que los derechos humanos son derechos establecidos por principios morales y caracteriza al derecho subjetivo moral en la siguiente formulación "Se adscribe a alguien el derecho moral de acceder a una situación S (que puede ser la posibilidad de realizar cierta acción o la de disponer de determinados recursos o la de verse librado de ciertas contingencias) cuando el individuo en cuestión pertenece a una clase C y se presupone que S implica normalmente para cada miembro de C un bien de tal importancia que debe facilitarse su acceso a S y es moralmente erróneo impedir tal acceso"[158]. Define las características señalando que radicarían en la que su existencia está dada por su validez o aceptabilidad y no por su reconocimiento efectivo o

154 NINO, Carlos, *Etica y Derechos Humanos. Un ensayo de fundamentación*, Buenos Aires, Editorial Astrea, 2005, p 14.
155 NINO, Carlos, op. cit., p 16.
156 NINO, Carlos, op. cit, p 17.
157 NINO, Carlos, ibidem, p 19.
158 NINO, Carlos, ibidem, p. 40.

aceptación real por ciertos individuos, lo que indica que no son principios de una moral positiva, sino de una moral crítica o ideal que puede o no tener vigencia en algún ámbito y que son principios aceptados como justificación final de conductas; es decir, no hay principios de otra clase que prevalezcan sobre ellos para valorar una acción que esté comprendida en su dominio y a su vez que dichos principios morales pueden valorar cualquier conducta. Para establecer su validez sigue a Dworkin sosteniendo que estos derechos son individualizados y distributivos y que proveen de recursos u oportunidades a cada uno de los individuos que integran la clase que goza del derecho en cuestión (en cambio, las situaciones sociales valiosas que son contenido de objetivos colectivos involucran beneficios agregativos y no individualizados), y que constituyen un límite o umbral (triunfos) en contra de medidas fundadas en la persecución de objetivos sociales colectivos; concluyendo que los derechos individuales constituyen por definición restricciones a la persecución del bien común. Luego indica como rasgo distintivo de los derechos humanos que ellos versan sobre bienes de fundamental importancia para sus titulares, de importancia primordial; agrega que los derechos humanos "son derechos morales que se poseen sólo por la razón de ser un individuo humano...se conceden tomando como única propiedad relevante de sus beneficiarios la de pertenecer a la especie humana...todos los hombres poseen un título igual a esos derechos en la medida en que todos exhiben en el mismo grado esa propiedad relevante"[159] y agrega que "los principios fundamentales de los que los derechos humanos derivan son categóricos, en el sentido de que ellos no condicionan la titularidad de tales derechos a la posesión de una u otra característica. Estos principios son *erga omnes*, o sea se aplican a todos y a todo. Es simplemente una cuestión de hecho que sólo ciertos individuos o entidades pueden gozar o ejercitar en cierto grado los derechos generados por estos principios" [160]. Por último y dentro de una ceñida reseña de la basta obra de este filósofo, en lo que interesa para este estudio, señala tres principios, de cuya combinación derivan los derechos humanos fundamentales: uno es el principio de la persona, que prohíbe imponer sacrificios a un individuo sólo en razón de que ello

159 NINO, Carlos,op. cit., pág. 43.
160 NINO, Carlos, ibidem, pág. 45.

beneficia a otros individuos; el segundo principio es el de autonomía de la persona y él asigna un valor intrínseco a la persecución de planes de vida e ideales de excelencia (y, en virtud de un principio complementario, al placer y a la ausencia de dolor); "el tercer principio, el de dignidad de la persona, prescribe tratar a los hombres de acuerdo con sus voliciones y no en relación con otras propiedades sobre las cuales no tiene control…ellos resultan superfluos si no se aplican a individuos con aptitudes potenciales, en primer lugar, para tener conciencia de su propia identidad...en segundo término, para moldear tramos de su vida de acuerdo con ideales, principios, etc....libremente adoptados...y, en tercer término, para formar voliciones y tomar decisiones"[161].

Se vuelve a la construcción de derechos humanos como derivaciones de principios morales -incluso también se califican como derechos fundamentales e individuales- y asimismo se develan algunos principios morales vectores de los mismos, que claramente respetan en su partida a la persona humana con características que dentro de ese núcleo del cual se abstraen, lograr matices de absolutos.

Por su parte Bidart Campos, parte del postulado de la titularidad de los derechos por parte de la persona humana y en ese cometido señala como sinónimo el empleo de la locución derechos individuales, en tanto por su calidad de persona humana se titularizan. Parte de la que la universalidad de la especie humana indica la igualdad de la titularidad de esos derechos, una igualdad que no admiten diferencias en tanto deviene en su origen de la propia individuación y esta individuación por su parte, tiene carácter personal. Sostiene que los "los derechos naturales del hombre, y derechos fundamentales del hombre...los adjetivos acusan un sentido trascendente, más allá de las posturas y las divergencias filosóficas. "Naturales" quiere decir, como mínimo, que tales derechos le son inherentes al hombre en cuanto hombre que tiene naturaleza (o esencia) de tal, o en cuanto cada hombre y todo hombre participa de una naturaleza que es común a toda la especie humana como distinta e independiente de las demás especies. Esta noción de que el ser humano tiene por su naturaleza ciertos derechos valederos viene destacada por Del Vecchio, y hace de base en Maritain a su filosofía de los

161 NINO, Carlos, ibidem, pág. 46.

derechos del hombre, cuando afirma enfáticamente que "hay" naturaleza humana"[162]. Los derechos del hombre son derechos naturales, de la propia naturaleza humana, y así son primarios, indispensables; coincidiendo la fundamentalidad en la inherencia a la naturaleza humana. La exaltación del adjetivo "humanos" frente a las posiciones que la califican de innecesaria por ser redundante, logra su cometido en que realza la dignidad y autonomía de la persona humana. Por ello según Birdart Campos es la filosofía política que justifica la estima axiológica que rodea al vocabulario, agregando que la persona "tiene una naturaleza en virtud de la cual "hay" exigencias que provienen del orbe del valor, a las que debe darse recepción en ese otro ámbito cultural de la vida humana, que es el mundo jurídico político" y que cuando "Werner Goldschmidt enseña que el principio primario del valor justicia consiste en facilitar el desarrollo de la personalidad humana, está sentando la base estimativa y explicativa de los derechos del hombre"[163] . Asimismo Bidart Campos concibe a los derechos humanos como derechos subjetivos, en tanto se subjetivizan en la persona humana, la persona es su titular y ello implica que frente a cada uno de esos derechos existe un sujeto pasivo con una obligación ya sea la misma de omitir, dar o hacer. No encuentra oposición con el derecho objetivo. Así sostiene que "El derecho subjetivo y los derechos del hombre, a los que incluimos en su categoría- es "algo" propio del hombre: ¿potestad, facultad, pretensión, atribución, posibilidad de exigir una conducta ajena (del sujeto pasivo), opción para hacer u omitir, permisión, disponibilidad?"[164].

Esta breve reseña traduce el concepto de derechos humanos (siempre partiendo de aquellas posiciones que sostienen su existencia y dejando de lado las que lo niegan), estimándolos como derechos naturales por su igualdad, derechos objetivos, subjetivos, principios generales orientados al valor justicia o principios morales; y si bien se diferencian y se distinguen, a la vez, ponen de manifiesto la relevancia y actualidad de los derechos humanos que encontrarán su trascendencia en el orden positivo normativo.

---

162 BIDART CAMPOS, Germán, *Teoría general de los Derechos Humanos*, México, Ed. Universidad Autónoma de México, 1989, p 14.

163 "El principio supremo de justicia reclama para cada ser humano un ámbito de libertad para que el ser humano dentro del mismo pueda desarrollar sus disposiciones valiosas" BIDART CAMPOS, Germán, *Teoría general*, op. cit., p 16

164 BIDART CAMPOS, Germán, *Teoría general ….*, op. cit., p 28.

El ámbito de la positivización de los derechos humanos ha transformado su concepto y así en algunos casos, ya sea incorporados al ordenamiento positivo interno de cada país o al orden jurídico internacional, olvidaron las bases filosóficas que hacen a la trascendencia de los mismos. No obstante el reconocimiento de su existencia en declaraciones, tratados, pactos, etc. dan muestras claras de su existencia y remiten a la necesaria conclusión de derechos preexistentes al derecho positivo[165].

La relevancia actual de los derechos humanos, suministra una respuesta a la perspectiva de las relaciones entre política y derecho y se estima que este es criterio vector de su permanente actualización. Es necesario que este orden político virtuoso al que se hacía referencia en acápites anteriores, se manifieste en el enaltecimiento de los derechos humanos, en su respeto en el estado de derecho en la sociedad contemporánea que necesita de los mismos y su permanente vigencia donde alcanza su completa realización tanto la persona como el Estado[166]. El tratamiento de los derechos humanos asume su perspectiva axiológica o valoración axiológica a la luz de la justicia y ello conlleva a sostener que ello "cobra inusitada presencia en la cuestión de los derechos del hombre, y …cuando... Recaséns (Siches) encabeza el desmenuzamiento de esos derechos con principios de estimativa jurídica; "la dignidad de la persona individual humana como matriz de los principios fundamentales de la estimativa jurídica" .. atestigua lo dicho: sin valoración (y no se olvide que, según Goldschmidt, uno de los despliegues del valor justicia es ése, dentro de una trinidad: el valor vale, el valor orienta, el valor valora resulta imposible, o al menos escaso, todo enfoque sobre los derechos humanos"[167].

Antonio Truyol y Serra señala que "derechos humanos" o "derechos del hombre" en el contexto histórico-espiritual que es el nuestro, equivale a afirmar que existen derechos fundamentales que el hombre posee por el hecho de ser hombre, por su propia naturaleza y dignidad: derechos que le son inherentes, y que, lejos de nacer de una

165 HERVADA, Javier, *Problemas que una nota esencial de los derechos humanos plantea a la Filosofía del Derecho en "Persona y Derecho"*, Nro. 9, Pamplona, EUNSA, 1982, p 243.

166 "la necesidad de someter el poder público al derecho del que forma parte la definición cierta del ámbito de libertad y del ejercicio de los derechos", BIDART CAMPOS, Germán, *Teoría general...*op. cit., p 16.

167 BIDART CAMPOS, Germán, *Teoría general...*, op. cit. P 17.

concesión de la sociedad política, han de ser por ésta consagrados y garantizados"[168] 169.

La distinción que se había efectuado entre derecho objetivo y subjetivo, fundamentalmente desde la concepción de derecho, en lo que concierne a los derechos humanos, ya sea que se los estime como derechos objetivos o como su acepción derivada de derechos subjetivos, permite la aplicación de esos criterios sin que se contradigan. Ello así en tanto lo que se ensalza es la exigibilidad para aplicar los mismos, que permiten que cobren permanente vigencia y es en ese sentido que considerarlos como derechos subjetivos no encuentra ningún tipo de contradicción u obstáculo en su propia naturaleza

3. b) Fundamentaciones de los Derechos Humanos.

168 BIDART CAMPOS, Germán, *Teoría general…,* ibidem, p 16.

169 Por su parte Bidart Campos citando a Peces-Barba refiere que éste último los define como derechos subjetivos fundamentales" como "conjunción de la filosofía de los derechos humanos con su plasmación en un derecho positivo vigente" y la presenta así: Facultad que la norma atribuye de protección a la persona en lo referente a su vida, a su libertad, a la igualdad, a su participación política o social, o a cualquier otro aspecto fundamental que afecte a su desarrollo integral como persona, en una comunidad de hombres libres, exigiendo el respeto de los demás hombres, de los grupos sociales y del Estado, y con posibilidad de poner en marcha el aparato coactivo del Estado en caso de infracción. Pérez Luño, por su parte, divide la definición en una de los derechos humanos, y otra de los derechos fundamentales: los derechos humanos Son un "conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas. las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional"; en cambio, los derechos fundamentales son "aquellos derechos humanos garantizados por el ordenamiento jurídico positivo, en la mayor parte de los casos en su normativa constitucional, y que suelen gozar de una tutela reforzada"… Eusebio Fernández nos propone que "los derechos humanos son algo (ideales, exigencias, derechos) que consideramos deseable, importante y bueno para el desarrolIo de la vida humana"...Si nos detenemos aquí, rescatamos un doble plano: uno, el de lo que la filosofía de los derechos humanos define en la suprapositividad corno lo que" debe ser" reconocido en la positividad; y otro, el de lo que en la positividad ya "es", tal como el plano anterior prescribe o exige que "debe ser". Al primer plano se le puede convencionalmente dar un nombre: derechos humanos, por ejemplo; o para otros, derechos morales o derechos naturales; al segundo plano es dable atribuirle otro nombre: derechos fundamentales, por ejemplo: o para otros, derechos subjetivos jurídicos. En una forma u otra, y cualquiera sea la naturaleza del primer plano (natural, jurídica, puramente ética, histórica, etcétera), en él se definen exigencias acordes con la dignidad de la persona y se arraigan valores; allí radica un deber ser, un criterio o un canon indisponible para la positividad. En el segundo plano tenemos la positivización de ese deber ser, pero con distinto sentido, porque para algunos ya sabemos que la positivización se satisface con la sola recepción del deber ser del primer plano en el orden normativo del mundo jurídico, mientras para otros -entre quienes nos contamos- la positivización sólo es tal cuando hay vigencia sociológica, es decir. cuando el deber ser ideal del valor se realiza con signo positivo en la dimensión sociológica del mundo jurídico", BIDART CAMPOS, Germán, *Teoría General...*, op. cit., p 291-292.

Para establecer el fundamento propio de los derechos humanos, en el recorrido filosófico propuesto, indica asumir a la persona humana como sujeto fundante de estos. Ello así, la propia hominidad, su naturaleza individual, su razón, -inclusive sin que la persona efectúe acto jurídico alguno- indica que posee la titularidad de los mismos. Es decir, la persona es titular de derechos humanos en tanto los mismos encuentran su sustento en ella y sin la existencia de la misma tampoco existirían. En ese cometido, son exigibles y absolutos. Este fundamento es del cual se apartan corrientes empiristas fenomenista, el existencialismo, la conocida teoría del derecho de Hans Kelsen, como también del positivismo que no reconocen los principios morales o jurídicos, al igual que los escépticos y el marxismo que afirman que la persona se autocrea exclusivamente en su realidad laboral[170] [171].

La persona humana tiene un modo de existir propio, por su propia individualidad, lo que ha sido justificado en acápites anteriores al establecer el concepto de persona. La reflexión sobre derechos humanos supone la existencia y cognoscibilidad de la condición propiamente humana, lo que hace posible su determinación como humanos, "así como la fundamentación fuerte de su carácter deóntico" [172].

Conlleva a establecer que tanto en el orden físico como moral, existe un sujeto racional que es titular de los derechos humanos y por lo tanto su propio origen, "es que esa razón, causa o fundamento, radica en la especial dignidad personal que compete a todo hombre, que lo hace acreedor, sólo por esa dignidad, a un cierto respeto y colaboración por parte de los demás sujetos...la persona humana está revestida de ciertas calidades que la hacen más perfecta que el resto de los entes del universo: unidad más acusada, apertura cognoscitiva a la verdad universal, ordenación libre al bien perfecto, y

170 "Es bien claro que desde esta perspectiva no existen derechos humanos fundamentalmente porque no existe el sujeto que es su titular; coherente con ello, Michel Foucault pudo decir que "cuando el proletariado tome el poder, puede ser bastante posible que ejerza contra las clases sobre las que ha triunfado un poder violento, dictatorial e incluso sangriento. No veo qué objeción pueda hacérsele a esto", MASSINI CORREAS, Carlos I, *Filosofía…*,op. cit. p 93.

171 "si se niega la existencia de sujetos titulares de derechos, derechos que no puedan ser sobrepasados por la voluntad de poder; la consecuencia por lo tanto resulta inevitable: o se acepta la existencia de un sujeto sustante de derechos o se cae en la aceptación del "poder violento, dictatorial y sangriento que tanto parecía satisfacer a Foucault" MASSINI CORREAS, Carlos I., *Filosofía...* ibidem, p 93.

172 MASSINI CORREAS, Carlos I., *Filosofía...*op. cit., p 96.

que todo ello implica intimidad, autodirección y capacidad de amistad. Esta dignidad o perfección, que supone una cierta superioridad, un rango eminente, un mérito especial... la dignidad del hombre-persona humana, no se circunscribe sólo al plano ontológico sino que se extiende también al práctico: no sólo es "digno" el hombre en sí mismo, sino que también lo es su actividad libremente ordenada al logro de su perfección propia y los bienes -los bienes humanos básicos los llama Finnis- en cuya posesión o participación esa perfección consiste"[173].

En esta línea, directamente se sostiene el fundamento de los derechos humanos en la dignidad de la persona, en la titularidad de esos derechos y "tiene fuerza deóntica en razón de que, en virtud del primer principio práctico, todo lo vinculado necesariamente con la perfección humana a través de la actividad libre, es decir, con el bien ético, reviste carácter de exigible para todos los sujetos; y sin el respeto por parte de los otros de los derechos humanos, no habría para el hombre posibilidad alguna de permanecer en la existencia e incrementar su personeidad hasta su plenitud o acabamiento...se trata de una fundamentación 1) absoluta, en el sentido de que los principios sobre los que funda los derechos son absolutos, es decir, inexcusables o inexcepcionables y 2) trascendente, en el sentido de que la dignidad que corresponde a la persona humana se vincula con su grado de participación en el ser, es decir, en una realidad trascendente a la conciencia humana"[174] 175. En el marco de la dignidad de la

173 MASSINI CORREAS, Carlos I., *Filosofía*...ibidem, p 180.

174 MASSINI CORREAS, Carlos I., *Filosofía*..., op. cit., p 120-121.

175 "una buena mayoría de los ensayos de fundamentación de los derechos humanos propuestos en nuestros días, se limitan a colocar el principio fundamentador de los derechos humanos en una fenómeno que permanece dentro de la conciencia humana. Ello sucede tanto con las propuestas: 1) utilitaristas, que los fundan funcionalmente en la utilidad, personal o del mayor número, reducida a su vez en la obtención del placer y la exclusión del dolor; 2) marxistas para las cuales los derechos del hombre socialista son el efecto necesario del establecimiento de regímenes socialistas, con la consiguiente colectivización de los bienes productivos; 3) subjetivistas – individualistas, que fundamentan los derechos humanos en la posibilidad de elaborar y realizar planes o proyectos de vida, quedando su contenido librado en absoluta al arbitrio puramente subjetivo de cada individuo; 4) las diversas teorías consensualistas, como las de Perelman, Bobbio o Habermas y sus discípulos, que tratan de justificarlos racionalmente a través de distintas formas de "consenso", sea el de un auditorio universal, el de la comunidad de las naciones civilizadas o el que resulta de una "acción comunicativa libre de dominio", realizada en la "situación ideal de diálogo"; 5) relativistas, que defienden la posibilidad de fundar los derechos humanos de modo meramente provisional y "débil"; en última instancia, lo que une a estos autores relativistas es su rechazo de radicar a todo tipo de objetivismo ético, divergiendo en cuanto al elemento relativo que proponen como base "suficiente" de los derechos…; 6) procedimentalistas, que sostiene la viabilidad de una

persona, es donde la misma por medio de la razón, extrae los postulados del derecho natural, traducidos en normas, exigencias y derechos[176].

Lo absoluto de los derechos humanos en cuanto a su fundamento, entra en colisión con aquellas posiciones que sostienen que existe una dialéctica propia, de cada persona, que conlleva una elaboración de los derechos humanos a través de la conciencia moral y por ello concluyen en decisiones personales y válidas para cada persona, en ese aspecto sostiene Perelman que "las soluciones contingentes y manifiestamente perfectibles presentadas por los filósofos...no podrían pretenderse razonables, sino en la medida en que son sometidas a la aprobación del auditorio universal, constituido por el conjunto de hombres normales competentes para juzgar...concluye afirmando que el fundamento así elaborado no será un fundamento concebible y los derechos que el permitirá justificar no serán definidos de un modo desprovisto de toda ambigüedad e indeterminación"[177] [178]. Las nociones de consenso

---

fundamentación estructurada sobre la única base de las reglas del razonamiento práctico, sin referencia alguna a puntos de partida o principios extradiscursivos; algunos de estos autores afirman que se trata de una "demostración" de carácter circular, pero la consideran como la única posible en clave gnoseológica contemporánea; entre esos autores se pueden consignar a Stoljar, Nino y Rawls...Toda ella, se ve a través de la utilidad, el consenso, la democracia o el discurso práctico, va a parar al mismo lugar: a la conciencia, los sentimientos o las palabras del sujeto humano, con exclusión...de todo dato o principio objetivo y transubjetivo", MASSINI CORREAS, Carlos I., *Filosofía*...ibidem, p 122.

176 "Ante este panorama de confusión, puede parecer sorprendente que la Asamblea General de las Naciones Unidas haya logrado, aun con grandes dificultades, una concordancia casi unánime sobre una declaración universal de los derechos del hombre. Ella fue aprobada por 48 votos y sólo 8 abstenciones. La declaración, además, incluye los nuevos derechos humanos de sentido económico, social y cultural. Esta concordancia, sin embargo, con ser valiosa, es sólo aparente. Es manifiesto, desde luego, que todos los firmantes, separados muchos de ellos entre sí por diferencias sociales y filosóficas profundas, no daban a la declaración el mismo sentido ni similar alcance. "Cuéntase que en una de las reuniones de una Comisión Nacional de la Unesco -refiere Maritain- en que se discutía acerca de los derechos del hombre, alguien se admiraba de que se mostraran de acuerdo, sobre la formulación de una lista de derechos, tales y cuales paladines de ideologías frenéticamente contrarias. En efecto, dijeron ellos, estamos de acuerdo tocante a estos derechos, pero con la condición de que no se nos pregunte el porqué. En el porqué es donde empieza la disputa" (Jacques Maritain, "Introducción"…) Y es claro que esta radical divergencia en el "porqué" conmueve los cimientos mismos de la declaración y quita a ésta una buena parte de su valor universal. Por encima de las fórmulas teóricas en que los firmantes se pusieron de acuerdo, lo que importa realmente es la vigencia efectiva de esos derechos y las garantías que pueden asegurarlos, y no cabe esperar aquí concordancia, sin duda, entre las ideologías más opuestas que se disputan actualmente el dominio del mundo. En el fondo, se trata de una divergencia de carácter filosófico y que concierne a la concepción que cada una tiene acerca del hombre. Los derechos del hombre, como es obvio, vale sólo en la medida en que vale el hombre mismo", ORGAZ, Alfredo, *Reflexiones sobre los derechos humanos*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1961, p 15-16.

177 PERELMAN, Chaim, "Peut-on fonder les droits de l´homme?", en *Droit, Morale et Philosophie*, 2da. París, Ed. L.G.D.J., 1976, p. 79.

que traducen un fundamento relativo de los derechos humanos, pueden vislumbrarse en Norberto Bobbio quien sostiene que "si los gobiernos de todas las naciones del mundo se han puesto de acuerdo acerca de los derechos humanos en la Declaración Universal de 1948; ello significa que "han encontrado buenas razones para hacerlo" y como a los efectos prácticos, con este acuerdo resulta suficiente, aparece como estéril, innecesario y hasta peligroso, proponerse la búsqueda de un fundamento absoluto, tal como el que...buscan los iusnaturalistas...existe una única prueba por la que un sistema de valores puede ser considerado humanamente fundado y, por lo tanto reconocido: esta prueba es el consenso general acerca de su validez"[179]. También el fundamento del consenso es sostenido por Habermas, entre otros. La relatividad de dicha propuesta de fundamentación indica que sólo frente al sustrato del consenso es dónde se revela la existencia de los derechos humanos, dejando de lado la dignidad humana.

La validez del fundamento de los derechos humanos claramente quedará expuesta en cuanto se pretenda el reconocimiento de los mismos ya sea como exigencia o como declaración. Si se alega la titularidad de dichos derechos en la convicción de que los mismos merecen respeto y cumplimiento, no puede sostenerse una posición relativa que parta de un principio constitutivo que admite excepciones a la observancia de los mismos. Ello se opondría a lo que la misma Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano expone cuando se refiere a derechos naturales e inalienables del hombre y a las reclamaciones de los ciudadanos fundadas en principios simples e incontestables.

El reclamo de la violación de un derecho humano indica la convicción de que se exige un débito y que -en consecuencia- corresponde su resarcimiento. Esta proposición se sostiene solamente si se reconoce el carácter de absoluto y exigible de los derechos humanos. Asumir la absolutidad de los mismos implica a la vez, que el sujeto obligado a ello se encuentre constreñido a su cumplimiento y que no permanezcan como meros relatos discursivos[180].

---

178 MASSINI CORREAS, Carlos I, *Derechos Humanos y consenso,* ED 122-976.

179 MASSINI CORREAS, Carlos I, *Derechos Humanos y consenso*, op. cit. p 977.

180 "a todo lo que tiene una dignidad absoluta se le debe un respeto absoluto y que, por lo tanto quien "posee" esa dignidad absoluta tiene la facultad -y en ciertos casos el deber- de exigir un respeto

Si se sostiene una mirada opuesta (en contra de ser absolutos), impediría su exigibilidad, siendo relativa en algunas casos y negada en otros. Ello también acontece cuando se asumen concepciones contractualistas para fundarlos o visiones constructivistas[181].

Los derechos humanos ya sea que se asuman como derechos objetivos o subjetivos en tanto derivados de los primeros, indudablemente conllevan una proporción y adaptación permanente hacia ese derecho que tienen como objeto realizar. De modo que la justicia interviene en el marco de las relaciones que susciten los mismos en su existencia (sin que se confunda con ellos), pero al ser fin intrínseco, permite determinar que la relación de deuda e igualdad, se cumplimente gozando de un *dominium*, imperio o coerción. [182] Como consecuencia de ello, es de lógico razonamiento, que afincados los

---

absoluto para todo lo que se vincula necesariamente con esa dignidad", MASSINI CORREAS, Carlos I., *Filosofía* ..., op. cit., p 115.

181 Véase la visión de Rawls que sostiene en cuanto a ética y a los principios que fundan estos derechos "este tipo de visión... -afirma Rawls. Establece un cierto requerimiento razonable y, dentro de ese procedimiento, personas caracterizadas como agentes de construcción racionales, especifican, mediante acuerdos, primeros principios de justicia"...este procedimiento "reemplaza la búsqueda de la verdad moral entendida como fijada por un orden de objetos y relaciones previo e independiente, sea natural o divino, un orden aparte o distinto de cómo nos concebimos a nosotros mismos...Lo que justifica una concepción de la justicia…-concluye- no es el que sea verdadera en relación con un orden antecedente a nosotros o que nos viene dado, sino su congruencia con nuestro más profundo entendimiento de nosotros mismos y de nuestras aspiraciones y el percatarnos de que...es la doctrina más razonable par nosotros" RAWLS, John; "El constructivismo kantiano en la teoría moral" en *Justicia como equidad materiales para una teoría de la justicia*, trad. Rodila, Madrid, Tecnos, 1986, p 138 .

182 En relación al concepto de derecho señala el Padre Lachance "como lo observa S. Tomás, hay dos especies de coerción. La primera, se impone desde afuera, repugna a la voluntad y es incompatible con el mérito, como la que proviene del poder público en los casos en los cuales el querer individual claudica y transgrede el orden. El derecho, por ser racional y estar ordenado al bien común, posee como propiedad, el ser susceptible de coerción. La segunda, deriva de la naturaleza de la cosa propuesta y se relaciona con el constreñimiento misterioso del bien. Este es el caso de lo que es necesario para obtener el fin de la virtud y de la perfección humana. Esta segunda coerción no excluye ni lo meritorio ni lo voluntario. Al soportarla, el hombre no hace otra cosa que obedecer a su razón y a las atracciones de su propio ideal. El derecho goza, igualmente, de esta segunda potencia de coacción. Siendo efecto de la ley, se encuentra como cargado de la virtud racional e impulsiva del imperio público. Es el vínculo de la colectividad; y es de la naturaleza de un vínculo colectivo el recibir su rigor de aquel que lo liga, del que tiene por misión coordinar las fuerzas dispersas de los individuos y concentrarlos en la persecución de un mismo fin. Y si alguien turba deliberadamente este orden, puede forzársele por el constreñimiento y la sanción. La virtud coercitiva del derecho proviene también de sus principios intrínsecos. Actúa sobre nosotros como un imán. Expresión racional de lo que debe ser, penetra el espíritu como una luz que lo convence", LACHANCE, Louis, *El concepto de Derecho según Aristóteles y Santo Tomás*, Título original: *Le concept de Droit selon Aristote et S. Thomas*, traducción de Fernando N. A. Cuevillas, Revisor de Traducción, Prbro. Dr. Julio Meinvielle, Talleres gráficos de Domingo E. Taladriz, Buenos Aires, 1953, p 247-248.

derechos humanos en la propia dignidad de la persona, quien es su titular, conlleva el poder racional de hacerlos respetar y este respeto se logra no sólo si se los quiere concebir como estrictamente objetivos o también como derivación subjetiva. Es exigible su inviolabilidad y entraña prerrogativas inalienables.

4. Algunas características principales de los Derechos Humanos. Exigibilidad. Trascendencia

El carácter absoluto que asumen los derechos humanos por su fundamento en la dignidad de la persona, se enlaza con el desenvolvimiento de la perfección a la que la persona aspira. Y el sostener éste carácter implica también asumir su observancia sin excepción alguna. Ello así, deviene este argumento para justificar la existencia de vías tutelares que -a su vez- como vía jurisdiccional activa permitan su concreción. Cabe poner de resalto nuevamente que si bien el *imperium* no se confunde con el concepto de derecho humano en sí mismo, dicha facultad de exigencia, de poder, de coacción, se vuelve tangible ni bien se lo considere como derecho subjetivo lo que se vuelve notorio en su positivización, sin embargo no es lo que le otorga la naturaleza que le es propia[183].

En ese aspecto y retomando nociones ya expresadas, a los fines de no caer en ideologías liberales opuestas, debe aclararse que en tanto el sujeto de derecho es la persona que posee el derecho (en ese sentido se sostiene la titularidad del derecho), este derecho que detenta se da en relaciones que implican su ejecución es decir que se observan en el mundo tangible, el sujeto de derecho es el que el lo posee y por eso es el término de una relación de *habere*, relación de igualdad debida. Los actos humanos en que se corporiza el derecho son aquellos que revistan el carácter de igualdad debida. En el caso del derecho subjetivo "cabe justificar posteriormente este uso por el recurso a la

183 "que para rodear a los derechos humanos de la naturaleza de derechos subjetivos descartamos que resulte esencial la disponibilidad de acceso de su titular a una vía coactiva en el aparato jurisdiccional del Estado. Que tal vía hace falta para la efectividad, la reposición, la tutela de cada derecho, es otra cosa; es cosa de "garantía" o seguridad. Pero que sea esencial. por modo que si no hay posibilidad de acceder a la vía jurisdiccional coactiva haya que decir que no hay derecho subjetivo, nos negamos a aceptarlo. La coacción no es, a nuestro criterio, elemento esencial de la juridicidad: en otras palabras, no lo es en el derecho objetivo ni en el derecho subjetivo", BIDART CAMPOS, Germán, *Teoría...*, op. cit., p 29.

analogía. Pues el poder del sujeto, que es efectivamente su *dominium*, deriva de su derecho en el sentido original de la palabra, como deriva de todo lo que es racional y lícito. Cuando lo designamos por el término derecho nos estamos, pues, enfrentando con una acepción derivada. ...El derecho subjetivo no posee por sí mismo ningún valor de regla y de medida, tiene, por el contrario, necesidad de ser medido y ajustado por esta realidad que encarna el orden necesario para el bienestar de la comunidad y que, desde siempre, ha sido designada como representante efectivo del derecho"[184]. Nuevamente si se considera a los derechos humanos como subjetivos, es a los fines de reafirmar la facultad del titular de los mismos para su exigibilidad.

La noción que se concibe de los derechos humanos implica sus consecuencias subjetivas y por ello se ubican como derechos subjetivos, pero ello no indica exclusivamente que se fundan en las prerrogativas de la persona, en el poder, en la libertad como supremo postulado frente a la cual el derecho se detiene en tanto dichas libertades son soberanas y se determinan asimismas, (en ese sentido el liberalismo concibió al derecho subjetivo como poder subjetivo en tanto la facultad moral de gozar de la propia libertad y de usar y abusar de la misma) sino por el contrario, se admite como analogía y respetando el carácter de igualdad debida a otro en la constitución de los intercambios comunitarios en un todo jerárquico de iguales. Y ello es original de los mismos. Resulta innegable que los derechos humanos como derechos subjetivos, permiten su concreción. Su características de absolutos e inexcusables, manifiestan que frente a la existencia objetiva de un derecho humano, habrá de valer de modo que no puedan alegarse motivos de utilidad o conveniencia para denegarlos.

Además de las características reseñadas, deben sumarse aquellas que unen los derechos humanos desde la universalidad con el derecho internacional o -antiguamente- el derecho de gentes y que hacen a su propia esencia. Así sostiene Bidart Campos que la universalidad es característica propia de los derechos humanos, "La universalidad se entronca, además, con la igualdad de todos los hombres en cualquier tiempo y lugar, pero salvada idéntica conexión del valor con las circunstancias históricas. La supratemporalidad o atemporalidad, la eternidad, la inmutabilidad, y todo otro

184 LACHANCE, Louis, *El derecho y los derechos...* , op. cit., p 206.

predicado análogo acerca de los derechos humanos, merece la misma puntualización. Todos esos adjetivos admiten mantenerse si los vinculamos a la persistencia o incolumidad del valor justicia en su deber ser ideal objetivo y trascendente, más allá de la realización histórica con signo positivo o de la disvaliosidad de las conductas humanas que acusan signo negativo en aquella realización. Pero hemos de relegarlos si con ellos se incurre en la fantasía de proponer que la ya reiterada realidad histórica, con sus ingredientes de tiempo y espacio, está ausente en la forma y manera de plasmar la encarnadura de los derechos en cada situación cultural"[185]. (Sin duda que lo expuesto admite resaltar la coincidencia de la similitud de los postulados del derecho natural más precisamente el derecho de gentes o derecho internacional, con los derechos humanos[186]). No obstante destaca Bidart Campos que los derechos humanos, asumen distintos niveles de plasmación conforme sea la situación histórica de cada época y estado. Ahora, si bien es cierto que la evolución de cada sociedad en tanto la búsqueda de la perfección de la persona humana se patentiza en sus ordenamientos jurídicos (a lo que nos referimos en su momento como signo de civilización en palabras de Santo Tomás de Aquino), ello no indica que el contenido de los mismos sea diferente en lo que remite a su esencia si bien puede haber alcanzado grados de desarrollo disímiles. Es que admitir lo contrario, privaría a los derechos humanos de las características que se mencionaran. La realidad histórica marca la contingencia en cuanto al desarrollo que cada pueblo ha hecho de los mismos y que se ha trasladado a su camino de positivización en sus instrumentos constitutivos. Pero no por ello, olvidaron su contenido universal en su vínculo con la justicia[187] que es el mismo en todas partes y

185 BIDART CAMPOS, Germán, *Teoría general* ...op. cit., p 45.

186 Véase por ejemplo lo señalado en acápites anteriores que "la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, se habla de los "derechos naturales, inalienables y sagrados del hombre" y de "las reclamaciones de los ciudadanos, fundadas desde ahora en principios simples e incontestables" y la Declaración Universal de Derechos Humanos se refiere a "los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana"; por su parte en el Protocolo Adicional a la Convención Europea, que declara que "toda persona física o moral tiene derecho al respecto de sus bienes", MASSINI CORREAS, Carlos I., *Filosofía...*, op. cit., p 109.

187 "La fórmula de Radbruch asocia la extrema injusticia de una norma con su contenido material (*extremes unrecht ist kein recht*). En torno a la dignidad humana, existiría un mínimo infranqueable de principios morales fundamentales, de naturaleza jurídica (*iusnaturales*), que prevalecen sobre toda norma positiva. Cuando una ley constituye un "derecho" extremadamente injusto (*extremes unrecht*), por vulnerar estos principios básicos, pierde su validez jurídica. Estos son los términos de la célebre fórmula

para todas las personas ya que lo contrario indicaría que la mutabilidad o la temporalidad de las personas, podría ocasionar una valoración de corte relativo en su desarrollo. Y esta observación indica ingresar al mundo jurídico político donde se emplazan los derechos humanos para valorar como desde el plexo axiológico partiendo de la justicia, comienzan a manifestarse.

Ello devela que existe un conocimiento progresivo, un descubrimiento paulatino de los mismos, con particularidades propias de cada sociedad en su desarrollo, "si los derechos humanos no están más allá del derecho positivo, y fundados en algo trascendente, superior, y objetivo, su valiosidad se empobrecería, o hasta correría riesgo de esfumarse totalmente. Lo que sin ningún relativismo queremos afirmar es que, salvados los principios primarios o generales de los derechos humanos, la inserción positivizada de tales derechos en cada mundo jurídico político tiene, y debe tener su peculiaridad y su fisonomía existenciales"[188]. Pero -se insiste- las particularidades de cada momento histórico en el que se inserten, que en definitiva determina la evolución de los ordenamientos positivos internos y supralegales, no pueden volverse en óbices en cuanto al contenido que le es propio, puesto que su objeto al ser fundados en la dignidad humana, revisten universalidad.

El ingreso de los derechos humanos al mundo jurídico político expone que mantienen las mismas características que desde el plano filosófico se vislumbraran. La normativa internacional en primer lugar, aplica los postulados filosóficos en normas que se presentan como fórmulas abiertas y flexibles "el largo esfuerzo de los hombres por alcanzar el reconocimiento jurídico y práctico de su dignidad y la liberación de todas sus esclavitudes, tanto de la corporal como de la espiritual o de conciencia y de la económica y social...la concepción de una doctrina general de los derechos esenciales

---

de Radbruch: "Existen principios de derecho más fuertes que cualquier proposición jurídica, de modo que, cuando una ley los contradice, pierde su validez jurídica", Oliver Lalana, Angel Daniel "el derecho secreto y la fórmula Radbruch. Es la publicidad un criterio definitorio del derecho"?, Anuario de filosofía del derecho, Nro. XIX, Universidad de Zaragoza, enero de 2002 citado por LORENZETTI, Ricardo – KRAUT, Alfredo Jorge, *Derechos humanos: justicia y reparación*, Buenos Aires, Editorial Sudamericana, 2011, p. 41.

188 BIDART CAMPOS, Germán, *Teoría General…*, op. cit., p. 47.

del hombre es de origen relativamente reciente..."[189]. Y este reconocimiento de los derechos inherentes a la persona, permitió inclusive, arribar a su estimación como derechos fundamentales en tanto se considere a los mismos como derechos fundantes de ordenamientos jurídicos. Así lo refiere el Dr. Lorenzetti al estudiar su aspecto subjetivo vinculado con el "derecho a algo" y también con la dimensión objetiva: "cuáles son las normas fundantes del ordenamiento jurídico" [190].

5. Derechos Humanos: Instrumentos de dignificación social.

En el cometido de encontrarse afincada la dignidad de la persona como fundamento de los derechos humanos, dejando de lado las corrientes relativistas y afirmando lo absoluto de su vigencia e inviolabilidad, han trascendido los mismos en los ámbitos del derecho privado, del derecho público y del derecho internacional, sin pérdida alguna de su esencia. Ello así en tanto como bien lo señala el Dr. Lorenzetti, "han nacido en el mundo jurídico con la nota de universalidad. Con ello se ha querido expresar su carácter neutral: son indiferentes a las ideologías, las creencias, las religiones, o las nacionalidades, ya que se tienen por el solo hecho de ser sujeto de derecho. El carácter universal también se relaciona con la idea de que estos derechos son anteriores al Estado. Los derechos humanos y los fundamentales son victorias que los individuos y grupos tienen contra el Estado. De este modo, los derechos fundamentales no podrían ser derogados por una asamblea legislativa en base al principio de la mayoría; la mayoría no representa a las minorías; el consenso no se basa en la mayoría sino en lo razonable. Por ello es que lo universal se relaciona con el carácter internacional. Estos derechos están reconocidos en los tratados internacionales que forman un nuevo orden que supera al estatalismo y que permite que tanto los sujetos activos como pasivos, lo sean en el orden internacional" [191]

El fenómeno de la constitucionalización respetó su esencia universal y delineó

189 ORGAZ, Alfredo, op. cit., p 8.
190 LORENZETTI, Ricardo Luis, *Las normas fundamentales de derecho privado*, Santa Fe, Editorial Rubinzal Culzoni, 1995, p 115.
191 LORENZETTI, Ricardo Luis, *Las normas fundamentales de derecho…*, op. cit., p 110.

su formulación normativa, incorporándolos y recogiéndolos en su conexión intrínseca con el valor justicia. Es decir se plantea su realización, a fin de no detentarlos sólo en forma abstracta y en el mundo jurídico político con su realización positiva del valor justicia, -realización valiosa en el orden político estatal-, que genera la provisión y existencia de vías tutelares para su concretización o reparación. [192]

Esta internacionalización de los derechos humanos, asume la exigencia de ser la persona humana no sólo titular de los mismos sino también acreedora de ellos, y es así como en la Declaración Universal de 1948 "tuvo como sustento la necesidad de afirmar "una concepción común" de los derechos y libertades con el objetivo de fijar un ideal también común para todos los pueblos y Estados. Y la serie de tratados ulteriores sobre el tema ha ido dando aplicación efectiva a ese ideal común y a ese objetivo general. Todavía más, no es aventurado sostener que la obligación de los Estados de reconocer y proteger los derechos del hombre es una norma de *ius cogens*, o sea, una norma imperativa de derecho internacional con naturaleza inderogable"[193]. Así también es analizado por Lorenzetti al asumir que "...el carácter universal de los sujetos de derechos fundamentales requiere algunas precisiones. La Declaración de los Derechos Humanos del 10 de diciembre de 1948 disponía que "todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos". El sujeto de los derechos es el "ser humano", y los derechos son "derechos humanos", porque todos los individuos son titulares de ellos, con independencia de las cuestiones de raza, nacionalidad, edad, creencia. También se refiere indistintamente al término "seres humanos" (art. 1), "persona" (art. 2), "todo individuo" (art. 3). También se utilizan fórmulas negativas a fin de afirmar el grado de universalidad de la declaración: "nadie estará sometido a esclavitud..." (art. 4)"

192 Sostiene Bidart Campos que es necesario la vigencia sociológica y normológica de los derechos humanos al expresar que "la recepción positiva sólo se logra cuando, a través de las conductas. La dimensión sociológica del mundo jurídico confiere vigencia sociológica a los derechos humanos, con o sin normatividad expresamente formulada (en general por escrito, en textos constitucionales o legales). Tal es el cenit de la recepción. Cuando se lo alcanza, estamos ante un derecho positivo -o vigente, o actual, o presente- en el que esos derechos funcionan. Su mero ingreso al orden normativo formulado expresamente no constituye positividad porque no equivale a vigencia sociológica. Y el trance dramático y primordial de los derechos es el de esa vigencia, no el de su enunciado normativo", BIRDART CAMPOS, Germán, *Teoría General...*, op. cit., p 70.

193 MASSINI CORREAS, Carlos I., *Filosofía* ..., op. cit., p 48.

[194] remarcando a la persona en su universalidad como sujeto de derecho internacional. No obstante aclara que la idea de universalidad ha sufrido resquebrajamientos debido a la proliferación de derechos humanos, en tanto considera que la exhaustiva categorización de los mismos, ha originado que haya derechos que pueden ser detentados por un grupo de personas y se niegan a otros. Lo expuesto si bien aparentaría contradicción en su relato, se estima que -en realidad- delinea en forma más concreta a sus titulares en el cumplimiento de determinadas características en la posesión de los mismos (véase a modo ilustrativo, derechos que se resaltan en relación a segmentos sociales, etarios, etc.); pero que en definitiva respetan los postulados narrados, sólo que en la empresa de lograr mayor protección respecto de aquellos titulares que se encuentran limitados en su capacidad de ejercicio o disminuidas por causas ajenas, se precisan con mayor detalle a los fines de obtener mayor respeto y protección.

La función que asumen al instalarse en el mundo jurídico político, es principalmente remarcar el estatus de la dignidad de la persona y ello indica que los órdenes políticos estatales asuman dicha concepción y como contrapartida limitan la actividad estatal que pretenda asumir un camino opuesto[195]. Este cometido se observa claro en el desarrollo histórico de los Estados, principalmente en los últimos acontecimientos bélicos mundiales, que originaron la revisión del pensamiento jurídico y como consecuencia tuvo su impacto en el ámbito internacional e interno de los

194 LORENZETTI, Ricardo, *Las normas fundamentales de derecho...* op. cit, p 115.

195 Es interesante poner de resalto la observación del Lorenzetti quien frente al desarrollo actual del vínculo de la persona con el estado en el caso de Argentina advierte que "cuando existía el estado de bienestar, su función era redistribuir la riqueza. Todos los actores sociales querían estar vinculados al Estado porque de un modo y otro obtenían algún beneficio. El comportamiento racional era vincularse al Estado. La función del estado en el modelo actual es repartir costos, adjudicar cargas. Buen ejemplo de ello, en el marco del Derecho Privado, es la responsabilidad civil, cuyo crecimiento se debe a una retirada del Estado en estos campos. En este contexto, el comportamiento racional de los individuos autosuficientes es no vincularse al estado. Las clases altas y medias viven en countries privados donde el municipio tiene poco que hacer. La Policía es sustituída por la guardia contratada; la escuela pública por la privada; el sistema de salud por la medicina prepaga...Ultimamente asistimos a la peor deformación: la justicia estatal es sustituida por la justicia privada, ...Este individuo no necesita del Estado; le molesta, pretende que se lo suprima, porque él está satisfecho sin necesidad de la acción pública. El Estado lo molesta, le cobra impuestos, la ley impone cargas, responsabilidades; hay que reducirlo al mínimo. No necesita del Estado porque tiene su propio feudo, y por ello se dice que asistimos a una nueva edad media", LORENZETTI, Ricardo Luis, *Las normas fundamentales de derecho* ..., op. cit., p 22.

ordenamientos políticos[196], destronando formulaciones que apartaban al derecho de la justicia y en consecuencia, negaban el respeto a la persona humana. Y en ese aspecto se remarcan la necesidad de las condiciones para que los derechos humanos se respeten en su ejercicio y eficacia, a través de políticas de bienestar y promoción, que justamente son las que exponen tanto las declaraciones y tratados internacionales en su desarrollo. En Argentina, como lo sostiene el Dr. Saux "El bloque de constitucionalidad (que además requiere del intérprete el necesario test de convencionalidad del derecho interno para evaluar su efectiva adecuación a ese contexto garantista nuclear no disponible) integrado por la Constitución y por los tratados internacionales sobre derechos humanos, se manifiesta en todos los campos: la protección de la persona a través de los derechos fundamentales; los derechos de incidencia colectiva, la tutela de los niños, niñas y adolescentes, de las personas con capacidades diferentes, de la mujer, de los consumidores; de los bienes ambientales, etc." [197].

Lo expuesto se enlaza de manera enfática cuando desde lo filosófico se afirmaba en el primer capítulo la necesidad de un orden político virtuoso que es el único que garantizará la vigencia permanente de los derechos humanos[198], y en esa dirección es donde manifiestan su esplendor, impidiendo a ultranza sistemas estatistas que nieguen -

196 Véase en ese sentido lo que proclamaba Radbruch y que es delineado por Alexy al sostener que "Lo característico de la fórmula de Radbruch es que no exige una coincidencia completa entre el Derecho y la moral. Permite que el Derecho promulgado y eficaz -Radbruch habla del Derecho "asegurado por el estatuto y el poder"- sea también válido cuando es injusto, y en absoluto exige una orientación de la totalidad del Derecho hacia la moral. Más bien, incorpora al Derecho un límite extremo. En general es Derecho lo promulgado conforme al ordenamiento y socialmente eficaz; sólo cuando se traspasa el umbral de la extrema injusticia, las normas promulgadas conforme al ordenamiento y socialmente eficaces pierden su carácter jurídico o su validez jurídica. Por ello, se le puede dar la siguiente versión sucinta a la fórmula de Radbruch: Las normas promulgadas conforme al ordenamiento y socialmente eficaces pierden su carácter jurídico o su validez jurídica cuando son extremadamente injustas. Más breve incluso: La extrema injusticia no es Derecho" (Radbruch se acerca a esta formulación cuando dice que se puede negar la validez a las leyes "tremendamente" injustas; cfr. G. Radbruch, Vorschule der Rechtsphilosophie, en G. Radbruch, Gesamtausgabe, A. Kaufmann (Hg.), volumen 3, Heidelberg, C. F. Müller, 1990, 121 a 154. Vorschule der Rechtsphilosophie son unos apuntes de clase publicados por primera vez en 1948, revisados y autorizados por Radbruch)" ALEXY, Robert, *Una defensa de la fórmula de Radbruch*, website: https://ruc.udc.es/dspace/bitstream/handle/2183/2109/AD-5-4.pdf?sequence=1 consultado el 23/10/20.

197 SAUX, Edgardo Igancio, *Tratado de Derecho Civil parte general*, Santa Fe, Editorial Rubinzal Culzoni, 2018, Tomo I, p 61.

198 "Una vez establecido definitivamente con éxito un Estado injusto, los conceptos de Derecho ya no pueden conseguir gran cosa. Sólo tras el desmoronamiento de tal Estado conducen a diferencias esenciales, como muestra la jurisprudencia alemana después de 1945 y de 1989", ALEXY, Robert, op. cit.

en sus diversas formas- los derechos de la persona.

En este cometido resulta interesante el rol del Estado que señala Bidart Campos (si bien lo articula como Estado social de derecho) en tanto que es el mismo ente quien debe suministrar las "condiciones de acceso al goce de los derechos humanos por parte de todos los hombres y a la disponibilidad de un espacio de libertad igualitariamente repartido, en circulación por todos los ámbitos de la sociedad… Se trata de desbloquear los derechos imposibles mediante la promoción de los derechos y la satisfacción del débito político de hacerlos posibles. Ni se imagine que el Estado social de derecho o de bienestar es un Estado colectivista, antiliberal, paternalista o estrangulador de las energías sociales espontáneas, de la iniciativa privada, del pluralismo social libre y competitivo, de la economía basada en el mercado y en la propiedad privada. La gestoría coordinadora ...a cargo del Estado no aniquila ni asfixia ninguna de las libertades personales ni de la libertad que llamamos social (en cuanto es la que propiciamos para los múltiples grupos del pluralismo social en todos los campos -económico, cultural, religioso, político, etcétera-). Es la articulación estatal del bienestar general o bien común, que no equivale a que el Estado tome directamente a su cargo la totalidad de tareas, prestaciones y servicios que abastecen a aquel bien, pero sí a que adopte, promueva, integre y concilie políticas de bienestar, con participación de la sociedad, y hasta con plena aplicación del principio de subsidiaridad (que en lo básico enuncia que el Estado no debe hacer por sí lo que con eficacia son capaces de hacer tanto los particulares como los grupos sociales con su propia iniciativa privada)"[199].

El fenómeno de la globalización, que actualmente se vive, no puede dejar de lado aquellos elementos que definen a una nación y que fueran sostenidos por Jellinek al enumerarlos, esto es territorio, soberanía y pueblo; en tanto la soberanía (como se sostuviera en el inicio de este estudio) que lo conforma supone la propia identidad social y cultural en el ámbito interno como en el externo**,** a lo que se suma el orden social en el que habitan las personas humanas que lo integran necesitan y participan del ordenamiento jurídico interno e internacional, y así lo resume Lorenzetti al exponer (en relación a la codificación) que "El código surge con el Estado y éste con la

199 BIDART CAMPOS, Germán, *Teoría General…*, op. cit., p 214.

nacionalidad"[200].

6. Derechos Humanos: Sociales y Políticos. Derechos Fundamentales.

Los derechos humanos admiten su fundamento en la dignidad de la persona y a su vez se reconocen y respetan en las interrelaciones personales, ingresando al orden jurídico político del Estado en el ámbito interno como internacional y en ese aspecto se consideran políticos, sin hacer referencia con ese término a lo que se conoce quizás de modo más actual como ejercicio de los derechos políticos en tanto refiere a la participación democrática, cívica; sino limitándose en la narrativa al terreno del orden político donde cobran relevancia[201]. En ese aspecto, han sido llamados derechos fundamentales en tanto hacedores del orden jurídico o fundantes del mismo[202]. Y esa consideración ha sido delineada por Lorenzetti refiriéndose a dos dimensiones en que dicha denominación se desempeña: la subjetiva en tanto refiere "derecho a algo" y objetiva como normas fundamentes del ordenamiento jurídico. En ese cometido añade que son "sujetos activos: pueden ser titulares de los derechos fundamentales: -la persona humana en cuanto sujeto indiferenciado de la especie humana; -la persona en cuanto integrante de una categoría que reúne una calidad especial: niño, anciano, mujer,

200 LORENZETTI, Ricardo Luis, *Las nomas fundamentales de derecho...*, op. cit., p 22.

201 Sostiene Bidart Campos que "declarar o reconocer en normas escritas a los derechos no es igual a positivizarlos o darles ingreso al derecho positivo, La recepción efectiva se produce sólo cuando, con o sin normas de aquella índole, la dimensión sociológica del mundo jurídico refleja la incorporación a la positividad", BIDART CAMPOS, German, *Teoría General...*, op. cit., p 129.

202 "hacemos diferencia en los adjetivos: a los" derechos" del primer plano los calificamos, por ejemplo, como derechos "naturales", o "humanos", o "morales"; y a los "derechos" del segundo plano, los calificamos, por ejemplo como derechos "positivizados", o "fundamentales", o "constitucionales", o "jurídicos", La analogía se salva y justifica una vez que para apodar "derechos" a los calificados mediante distintos adjetivos en el segundo plano (o sea en el de la positividad), damos por necesario que concuerden con los que previamente, y también mediante adjetivos diferentes, hemos llamado "derechos" en el primer plano. Es así como interpretamos el aserto de Peces Barba cuando nos dice que los derechos fundamentales no son derechos si no se incorporan a un sistema normativo, pero que éste no puede crear a su voluntad su propio sistema de derechos fundamentales, porque para que sean tales, dicho sistema ha de guardar congruencia con los valores propios de los llamados derechos humanos", BIDART CARMPOS, Germán, *Teoría General...*ibidem, p 235.

trabajador, detenido, torturado. La nota de universalidad se da dentro del grupo; -los grupos pueden reclamar, ya sea que representen a una masa de individuos o un interés propio del grupo: -las personas jurídicas; -los Estados; -los animales podrían generar una legitimación difusa. Este esquema plantea la necesidad de distinguir la titularidad, que incluiría, por ejemplo a los animales, de la acción, que los excluye. c) sujetos pasivos Pueden ser legitimados pasivos tanto el Estado, como los grupos como los individuos. El Estado es el obligado principal y tradicional. Los particulares son legitimados pasivos. Evidentemente tienen obligaciones negativas, de abstención, referidas a los derechos basados en la libertad. Su violación constituye una invasión de la esfera ajena y consecuentemente un hecho ilícito resarcible. En cuanto a las obligaciones positivas, habitualmente no las tienen. En cuanto a los grupos, es posible señalar que tienen obligaciones negativas igual que los particulares. Sus obligaciones positivas existen en la medida de su relevancia, en cuanto son delegatarias de funciones estatales de interés público. d) Bienes individuales o colectivos. Tradicionalmente los derechos fundamentales se refieren a bienes individuales. La libertad, la vida, la salud, son claramente propios de una persona. Sin embargo, aparecen progresivamente bienes colectivos. Es tradicional la protección de la familia. El artículo 16.3 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos proteje a la familia, y se reconoce el derecho a fundar una familia (art. 12). Pero además surge el patrimonio histórico, el patrimonio genético de la especie humana, el medio ambiente...Algunos derechos pueden ser ejercidos por el individuo, sin que precise de otros individuos: tales son los relativos a la libertad, la vida o la salud. Otros derechos, en cambio, requieren de un ejercicio mancomunado: por ejemplo, el derecho de asociarse sólo se puede hacer con otros. Cuando el bien es colectivo, el individuo no es el titular o propietario del bien. Se le concede un derecho (*property right*), que en realidad es una acción para defender un bien que le pertenecen en común con otros. f) Pueden originarse en el derecho nacional o internacional" [203]. Esta apertura de los derechos humanos en el ámbito jurídico admite su postulación como fundamentales puesto que remiten en forma inmediata al ordenamiento del cual son sustento y a su vez son reconocidos por el mismo. Esta

203 LORENZETTI, Ricardo Luis, *Las normas fundamentales...*, op. cit., p 116.

especificación no los separa de su esencia sino que revela su cometido y su desempeño en los órdenes positivos.

En otro aspecto se critica que su carácter de universales ha ocasionado una excesiva proliferación de los derechos humanos dando lugar a su mención en instrumentos internos e internacionales y en ese aspecto sirve como ejemplo, declaraciones sobre los derechos del niño, de personas en situaciones especiales en situación de detención, laborales, etc. que en definitiva especifican una condición especial en la que se puede incorporar determinado sujeto o grupo. Ello demuestra la continua evolución y descubrimiento en el progreso del mundo jurídico que se inclina por una mayor tutela jurídica de los mismos. Pero esta evolución no niega su origen en tanto se trata de derechos humanos que recogen su esencia en el derecho natural. Carlos Nino sostenía que tienen en su contenido un "mínimo de derecho natural" e inclusive aún si se asumiera esta mínima cuantía es indicativa de su universalidad de lo que dan testimonio declaraciones y tratados en orden a su consagración.

Históricamente a los fines de su estudio, se los agrupó en categorías partiendo de los primeros reconocimientos a nivel histórico que de ellos se hicieron. Se concibieron como derechos de primera generación que se consagran en la Declaración de los Derechos del hombre, los que refieren a la limitación a la libertad estatal y la preponderancia de la autonomía de la persona (derecho a la vida, libertad, propiedad, integridad física). Se inspiran en el marco de un Estado liberal con una ideología garantista. Los de segunda generación se refieren a los derechos sociales como el derecho al trabajo, a la vivienda digna, a la salud; ellos sin dudas aparecen como consecuencia lógica de los anteriores y exigen del Estado obligaciones de hacer y conducen a los llamados de tercera generación "Se trata de los derechos difusos que importan a la comunidad como tal, sin que exista una titularidad individual precisa"[204]. Por último también se argumenta la existencia de una cuarta generación de derechos que hacen referencia a la individualidad propia de cada persona, en su independencia respecto de los demás, y en la asunción de sus especialidades. Esta distinción de categorías también podría considerarse excesiva para poder agrupar a todos los

204 LORENZETTI, Ricardo Luis, *Las normas fundamentales…*, op. cit., p 117.

derechos, pero se entiende su consideración no sólo desde una mirada histórica sino también evolutiva en el orden jurídico. Indudablemente que la actual era de la humanidad, pone en relevancia la necesidad de establecerlos en forma específica y concreta para que se pueda suministrar una vía de tutela jurisdiccional y en ese cometido, muchas veces se vuelve excesivo. No obstante es relevante destacar que ello no debe importar contradicción sino una mayor precisión normativa que resista no desvirtuar la esencia primera del derecho del cual derivan. En esta separación en categorías genera en un sentido, la reflexión en tanto en el ejercicio de los mismos se puede ver el accionar del Estado, ya sea que su invocación le imponga obligaciones de hacer o de dar (el Estado asume un rol de abstención o de intervención). Lo trascendente es que ontológicamente la esencia sea mantenida y las obligaciones que surjan en el ejercicio de los mismos sean susceptibles de cumplimientos y no resulten meras abstracciones.

7. Epílogo

Las proposiciones elaboradas respecto de los derechos humanos, parten de la persona humana como sujeto de derecho y término de la relación jurídica. En ese menester, se pone de relevancia que desde la antigüedad no sólo se reflexionaba sobre la persona en su individualidad sino también como centro y núcleo de relaciones interpersonales y con el Estado como orden político y jurídico. Estas reflexiones tempranas destacaron la existencia de derechos naturales que adquieren carácter universal para todas las personas y que -en consecuencia- configuran un derecho internacional que según la antigua Roma tenía como anclaje la *ratio naturalis* y que asume una dimensión universal. (“Ese derecho natural cumple una suerte de rol informador del ordenamiento normativo vigente en un lugar y en un tiempo determinados (al que llamamos, ...derecho positivo), marcando proyecciones hacia la realización -dentro de las limitaciones humanas- de la justicia, o, a la inversa, poniendo freno o límite a normas positivas que no se adecuan a aquellas pautas éticas que aquél

provee"[205].

Los movimientos históricos que se expusieran impregnados de concepciones filosóficas sobre la persona y la conformación de los Estados, permitieron asumir en relación a los fundamentos de los derechos humanos diferentes visiones que incluso ocasionaran abstracción de sus orígenes y se plasmaron en instrumentos internacionales. De ello, lo que resulta innegable es la subsistencia de la denominación derechos humanos con contenido concreto. En ese sentido, la existencia de los mismos y el surgimiento de dicha locución (derechos humanos), en modo alguno debe asumirse como una descomposición negativa del concepto de derecho. La concepción de lo jurídico, de la justicia como objeto del derecho, se encuentra presente en la locución y no se separa de su esencia como derecho natural. No se estima que la doctrina de derechos humanos conduzca al individualismo y a una utopía que impida la concreción de los mismos. Este sentido es el que atestigua la propia historia jurídica en tanto su relevancia en declaraciones y tratados internacionales. Sin duda, que el orden político virtuoso del que se hablara en el primer capítulo, holgadamente encuentra su desarrollo y concreción en la vigencia y en el respeto de los mismos.

Los derechos humanos, asumen un carácter de universal y absoluto y como tales son exigibles e inviolables y ello encuentra su raíz en el propio concepto de derecho, como fuente de poderes y prerrogativas inalienables. Ello así, abrieron su camino a través del derecho positivo y son de reconocimiento en las cartas fundacionales de los Estados. Tal es la trascendencia de los mismos que señalar su carácter absoluto hace que tenga una validez *erga omnes* no sólo frente al Estado sino en las relaciones individuales (estos derechos no se confunden con garantías en tanto estas aparece como medidas de protección frente al Estado).

Las relaciones[206] en que estos se desenvuelven y se pueden individualizar,

---

205 SAUX, Edgardo Ignacio, *Tratado de Derecho Civil...* Tomo I, op. cit., p 36.

206 "Relaciones jurídicas que producen: los derechos podrán ser reclamados por: -los individuos contra el estado: protección de la libertad, de la igualdad económico social, tercera generación, cuarta generación; -los individuos contra los individuos: sólo aquellos en que media una invasión de la esfera ajena; -individuos contra grupos: protección de la libertad, de la igualdad económico-social en casos en que sean delegatorios de funciones estatales o tengan relevancia social; -grupos contra el estado: cuando hay violación de la libertad. Por ejemplo, de la libertad de oportunidades de acceso al mercado; -grupos

implican la existencia de un sujeto pasivo gravado con una obligación, y ello justamente previene que los mismos se conviertan en meras abstracciones ilusorias que degraden su esencia ontológica. En el ámbito de dichas obligaciones, es claro que la persona en cuanto término de la relación jurídica debe poder exigir su cumplimiento. Asimismo si se pretendiera desarticular esta facultad de exigencia en su cumplimiento como opuesta a su contenido, carecería de asidero en tanto los derechos humanos encuentran su fundamento universal en la dignidad de la persona, lo que se reconoce y se reivindica tanto en el Derecho Privado como Público al ingresar al mundo jurídico político.

Es así, que la existencia de derechos humanos básicos consagrados en los tratados internacionales y en las cartas constitucionales de los Estados explica no sólo neutralizar posibles avances estatales contra los derechos individuales sino también permitir que el propio Estado reivindique y materialice estos derechos humanos con carácter operativo. En este aspecto su esencia universal se vincula en forma directa con su carácter universal al estimar a la propia persona como sujeto de derechos, y a la sociedad política en la que inserta también como titular de derechos comunes, en tanto ambas -persona y Estado- son respuestas filosóficas de la teoría del todo y la parte expuestas en apartados precedentes. En su correlato, se señala que si bien el Estado asume un poder propio necesario para proteger a las personas que lo integran, origina que las mismas tengan derecho solidariamente a un orden de paz y justicia y al respeto de los derechos humanos consagrados (si se considera en forma colectiva a todos los Estados que integran la humanidad representarían el sujeto inmediato del derecho internacional público y así, a los Estados les incumbe la salvaguarda del bien común internacional).

Al ingresar los derechos humanos en la órbita jurídica política del orden positivo, recibieron por parte de la doctrina especialista la denominación derechos fundamentales en tanto aluden a su carácter fundante del ordenamiento jurídico. Y en ese cometido, se ha proporcionado alguna sistematización de los tipos de obligaciones que generan en "obligaciones de abstención o positivas. Las primera referidas

---

contra individuos: cuando estos individuos lesionan bienes colectivos del grupo", LORENZETTI, Ricardo Luis, *Las normas fundamentales...*, op. cit. p 117.

fundamentalmente al respeto de la libertad, y las segundas referidas a la igualdad en el plano de los derechos económicos-sociales"[207]. Y en ese aspecto también se remarca la existencia de interrelaciones de los derechos fundamentales que no admite, puesto que su propia naturaleza lo impide, la existencia de contradicción entre ellos.

Por otro lado es necesario remarcar la necesaria legitimidad de los mismos, la que es negada cuando en un Estado son desconocidos, violados o carente de vigencia sociológica. Así lo sostiene Bidart Campos remarcando la necesidad de su vigencia sosteniendo que "no hay legitimidad filosófica en un sistema político sin derechos humanos"[208]. Esta legitimación refiere a una de tipo social que desciende desde el plano filosófico a la órbita de la realidad, y en ese cometido se sostiene que la coherencia en el respeto y exigencia de los derechos humanos, se logra efectivamente cuando existe coincidencia en el plano del orden natural y positivo. El respeto se logra no sólo por el *imperium* sino en el reconocimiento normológico que traduce un orden político virtuoso y a las claras justo.

207 LORENZETTI, Ricardo Luis, *Las normas fundamentales*...op. cit., p 117.
208 BIDART CAMPOS, Germán, *Teoría…*, op. cit., p 203.

PARTE TERCERA

CAPITULO I

APROXIMACION AL DERECHO DE PROPIEDAD

1. Antecedentes históricos. Aproximación a la evolución como hecho y derecho de la propiedad.

Ingresar al estudio del derecho de propiedad, exige examinar como el mundo antiguo participó en el descubrimiento del mismo, teniendo en cuenta que en su búsqueda histórica se lo encuentra con ausencia -en algunos casos- de una denominación en ese sentido, si bien en el ámbito de la realidad se vislumbran hechos tangibles en los cuales se afinca su existencia. En este sendero primeramente se lo observa como el mismo parte del vínculo que se establece entre la persona y los bienes exteriores. Teniendo en cuenta que la propuesta no pretende asumir un completo y exhaustivo recorrido histórico, se relevan datos significativos e ilustrativos en el abordaje de estudio. Así pueden rastrearse sus vestigios en estructuras sociales de las aldeas del neolítico en las que se encuentran huellas de propiedad de armas y utensillos; también en civilizaciones prehelénicas (por ejemplo los griegos micénicos) que perfilaron la aparición de los primeros derechos de propiedad como respuesta a la escasez, a la ocupación individual, a la consolidación de clases sociales y un gobierno estable, aumento demográfico, desarrollo del comercio, etc., lo que implicó la necesidad de exclusión de los bienes a través de la institucionalización del usufructo y la titularidad del suelo. También se observan atisbos en la literatura griega como en la Ilíada de Homero en lo que refiere a la disputa por botines de guerra. Hasta comienzos de la Época Clásica (siglo V a. C) adquiere identidad propiamente jurídica en los términos del régimen de las Ciudades-Estados, aproximadamente entre el año 500 a 323 a. C. y se destaca la aparición de directrices genéricas de los derechos de propiedad, en leyes que se perfeccionaron en la Atenas clásica. En las sociedades anteriores al siglo VII a. C., la estabilidad de la estructura social se fundaba en la explotación económica de las colonias establecidas a lo largo de Grecia continental, y las prohibiciones de

enajenación la conservaban los colonos, hombres libres cuya presencia era imprescindible para la defensa de la región. Este fenómeno fue generalizado, de modo que Roma presenta similitud frente a las *Res Sacrae* sometidas a un régimen *extra commercium*, todas manifestaciones de los límites impuestos por el soberano o la *polis*. No obstante, el mundo de los pequeños propietarios de la época de Hesíodo en el siglo VII a. C. contradecía la inalienabilidad sobre el suelo, aventurándose a la libre disposición sobre los bienes. La observación atenta de los textos de Hesíodo plantea una reivindicación válida de libertad de disposición, aunque en un ámbito limitado, pues se aconseja no enajenar el fundo[209] [210].

Indudablemente que la concepción de la sociedad política definía la concepción de propiedad, ya que su contenido reflejaba el modelo social, económico y político de la antigüedad. En este contexto, la relación entre desigualdad y propiedad privada se establecía dependiendo de si esta última estaba o no restringida, lo que implicaba que las sociedades civiles contasen con grados de desigualdad más o menos altos. En el pensamiento de Aristóteles, se destacaba su firme defensa de la propiedad privada en tanto argumentaba que la propiedad privada era una de las mejores formas de tenencia de la propiedad ya que la persona por su propio interés, pone en las cosas que posee un mayor cuidado que lo que es común, lo que sostiene en su obra "La Política" al concebir que el mínimo cuidado que las personas imparten a lo que es común y la preocupación a las cosas propias, en la medida individual; lo que también expone en su "Retórica" en cuanto a la seguridad de lo propio en tanto la disposición que otorga al individuo. Así llamó enajenación a la donación y a la venta, reconociendo una clasificación breve, entre los bienes muebles e inmuebles como objeto de propiedad privada, además de entender incorporado a la calidad de inmueble los bienes destinados a explotar el suelo y los frutos pendientes.

Con Solón en Atenas, aparece la confirmación de la institucionalización de los derechos de ocupación y propiedad y se amplía la gama de griegos propietarios. La

209 Ver CAMERON, Rondo; NEAL, Larry: *Historia económica mundial*; Miguel Ángel Coll Rodríguez (trad.), España, Editores: Alianza Año de publicación Edición 4, 2005.

210 CORONEL AVILA, Yeisson: *Derechos de propiedad en la antigua Grecia. Un análisis desde las instituciones*, Revista de Cultura Jurídica, España, Zaragosa, Colección Ius Fugit, 2018, p 299.

plena propiedad aparecerá en el florecimiento griego con Hesíodo, el mundo del hombre libre que cultiva su parcela[211] [212].

En Roma, la propiedad aplicada a la tierra destaca en sus comienzos la propiedad de grupos gentilicios como titulares [213]. En la etapa de la República, adquiere un carácter familiar pero también solidario, siendo sus titulares los *paters familiarum*. En la época clásica, la propiedad se configuraría como un poder individual de naturaleza patrimonial, sujeta a limitaciones legales, y cuya titularidad correspondería, además, a los hijos de familia, *filii in potestate*. En la etapa postclásica y justinianea, el poder del propietario "habría sufrido nuevas limitaciones, éticas y sociales, al propio tiempo que se establece el principio general conforme al cual la condición de propietario podía ya recaer en cualquier persona libre"[214]. Se pone de relevancia que en la Roma arcaica, la autarquía, la economía agraria y ganadera, de autoconsumo y de libre cambio, limitadas, eran las causas de esta pobreza "Y en este ambiente humilde se debe situar el problema de los orígenes de la propiedad de Roma. Por otra parte, gran parte de la doctrina ha

211 "los estudios expuestos en el *Novíssimo Digesto* Italiano y en e*l Ancient Greek Laws*, con autoría de *Ilias Arnaoutoglou*, se distinguen en el derecho griego tres ciclos: el *Oikos*, el *Ágora* y la *Polis*. En resumen, se podría indicar que e*l Oikos* se refiere a las instituciones relativas a la Casa, o sea a la producción de la empresa privada y aun cuando *Arnaoutoglou* dentro del *Oikos* analiza las instituciones de derecho familiar que ameritarían varios estudios, puede decirse que de los textos griegos se desprende que el *Oikos* se refiere a la producción. En el derecho de Roma la producción se realizaba en la Villa Romana y por eso era muy importante la organización familiar ordenada", GODDARD, Adame J., *Derecho civil y romano: culturas y sistemas jurídicos comparados*, México, D.F., Instituto de Investigaciones Jurídicas – UNAM, 2006, p 85, website: https://elibro.net/es/ereader/sibuca/ consultado el 5/05/2021.

212 "Así, entre otras instituciones griegas, tenemos la del "*Agoranomos*", o sea supervisor del mercado; la del "*Areiopagos*", que se vincula con todo el mercado y que radica en el hombre más antiguo venerado entre los consejeros; el "*Emporion*", o sea el mercado en la Polis y otras estupendas instituciones que pasaron al mercado romano, de donde surgieron las leyes relativas al orden mismo del mercado, que en el caso de Roma se denominaron Leyes y Oficiales Edilicios" GODDARD, Adame J., op. cit., p 86.

213 "La posesión de la tierra en común. Esta existió siempre en los tiempos primitivos, desde que se comenzó a repartir el territorio de la tribu. En las tribus latinas encontramos el suelo poseído parte por la tribu, parte por la *gens*, parte por casas que en aquella época difícilmente podían ser aún familias individuales. Se atribuye a Rómulo el primer reparto de tierra entre los individuos, a razón de dos "*jugera*" (como una hectárea). Sin embargo, más tarde encontramos aún tierra en manos de las *gens*, sin hablar de las tierras del Estado, en torno a las cuales gira toda la historia interior de la república", ENGELS, Federico, *El Origen de la Familia, la Propiedad Privada y el Estado*, Argentina, El Cid Editor, 2003, p 221.

214 SUAREZ BLAZQUEZ, Guillermo: "Orígenes del Derecho de propiedad en Roma*:* Mancipium – Nexus*",* en *Passagens. Revista Internacional de História Política e Cultura Jurídica,* Río de Janeiro, Vol. 8, no.1, janeiro-abril, Universidade Federal Fluminense, Niterói, Brasil, 2016, p. 142-192 website: //www.redalyc.org consultado el 12/0/2021.

ligado, de modo acorde, el origen de la propiedad romana al nacimiento institucional del "nuevo Estado - ciudad". Sin embargo, otros autores sitúan los orígenes de la propiedad, incluso, en los tiempos anteriores al nacimiento de Roma. Los comienzos se vinculan a los asentamientos de los grandes grupos de familia que están unidos por un parentesco gentilicio común"[215].

Interesante resulta que en estas líneas puede destacarse que la propiedad en cuanto a su existencia es reconocida desde la razón humana incluso antes de la constitución política de las ciudades - estado, si bien esto último supone el estado evolutivo de la civilización.

Asimismo respecto del surgimiento y desenvolvimiento de la propiedad en Roma se ha sostenido que "...Los orígenes romanos del poder sobre las cosas –*res*- se encuentran en diversas fuentes de producción. La adquisición del poder sobre las cosas por ocupación, o toma de posesión de éstas, mediante detentación natural**,** sería la primera fuente de adquisición. Información que es completada por Gayo, quien afirma que las fuentes de adquisición y pérdida del dominio son *iuris civilis et naturali iure* (Inst. II, 65. Inst. II, 66). Por otra parte, se debe presumir que en las épocas primigenias los ciudadanos romanos también adquirían el poder sobre las cosas – *iure naturali* – por medio de la ocupación. La adquisición y transmisión de los bienes *ex iure naturali* no son exclusivas de los ciudadanos romanos. En los inicios, la *traditio* es un modo de aprehensión corporal de las cosas, mediante una justa causa de entrega reconocida por la razón justa natural de todos los hombres, que legitima al adquirente de la cosa a su posesión, y, en consecuencia, a un ejercicio de poder sobre ella. A diferencia de los modos de adquisición civiles y exclusivos de los ciudadanos romanos, la *traditio* es una institución que nace de la razón jurídica natural del hombre, *iure naturali*, que el derecho aceptó como justa causa de transmisión y adquisición de la propiedad y que operó, en las relaciones comerciales de los ciudadanos romanos con los pueblos extranjeros, es decir, al margen de la ciudadanía – nacionalidad del propietario de la cosa. Por ello, es muy probable que el Derecho civil romano exigiese, ya desde las edades tempranas, que la entrega de la posesión *iure naturali* de la cosa fuese realizada

215 SUAREZ BLAZQUEZ, Guillermo, op. cit.

con una justa causa reconocida por su Derecho civil. Causa que legitimaría, en último término, la transmisión y la adquisición de una posesión justa y de un posible justo dominio (en este aspecto es notorio que en su desarrollo se haya confundido) "el concepto abstracto de propiedad y la tenencia de la cosa. Este criterio hizo que tardase bastante en elaborarse el concepto abstracto de propiedad. Incluso en la terminología jurídica romana no aparece el término dominio casi hasta bien entrado el siglo I d. C.[216].

Además se ha sostenido que "la afirmación gayana nos conduce a pensar que los ciudadanos romanos tuvieron un concepto jurídico, unitario y excluyente de la *potestas* corporal sobre las cosas, con independencia de que la adquisición de este poder fuese logrado bien por los modos del derecho civil, bien por los modos originados por la razón jurídica natural. Este carácter excluyente es evidente podemos afirmar que en la época primitiva romana existió un dominio que es diferente del dominio tardorrepublicano y del dominio clásico. Una de las primeras formas de exteriorización de la propiedad primitiva quiritaria es el *mancipium – i(mancupium*). Este poder es antiquísimo y parece hundir sus raíces en el mundo de la familia protoindoeuropea. La etimología de *mancipium* deriva de manu cupium (coger con la mano). La palabra *manus* deriva de la raíz proto – indo – europea *man*, y capere deriva de la raíz proto – indo – europea, *kap*. En consecuencia, el poder *mankapp* equivalente a *man - cupium* se presentaría, prima facie, como la aprehensión corporal de la cosa misma (propiedad). *Mancipium* es coger la cosa con la mano. Esta expresión es el símbolo de un poder. La *manus* romano latina es un símbolo de poder y de estatus jurídico. El *pater familias* es el titular de la *manus*. De *manus* deriva el *mancipium* civil romano arcaico. Este es una potestad soberana de gobierno. El poder privado – *mancipium* privado pertenece al *paterfamilias* y lo ejerce sobre los miembros y el patrimonio de su familia en el ámbito doméstico. Este gobierno de la familia se realiza sobre las personas y las cosas. Así la propiedad y el poder familiar se entremezclan, inclusive se ha sostenido como potestad anterior a la ciudad estado (*mancipium*)"[217] [218].

---

216 TORRENT, Armando, *Manual de Derecho Privado Romano*, Zaragoza, Edisofer, 2002, p. 247.

217 SUAREZ BLAZQUEZ, Guillermo, op. cit., p 142-192.

218 "En el pensamiento romano de finales de la época republicana la concepción del dominio de origen estoico adquiere contornos más concretos a través de Cicerón, quien alberga la idea de que todas

Lo expuesto, implica que desde lo histórico existe en Roma una mirada dirigida hacia la propiedad privada invocando a modo de ejemplo la ley de las Doce Tablas (año 450 a.c. inspiradas en el mundo griego de Solón), en el período de la República en la que se esbozaron algunos de sus principios por ejemplo las formulaciones a seguir en el caso de compraventa, usucapión y demás disposiciones que comprendieron al derecho privado como el público, venta o permuta de propiedad[219].

Lo establecido en la Ley de las XII Tablas referido a la "*mancipio*" de remotos orígenes[220], pero estimado como negocio jurídico que producía la traslación del dominio, descripta en términos rituales solemnes, es especificada por Gayo y descripta en cuanto al ritualismo a practicar para su transmisión, a lo que suma -en cuanto a la transmisión- la institución de la *iure cessio*[221] que servía para transmitir el dominio tanto

---

las cosas de la Tierra eran al principio comunes, pues por naturaleza no hay propiedad privada; pero ésta, una vez surgida, debe ejercerse sin generar daño y en beneficio de los demás. En su teoría del dominio se distinguen cuatro principios: 1) la existencia originaria de una comunidad de bienes o posesión común, entendida en sentido histórico; 2) la subsiguiente implantación de la propiedad y distribución de bienes a través de una primera ocupación (*prima occupatio*); 3) la protección de este nuevo orden por el derecho natural, que prohíbe intervenciones en los bienes de otros, pero que a la vez impone a la propiedad privada una carga moral de obligación social orientada al uso común en beneficio de la comunidad, y 4) un deber de intervención del Estado en la propiedad sólo para el bienestar común (Cicerón, M.T., De Officiis I 21; en ediciones castellanas: libro I, cap. 7)", AÑAÑOS MEZA, María Cecilia, *Persona y Derecho*, Volumen 68 – Año 2013, pág. 106 website: www.revistas.unav.edu consultado el 03/04/2021.

219 Existió la clasificación de las cosas en *mancipi y rec mancipi* lo que tuvo incidencia en su modo de transmisión, según se observa en: PETIT, Eugene, *Tratado elemental de derecho romano*, traducido de la novena edición francesa por José Ferrández González, Buenos Aires, Albatros, 1961. Posteriormente es suprimido por Justiniano. Véase *Cuerpo del Derecho Civil Romano*, a doble texto, traducido al castellano del latino, publicado por los hermanos Kriegel, Hermann y Osenbrügen, con las variaciones de D. Ildefonso L. García del Corral, Segunda Parte Código, Jaime Molinas Editor, Barcelona, 1885, pp. 223-224, Edición facsímil numerada editada por Editorial Lex Nova, S.A., Valladolid, 1988.

220 "Como vemos, el fragmento gayano (Instituciones, 2, 27) es de especial relevancia. El texto apunta a los orígenes arcaicos del *mancipium* y de la *mancipatio*. En esta dirección es sobresaliente la tesis de Bonfante, quien asegura que la *mancipatio* es un poder preexistente a la fundación de la ciudad estado, que se ejerce por los grupos gentilicios. Según el insigne romanista, los bienes *mancipi* se encuentran en conexión con los agnados y los gentiles y la tesis liga la *res mancipi* a la propiedad colectiva del grupo gentilicio *agnaticio* y postula la fragmentación de los grupos gentilicios en familias individuales, nuevas familias que reciben las cosas - *res mancipi* - *Res mancipi* que, anteriormente, estarían sujetas a un régimen de propiedad colectiva, y que, en un momento posterior, pasarían al *mancipium* privado del *paterfamilias*. La fecha y el origen de la distinción *res mancipi – res nec mancipi* serían antiquísimas primitivas, patriarcales, latinas o prerromanas. El pueblo romano gozaba de dos tipos de bienes: bienes de interés social y bienes de interés personal. Para Bonfante, esta distinción explicaría la división de los bienes en *res mancipi y res nec mancipi*. *Res mancipi* son bienes de interés social para los grupos familiares gentilicios, para las familias individuales y para la comunidad. En definitiva, para el propio Estado romano", SAUREZ BLAZQUEZ, Guillermo, op. cit., p. 142-192.

221 GIRAD, Paul F., Manuel, *Élémetaire de Droit Romain*, Arthur Rousseau Éditeur, París, 1898, p. 285-286.

sobre las *res mancipi* como de las *res nec mancipi* y el procedimiento requería de la intervención de un magistrado. Gayo hace también división de los distintos tipos de cosas y detalla la forma de transmisión[222].

Sin ingresar al tema de la esclavitud, puede mencionarse que lo "absoluto" en relación al dominio aparece en Roma como la "posibilidad más amplia de aprovechamiento de las cosas (*plena in potestas*). El dueño tiene el *uti frui habere possidere*. El *uti* se refiere al uso de la cosa; el *frui*, a poder disfrutar de ella,….el *habere*...el poder decir que la cosa le pertenece y en consecuencia disponer de ella, ya vendiéndola o gravándola con un *pignus*; finalmente el *possidere*, que se refiere al poder tenerla como suya….El carácter absoluto hace referencia a que el propietario tiene jurídicamente todas las posibilidades de aprovechamiento de la cosa...sólo el *dominium* es absoluto"[223]. Enfrentado a ello, no escapó el abuso del derecho como figura jurídica o el "mal uso del *ius*" en tanto una cosa es "usar del derecho propio" y otra ocasionar con ese uso un daño a un tercero, puesto que estaría involucrado el principio del a*lterum non laedere*...Gayo...nos habla del esclavo maltratado por su dueño y que por ello busca asilo en un templo o en la estatua del emperador. Por un escrito de Antonino Pío, se obliga al dueño a vender el esclavo. Gayo nos dice acá que "en efecto, no debemos usar mal de nuestro derecho" (*nostro iure*). Justiniano le dará un fundamento público: "Pues aun en la *res publica* tiene interés en que nadie use mal de su cosa"[224]. El concepto romano de "*dominium*" (dominio), denota la idea de poder, de señorío, y que se

222 "Las cosas de derecho divino jamás son patrimonio de nadie; por el contrario las cosas de derecho humano casi siempre se encuentran en los bienes de alguno, dado que a veces no suceda así, como acontece con las cosas hereditarias, las cuales ínterin no haya heredero, no son de nadie. ... Las cosas de derecho humano se dividen en públicas y privadas….Se llaman públicas las que no estando en los bienes de ninguno en particular, se consideran como propiedad de todos. Son privadas aquellas que se encuentran en el dominio de cada uno...Se dividen también las cosas en corporales e incorporales...Son corporales las cosas tangibles , como un fundo, un esclavo, un vestido, el oro, la plata y otras innumerables cosas…Incorporales son las intangibles, como las que consisten en un derecho, a saber: la herencia, el usufructo, o las obligaciones de cualquier modo que se hayan contraído. Y no obsta que la herencia consista en cosas corporales, porque corporales son los frutos que produce un fundo, y corporal es también las mas veces lo que se nos debe en virtud de una obligación, como un predio, un esclavo una suma de dinero", GAYO, *Instituta de Gayo*, traducción al español, Madrid, Edición Imprenta de la Sociedad Literaria y Topográfica, edición fotográfica facsimilar del original perteneciente al fondo bibliográfico de la Biblioteca de la Facultad de Derecho de la Universidad de Sevilla, 1845.

223 DI PIETRO, Alfredo, *Derecho Privado Romano*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 3era. Edición, 2014, e book.

224 DI PIETRO, Alfredo, op. cit.

relaciona con el concepto de soberanía[225].

Esta breve reseña que por cierto no agota en absoluto los abundantes y detallados estudios realizados sobre la temática, sólo pretende poner en relevancia del derecho de propiedad a través de instituciones jurídicas que lo exponen, existente en el mundo antiguo con sus diferentes evoluciones y que en inclusive se manifiesta como fenómeno previo a la constitución de las ciudades-estados, ya que se imponía en el desarrollo de la vida de las personas, quienes desde la razón natural pretendieron delinearlo en tanto su ejercicio. Ello se observa también en los bienes comunes (Platón lo había planteado en su *polis* ideal, lo que también fue sostenido por los estoicos) y estas *res communes ommnium* bienes comunes "existen como una forma especial de propiedad o dominio y se tratan de *res* (cosas) que atento a su condición natural no son susceptibles de apropiación privada estando excluídas del comercio pero que su uso es común a todos comprendiendo el aire, agua de los ríos, de las lluvias y de los mares y costas. El ius *gentium* romano permitía su uso para todas las personas. No obstante, se admitía en algunos casos el dominio privado, "se observa de los derechos de pesca y construcciones en el litoral o en el mar, derivados del uso común del mar y sus costas, los que estaban condicionados a que no hubieran otros que usen de ellos. En este caso el usuario adquiere un derecho de propiedad por ocupación de *res nullius*, que es verificada y autorizada por el pretor, y su impedimento daba lugar –por lo menos en el periodo clásico– a la *actio iniuriarium* contra el perturbador"[226]. La propiedad romana transcurrió por muchos estadios[227]. Si bien hubo un derecho absoluto en su concepción

225 "En un sentido amplio el concepto de dominio se aplica en el derecho romano no sólo al derecho real... sino también a otras relaciones jurídicas; así, se habla del *"dominus litis", "domian negoti", "dominus contractus", dominus hereditatis"*; pero, más precisa y técnicamente indica aquel derecho por el que *"dominus"* sin ningún agregado, significa dueño, propietario", GATTI, Edmundo, *Propiedad y Dominio", Terminología. Concepto doctrinario. Definición legal*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1996 p 24.

226 AÑAÑOS MEZA, María Cecilia, op. cit., p 107.

227 Lozano Corbi señala que a fines de la república en Roma en el principio de la etapa clásica se distinguía *Propietas de Dominium* este último designaba la propiedad y una noción de señorío, *propietas* indicaba que pertenecía a una persona y que era propio de ella La verdadera propiedad individual se configura en la época clásica al romperse la unidad del grupo familiar. Correlato también de la influencia del *ius gentium* sobre *ius civile*. También refiere el citado autor el reconocimiento de un inicio de propiedad común en tanto la tierra pertenecía al pueblo romano, LOZANO CORBI, Enrique, *Orígen de la propiedad romana y sus limitaciones*, website: Dialnet-OrigenDeLaPropiedadRomanaYDeSusLimitaciones-229689.pdf consultado el 4/04/2020.

en cuanto a la propiedad reconoció limitaciones legales y de la voluntad.

Todos los elementos citados incorporan su influencia en el *Corpus Iuris Civilis* de Justiniano del que parten las teorías de dominio que se vislumbran en las recepciones de la Patrística, teólogos morales, Escolásticos y Escolásticos tardíos.

El ocaso del imperio romano[228], impactó en la propiedad de la tierra en tanto la misma en el régimen de organización que conoció la alta edad media en Europa durante los siglos IX y siguientes hubo una desaparición centralista de los gobiernos anteriores (imperio) para surgir un régimen propio en el cual los pequeños propietarios preferían entregar su dominio directo de su propiedad algún señor poderoso debido a la falta de gobierno central para garantizar el mínimo de seguridad posible, lo que ocasionó una importante dispersión normativa dada la cantidad de feudos y los modos de organización de los mismo[229] lo que tuvo impacto en la propiedad.

Esta organización social que caracterizó la Alta Edad Media europea "después de la decadencia del imperio carolingio fue el feudalismo, o mejor dicho, los feudalismos, dado que tuvieron características diversas en los distintos territorios donde

228 Como dato de interés puede señalar que antes de la caída del imperio romano, en los pueblos germánicos el derecho que prevalecía era un derecho consuetudinario típico de tribus dedicada a la agricultura y al pastoreo y tuvieron una débil noción de la propiedad inmobiliaria reconocida en la baja edad media a través de la figura de *gewere* o propiedad de año y de día que consistía en convertir la posesión en propiedad transcurrido un tiempo.

229 "El feudalismo fue una nueva forma de estructuración económica, social, política y cultural imperante en Europa occidental que entre los siglos X y XVIII, según sostiene Bonnassiè, consolidó el poder de la nobleza, especialmente militar y generalizó la servidumbre campesina. Este proceso implicó el traspaso de tierras de manos campesinas a las de sus señores, que a cambio de tributo o fuerza de trabajo ofrecían la tenencia de las tierras y la protección militar. Esta entrega de tierras, de fuerza de trabajo y de tributo se dio, en el resto del Occidente europeo, en un marco de presión creciente por parte de un sector de la nobleza, los militares, que generalizaron esta imposición de la servidumbre. El año mil supuso, además, una fuerte fragmentación política, dado que cada uno de los señores feudales tuvo amplios poderes militares, fiscales y jurídicos dentro de su territorio. Como afirma Alain Guerreau, en el marco de la Europa feudal había que razonar, fundamentalmente, en término de poder y no de derechos. Esta fragmentación se hizo en detrimento del poder real, que perdió el dominio efectivo de vastas zonas territoriales, en las que mantuvo su primacía sólo nominalmente y mediante unas articuladas relaciones feudo-vasalláticas Si bien reconocían antecedentes en las relaciones de dependencia personal entre hombres libres pertenecientes a la nobleza, usuales tanto en la tradición romana como en la germánica, tomaron, entre los siglos XI y XIII, su cariz distintivo: un señor entregaba a su vasallo tierras, moneda, una renta determinada a cambio de fidelidad y obediencia. El vasallo aceptaba esta fidelidad y obediencia, participando de las campañas militares de su señor, acompañándolo con su propia fuerza, denominada hueste o mesnada, integrando los tribunales de justicia o los concejos consultivos que se conformaban", RODRIGUEZ, Gerardo Fabián y RIGUEIRO, Jorge, *Manual de Historia Medieval Siglos III a XV*, Grupo de Investigación y Estudios Medievales – Centro de Estudios Históricos - Facultad de Humanidades- Universidad Nacional de Mar del Plata, Mar del Plata, 2015, p 18.

se instalaron. Estos florecieron en gran parte de Europa occidental durante los siglos IX, X y XI y representaron la desaparición de los regímenes centralistas típicos de los imperios anteriores (el romano occidental y el carolingio) para instaurar otro propio, en el cual el pequeño propietario prefería entregar el "dominio directo" de su propiedad a algún señor poderoso, debido a la falta de un gobierno central que le garantizase el mínimo de seguridad indispensable para una vida soportable. Esto produjo, en el campo del derecho, una verdadera dispersión normativa, ya que cada feudo, aunque siguiendo algunos lineamientos generales, organizaba su propio sistema jurídico"[230].

En ese devenir, los orígenes del sistema feudal[231] implican tendencias históricas que sitúan sus raíces en el sistema romano en la relevancia de instituciones jurídicas en la vinculación de la persona con la propiedad, o en instituciones como el colonato y la enfiteusis, ya que mediante la primera los colonos renunciaban a la libertad de cambiar de residencia y recibían del latifundista terrenos que podían cultivar mediante la entrega de parte de la cosecha. Mientras que en la segunda (enfinteusis) la propiedad se dividía en dominio directo o eminente que le correspondía al dueño de la tierra y dominio útil que le correspondían al enfiteuta[232] [233]. Asimismo se ha señalado que en este período histórico la propiedad era una cualidad del bien, en igualdad con otros derechos reales, sin estimarse como un derecho de la persona[234].

---

230 BERNAL GOMEZ, Beatriz, "El derecho en la Edad Media Europea" Capítulo Quinto, *Historia del Derecho*, publicado en Biblioteca jurídica virtual del Instituto de Investigaciones jurídicas de la UNAM website: https://justiciararamuridotorg.files.wordpress.com/2017/01/hist-del-derecho-b-bernal-gomez.pdf consultado el 18/04/2020.

231 "la Antigüedad Tardía fueron calificados demasiado a menudo como un período de desintegración, de huida hacia el más allá. Nada más lejos de la realidad. No ha existido nunca otro período de la historia de Europa que haya legado a los siglos futuros tantas instituciones tan duraderas: los códigos de derecho romano, la consolidación de la estructura jerárquica de la Iglesia católica, el ideal de un Imperio cristiano, el monacato", RODRIGUEZ, Gerardo Fabián y RIGUEIRO, Jorge. op. cit., p 10

232 BERNAL GOMEZ, Beatriz, op. cit.

233 "para los historiadores de la escuela social francesa, lo que hay que jerarquizar en el estudio del feudalismo son las condiciones materiales de la existencia. Esta escuela habla de sociedad feudal y de la relación de servidumbre entre los señores y los campesinos caracterizada por la obligación de tributar. El feudalismo empieza con ellos a ser visto como un sistema socioproductivo de base agrícola y demarcado por la forma que adquiere la estructura de la propiedad de la tierra. Por su parte, el marxismo inglés plantea al feudalismo como un modo de producción que se caracteriza por la entrega forzosa del excedente. Definen "Modo de producción" como la sumatoria de las relaciones de producción y las fuerzas productivas, aunque generalmente se prioriza el estudio de las fuerzas productivas", RODRIGUEZ, Gerardo Fabián y RIGUEIRO, Jorge, op. cit., p 18

234 cfr. ÁLVAREZ, Clara, *Lecciones de Historia del Constitucionalismo*, Madrid, Marcial Pons,

Las urbes medievales concentraron población que permitió el desarrollo de oficios (herreros, orfebres, ebanistas, etc.), su agrupación en gremios, que permitieron no sólo perpetuar el trabajo a través de su aprendizaje sino destacándose en la ayuda mutua. El prolífico ensayista Hilaire Belloc ilumina en sus palabras destacando que en la edad media sobrevinieron una multitud de instituciones que promovieron la distribución de la propiedad, señalando los oficios, gremios, corporaciones que colaboraron para destruir los últimos "...residuos fósiles de un estado servil..."[235] y que "...Y un gremio era una sociedad parcialmente cooperativa, aunque en lo sustancia se componía de poseedores particulares de capital, cuya corporación gozaba de autonomía y tenía por objeto impedir la competencia entre sus miembros, o sea, prevenir la prosperidad del uno a expensas del otro...custodiaba la propiedad de modo que en sus filas no se formaran proletarios, por una parte ni capitalistas monopolizadores, por otro. Para el ingreso de un individuo a un gremio había un período de aprendizaje, durante el cual trabaja para un patrón, pero con el tiempo se convertía él también a su vez en patrón. La existencia de tales corporaciones, en calidad de unidades normales de producción industrial, de actividad comercial, y de medios de transporte, prueba suficientemente lo que era el espíritu social que había emancipado también al trabajador de la tierra..."[236].

A partir del siglo XIII se destaca la decadencia del sistema feudal por la consolidación del poder de los reyes con políticas centralizadoras que reemplazaron a los señores feudales por funcionarios reales asalariados, el paso de la economía feudal a la economía monetaria, el desarrollo de la nueva clase de la burguesía, la fundación de nuevas ciudades que hizo que los vasallos residiesen en ellas, logrando cartas de ciudadanía.

Señala Belloc que al expirar la edad media, "...la propiedad era una institución ínsita al Estado, y disfrutaba de ella la gran mayoría de sus ciudadanos. Las instituciones cooperativas y las regulaciones voluntarias del trabajo sólo restringían el

---

1999, p 24-28.

235 BELLOC, Hilaire, *El estado servil*, Traducción de Bruno Jacovella, Buenos Aires, Editorial La espiga de oro, 1945 p 65

236 BELLOC, Hilaire, *El Estado…,* op. cit., p 66.

uso independiente en absoluto de la propiedad con el objeto de mantener tal institución intacta e impedir la absorción de la pequeña propiedad por la grande..."[237]. Si bien lo aplica a su Inglaterra natal, es de interés ponerlo de relieve puesto que permitirá la comprensión de la vulneración del significado de este derecho, acontecimientos históricos entre los que destaca la revolución económica del siglo XVI que originó que las tierras y riquezas de los monasterios fueran transferidas a la Corona "...mas no pasaron ciertamente a manos de los reyes, sino a los de un sector ya rico de la comunidad...los hombres que tenían ya bajo su dominio virtualmente absoluto de una cuarta a una tercera parte del suelo y de los arados y graneros de un aldea, se apropiaron en el transcurso de muy poco años de otra gran parte de los medios de producción, que inclinaron completamente la balanza a favor suyo… llegaron a poseer más de la mitad de Inglaterra...procedieron según un principio de la competencia estrictamente, cobrando hasta el último centavo de los tributos y arriendos donde los antiguos señores clericales se habían atenido a la costumbre dejando bastante al arrendatario. Comenzaron a llenar las universidades y los estrados judiciales. La Corona cada vez podía dirimir menos los pleitos entre grandes y chicos; los grandes podían dirimirlos cada vez más en su propio favor. Pronto se apropiaron de este modo de la mayor parte de los medios de producción e inmediatamente se decidieron a absorber a los modestos hombres independientes y a constituir gradualmente esas grandes haciendas, que al cabo de pocas generaciones, se identificaron con la aldea misma...hacia el primer tercio del siglo XVII entre 1630 y 1640, consumóse finalmente la revolución económica, y la nueva realidad económica que se impuso a las antiguas tradiciones de Inglaterra estaba constituida por una poderosa oligarquía de grandes propietarios..."[238]. Como antesala del capitalismo y la revolución industrial, destaca la ya configuración de una población proletaria. Así, puede sostener que "...el rico, dueño ya de las acumulaciones mediante las cuales solamente podía ser alimentado ese cambio industrial, heredó todas las acumulaciones sucesivas de enseres y todas las acumulaciones crecientes de artículos de consumo deparadas para éste. El sistema fabril, al asentarse con una base de capitalistas

237 BELLOC, Hilaire, *El Estado…,* ibidem, p 71.
238 BELLOC, Hilaire, *El Estado…,* op. cit., p 80.

y proletariado, se desarrolló en el molde que conformó su nacimiento. A cada nuevo adelanto, el capitalista extendía la mirada buscando materia prima proletaria para alimentar el productivo molino. Todas las características de esta sociedad, las leyes que regían la propiedad y la ganancia, las obligaciones de los socios, las relaciones entre patrón y servidor fomentaban directamente la expansión indefinida de una clase sometida...bajo el dominio de un pequeño grupo de poseedores..."[239].

El sistema capitalista que acontece en la historia significó la propiedad de los medios de producción en manos de unos pocos ocasionando la formación de un mercado regido por la competencia "...en que el trabajo de los desposeídos sólo reclama su valor, no como totalidad de la fuerza productiva, sino como fuerza productiva que debe dejar un excedente al capitalista; y que en nada reclama cuando el obrero no puede trabajar, más proporcionalmente, cuando aumenta el rendimiento, menos en la madurez que en la juventud, menos en la vejez que en la madurez, nada en la enfermedad, y nada tampoco en la desesperación..."[240].

En la baja Edad Media "con la gran victoria de los señores feudales, integrantes de la Curia Regia, frente al rey Juan sin Tierra. Dicha victoria se materializó en la promulgación de la Carta Magna de 1215, en cuyo conocido artículo 39 se establece que: "Ningún hombre libre será capturado, encarcelado o privado de sus bienes o de sus derechos, o exiliado, o perjudicado de cualquier otro modo, excepto por la intervención de un tribunal legalmente constituido por sus iguales, y de acuerdo con la ley de la tierra (l*ex terrae*)". Había nacido así, aunque paradójicamente por presiones de los señores feudales, la protección de los derechos del hombre que posteriormente sería recogida en todas las constituciones liberales y más tarde sociales de nuestro mundo occidental, convirtiéndose en un gran baluarte de la democracia actual..."241.

La relevancia en la historia de la organización constitucional de los estados determinó la aparición no sólo del Estado como entidad política sino el predominio del derecho, reconociendo al antecedente citado, esto es la Carta Magna firmada en 1215 que junto con la Declaración de Derechos *(Bill of Rights)* de 1791, se convirtió en la

239 BELLOC, Hilaire, *El Estado…,* op. cit., p 89.
240 BELLOC, Hilaire, *El Estado…,* ibidem, p. 99.
241 BERNAL GOMEZ, Beatriz, op. cit.

base de la leyes de Estados Unidos. Este antecedente del constitucionalismo contiene principios del derecho público como del derecho privado. En lo que interesa puede señalarse el reconocimiento del derecho de propiedad "...Nadie podrá ser arrestado, aprisionado ni desposeído de sus bienes, costumbres y libertades, sino en virtud del juicio de sus Pares, según las leyes del país. ... No venderemos, ni rehusaremos, ni dilataremos a nadie la administración de justicia..."[242]. Este documento inglés, fue el basamento fundacional del constitucionalismo moderno.

Así, en lo que atañe al movimiento constitucional, como consecuencia de la revolución francesa, la Declaración de 1789, estableció "a unos derechos como naturales e imprescriptibles" y en la de 1791 se les llamó "naturales y civiles", entre ellos el último artículo de esta declaración, a la propiedad. Con esto se quería dejar claro que había una libertad civil y otra política, pero también su postura frente a la propiedad, aspecto, que como se advirtió, era fundamental para garantizar titularidad de esta última. "...Esta disposición constitucional evidenció un problema: la mayoría de propietarios eran terratenientes, nobles o pertenecientes al clero, y si se quería que la votación para el acceso a la Asamblea Nacional tuviera una mayor base social, los revolucionarios tenían que hacer algunas modificaciones a la norma sobre la propiedad. La variación consistió en establecer que el sufragante activo pudiera ser aquel que aunque no fuera dueño directo si pudiera hacer uso sobre el bien, la sola posesión lo acreditaba como sufragante. Así se permitió la participación política de arrendatarios y usufructuarios de la propiedad inmobiliaria. Más tarde se considerará al poseedor también en propietario o en la misma condición del dominio directo...Finalmente, en 1804, a través del Código Civil, el Consejo de Estado puso a la propiedad en un lugar muy alto, adquiriendo el estatus de derecho natural o cuasi sagrado. De esta forma, el constitucionalismo revolucionario le otorgó a la propiedad un lugar privilegiado, lo estableció como unos derechos, como una libertad natural, por encima del propio legislador que debía limitarse a regular su ejercicio en la sociedad. En síntesis, el derecho de propiedad adquirió en el constitucionalismo revolucionario la doble

242 Magna Carta, 15 de junio de 1215, biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM website: https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2698/17.pdf consultado el 06/10/2020.

condición de ser el límite al poder público y el elemento configurador de la participación política...”[243].

Estos tramos de la historia reseñados son elegidos a los fines de poder remarcar la existencia de la propiedad como hecho y derecho desde la razón humana hasta su traslación a los órdenes jurídicos y políticos plasmados en los estados. Indudablemente que la ciencia histórica suministra datos aún mas proficuos y generosos que los reseñados, pero la síntesis del relevamiento encuentra como frontera el desarrollo filosófico, los movimientos de ideas y en especial los ataques recibidos en los acontecimientos bélicos mundiales que lo acompañará y que será examinado en el acápite siguiente. Más allá de ello, lo que ha no ha sido iterado no lo fue por resultar menos valioso sino que sólo se estableció un somero panorama que sin agotar la temática, ha expuesto lo estimado como para dar cuenta de lo que la propiedad significa.

2. Concepciones filosóficas. Exponentes en la historia. Posiciones doctrinarias.

Los factores políticos, sociales y económicos que llevaron a la conformación de los estados, a su organización, configuraron el relato histórico del derecho de propiedad, y fueron acompañados de postulados filosóficos que dieron acabadas bases del mismo y que determinaron los lineamientos de su concepción como derecho, teniendo en cuenta los postulados que se asumen en su fundamento, determinan un resultado de derecho natural y positivo.

Las reflexiones sobre la persona, el cosmos, la constitución de las comunidades humanas, la familia, la aldea conformaron objetos de estudio del mundo filosófico. En lo que atañe al estudio propuesto, debe reseñarse que la filosofía aristotélica concibió a la propiedad como un factor positivo que favorece al desarrollo de la personalidad pero estimando la misma con limitaciones sin rebasar lo razonable, en coherencia con el principio de la naturalidad de la sociedad política, que indica que la actividad humana

243 VALENCIA AGUDELO, Germán Darío, *El derecho de propiedad: del más sagrado de los derechos a mera garantía institucional. Un recorrido desde el viejo contractualismo al nuevo constitucionalismo latinoamericano,* Revista Electrónica Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad de Antioquía, Número 11, Año 4, ISSN 2145-2784, setiembre- diciembre de 2012.

tenga como fin la *polis* como culminación. Destacaba Aristóteles, en su defensa de la propiedad privada la excelencia en la tenencia de la propiedad en tanto el cuidado que le prodigaba la persona a diferencia con lo que era común, así lo pone de relieve en su obra "Política" y en "Retórica" (Los argumentos de Aristóteles son retomados por Santo Tomás al pronunciarse sobre este derecho.). En este camino de observación se aparta Aristóteles de Platón, el cual asumía a lo comunitario de mayor excelencia. Platón concibe a la ciudad como una gran familia en la que la necesidad de la ciudad para lograr el fin de la persona exige unidad, prevaleciendo la colectividad sobre las individualidades y por ello esta comunidad conlleva a una limitación excesiva de la esfera individual, en la que el individuo carece de autonomía, postulando en las dos clases superiores en las que la dividía (magistrados o gobernantes, los guardianes que defienden la colectividad de los desórdenes internos y externos y los artesanos y agricultores)**,** la propiedad y la familia.

La doctrina jurídica de Cicerón (pensador que recibe huellas tanto del período postaristotélico como el influjo estoico), en su pensamiento de finales de la época republicana de Roma, traduce un humanismo igualitario señalando en su obra *"De officiis"* la injusticia de impedir que los extranjeros vivan en "nuestras" ciudades como también el no permitirles el comercio pacífico. Concibe la existencia de una sociedad del género regida por el *ius gentium* y en el orden político recoge el principio del bien común ajustado a derecho, situándose en la tradición aristotélica al insistir en el primado de la ley. Asimismo "en su teoría del dominio se distinguen cuatro principios: 1) la existencia originaria de una comunidad de bienes o posesión común, entendida en sentido histórico; 2) la subsiguiente implantación de la propiedad y distribución de bienes a través de una primera ocupación *(prima occupatio*); 3) la protección de este nuevo orden por el derecho natural, que prohíbe intervenciones en los bienes de otros, pero que a la vez impone a la propiedad privada una carga moral de obligación social orientada al uso común en beneficio de la comunidad, y 4) un deber de intervención del Estado en la propiedad sólo para el bienestar común"[244][245].

244 AÑAÑOS MEZA, María Cecilia, op. cit., p 107.

245 "Mientras elogia a Tiberio Graco (el padre), de sus hijos dice Cicerón que "no fueron estimados

Séneca como representante del nuevo estoicismo, en la época imperial romana siendo un portavoz del humanismo estoico explica a la sociabilidad humana siguiendo dos modalidades descripta en su epístola 90 "...la primera una fase de paz y felicidad. Los hombres gozaban en común de los bienes de la tierra, dentro de un orden espontáneamente aceptado. Elegían para su gobierno al más sabio, quien lo ejercía por su sola autoridad moral, sin necesidad de coacción alguna. Pero llegó a su término ese estado de inocencia, por efecto de las pasiones, y especialmente de la codicia y la ambición, instaurándose la propiedad privada. En consecuencia, se hizo necesario el establecimiento de un poder coercitivo y de leyes positivas encaminadas a refrenar los excesos, a imponer un orden externo constantemente amenazado..."[246].

La perspectiva universal del cristianismo, tuvo su voz en la concepción filosófica que se fue perfilando y esculpiendo sobre los bienes y que en definitiva, estableció su impronta en la concepción de la propiedad. Así la patrística destaca el "...papel que a la caridad y la fraternidad corresponde en su distribución y uso. Sólo Dios, como ya se dijo en el Antiguo Testamento, es auténtico señor de las cosas; los hombres las poseen como en depósito, y más que propietarios, son administradores. De ahí la idea de una comunicación de las riquezas; de que los más afortunados deben hacer participar de sus bienes a los necesitados. Puede considerarse esta posición como una defensa de la comunidad de bienes?. No hay en los Padres unidad de criterio en este punto. Por lo general admiten la propiedad privada como un hecho, con la reserva,...del deber de socorrer a los que carecen de los imprescindible. La riqueza en la medida en que no es condenable de suyo, es fuente de obligaciones muy estricta. En determinados casos de necesidad imperiosa, deberá el derecho a la propiedad ceder ante el derecho a la vida que el necesitado tiene...De alguno puede decirse que consideraron la comunidad

---

en vida por los hombres de bien, y después de muertos se juzgó justo haberlos hecho perecer" (II 12). El delito de los Gracos, como el de Agis de Esparta, fue el mismo: haber tocado la propiedad privada, porque para Cicerón "es esencial en toda ciudad o estado, que cada uno posea de manera pacífica y segura lo que es suyo, sin temor a incautaciones y despojos" (II 22). En la misma línea escribe Cicerón que "el primer deber de quien administra la cosa pública es el de cuidar de que cada uno conserve sus bienes propios y el de que por la actuación del estado no se cause perjuicio a la propiedad privada" (II 21)", SOLANA DUESO, José, *Estoicismo y Política: Líneas de confrontación*, Rev. Filos. 17, Salamanca, Ediciones Ediciones Universidad de Salamanca Azafea, 2015, p 75-95.

246 TRUYOL Y SERRA, Antonio, *Historia de la filosofía del derecho y del estado. De los orígenes...* Tomo I, op. cit, p 204.

de bienes como el estado originario y natural de la humanidad: San Gregorio de Nacianceno...San Basilio...San Juan Crisóstomo y San Ambrosio, influido éste por Séneca...Clemente de Alejandría...consideraba a la propiedad privada como de derecho natural primario; haciéndose hábil defensor de sus ventajas para el individuo y la sociedad. Según él, como según Lactancio...la riqueza es de suyo indiferente, e incluso un medio para realizar ciertas virtudes. Lo decisivo es el medio de su adquisición y el uso que de ella se haga. Lo mismo cabe decir de Orígenes..."[247].

Por su parte San Agustín de Hipona intenta una posición intermedia "...entre el rigorismo de un Ambrosio o un Juan Crisóstomo y la mayor laxitud de un Clemente de Alejandría. Los bienes de este mundo, creados por Dios, no pueden ser malos de suyo, y sólo llegan a ser tales por el uso que de ellos haga el hombre. No hemos de considerarlos como fines, son como medios ordenados a nuestro perfeccionamiento. La propiedad se califica moralmente por el espíritu de quien ha sido favorecido por la Providencia..."[248].

Los juristas romanos que recibieron la influencia de los estoicos a través de Cicerón y Séneca concibieron la existencia de la propiedad como derecho individual y es así que Gayo estima que sólo "...existen dos clases de derecho: uno propio y peculiar de cada pueblo o ciudad, que por lo mismo se llama derecho civil; otro común a todos los hombres y a todas las gentes, que por eso mismo recibe el nombre de derecho de gentes… equivale al derecho natural que lo impone a todos los hombres de todos los tiempos y de todas las latitudes...por ejemplo es de derecho natural o de gentes que las cosas *nullius* se concedan al primer ocupante y así pertenecen al que los aprehende los animales salvajes y libres de tierra, mar y aire..."[249]. Por su parte Justiniano, quien reconoce las teoría de Gayo y de Ulpiano, pone la distinción entre el derecho de gentes y el civil e "...ilustra esta noción del derecho de gentes con ejemplos tomados de Ulpiano y de Hermogeniano. Por derecho natural todos los hombres son igualmente

247 TRUYOL Y SERRA, Antonio, *Historia de la filosofía del derecho y del estado. De los orígenes…*, Tomo I, op. cit., p 256-257.
248 TRUYOL Y SERRA, Antonio, *Historia de la filosofía del derecho y del estado. De los orígenes…,* Tomo I, ibidem, pág. 270.
249 RAMIREZ, Santiago, *El derecho de gentes*, Madrid, Ediciones Studium, 1955, p 21.

libres y todas la tierras, comunes: pero, por derecho de gentes y a causa de las guerras, se estableció la esclavitud de los vencidos; lo mismo que para evitar las reyertas y conflictos se introdujo la división de la propiedad, y consiguientemente, el derecho de comercio, de compra y venta, de alquiler, de contratos de trabajo..."[250] Ahora bien, frente a la distinción de Ulpiano entre derecho natural, de gentes y civil; "...las instituciones precisaron algo más la distinción entre derecho de gentes y el civil...Al insistir con Gayo en que el derecho de gentes era un derecho natural, lo distinguía esencialmente del derecho civil que es meramente positivo; no es ya una distinción meramente cuantitativa y material, sino cualitativa y formal...al conservar el derecho natural de Ulpiano, común a todos los animales, sembraba el equívoco y la confusión con el derecho natural propiamente dicho, que es el derecho natural de la especie humana: cuanto con más rigor e insistencia subrayaban la naturalidad del derecho de gentes, tanto más era de temer la confusión con el derecho natural propiamente dicho..."[251].

El pensamiento aristotélico es retomado por San Alberto Magno quien considera a la sociedad política como la sociedad perfecta, y considera a la propiedad común en el estado de inocencia y su división por motivo del pecado, pero asumiendo que en caso de necesidad imperiosa, se vuelve a la comunidad primitiva. Por su parte Santo Tomás de Aquino considera que los bienes naturales ordenados al ser, "...las cosas más imperfectas existen para las más perfectas; los bienes materiales no han de apetecerse por sí mismos, sino en cuanto son necesarios a la beatitud. La economía queda así sometida a la ética. La consecuencia es que, aun reconociendo el papel de un egoísmo moderado en la fundamentación de la propiedad privada en el *ius gentium* (de suyo, los bienes corresponden a la humanidad en general; pero la naturaleza humana es tal, que se suele atender mejor a las cosas si se poseen privadamente), Santo Tomás rechaza, en cambio, el egoísmo como estímulo económico fundamental en el uso de los bienes externos: quien los posee no debe tenerlos como propios, sino comunes, de modo que fácilmente dé parte de ellos a los otros cuando lo necesiten. El sentido de la caridad

250 RAMIREZ, Santiago, *El derecho*... op. cit., p 26.
251 RAMIREZ, Santiago, *El derecho*...op. cit., p 28.

coopera, por otra parte, a impedir los abusos del individualismo social y económico...”[252].

A diferencia de los filósofos que receptaron el aristotelismo, en el marco de un voluntarismo consecuente para quien la razón desempeñaba una papel secundario, la figura de Duns Scoto merece reseñarse en lo que refiere a su concepción de la propiedad. Así considera que “...el voluntarismo y el sentido de la individualidad concreta se manifiesta de manera peculiar en lo poco que Escoto explicitara de su pensamiento social y político. Unicamente la potestad paterna es de derecho natural (entendido, en el sentido amplio); la ciudad aparece simplemente como un agregado de individuos que se justifica por el común consentimiento y elección de éstos...En cuanto a la propiedad privada, es asimismo de derecho positivo, y en todo caso su uso no puede ir detrimento del bien superior de la comunidad...”[253].

Interesante resulta destacar la propuesta de Egidio de Roma que frente a los conflictos que existían entre la entidad política y la papal vinculó el derecho de propiedad a la profesión de fe cristiana, siendo la Iglesia quien tiene la propiedad universal de todos los bienes mientras que las personas bautizadas una propiedad de segundo grado. Existía en dicha concepción la subordinación del orden temporal al eclesial.

El nominalismo de Guillermo de Occam y su sentido subjetivo de la ética, también tuvo su impronta en la propiedad, en tanto frente a la rivalidad que existía político – eclesial, acentúa el carácter positivo y jurídico de la propiedad privada, separando el orden natural y sobrenatural. El derecho es concebido como poder, como derecho subjetivo, lo que devino de la polémica acerca de la pobreza evangélica. Es útil referir que “para resolver las dificultades prácticas suscitadas por la renuncia al derecho de propiedad en el seno de la Orden Franciscana, Papas anteriores (a Juan XXII) habían hecho hincapié en el distinción entre el derecho de propiedad como tal (*ius, propietas, dominium*), atribuyéndolo al Papado, y el mero uso (*simplex usus facti*) de los bienes

252 TRUYOL Y SERRA, Antonio, *Historia de la filosofía del derecho y del estado. De los orígenes…* Tomo I, op. cit., p 376.
253 TRUYOL Y SERRA, Antonio, *Historia de la filosofía del derecho y del estado. De los orígenes…* Tomo I, op. cit., p 384.

por los miembros de la Orden. Juan XXII sometió a revisión la postura de sus predecesores, con criterio jurídico más estricto (especialmente en la bula *Cun inter nonnullos* de 1323), y asimiló el uso al derecho, dado el carácter perpetuo que en este caso tenía, en particular en lo referente a los bienes fungibles: el uso no sería justo sin un *ius utendi*. También Cristo y los apóstoles, según él, tuvieron un derecho de propiedad sobre las cosas de su uso. En oposición a la tesis del Pontífice, Occam insistió en la distinción entre el uso de hecho (*usus facti*) "...el acto mismo de usar una cosa externa", basado en último término en el "derecho celestial" (*ius poli*), derecho positivo divino, y el derecho al uso (*ius utendi*), consistente en un poder lícito sobre una cosa externa (*potestas lícita utendi re extrinseca*) del que no se puede ser privado si culpa o sin causa racional, y protegido judicialmente (*in iudicio*)...fundado en la convención y la ley positiva humana. A este derecho habían renunciado, en conclusión, los que propugnaban la pobreza evangélica...M. Villey ha visto en la caracterización del *ius utendi* por Occam un giro decisivo desde la concepción objetiva del derecho, propia del pensamiento clásico (aristotélico, romano y tomista), a una concepción subjetiva del mismo, llamada a predominar, según él, en el mundo moderno "el derecho en sentido técnico, deja...de designar el bien que nos corresponde según la justicia (*id quod iustum est*) y significa esta noción mucho más estrecha: el poder que se tiene sobre un bien..."[254].

En la reforma protestante, el movimiento de los anabaptistas en Alemania trajo nuevamente la idea de la comunidad de bienes en la pretensión de lograr una suerte de comunismo vulnerando a la propiedad privada.

El movimiento humanista, pensadores como Juan Luis Vives (1493-1540) atraído por los problemas sociales que venían de un reciente capitalismo, considera a la propiedad privada como una "...institución del derecho natural, derivada de la necesidad de que el hombre disponga de medios de existencia suficientes, que son como prolongación de su personalidad. Salvo en los casos de amistad pura y de vida religiosa en común informada por la caridad, la comunidad de bienes es contra naturaleza y no

254 TRUYOL Y SERRA, Antonio, *Historia de la filosofía del derecho y del estado. De los orígenes…,* Tomo I, op. cit., p 417 -418.

responde a las condiciones normales de la vida social. Pero la propiedad individual es un derecho natural dentro de ciertos límites, señalados por la satisfacción simultánea de la necesidad de los demás. De ahí la exigencia de comunicar los bienes a quien carezca de ellos ... La consecuencia práctica de esta comunicabilidad de los bienes, condición y límite a la vez de la legitimidad de toda apropiación es el deber de asistencia social organizada por parte del Estado. Si el socorro al necesitado es para el individuo un deber moral y religioso, es en cambio un deber de justicia estricta para la sociedad. Ello conduce a una intervención del Estado en la vida económica. La crítica y refutación de las doctrinas comunistas por Vives quedó así completada con la elaboración de una doctrina positiva de la propiedad y su limitación, que se anticipa a la moderna teoría de la justicia social. Sólo una justa distribución de las riquezas, según Vives, podrá asegurar la paz interna de los pueblos..."[255]. Calvino también insistió con la intervención del poder público en la distribución de los bienes.

La escolástica fue retomada por Francisco de Vitoria, teólogo español, quien volviendo a Santo Tomás de Aquino, expone en relación al derecho de gentes, concibiéndolo como un "derecho internacional público, común a todas las gentes o naciones del mundo y establecido por acuerdo y consentimiento virtual o equivalente de todas ellas...no se puede violar lícitamente por nadie, porque obliga a todas las gentes ya que fue establecido por el común consentimiento de todas ellas y violarlo por una de las partes es una injusticia manifiesta"[256]. Por consiguiente no concibe al derecho natural sin el derecho de gentes y así estima que "sin la división de la propiedad, sería muy difícil conservar la paz entre los hombres y obtener de las riquezas de la naturaleza su máximo rendimiento"[257] trayendo así la concepción aristotélica – tomista. En su doctrina internacional señala que "no es lícito despojar de sus cosas a sarracenos, judíos ni a cualesquier otros infieles nada más que por el hecho de ser infieles" y que en particular "los bárbaros" del Nuevo Mundo, antes de la llegados de los españoles, eran "verdaderos dueños, tanto pública como privadamente… y no pueden los cristianos

255 TRUYOL Y SERRA, Antonio, *Historia de la filosofía del derecho y del estado. Del renacimiento a Kant...*Tomo II, op. cit., p 28.
256 RAMIREZ, Santiago, *El Derecho...*op. cit., p 141.
257 RAMIREZ, Santiago, *El Derecho...* ibidem, p 140.

ocuparles sus bienes por este título. El dominio no depende de un título religioso, sino simplemente jurídico natural. Por otra parte, hay un derecho natural de sociedad y comunicación...al que no cabe sustraerse sin causa justa. También el orden como tal se aplica el principio del bien común, siendo sus exigencias superiores a los particulares de su partes. El principio del bien común del orbe, superior al bien común de los respectivos Estados, basado en una comunicación que implica solidaridad y reciprocidad, está llamado, por su virtualidad, a actuar cual factor de justicia distributiva, o incluso, en el sentido actual del término, de justicia social entre las colectividades humanas y sus miembros"[258].

Dentro de los derechos naturales del hombre, el derecho de apropiación de las cosas se convierte en el más importante, puesto que condiciona la supervivencia del individuo, así lo sostiene el jurista Hugo Grocio. Sostuvo la existencia de un derecho natural de comunicación humana, condiciona la ocupación al supuesto de una tierra *nullius* y sostiene la existencia de bienes comunes como el alta mar.

La doctrina de Thomas Hobbes explica a la propiedad partiendo de la existencia de un contrato social en que la misma es obra de la voluntad del soberano expresada en la ley (los individuos acuerdan someterse a un tercero para asegurar la paz), al igual que la familia o el régimen sucesorio. Niega el derecho de gentes como tal, reserva dicha expresión para las relaciones interestatales. Hobbes "...supera "el estado de naturaleza", que a la vez es "alegal y amoral" mediante la construcción del "*Leviathan*", que será única fuente de la moral del derecho. No existe lo bueno o lo justo en sí, sino que algo será bueno o justo, porque está mandado o será malo o injusto, porque está prohibido..."[259].

Por su parte, John Locke iniciándose con él la ilustración inglesa, sostiene el estado de naturaleza como un estado de cooperación bajo el signo de la razón, donde los hombres poseen derechos, entre ellos el derecho de propiedad, la garantía de esos derechos surge con la sociedad civil. El derecho de propiedad lo incluye en los derechos naturales. "...Hay que subrayar la insistencia con que Locke se refiere al derecho de

258 TRUYOL Y SERRA, Antonio, *Historia de la filosofía del derecho y del estado. Del renacimiento a Kant...*, Tomo II, op. cit., p 84.
259 MONTEJANO, Bernardino, op. cit., p 60.

propiedad, al enumerar los derechos naturales. Aunque Dios dio la tierra en común a los hombres, en el sentido de que cada cual puede tomar sus medios de subsistencia de todo lo que ofrece la naturaleza, la razón establece que no es lícito disponer de lo que nuestra industria haya de alguna manera transformando. La propiedad privada se funda, en Locke, en el trabajo: éste convierte el objeto en cierto modo en parte integrante de la personalidad del sujeto, que con su energía le ha impreso su huella y dado en definitiva su auténtico valor. En un principio y en virtud de la ley natural, cada cual no puede apropiarse más bienes que los que resultan necesarios para su autoconservación, y debe dejar suficientes bienes para los demás, lo que asegura una relativa igualdad y evita conflictos. Pero la introducción del dinero en cuanto medio estable de cambio aceptado convencionalmente, permitiendo acumular bienes y tierras más allá de lo indispensable, dio lugar a desigualdades más o menos grandes en la distribución de las riquezas, desigualdades legitimadas por las respectivas capacidades y el celo respectivamente desplegado, y los bienes se producían en medida creciente más que para un uso propio, por debajo de la disponibilidades, para su mejor colocación en lo que vino a ser el mercado. Esta legitimación de la desigualdad y el hincapié que hace Locke en el papel de la adquisición de bienes han motivado el que se viera en el...a un ideólogo del capitalismo moderno incipiente. En todo caso, los consiguientes conflictos contribuyeron a buscar la protección concreta del contrato social..."[260]. Hobbes defendía la restricción de toda libertad a favor de la paz social siendo el estado su garante defendiendo el traspaso de poderes de los individuos hacia el Estado, con él las personas debían reservan para sí sus libertades y su propiedad, estimando a la propiedad como derecho natural inalienable e indisponible. El pensamiento liberal lockiano influyó a la ciencia jurídica inglesa posterior.

Con Inmanuel Kant, dentro de su sistema de imperativos categóricos, también merece acogida la propiedad. Así alberga dentro de su teoría del derecho natural que encierra derechos de libertad, igualdad, coercibilidad, autonomía, no soslaya la propiedad y en su "...postulado jurídico de la razón práctica", "exige que la propiedad

260 TRUYOL Y SERRA, Antonio, *Historia de la filosofía del derecho y del estado. Del renacimiento a Kant…*, Tomo II, op. cit., p 254.

sea posible, respecto de todas las cosas que pudieran caer en posesión del hombre, ya que la máxima opuesta, expresada como ley universal, privaría a esos otros principios jurídicos referidos, de una posibilidad de aplicación práctica...”261.

Dentro de algunos movimientos sociales que defendieron la comunidad de bienes, puede señalarse a Morelly nacido en el primer cuarto del siglo XVIII, que recordando a Rosseau, desconoce la propiedad privada, en la inteligencia de que diversas circunstancias debilitaron el orden de igualdad permitido con su espíritu comunitario y los legisladores creyendo remediar dicho estado establecieron la propiedad lo que genera desigualdad y avaricia. Mably por su parte en la Francia de 1700 siguiendo a Morelly sostenía la igualdad de los hombres por naturaleza y que salieron de esta condición al instaurarse la propiedad, lo que originó división de clases en poseedores y los desposeídos.

Hume por su parte en Edimburgo, sostuvo respecto de la propiedad su estabilidad, en tanto las reglas de equidad o justicia dependen del estado, “...al definir la propiedad como una relación tal entre una persona y un objeto que permite a aquélla el libre uso y posesión de éste, sin violar las leyes de la justicia y de la equidad moral, mientras que se lo impide a cualquier otra persona...la propiedad es directamente identificada como ...aquellos bienes cuya constante posesión ha sido establecida por las leyes de la sociedad; esto es, por las leyes de la justicia...En el mismo parágrafo, reitera la idea de propiedad como una relación la propiedad de una persona es algún objeto con ella relacionado” (añade) “esta relación no es natural sino moral y fundada en justicia La relación de propiedad se identifica allí como una “especie particular de causación” porque el propietario tiene la “libertad” de operar como le guste sobre el objeto” y extraer ventajas de él...”[262].

Por su parte Adam Smith (1723-90) escocés como Hume, en su visión económica sostuvo a la propiedad y la vigencia de las instituciones destinadas a

261 ALVAREZ GARDIOL, Ariel, *Manual de filosofía del derecho*, Buenos Aires, Editorial Juris,1998, p 160 website: https://aulavirtual4.unl.edu.ar/pluginfile.php/6877/mod_resource/content/1/manual-de-filosofia-del-derecho%20Alvarez%20Gardiol.pdf consultado el 02/09/20

262 BERRY, Christopher J., *Hume y la inflexibilidad de la justicia: propiedad, comercio y expectativas,* website: www.revistas.unav.edu consultado el 10/11/2020

protegerla y asegurar la libertad de los intercambios; indicando que la libertad de mercado debe ser respetada por el gobierno excluyendo su intervención.

Rousseau por su parte estimó que con la institución de la propiedad privada nació la desigualdad "...la lucha de unos contra otros caracteriza en Rousseau no el estado de naturaleza, sino el incipiente estado de sociedad: la sociedad naciente dio lugar al más horrendo estado de guerra. De tal situación propiamente hobbesiana surge el Estado instaurado por quienes se apropiaron mayores bienes y en beneficio suyo, para asegurar dichos bienes..."[263]. De la evolución que se produce históricamente, Rousseau explica que se la atribuye a factores externos que exigieron que los hombres superen las dificultades del trabajo, produciéndose una nueva revolución que formó el establecimiento y la distinción de las familias y que introdujo una suerte de propiedad, "...revolución seguida mucho más tarde de otra, provocada por las artes de la metalurgia y la agricultura. Del cultivo de la tierra resultó su división, y de la propiedad, una vez reconocida, la formulación de las primeras reglas de justicia...como Locke funda el derecho de propiedad en el trabajo, pero se trata de un derecho que no se concibe fuera de la existencia de una sociedad. También vincula Rousseau, como Locke, la instauración de la sociedad civil a la defensa de propiedad pero con una valoración radicalmente opuesta del hecho: los hombres tuvieron que unirse contractualmente para su mutua protección, saliendo del estado de naturaleza regido por la ley natural y sometiéndose a un derecho civil o político; pero con ello sellaron el fin ...del estado de inocencia y del paraíso terrenal, en el que imperan la libertad y la igualdad..."[264]. Su influencia se vio reflejada en la revolución francesa.

John Stuart Mill también definió al derecho de propiedad incluyendo en su objeto a lo producido con el esfuerzo de la persona o lo recibido por donación o convenio, extendiendo el significado no sólo al capital, tierra y trabajo sino también los derechos de propiedad de los individuos sobre cosas que no han producido. También en su "Utilitarismo" justificará a la propiedad privada desde la justicia.

---

263 TRUYOL Y SERRA, Antonio, *Historia de la filosofía del derecho y del estado. Del renacimiento a Kant…*, Tomo II, op. cit., p 348.

264 TRUYOL Y SERRA, Antonio, *Historia de la filosofía del derecho y del estado. Del renacimiento a Kant…*, Tomo II, op. cit., p. 349.

En perspectiva absolutamente opuesta, el proceso dialéctico que inicia Marx quien por su parte retoma concepciones de Hegel, y que conforma las bases del comunismo, asume postulados partiendo de la supresión de Dios y también la supresión de la propiedad privada. "...Marx tiene a este respecto un texto famoso, donde al mismo tiempo que establece la relación de la creencia en Dios con la propiedad privada, establece la supresión de la propiedad privada con la supresión de la creencia en Dios y, finalmente, del ateísmo superado que es la divinidad del hombre, con el comunismo superado, que es el verdadero comunismo. Dice el texto: "...el comunismo es, en cuanto supresión de la propiedad privada, la reivindicación de la vida humana real como siendo su propiedad, reivindicación que es el devenir del humanismo práctico..."[265]. A lo que agrega "...cuando aparece Marx, puede sostener sin temor de ser desmentido que el estado político o simplemente el estado, constituye una alienación o desgarramiento que separa al hombre real de su verdadera humanidad. No existe la política como esfera superior en que conciliarían los intereses divergentes y opuestos de las varias clases que constituyen la sociedad civil. La política y el estado surgirían cuando la sociedad civil se divida en clases surgiendo como órganos de poder de la clase dominante. Por tanto corresponde destruir el estado...la sociedad comunista ...en su fase final después que la dictadura del proletariado haya vencido completamente a la clase burguesa y ya no exista división de clases, tampoco tendrá razón la existencia del estado. Y se extinguirá, enseña Marx en la Crítica del programa de *Gotha* y repite Lenin en El Estado y la Revolución..."[266] para el comunismo el trabajo es supremo en tanto productor de bienes materiales. A su vez, en esta doctrina se sostiene con claridad que "...El "*homo oeconomicus*" es propiamente producto de la sociedad burguesa. En ella el hombre está todo hecho para producir la mayor cantidad de bienes con el menor esfuerzo. Los economistas, sobre todo David Ricardo, nos han descripto las leyes de este "*homo oeconomicus*". Son las dos fundamentales, la ley del trabajo como valor de las cosas, y la ley de la lucha entre capitalistas armonioso de la sociedad burguesa. Conciben la sociedad sometida a la ley del trabajo para disfrute de los pocos afortunados que puedan

265 MEINVIELLE, Julio, *El comunismo en la revolución anticristiana*, Buenos Aires, Ediciones Theoria, 1961, p 46.
266 MEINVIELLE, Julio, *El comunismo...*op. cit., p 49.

cumplir el ideal del "*homo oeconomicus*", quien vive para la producción de los bienes y para el goce de los mismos….aquella minoría de afortunados de la sociedad burguesa que realizaban el ideal del "*homo oeconomicus*" liberal. De una sociedad de capitalistas y trabajadores hay que obtener una exclusivamente de trabajadores. Hay que suprimir la propiedad privada de los medios de producción, esto es, del capital..."[267].

Interesante resulta reseñar que, los utópicos también reflexionaron sobre la propiedad privada. Este género (utopía), en el cual las soluciones propuestas referían a la preocupación del ciudadano por una república ideal con condiciones técnicas de supervivencia y condiciones de vida común. Un representante de ello resulta Santo Tomás Moro, el cual pone de relieve en su "Utopía" una crítica social que atravesaba a su Inglaterra, fundamentalmente a la miseria a la que se veían sometida la población originada en una desigualdad afincada en un egoísmo social que dividía la sociedad. En su Utopía se propone la comunidad de bienes, el deber de trabajo en duración limita, el cultivo de la vida espiritual. Arrima reminiscencias de la República de Platón, también resalta la inspiración de principios patrísticos, en la conveniencia para el bien común que determinará el régimen de la propiedad, destaca la educación humanística, desaparición del dinero y su insistencia en la importancia de la vida espiritual.

Así se exponen, sin agotar, los pensamientos filosóficos que hicieron su aporte ya sea negando, justificando e incluso enalteciendo el derecho de propiedad. Ello no exime de revelar que el pensamiento filosófico continúa reflexivo y vigente hasta nuestro días, pero los mencionados -en algún aspecto- constituyeron los cimientos de lo que luego trasladado a las concepciones jurídicas derivaron en la positivización de dicho derecho.

3. Doctrina tomista. Propiedad. Extensión, bien común.

En la perspectiva tomista en relación a la propiedad, señala el Padre Lachance en primer lugar lo que acontece en la oposición entre el derecho natural y derecho positivo que descansa sobre "lo absoluto, *secundum absolutum sui rationem*, y lo relativo,

267 MEINVIELLE, Julio, *El comunismo...* ibidem., p 52- 54.

secundum aliquid", lo que también aplica para definir al derecho de gentes. Soslayando sus conceptos atento a que los mismos fueron delineados en acápites anteriores, en lo relevante para el derecho de propiedad, se parte de la consideración de las cosas en sí mismas, es decir en su esencia, independizádolas de sus relaciones de tiempo y lugar y se obtiene como resultado que son realidades que se convienen y se invocan *per se*. Y en ese sentido señala Lachance que "...La mirada que les dirigimos es la misma que dirigimos sobre la realidad en el acto de simple aprehensión o de intuición abstractiva, el cual es una operación natural, una operación a los hombres y a los animales, no, claro está, si nos detenemos en su contenido respectivo, sino más bien si observamos el modo espontáneo y natural conforme al cual se realizan ambos: "Aprehender algo absolutamente no es algo que convenga sólo al hombre, sino también a los animales, *absolute autem apprenhendere aliquid non solum convenit homini, sed etiam aliis animalibus"* Y esta observación, de grandísima finura, permite a Santo Tomás mantener su propia noción de derecho natural y estar a la vez de acuerdo con los juristas romanos, profesando con ellos que este derecho es común a los hombres, a los animales. Su identidad no versa sobre la materia -lo que restringiría el derecho natural a las inclinaciones de orden animal-, sino sobre el como es percibido y representado. Pero hay otra manera de representar las cosas. Consiste en relacionarlas con los hechos sociales, en relacionarlas sobre todo con las consecuencias que provoquen los diferentes acondicionamientos que se les quiere dar..."[268]. Aclarado ello, permite entonces adentrarse desde lo filosófico a la concepción de propiedad. Es así que, Santo Tomás considera a la propiedad en el orden del derecho natural "...Según se ha dicho (a.2), el derecho o el justo natural es lo que por su naturaleza es adecuado o de medida igual a otro. Esto, sin embargo, puede suceder de dos modos. En primer lugar, considerando la cosa absolutamente y en sí misma; de este modo, el ser masculino se adecúa, por su naturaleza, al ser femenino para engendrar de éste, y los padres al hijo, para nutrirlo. En segundo lugar, considerando la cosa no absolutamente, en su naturaleza, sino en relación a sus consecuencias; por ejemplo, la propiedad de las posesiones. En efecto, si este terreno se considera en absoluto, no tiene por qué ser más de éste que de aquél;

268 LACHANCE, Louis, *El derecho y los derechos...* op. cit., p 223

pero, si se considera en cuanto a la aptitud de ser cultivado y al pacífico uso del campo, tiene, según esto, cierta disposición para que sea uno y no otro, como se demuestra por el Filósofo en II Pol. Ahora bien, aprehender algo en absoluto no le conviene sólo al hombre, sino también a los demás animales. Y por eso, el derecho que se llama natural, según el primer modo, es común a nosotros y a los demás animales. Pero, según afirma el Jurisconsulto, del derecho natural, en efecto, así dicho, se aleja el derecho de gentes, porque aquél es común a todos los animales, y éste sólo a los hombres entre sí. Mas considerar algo en comparación con lo que de ello se deriva es propio de la razón; y de aquí que esto, ciertamente, sea natural al hombre, debido a su razón natural que lo dicta. Por eso, también el jurisconsulto Gayo dice: Lo que la razón natural constituyó entre todos los hombres es observado entre todos los pueblos, y se llama derecho de gentes..."[269]. Y en ese cometido filosófico, logra la unidad con el derecho natural. "...El interés que dedicó a la filosofía le permitió buscar en el campo propiamente natural de las causas de la unidad de humanidad. Partió del concepto aristotélico de naturaleza, y analizando este elemento encontró el principio inmediato de la unidad humana. Y como la unidad en el ser natural entraña la unidad en sus tendencias esenciales, dedujo de ello que todos los hombres estaban orientados hacia un mismo fin definitivo. Estos elementos le llevaron al descubrimiento de la unidad práctica del género humano: pues al estar regidos por una ley fundada en la naturaleza, todos los hombres se encuentran teniendo que obedecer a unos mismos imperativos universales y a unos mismos impulsos fundamentales. Además, y mediante su doctrina del derecho de gentes llegó a salir de la esfera de los fundamentos y a trazar los primeros esbozos de un derecho positivo capaz de regir las relaciones de las comunidades humanas entre sí..." [270]

Así, al estimar las cosas en su relación con el hecho social y con las consecuencias que provoca es que llevó a la conclusión de sectores filosóficos, de invocar al derecho de propiedad como un derecho natural secundario. Pero se trata de un análisis que conllevaría a concluir en la existencia de un derecho natural primario diferenciándolo de otro que estima como secundario, pero en lo nuclear el derecho de

269 SANTO TOMAS DE AQUINO, *Suma Teológica*, II-II ae q 57 art. 3, website: //hjg.com.ar consultado el 19/08/2020.
270 LACHANCE, Louis, *El derecho y los derechos...*, op. cit., p 223.

propiedad sigue perteneciendo en su origen al derecho natural. Ello así en tanto el derecho natural en este sentido se lo referiría como en exclusividad a la naturaleza de las cosas pero ello siempre se encuentra presente en las conclusiones que derivan de sus relaciones. En consonancia con lo expuesto, Santo Tomás explica que "...Las cosas exteriores pueden considerarse de dos maneras: una, en cuanto a su naturaleza, la cual no está sometida a la potestad humana, sino solamente a la divina, a la que obedecen todos los seres; otra, en cuanto al uso de dichas cosas, y en este sentido tiene el hombre el dominio natural de las cosas exteriores, ya que, como hechas para él, puede usar de ellas mediante su razón y voluntad en propia utilidad, porque siempre los seres más imperfectos existen por los más perfectos, como se ha expuesto anteriormente (q.64 a.1); y con este razonamiento prueba el Filósofo, en I Polit., que la posesión de las cosas exteriores es natural al hombre. Este dominio natural sobre las demás criaturas, que compete al hombre por su razón, en la que reside la imagen de Dios, se manifiesta en la misma creación del hombre, relatada en Gén 1,26, donde se dice: Hagamos al hombre a nuestra imagen y semejanza, y tenga dominio sobre los peces del mar, etc..."[271]. Clarifica la temática en forma meridiana, no sólo estimando a la propiedad como de derecho natural sino que en la siguiente respuesta a las objeciones señala que "...la comunidad de los bienes se atribuye al derecho natural, no porque éste disponga que todas las cosas deban ser poseídas en común y que nada deba poseerse como propio, sino porque la distinción de posesiones no es según el derecho natural, sino según la convención humana, lo cual pertenece al derecho positivo, como se ha expuesto (q.57 a.2.3). Por consiguiente, la propiedad de las posesiones no está contra el derecho natural, sino que es un desarrollo de éste hecho por la razón humana..."[272]. Entonces, ya la cosa es considerada en virtud del vínculo que la razón humana le atribuye respecto del uso y si bien se desenvuelve dentro del derecho positivo reconoce el postulado del derecho natural del cual deriva. "...Acerca de los bienes exteriores, dos cosas le competen al hombre. La primera es la potestad de gestión y disposición de los mismos, y en cuanto a esto, es lícito que el hombre posea cosas propias. Y es también necesario a

271 SANTO TOMAS DE AQUINO, *Suma Teológica*, II-II, q 66 art. 2 website: //hjg.com.ar consultado el 8/08/2020

272 SANTO TOMAS DE AQUINO, *Suma Teológica*, II II ae q 66 art. 2, op. cit.

la vida humana por tres motivos: primero, porque cada uno es más solícito en gestionar aquello que con exclusividad le pertenece que lo que es común a todos o a muchos, puesto que cada cual, huyendo del trabajo, deja a otros el cuidado de lo que conviene al bien común, como sucede cuando hay multitud de servidores; segundo, porque se administran más ordenadamente las cosas humanas si a cada uno le incumbe el cuidado de sus propios intereses; sin embargo, reinaría confusión si cada cual se cuidara de todo indistintamente; tercero, porque así el estado de paz entre los hombres se mantiene si cada uno está contento con lo suyo. De ahí que veamos que entre aquellos que en común y pro indiviso poseen alguna cosa se suscitan más frecuentemente contiendas. En segundo lugar, también compete al hombre, respecto de los bienes exteriores, el uso de los mismos; y en cuanto a esto no debe tener el hombre las cosas exteriores como propias, sino como comunes, de modo que fácilmente dé participación de éstas en las necesidades de los demás..."[273].

Es así que en función de las premisas que expone el Aquinate, distingue la legitimidad de la propiedad de los bienes y también la potestad de gestión y disposición. Para ello señala argumentos que se desenvuelven en el orden económico (en tanto el cuidado que se dispensa a lo que es propio), en el orden social por la responsabilidad en la administración y en el cuidado como también en las relaciones de intercambio en los bienes que efectúan las personas y en el orden político en tanto contribuye a la paz social.

La licitud de la propiedad es atribuible al derecho natural entendiendo que el desarrollo del mismo deriva en la distribución de la propiedad de las posesiones, siendo un desarrollo de éste hecho por la razón humana y aclara que "...Las cosas que son de derecho humano no pueden derogar el derecho natural o el derecho divino. Ahora bien: según el orden natural instituido por la divina providencia, las cosas inferiores están ordenadas a la satisfacción de las necesidades de los hombres. Por consiguiente, por la distribución y apropiación, que procede del derecho humano, no se ha de impedir que con esas mismas cosas se atienda a la necesidad del hombre. Por esta razón, los bienes superfluos, que algunas personas poseen, son debidos por derecho natural al

273 SANTO TOMAS DE AQUINO, *Suma Teológica*, II-II ae q 66 art. 2, op. cit.

sostenimiento de los pobres, por lo cual Ambrosio, y en el Decreto se consigna también, dice: De los hambrientos es el pan que tú tienes; de los desnudos, las ropas que tú almacenas; y es rescate y liberación de los desgraciados el dinero que tú escondes en la tierra. Mas, puesto que son muchos los que padecen necesidad y no se puede socorrer a todos con la misma cosa, se deja al arbitrio de cada uno la distribución de las cosas propias para socorrer a los que padecen necesidad. Sin embargo, si la necesidad es tan evidente y tan urgente que resulte manifiesta la premura de socorrer la inminente necesidad con aquello que se tenga, como cuando amenaza peligro a la persona y no puede ser socorrida de otro modo, entonces puede cualquiera lícitamente satisfacer su necesidad con las cosas ajenas, sustrayéndolas, ya manifiesta, ya ocultamente. Y esto no tiene propiamente razón de hurto ni de rapiña..."[274].

Abundando ya en lo que refiere a la distribución de los bienes, Santo Tomás de Aquino involucra la finalidad del bien común, que rige tanto en el ámbito privado y personal como en el destino de la comunidad. Y sin volver sobre su definición que ha sido objeto de tratamiento precedentemente, configura un derecho de propiedad afincado en el derecho natural, positivo en tanto la operación de la razón humana sobre el mismo y que si bien es absoluto en cuanto a su fundamento, no excluye la necesidad de los otros, por el contrario. En su cometido del bien común, en el marco del orden político virtuoso, en la operación de esta finalidad, indica un orden que no separa a la persona del ejercicio de ese derecho. En otras palabras, El Santo Doctor deja en claro que si bien el derecho de propiedad responde al derecho natural, lo absoluto del mismo no soslaya el destino del bien común en donde el mismo impera. Es por ello que la comunidad participa en él y no puede obviarse.

4. a) Función social como característica intrínseca del derecho de propiedad.

El derecho de propiedad reconoce su existencia en la propia persona en tanto a través de la razón se alcanza su conocimiento y se enfatiza en los testimonios que proporciona la historia de la humanidad, en tanto es fácil de relevar la existencia del

274 SANTO TOMAS DE AQUINO, *Suma Teológica*, II-II q 66 art. 7, ibidem

mismo frente a los hechos que lo constatan. Es claro que no puede negarse su identidad como derecho natural y humano a la vez, en tanto pertenece al orden natural de la persona. Ello así, también desde un aspecto amplio, se puede referir al derecho de propiedad a la salud, a la integridad física, y así a otros bienes individuales que se reconocen en la primera subsistencia. Y si es en en este sentido que se lo analiza, es prístino que es un derecho natural, humano y absoluto, sin que exista ningún tipo de incertidumbre o equívocos en cuanto a su naturaleza. Habita en el sentido más hondo de la existencia y sin él nada puede subsistir.

Ahora bien, en tanto el derecho de propiedad, en relación al vínculo con las cosas exteriores se lo ha estimado como un derecho natural secundario (en tanto existen derechos naturales primarios) "…un derecho natural secundario, que la razón deduce por vía de consecuencia y mediante un razonamiento en cierta manera práctico o de necesidad práctica y concreta, es decir, no por consideración abstracta de la naturaleza, sino de realidades sociales de carácter universal: es necesaria la paz y el orden de la sociedad, más la explotación ordenada de los bienes de la tierra sólo se consigue por la propiedad privada. Por ello, es necesaria, para esta pacífica convivencia y uso de los bienes, la propiedad privada..."[275]. Es desde la mirada del hecho social, donde se lo estima como secundario en tanto allí se reinvidica su necesidad en el seno de la sociedad. Hecho social que se constata en el vínculo con las cosas exteriores. Así la propiedad entendida en cuanto a los bienes exteriores y -en ese sentido- es que también se ha dicho que no es absoluta, sino que encuentra su límite en el otro. "...Todo hombre...tiene derecho a los bienes que le aseguren una vida humana digna. Pero no puede conseguir estos bienes sin propiedad privada. Luego, ha de haber propiedad privada. Pero, por otra parte, si se deja en forma ilimitada la apropiación privada, se acumularán los bienes en manos de unos pocos a costa de los muchos; luego la propiedad, aunque privada debe ser limitada...la propiedad ...debe ser primeramente individual y debe estar dinamizada por la persecución del provecho individual; pero no debe serlo de manera ilimitada y absoluta sino que debe tener contrapesos y

275 MONTEJANO, Bernardino (h), *Curso de Derecho Natural*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2da. Edición, 1977, p 289.

limitaciones impuestas por la necesidad de la conveniencia en común que busca un bien común a todos..."[276].

En la perspectiva de estimarlo al derecho de propiedad como derecho natural secundario, se ha fundamentado este carácter de secundario por considerar primero la tendencia natural a la conservación y por ello, ser primero la disponibilidad de los bienes para hacerlo efectivo, así como también es derivado de un primer derecho a la vida[277].

Ahora bien, desde el orden filosófico se sostiene de más relevancia aquella que comprueba el hecho social donde se efectiviza la propiedad en universalidad, y que marca su necesidad para la paz y el orden de la sociedad y en ese sentido la explotación ordenada de los bienes más allá de su distribución, se consigue por la propiedad privada.

A su vez, el hecho de estimarse la función social que conlleva, podría no operar dicha función como límite y de allí su dispensa, si se ingresa a la esencia de la misma

276 MEINVIELLE, Julio, *Conceptos fundamentales de la economía*, Buenos Aires, Editorial Nuestro Tiempo,1953, p 98.

277 "el derecho de propiedad es un derecho secundario o derivado. En efecto, y pese a su carácter de atributo fundamental de la persona, la propiedad se inscribe entre los derechos que hacen a la conservación de la existencia. El derecho a la conservación de la propia vida es un atributo radical primario, de todo ser humano por el sólo hecho de ser tal. De la tendencia natural a nuestra conservación, deriva el derecho de todo hombre a la libre disposición de los bienes necesarios a dicha subsistencia. Si el hombre no puede vivir sin utilizar y consumir bienes materiales, el derecho a la vida sería una mera ficción si no involucrara la disponibilidad efectiva de los bienes básicos indispensables. Este derecho natural a la libre disposición de los bienes es anterior al derecho de propiedad privada sobre los mismos. En esta perspectiva, el derecho de propiedad se sigue a manera de medio indispensable para asegurar más eficazmente la libre disposición de bienes para todos los hombres. Esta reflexión pone de manifiesto la gravedad del error liberal según el cual la propiedad no admite limitación alguna... Por el contrario, el orden natural señala que no es un derecho absoluto sino subordinado a otro aún más fundamental y anterior: "sobre el uso de los bienes materiales, Nuestro predecesor muestra que el derecho de todo hombre a hacerlos servir a su alimentación y conservación debe pesar antes que todos los demás derechos concernientes a la vida económica y, por consiguiente, es anterior al mismo derecho de propiedad privada" (*Mater et Magistra*, n. 43; Pío XII Alocución del 24-12-42). El carácter derivado del derecho de propiedad exige que debamos distinguir entre el derecho mismo y las diferentes instituciones, estructuras o regímenes particulares que los pueblos crean para su aplicación concreta a la vida diaria. Mientras aquél tiene permanente vigencia sus formas de concreción práctica variarán según las circunstancias: "lo mismo en efecto, que cualquier otra institución de la vida social, el régimen de la propiedad no es absolutamente inmutable" (*Quadragésimo Anno*, n. 54). "Las normas jurídicas positivas que regulan la propiedad privada, pueden variar y restringir en mayor o menor medida su uso" (Pío XII, Radiomensaje del 24-12-42; Radiomensaje del 1-9-44). Claro está que las formas concretas de regulación de los diferentes sistemas de propiedad, deberán dejar siempre a salvo las exigencias del orden natura" (Pío XII, Radiomensaje del 24-12-55)", SACHERI, Carlos A., *El orden natural*, Buenos Aires, Ediciones del Cruzamonte. 5ta. Edición, 1980, p 65.

propiedad que contiene dentro de ella su sentido social. Es decir, lo social de la propiedad la desborda y ello no permite caer en posiciones antagónicas a la misma; por el contrario, es conocer la sustancia completa de la propiedad. Ella lleva en su ser la función social, en tanto su sujeto es la persona y su desarrollo es en la sociedad, tributando al bien individual y al bien común de dicha sociedad en la que se desarrolla.

4. b) Doctrina Social de la Iglesia Católica sobre la propiedad y su función social.

El derecho de propiedad y la vulneración que ha sufrido ha sido abordado por la Iglesia Católica, quien a través de sus documentos eclesiales expresaron a lo largo de la historia como el mismo fue atacado a través de sistemas políticos que lo suprimieron y vulneraron, tratando de obtener -en definitiva-, la reducción y negación de los derechos de la persona humana en su despliegue hacia la perfección a fin de arribar a la destrucción de lo individual, lo común en la sociedad y a la sociedad misma. Esta perturbación no pasó desapercibida por la Iglesia Católica quien se expresó en el sentido de defender el derecho de propiedad, significando su trascendencia como derecho natural que asume una función social en tanto su desarrollo se desenvuelve en el ámbito de la comunidad. En este cometido cabe resaltar como fue tratado el derecho de propiedad, enumerando y resaltando postulados sobre el mismo que ponen de relieve no sólo el orden natural al que pertenece sino la situación de peligro y destrucción cuando el mismo es negado.

En el año 1848, Marx y Engel publican el Manifiesto comunista y en 1891 el Papa León XIII publica la Carta Encíclica "*Rerum Novarum*" dirigida a la situación por la que estaban atravesando los obreros. El contexto social que atravesaba la humanidad, no escapa al Pontífice en ningún aspecto de la persona humana en su dinámica vital. La División del trabajo, el salario (la línea entonces dominante, como si fuera una ley natural era que el salario del obrero debía permanecer en el límite de lo necesario para la supervivencia reconociendo la incidencia de las ideas de David Ricardo), el capital, los precios, las leyes del mercado, la posición frente al liberalismo, socialismo, la

dominación del individualismo liberal son objetos de su reflexión, explicando los motivos naturales en que se afinca la condición humana y enalteciendo a la persona como sujeto de derechos. La concepción de la propiedad como derecho natural encuentra su esplendor en esta Encíclica. Una propiedad privada que se asume como derecho perteneciente a cada persona, agregando la distribución de ella a cada una, pero sin omitir que su servicio es común para la utilidad de todos[278]. Así reivindica el carácter natural de las posesiones privadas como también de la apropiación que hace la persona por medio del trabajo y concibe, en forma indeclinable, el carácter inviolable de la propiedad privada[279]. La inviolabilidad de la propiedad también encuentra su licitud en la recta posesión del dinero y de su uso y también de los bienes materiales en tanto derecho natural del hombre, destacando su condición de necesario[280] remarcando que cuando en dicha Encíclica se refiere a que la persona debe considerar las cosas externas como comunes, es en el sentido social, de la participación del otro en comunidad; insistiendo en la importancia de que las leyes favorezcan a la propiedad, fundamentalmente (en el contexto histórico en el que se publicó la misma) al sector obrero[281], destacando que la condición de la propiedad privada no sea absorbida por la dureza de los tributos e impuestos. Se ocupa también de la función de los gobernantes en el cultivo del bien común. Claramente se desarrolla el alcance del bien individual de

278 "y consiguientemente debió tener por naturaleza, antes de que se constituyera comunidad política alguna, el derecho de velar por su vida y por su cuerpo. El que Dios haya dado la tierra para usufructuarla y disfrutarla a la totalidad del género humano no puede oponerse en modo alguno a la propiedad privada. Pues se dice que Dios dio la tierra en común al género humano no porque quisiera que su posesión fuera indivisa para todos, sino porque no asignó a nadie la parte que habría de poseer, dejando la delimitación de las posesiones privadas a la industria de los individuos y a las instituciones de los pueblos. Por lo demás, a pesar de que se halle repartida entre los particulares, no deja por ello de servir a la común utilidad de todos, ya que no hay mortal alguno que no se alimente con lo que los campos producen. Los que carecen de propiedad, lo suplen con el trabajo; de modo que cabe afirmar con verdad que el medio universal de procurarse la comida y el vestido está en el trabajo, el cual, rendido en el fundo propio o en un oficio mecánico, recibe, finalmente, como merced no otra cosa que los múltiples frutos de la tierra o algo que se cambia por ellos", SUMO PONTIFICE LEON XIII, *Rerum Novarum*, op. cit.

279 "Por lo tanto, cuando se plantea el problema de mejorar la condición de las clases inferiores, se ha de tener como fundamental el principio de que la propiedad privada ha de conservarse inviolable", SUMO PONTIFICE LEON XIII, *Rerum Novarum*, op. cit.

280 "Es lícito que el hombre posea cosas propias. Y es necesario también para la vida humana", SUMO PONTIFICE LEON XIII, *Rerum Novarum*, ibidem

281 "el derecho de propiedad debe considerarse inviolable. Por ello, las leyes deben favorecer este derecho y proveer, en la medida de lo posible, a que la mayor parte de la masa obrera tenga algo en propiedad. Con ello se obtendrían notables ventajas, y en primer lugar, sin duda alguna, una más equitativa distribución de las riquezas", SUMO PONTIFICE LEON XIII, *Rerum Novarum*, ibidem

cada persona en equilibrio con el bien común de la sociedad[282]. El orden social justo que se propugna en la "*Rerum Novarum*", que reivindica la propiedad privada y la enaltece en su correlato con el bien común, lo hizo junto con los derechos de los obreros, su trabajo, su protección del salario, su derecho de asociación.

En 1930 conmemorando los cuarenta años de *Rerum Novarum*, el Papa Pío XI publica la Encíclica "*Quadragesimo anno*". En esta nueva Encíclica, se releva la expansión de los regímenes totalitarios, la lucha de clases, y se destaca como exigencia el respeto a la libertad de asociación confirmando los principios de solidaridad y colaboración, bajo las cuales se da la relación entre capital y el trabajo, reafirmando nuevamente la propiedad privada. Nuevamente se concibe al salario en su extensión a la persona trabajadora para sí y su familia, destacando el principio de subsidiariedad del estado en las relaciones privadas. Se resalta el rechazo al liberalismo afirmando el valor de la propiedad privada en su función social.

Los regímenes totalitarios que a la luz del mundo atentaron directamente contra los derechos de la persona conculcando sus derechos humanos entre ellos -como se señalara- el de la propiedad privada lo que también fue denunciado por el Papa Pío XI en Encíclicas como "*Non abbiamo bisogno*" (contra el régimen fascista), "*Mit brennender Sorge*" sobre la situación de la Iglesia durante el Reich Alemán[283]; en la que se destaca la redacción definitiva de quien sería Pío XII iniciada a instancia de los Obispos Alemanes. Con la Encíclica "*Divini Redemptoris*", efectúa la oposición al comunismo[284]. Destaca los derechos naturales y humanos de las personas citando al

282 "No es justo, ...que ni el individuo ni la familia sean absorbidos por el Estado; lo justo es dejar a cada uno la facultad de obrar con libertad hasta donde sea posible, sin daño del bien común y sin injuria de nadie. No obstante, los que gobiernan deberán atender a la defensa de la comunidad y de sus miembros", SUMO PONTIFICE LEON XIII, *Rerum Novarum*, ibidem

283 SUMO PONTIFICE PIO XI, *Non abbiamo bisogno*, Carta Encíclica acerca del fascismo y la acción católica, 29 de julio de 1931, website: vatican.va consultado el 8/08/20.

284 "Y por lo que toca a los errores del comunismo, ya en el año 1846 nuestro venerado predecesor Pío IX, de santa memoria, pronunció una solemne condenación contra ellos, confirmada después en el *Syllabus*. Dice textualmente en la encíclica *Qui pluribus*: ... la doctrina, totalmente contraria al derecho natural, del llamado comunismo; doctrina que, si se admitiera, llevaría a la radical subversión de los derechos, bienes y propiedades de todos y aun de la misma sociedad humana»...Más tarde, uno predecesor nuestro, de inmortal memoria, León XIII, en la encíclica *Quod Apostolici numeris*, definió el comunismo como «mortal enfermedad que se infiltra por las articulaciones más íntimas de la sociedad humana, poniéndola en peligro de muerte»", SUMO PONTIFICE PIO XI, *Divini Redemptoris*, Carta Encíclica Sobre el comunismo ateo, 19 de mayo de 1937, website: www.vatincan.va, consultado el

derecho a la vida y a la integridad corporal; el derecho a los medios necesarios para su existencia; el derecho de tender a su último fin por el camino que Dios le ha señalado; el derecho, finalmente, de asociación, de propiedad y del uso de la propiedad y aclara que carácter individual y social de la propiedad privada.

Con el Papa Pío XII, los radiomensajes navideños (que fuera ya mencionado en apartados de este estudio), se profundiza el orden social, la vigencia del derecho natural y la permanente vigencia de la justicia y la paz. El contexto internacional bélico (segunda guerra mundial) fue acompañado por el Pontífice instando a la paz, a la protección de los derechos humanos, a la condena de los regímenes totalitarios y al exaltación del bien común.

En el papado de Juan XXIII con la devastaciones de la guerra, se publica "*Mater et Magistra*" en donde está presente la cuestión social que aqueja a la humanidad y la necesidad de una cooperación económica mundial, actualizando documentos papales anteriores, destacando la dignidad de la persona, el derecho humano de propiedad y su función social[285]. Nuevamente en la Encíclica *Pacem in terris* se destaca el derecho de propiedad privada y su función social[286].

La Constitución Pastoral del Concilio Vaticano II que trata sobre «la Iglesia en el mundo contemporáneo», aprobado por los padres conciliares y promulgada el 7 de

---

10/05/20.

285 "Y como la propiedad privada lleva naturalmente intrínseca una función social, por eso quien disfruta de tal derecho debe necesariamente ejercitarlo para beneficio propio y utilidad de los demás... Por lo que toca al Estado, cuyo fin es proveer al bien común en el orden temporal, no puede en modo alguno permanecer al margen de las actividades económicas de los ciudadanos, sino que, por el contrario, de intervenir a tiempo, primero, para que aquéllos contribuyan a producir la abundancia de bienes materiales, «cuyo uso es necesario para el ejercicio de la virtud» (Santo Tomás de Aquino, *De regimine principum*, I, 15), y, segundo, para tutelar los derechos de todos los ciudadanos, sobre todo de los más débiles", SUMO PONTIFICE JUAN XXIII, *Mater et Magistra*, Carta Encíclica Sobre el reciente desarrollo de la cuestión social a la luz de la Doctrina Cristiana, 15 de mayo de 1961,website: www.vatincan.va, consultado el 06/06/20.

286 "Derecho a la propiedad privada. También surge de la naturaleza humana el derecho a la propiedad privada de los bienes, incluidos los de producción, derecho que, como en otra ocasión hemos enseñado, constituye un medio eficiente para garantizar la dignidad de la persona humana y el ejercicio libre de la propia misión en todos los campos de la actividad económica, y es, finalmente, un elemento de tranquilidad y de consolidación para la vida familiar, con el consiguiente aumento de paz y prosperidad en el Estado...Por último, y es ésta una advertencia necesaria, el derecho de propiedad privada entraña una función social", SUMO PONTIFICE JUAN XXIII, *Pacem in terris*, Carta Encíclica Sobre la paz entre todos los pueblos que ha de fundarse en la verad, la justicia, el amor y la libertad, 11 de abril de 1963,website: www.vatincan.va, consultado el 06/06/20.

diciembre de 1965 por el Papa Pablo VI, estudia orgánicamente a la comunidad política, la paz de la comunidad y de los pueblos, y a la luz de la visión antropológica cristiana en función del desarrollo de la persona humana vuelve nuevamente a destacar el carácter de la propiedad y su destino individual y común.

En la Encíclica "*Populorum Progressio*", Pablo VI remarca nuevamente a la propiedad de los bienes haciendo hincapié en el desarrollo solidario de la comunidad[287].

San Juan Pablo II, en su magnífica Encíclica "*Laborem exercens*" advierte sobre el vínculo del trabajo y la propiedad señalando los ataques sufridos por los regímenes liberales, socialistas y comunistas[288]. Destaca el valor de la propiedad en los medios de

287 "Sabido es con qué firmeza los Padres de la Iglesia han precisado cuál debe ser la actitud de los que poseen respecto a los que se encuentran en necesidad "...La tierra ha sido dada para todo el mundo y no solamente para los ricos»...Es decir, que la propiedad privada no constituye para nadie un derecho incondicional y absoluto. No hay ninguna razón para reservarse en uso exclusivo lo que supera a la propia necesidad cuando a los demás les falta lo necesario. En una palabra: «el derecho de propiedad no debe jamás ejercitarse con detrimento de la utilidad común, según la doctrina tradicional de los Padres de la Iglesia y de los grandes teólogos». Si se llegase al conflicto «entre los derechos privados adquiridos y las exigencias comunitarias primordiales», toca a los poderes públicos «procurar una solución con la activa participación de las personas y de los grupos sociales", SUMO PONTIFICE PABLO VI, *Popularum Progressio*, Carta Encíclica a los obispos, sacerdotes, religiosos y fieles de todo el mundo y a todos los hombres de buena voluntad sobre la necesidad de promover el desarrollo de los pueblos, 26 de marzo de 1967, website: www.vatincan.va, consultado el 10/06/20.

288 "Se sabe que en todo este período, que todavía no ha terminado, el problema del trabajo ha sido planteado en el contexto del gran conflicto, que en la época del desarrollo industrial y junto con éste se ha manifestado entre el «mundo del capital» y el «mundo del trabajo», es decir, entre el grupo restringido, pero muy influyente, de los empresarios, propietarios o poseedores de los medios de producción y la más vasta multitud de gente que no disponía de estos medios, y que participaba, en cambio, en el proceso productivo exclusivamente mediante el trabajo. Tal conflicto ha surgido por el hecho de que los trabajadores, ofreciendo sus fuerzas para el trabajo, las ponían a disposición del grupo de los empresarios, y que éste, guiado por el principio del máximo rendimiento, trataba de establecer el salario más bajo posible para el trabajo realizado por los obreros. A esto hay que añadir también otros elementos de explotación, unidos con la falta de seguridad en el trabajo y también de garantías sobre las condiciones de salud y de vida de los obreros y de sus familias. Este conflicto, interpretado por algunos como un conflicto socio-económico con carácter de clase, ha encontrado su expresión en el conflicto ideológico entre el liberalismo, entendido como ideología del capitalismo, y el marxismo, entendido como ideología del socialismo científico y del comunismo, que pretende intervenir como portavoz de la clase obrera, de todo el proletariado mundial. De este modo, el conflicto real, que existía entre el mundo del trabajo y el mundo del capital, se ha transformado en la lucha programada de clases, llevada con métodos no sólo ideológicos, sino incluso, y ante todo, políticos. Es conocida la historia de este conflicto, como conocidas son también las exigencias de una y otra parte. El programa marxista, basado en la filosofía de Marx y de Engels, ve en la lucha de clases la única vía para eliminar las injusticias de clase, existentes en la sociedad, y las clases mismas. La realización de este programa antepone la «colectivización» de los medios de producción, a fin de que a través del traspaso de estos medios de los privados a la colectividad, el trabajo humano quede preservado de la explotación. A esto tiende la lucha conducida con métodos no sólo ideológicos, sino también políticos. Los grupos inspirados por la ideología marxista como partidos políticos, tienden, en función del principio de la «dictadura del proletariado», y ejerciendo influjos de

producción y el respeto por el trabajo enalteciendo el valor de la dignidad de la persona en el respeto por el derecho de propiedad, y remarcando lo sostenido en las Encíclicas *Rerum Novarum* y *Mater et Magistra*. En la Encíclica "*Sollicitudo rei socialis*" conmemora San Juan Pablo II, el vigésimo aniversario de la Encíclica "*Populorum Progressio*" destacando el derecho de propiedad y nuevamente significando el sentido social del mismo[289]. Nuevamente en la Encíclica *Centesimus Annus* con motivo del centenario de la Encíclica Rerum Novarum destina un capítulo referido a la propiedad privada y el destino universal de los bienes; refiriendo a la propiedad individual de la tierra, la apropiación por medio del trabajo, la cooperación mutua, el trabajo humano como factor productivo de las riquezas inmateriales y materiales[290][291].

---

distinto tipo, comprendida la presión revolucionaria, al monopolio del poder en cada una de las sociedades, para introducir en ellas, mediante la supresión de la propiedad privada de los medios de producción, el sistema colectivista. Según los principales ideólogos y dirigentes de ese amplio movimiento internacional, el objetivo de ese programa de acción es el de realizar la revolución social e introducir en todo el mundo el socialismo y, en definitiva, el sistema comunista", SAN JUAN PABLO II, *Laborem exercens*, Carta Encíclica Sobre el trabajo humano en el 90 aniversario *de la Rerum Novarum*, 14 de septiembre de 1981, website: www.vatincan.va, consultado el 10/06/20.

289 "Es necesario recordar una vez más aquel principio peculiar de la doctrina cristiana: los bienes de este mundo están originariamente destinados a todos. El derecho a la propiedad privada es válido y necesario, pero no anula el valor de tal principio. En efecto, sobre ella grava «una hipoteca social», es decir, posee, como cualidad intrínseca, una función social fundada y justificada precisamente sobre el principio del destino universal de los bienes. En este empeño por los pobres, no ha de olvidarse aquella forma especial de pobreza que es la privación de los derechos fundamentales de la persona, en concreto el derecho a la libertad religiosa y el derecho, también, a la iniciativa económica", SAN JUAN PABLO II, *Sollicitudo rei socialis*, Carta Encíclica Al cumplirse el vigésimo aniversario de la *Popularum Progressio*, 30 de diciembre de 1987, website: www.vatincan.va, consultado el 10/06/20.

290 "Ahora bien, la tierra no da sus frutos sin una peculiar respuesta del hombre al don de Dios, es decir, sin el trabajo. Mediante el trabajo, el hombre, usando su inteligencia y su libertad, logra dominarla y hacer de ella su digna morada. De este modo, se apropia una parte de la tierra, la que se ha conquistado con su trabajo: he ahí el origen de la propiedad individual. Obviamente le incumbe también la responsabilidad de no impedir que otros hombres obtengan su parte del don de Dios, es más, debe cooperar con ellos para dominar juntos toda la tierra. A lo largo de la historia, en los comienzos de toda sociedad humana, encontramos siempre estos dos factores, el trabajo y la tierra; en cambio, no siempre hay entre ellos la misma relación. En otros tiempos la natural fecundidad de la tierra aparecía, y era de hecho, como el factor principal de riqueza, mientras que el trabajo servía de ayuda y favorecía tal fecundidad. En nuestro tiempo es cada vez más importante el papel del trabajo humano en cuanto factor productivo de las riquezas inmateriales y materiales; por otra parte, es evidente que el trabajo de un hombre se conecta naturalmente con el de otros hombres. Hoy más que nunca, trabajar es trabajar con otros y trabajar para otros: es hacer algo para alguien. El trabajo es tanto más fecundo y productivo, cuanto el hombre se hace más capaz de conocer las potencialidades productivas de la tierra y ver en profundidad las necesidades de los otros hombres, para quienes se trabaja...Existe otra forma de propiedad, concretamente en nuestro tiempo, que tiene una importancia no inferior a la de la tierra: es la propiedad del conocimiento, de la técnica y del saber. En este tipo de propiedad, mucho más que en los recursos naturales, se funda la riqueza de las naciones industrializadas", SAN JUAN PABLO II,

El Papa Benedicto XVI en la *Encíclica Caritas in Veritate* del 29 de junio de 2009, en su examen de la problemática humana observa el enriquecimiento de países y la pobreza extrema de otros invocando lo resaltado ya en la *Encíclica Popularumm Progressio*, poniendo de relieve la urgente necesidad del respeto por los derechos humanos especialmente de los trabajadores en el ámbito de la empresa. Destacando la existencia de áreas de conocimiento relativas a la propiedad intelectual fundamentalmente en materia sanitaria, que se han vuelto rígidas en su protección; destacando la existencia de una conciencia de la responsabilidad social en el ámbito de la empresa[292].

Centesimus Annus, Carta Encíclica En el centenario de la Rerum Novarum, 1 de septiembre de 1999, website: www.vatincan.va, consultado el 18/06/20.

291 Al efecto pueden verse también discursos pronunciados por San Juan Pablo II en donde se refiere al derecho de propiedad y a la distribución de los bienes. En el discurso pronunciado ante la ONU en fecha 4 de noviembre de 1979 "*Amenazas contra los derechos del hombre"* refirió: "...El primer tipo de amenaza sistemática contra los derechos del hombre está ligado en un sentido global a la distribución de los bienes materiales, tantas veces injusta bien sea en las sociedades concretas bien en el mundo entero. Es sabido que estos bienes son dados al hombre no sólo como riquezas de la naturaleza, sino que en su mayor parte son gozados por él como fruto de su múltiple actividad, desde el más sencillo trabajo manual y físico hasta las formas más complejas de la producción industrial..." ALSINA ROCA, José María Selección e introducciones: "La palabra del Papa Wojtyla", Barcelona, Ediciones Acervo 2da. Edición,, 1979, p 54 y en el discurso sobre "*La agricultura, base de una sana economía*", A los participantes en la Conferencia Mundial sobre Agricultura y Desarrollo Rural, 14 de julio de 1979 en Puebla, México señaló: "...Ciertamente el mandato divino de someter la naturaleza al servicio de la vida supone que la valoración racional y la utilización de los recursos de la naturaleza se orienten a la consecución de los fundamentales objetivos humanos (cfr. *Redemptor hominis*, 15). Esto también en conformidad con el principio básico del destino de los bienes de la tierra en beneficio de todos los miembros de la familia humana,...en el seno de cada uno de los países debe preverse una reforma fundamental que implique una reorganización de propiedad terrenas y la entrega del suelo productivo a los ciudadanos de forma estable y para disfrute directo, eliminando las formas y estructuras que son improductivas en perjuicio de la colectividad. La Constitución Pastoral *Gaudium et Spes* del Concilio Vaticano II ha rendido ya justicia a tales exigencias...insertando la búsqueda legítima de un más eficaz empleo productivo de la tierra con la preocupación más fundamental de que el trabajo de los cultivadores se desarrolle en condiciones, en la forma y para los objetivos que estén de acuerdo con su dignidad de persona...En el derecho de propiedad sobre la tierra permanece siempre inherente...una hipoteca social..." discurso a la III Conferencia General del Episcopado Latinoamericano III, 4: Puebla, 28-1-1979), ALSINA ROCA, José María, op. cit., p 104-105.

292 "...Hoy, el cuadro del desarrollo se despliega en múltiples ámbitos. Los actores y las causas, tanto del subdesarrollo como del desarrollo, son múltiples, las culpas y los méritos son muchos y diferentes. Esto debería llevar a liberarse de las ideologías, que con frecuencia simplifican de manera artificiosa la realidad, y a examinar con objetividad la dimensión humana de los problemas. Como ya señaló Juan Pablo II...la línea de demarcación entre países ricos y pobres ahora no es tan neta como en tiempos de la *Populorum progressio*. La riqueza mundial crece en términos absolutos, pero aumentan también las desigualdades. En los países ricos, nuevas categorías sociales se empobrecen y nacen nuevas pobrezas. En las zonas más pobres, algunos grupos gozan de un tipo de superdesarrollo derrochador y consumista, que contrasta de modo inaceptable con situaciones persistentes de miseria deshumanizadora.

El Papa Francisco en la Encíclica "*Laudato Si*" de fecha 24 de mayo de 2015 se ocupa del destino común de los bienes. En la misma retoma el concepto de la propiedad pero niega la pretensión de concepción de absoluta, en tanto asume la significación social de la misma invocando las palabras de San Juan Pablo II; enfocándose en el destino común de los bienes frente a un planteo de conciencia ecológica que incorpore la perspectiva social, señalando la subordinación de la propiedad al destino universal de los bienes en cuanto a su uso como regla en el comportamiento social[293].

Se sigue produciendo «el escándalo de las disparidades hirientes»...Lamentablemente, hay corrupción e ilegalidad tanto en el comportamiento de sujetos económicos y políticos de los países ricos, nuevos y antiguos, como en los países pobres. La falta de respeto de los derechos humanos de los trabajadores es provocada a veces por grandes empresas multinacionales y también por grupos de producción local. Las ayudas internacionales se han desviado con frecuencia de su finalidad por irresponsabilidades tanto en los donantes como en los beneficiarios. Podemos encontrar la misma articulación de responsabilidades también en el ámbito de las causas inmateriales o culturales del desarrollo y el subdesarrollo. Hay formas excesivas de protección de los conocimientos por parte de los países ricos, a través de un empleo demasiado rígido del derecho a la propiedad intelectual, especialmente en el campo sanitario. Al mismo tiempo, en algunos países pobres perduran modelos culturales y normas sociales de comportamiento que frenan el proceso de desarrollo. Sin embargo, también es verdad que se está extendiendo la conciencia de la necesidad de una «responsabilidad social» más amplia de la empresa. Aunque no todos los planteamientos éticos que guían hoy el debate sobre la responsabilidad social de la empresa son aceptables según la perspectiva de la doctrina social de la Iglesia, es cierto que se va difundiendo cada vez más la convicción según la cual la gestión de la empresa no puede tener en cuenta únicamente el interés de sus propietarios, sino también el de todos los otros sujetos que contribuyen a la vida de la empresa: trabajadores, clientes, proveedores de los diversos elementos de producción, la comunidad de referencia...", SUMO PONTIFICE BENEDICTO XVI, *Caritas in Veritate*, Carta Encíclica Sobre el desarrollo humano integral en la caridad y en la verdad, 19 de junio de 2009, website: www.vatincan.va, consultado el 18/06/20.

293 "...Mi predecesor Benedicto XVI renovó la invitación a «eliminar las causas estructurales de las disfunciones de la economía mundial y corregir los modelos de crecimiento que parecen incapaces de garantizar el respeto del medio ambiente»... Recordó que el mundo no puede ser analizado sólo aislando uno de sus aspectos, porque «el libro de la naturaleza es uno e indivisible», e incluye el ambiente, la vida, la sexualidad, la familia, las relaciones sociales, etc. Por consiguiente, «la degradación de la naturaleza está estrechamente unida a la cultura que modela la convivencia humana»...El Papa Benedicto nos propuso reconocer que el ambiente natural está lleno de heridas producidas por nuestro comportamiento irresponsable. También el ambiente social tiene sus heridas. Pero todas ellas se deben en el fondo al mismo mal, es decir, a la idea de que no existen verdades indiscutibles que guíen nuestras vidas, por lo cual la libertad humana no tiene límites. Se olvida que «el hombre no es solamente una libertad que él se crea por sí solo. El hombre no se crea a sí mismo. Es espíritu y voluntad, pero también naturaleza»...Con paternal preocupación, nos invitó a tomar conciencia de que la creación se ve perjudicada «donde nosotros mismos somos las últimas instancias, donde el conjunto es simplemente una propiedad nuestra y el consumo es sólo para nosotros mismos. El derroche de la creación comienza donde no reconocemos ya ninguna instancia por encima de nosotros, sino que sólo nos vemos a nosotros mismos»...De diversas maneras, los pueblos en vías de desarrollo, donde se encuentran las más importantes reservas de la biosfera, siguen alimentando el desarrollo de los países más ricos a costa de su presente y de su futuro. La tierra de los pobres del Sur es rica y poco contaminada, pero el acceso a la propiedad de los bienes y recursos para satisfacer sus necesidades vitales les está vedado por un sistema de relaciones comerciales y de propiedad estructuralmente perverso. Es necesario que los países desarrollados contribuyan a resolver

En la Enclíca "*Fratelli Tutti*" de fecha 3 de octubre de 2020, el Papa estima al derecho de propiedad como un derecho natural secundario y derivado del principio del destino universal de los bienes "...primer principio de todo el ordenamiento ético-social...es un derecho natural, originario y prioritario….Todos los demás derechos sobre los bienes necesarios para la realización integral de las personas, incluidos el de la propiedad privada y cualquier otro, «no deben estorbar, antes al contrario, facilitar su realización», como afirmaba san Pablo VI...El derecho a la propiedad privada sólo puede ser considerado como un derecho natural secundario y derivado del principio del destino universal de los bienes creados, y esto tiene consecuencias muy concretas que deben reflejarse en el funcionamiento de la sociedad. Pero sucede con frecuencia que los derechos secundarios se sobreponen a los prioritarios y originarios, dejándolos sin relevancia práctica" destacando que "Siempre, junto al derecho de propiedad privada, está el más importante y anterior principio de la subordinación de toda propiedad privada al destino universal de los bienes de la tierra y, por tanto, el derecho de todos a su uso...Esto se fundamenta en el sentido positivo que tiene el derecho de propiedad: cuido y cultivo algo que poseo, de manera que pueda ser un aporte al bien de

---

esta deuda limitando de manera importante el consumo de energía no renovable y aportando recursos a los países más necesitados para apoyar políticas y programas de desarrollo sostenible. La tierra nos precede y nos ha sido dada. Por eso, Dios niega toda pretensión de propiedad absoluta...Esta responsabilidad ante una tierra que es de Dios implica que el ser humano, dotado de inteligencia, respete las leyes de la naturaleza y los delicados equilibrios entre los seres de este mundo,...Hoy creyentes y no creyentes estamos de acuerdo en que la tierra es esencialmente una herencia común, cuyos frutos deben beneficiar a todos. Para los creyentes, esto se convierte en una cuestión de fidelidad al Creador, porque Dios creó el mundo para todos. Por consiguiente, todo planteo ecológico debe incorporar una perspectiva social que tenga en cuenta los derechos fundamentales de los más postergados. El principio de la subordinación de la propiedad privada al destino universal de los bienes y, por tanto, el derecho universal a su uso es una «regla de oro» del comportamiento social y el «primer principio de todo el ordenamiento ético-social»...La tradición cristiana nunca reconoció como absoluto o intocable el derecho a la propiedad privada y subrayó la función social de cualquier forma de propiedad privada. San Juan Pablo II recordó con mucho énfasis esta doctrina, diciendo que «Dios ha dado la tierra a todo el género humano para que ella sustente a todos sus habitantes, sin excluir a nadie ni privilegiar a ninguno»...Remarcó que «no sería verdaderamente digno del hombre un tipo de desarrollo que no respetara y promoviera los derechos humanos, personales y sociales, económicos y políticos, incluidos los derechos de las naciones y de los pueblos»...Con toda claridad explicó que «la Iglesia defiende, sí, el legítimo derecho a la propiedad privada, pero enseña con no menor claridad que sobre toda propiedad privada grava siempre una hipoteca social, para que los bienes sirvan a la destinación general que Dios les ha dado»...Por lo tanto afirmó que «no es conforme con el designio de Dios usar este don de modo tal que sus beneficios favorezcan sólo a unos pocos»...Esto cuestiona seriamente los hábitos injustos de una parte de la humanidad...", SUMO PONTIFICE FRANCISCO, *Laudato Si*, Carta Encíclica Sobre el cuidado de la casa común, 24 de mayo de 2015, website: www.vatincan.va, consultado el 18/06/20.

todos...”[294].

c) Destino común de los bienes.

Como se dijera la propiedad en su relación con los bienes exteriores, estos reconocen en un primer estadio que son naturales al dominio de todas las personas, lo que confiere solidaridad y el primado de la subsistencia de la persona. Es por ello que se ensalza el destino común de los bienes, en tanto permite el destino universal de la sociedad que es la perfección a través de la consagración del bien común, como ya se expusiera. De allí que la persona en su individualidad, el vincularse a cosas exteriores resulta lícito y de derecho natural, en tanto obra su comprobación en el hecho social de apropiación y de uso. Ello luego, será recogido por la norma positiva en cuanto a la regla de su distribución.

El destino social que conlleva la propiedad responde también a la dignidad de la persona humana, en el cumplimiento de su fin individual y común. Es por ello, que esta perspectiva excluye de la apropiación bienes que son comunes a toda la humanidad y que sin perder su esencialidad social, imponen la obligación y el deber de su respeto y preservación en pos de toda la humanidad. El Papa Francisco lo subraya en su Encíclica “*Fratelli Tutti*”, al concebir a este destino universal de los bienes como prioritario, originario y del derecho natural. Sus palabras, permiten recordar, esa comunidad primera en la que vivía la humanidad, y de la cual quedan vestigios tangibles respecto esos bienes exteriores que resultan del orden natural y que nadie puede apropiarse; porque rectamente su esencia radica en que hacen a la subsistencia de todo el planeta. En la Exhortación Apostólica Postsinodal “Querida Amazonía”, valientemente el Pontífice en fecha 2 de febrero de 2020, expresa “...A los emprendimientos, nacionales o internacionales, que dañan la Amazonía y no respetan el derecho de los pueblos originarios al territorio y a su demarcación, a la autodeterminación y al consentimiento previo, hay que ponerles los nombres que les corresponde: injusticia y crimen. Cuando

294 SUMO PONTIFICE FRANCISCO, *Fratelli Tutti,* Carta Encíclica Sobre la fraternidad y la amistad social, 3 de octubre de 2020, website: www.vatincan.va, consultado el 18/06/20.

algunas empresas sedientas de rédito fácil se apropian de los territorios y llegan a privatizar hasta el agua potable, o cuando las autoridades dan vía libre a las madereras, a proyectos mineros o petroleros y a otras actividades que arrasan las selvas y contaminan el ambiente, se transforman indebidamente las relaciones económicas y se convierten en un instrumento que mata...”[295]. El sentido comunitario de la Amazonía como bien de toda la humanidad y también el respeto de los pueblos que alberga y que hacen al modo de custodios de la misma, explican un espíritu de comunión humana. Y así lo sostiene el Pontífice “...Entonces, sin disminuir la importancia de la libertad personal, se evidencia que los pueblos originarios de la Amazonia tienen un fuerte sentido comunitario. Ellos viven de ese modo «el trabajo, el descanso, las relaciones humanas, los ritos y las celebraciones. Todo se comparte,... La vida es un camino comunitario donde las tareas y las responsabilidades se dividen y se comparten en función del bien común. No hay lugar para la idea de individuo desligado de la comunidad o de su territorio».Esas relaciones humanas están impregnadas por la naturaleza circundante, porque ellos la sienten y perciben como una realidad que integra su sociedad y su cultura, como una prolongación de su cuerpo personal, familiar y grupal...el cuidado de las personas y el cuidado de los ecosistemas son inseparables, esto se vuelve particularmente significativo allí donde «la selva no es un recurso para explotar, es un ser, o varios seres con quienes relacionarse...”[296]. La Amazonía es un ejemplo de preservación de un ecosistema que permite el uso de toda la humanidad. Allí se despliega el significado de social de la propiedad y a la vez de comunitaria, legitimando a los pueblos originarios que allí residen como custodios de la misma. “...La sabiduría de los pueblos originarios de la Amazonía «inspira el cuidado y el respeto por la creación, con conciencia clara de sus límites, prohibiendo su abuso. Abusar de la naturaleza es abusar de los ancestros, de los hermanos y hermanas, de la creación, y del Creador, hipotecando el futuro»...Los indígenas, «cuando permanecen en sus territorios, son precisamente ellos quienes mejor los cuidan»...siempre que no se dejen atrapar por los cantos de sirena y por las ofertas

295 SUMO PONTIFICE FRANCISCO, *Exhortación Apostólica Postsinodal “Querida Amazonía”*, 2 de febrero de 2020, website: www.vatincan.va, consultado el 18/06/20

296 SUMO PONTIFICE FRANCISCO, *Exhortación Apostólica Postsinodal “Querida Amazonía*...op. cit.

interesadas de grupos de poder. Los daños a la naturaleza los afectan de un modo muy directo y constatable..."[297].

San Juan Pablo II refería a la hipoteca social que tenía la propiedad justamente porque los bienes deben lograr el beneficio de todos, y entonces tanto en aquellos bienes exteriores que legítimamente permiten su apropiación como aquellos otros que son comunes a la humanidad entera, se cumplimenta la función social de la propiedad.

La idea de los bienes comunes es reconocida en el sistema jurídico internacional, véase como ejemplo los fondos marinos, los cuerpos celestes que forman parte del patrimonio común de la humanidad. El cuerpo normativo internacional parten de la idea originaria de los bienes comunes (*res communis*, *res communes humanitatis* o *res communis ommnium* existentes en el derecho romano, incorporados a su teoría del dominio). Esta idea fue conservada a lo largo de los años y desarrollada por la cristiandad occidental hasta llegar a la escolástica tardía y miembros prominentes como Tomás de Aquino y Francisco de Vitoria. Este último cuando se refiere al derecho de gentes lo concibe como "un derecho internacional público, común a todas las gentes o naciones del mundo, y establecido por acuerdo y consentimiento virtual o equivalente de todas ellas...se infiere que el derecho de gentes no se puede violar lícitamente por nadie, porque obliga a todas las gentes, ya que fue establecido por el común consentimiento de todas ellas y violarlo por una de las partes es una injusticia manifiesta"[298].

Este "destino común de los bienes" de los que habla la Encíclica justamente encuentra su protección en el derecho de gentes o en el sistema jurídico del derecho internacional público, por el objeto que comprende. Este derecho de gentes o derecho internacional al cual ya nos hemos referido, (si bien ha sido considerado eminentemente positivo) el consenso internacional que se logra, se sostiene, reconoce un fundamento de derecho natural que es común a ambos y por lo tanto a la humanidad. En la Exhortación Sinodal de la Amazonía con claridad se expone "...el equilibrio planetario depende también de la salud de la Amazonía. Junto con el bioma del Congo y del Borneo,

297 SUMO PONTIFICE FRANCISCO, *Exhortación Apostólica Postsinodal "Querida Amazonía*...ibidem.
298 RAMIREZ, Santiago, *El derecho*... op. cit., p 141.

deslumbra por la diversidad de sus bosques, de los cuales también dependen los ciclos de las lluvias, el equilibrio del clima y una gran variedad de seres vivos. Funciona como un gran filtro del dióxido de carbono, que ayuda a evitar el calentamiento de la tierra. En gran parte, su suelo es pobre en humus, por lo cual la selva «crece realmente sobre el suelo y no del suelo»...Cuando se elimina la selva, esta no es reemplazada, porque queda un terreno con pocos nutrientes que se convierte en territorio desértico o pobre en vegetación. Esto es grave, porque en las entrañas de la selva amazónica subsisten innumerables recursos que podrían ser indispensables para la curación de enfermedades. Sus peces, frutas y otros dones desbordantes enriquecen la alimentación humana. Además, en un ecosistema como el amazónico, la importancia de cada parte en el cuidado del todo se vuelve ineludible. Las tierras bajas y la vegetación marina también necesitan ser fertilizadas por lo que arrastra el Amazonas. El grito de la Amazonía alcanza a todos porque la «conquista y explotación de los recursos...amenaza hoy la misma capacidad de acogida del medioambiente: el ambiente como "recurso" pone en peligro el ambiente como "casa..." [299]. Son bienes comunes de todas la humanidad y allí se vivifica el destino común de los bienes, este primer principio que subsume a la propiedad y la despliega en su sustancia como social.

4. d) Alcances del derecho de propiedad en el vínculo de la persona con los bienes exteriores.

Como se dijera, la propiedad en el vínculo de la persona con los bienes exteriores encuentra su sustento en el derecho natural y es lícito su despliegue en tanto permite el alcance de sus fines individuales y comunitarios. Siendo la propiedad una institución personal y humana, natural a la persona, se puede afirmar que el objeto al que alcanza no se limite sólo a la tierra y su distribución; sino que en tanto la transformación inteligente por parte de la persona del medio, existe una convergencia de esta energía humana llamada trabajo aplicada al mundo material y a la tierra y esta

299 SUMO PONTIFICE FRANCISCO, *Exhortación Apostólica Postsinodal "Querida Amazonía*...op. cit.

conjugación de capital y tierra conlleva a referirse a los medios de producción[300] . Es por ello la importancia de su distribución, ya que conforme sea la misma en tanto el acceso de la persona humana a la propiedad impedirá caer en sociedades de tipo capitalista, colectivista o socialista[301]. Tal importancia tiene la distribución de la propiedad en tanto hace a la estabilidad social que la ausencia de la misma en términos del ensayista, doctrinario y político inglés Hilaire Belloc ocasiona el surgimiento de un "Estado Servil" definiéndolo como "...aquel régimen social en que las familias y los individuos se hallan en número tan considerable obligados por la legislación positiva a trabajar en beneficio de otras familias e individuos, que imprimen sobre toda la comunidad la marca de tal género de trabajo..."[302]; aclarando que esas personas obligadas no poseen ni libertad ni propiedad alguna. El Estado Servil suprime la libertad que acompaña a la propiedad y surge como una manifestación distinta al estado socialista, comunista o capitalista, los que atentan en su diseño político en forma directa contra este derecho. Ello así, en tanto los medios de producción son asumidos y dirigidos por funcionarios del estado quienes también distribuyen la riqueza o en el otro extremo, se produce una explotación de la persona por la persona reduciéndola a un mero objeto de trabajo o privándola de su dignidad sin oferta de trabajo alguno, sosteniéndola el estado con subvenciones que pierdan su esencia de "ayuda" para convertirse en única fuente de sustento.

Asimismo y desde la perspectiva en estudio, la propiedad incluye a los medios de producción y a su dominio. Esta propiedad en su alcance requiere de su conjugación con la libertad que exige su práctica. Es decir "...en ausencia de ella la cultura humana

300 "...Propiedad es un término usado para designar el régimen de convivencia en virtud del cual se entrega a una persona o corporación el dominio de la tierra y de la riqueza hecha mediante la tierra, incluyendo por tanto todos los medios de producción", BELLOC, Hilaire, *El Estado…,* op. cit, p 34.

301 "en que la propiedad privada de la tierra y el capital -vale decir, la posesión y por tanto el dominio, de los medios de producción- está limitada a cierto número de ciudadanos libres no lo suficientemente grande como para determinar la masa social del Estado, mientras que los restantes carecen de tal propiedad y son, por tanto proletarios; el procedimiento mediante el cual se produce la riqueza en una sociedad de ese tipo sólo puede ser la aplicación del trabajo -cuya masa determinante ha de ser necesariamente proletaria- a la tierra y el capital, de tal modo que, de la riqueza total producida, el proletario que trabaja no recibe más que una parte….colectivista o socialista una sociedad ideal en que los medios de producción se encuentran en poder de los agentes políticos de la comunidad..." , BELLOC, Hilarie, *El Estado…,*ibidem, p. 35.

302 BELLOC, Hilarie, *El Estado…* op. cit., p 36.

termina por decaer y sin duda que otro tanto ocurre con la ciudadanía. Las células del cuerpo político se atrofian y la mayoría de los hombres carecen en definitiva de una opinión propia, pasando a ser instrumentos de los pocos que retienen en sus manos la propiedad de la tierra, de los recursos naturales y de las reservas. Tan imprescindible es la propiedad para el desarrollo de una vida plena...[303].

En la Encíclica *Rerum Novarum* el Pontífice León XIII destacó la propiedad privada de la tierra[304], remarcando el derecho a poseer de la persona y de la familia, enfrentándose a los sistemas donde imperaba la propiedad colectiva de los medios de producción, oponiéndose a la estatalización de los medios de producción y significando el rol del estado en la salvaguarda de las relaciones económicas a fin de lograr cierta igualdad para que uno de ellas no supere en poder a la otra reduciéndola a la esclavitud, lo cual vuelve a ser expuesto en la Encíclica *Centesimus Annus*. Por otro lado el sistema socialista que en definitiva configura un capitalismo de estado, no configura una sociedad basada en el trabajo en libertad, en la participación y en la empresa. La propiedad privada en su respeto y ejercicio supone claramente el respeto de los bienes de producción y de los bienes de consumo[305].

---

303 BELLOC, Hilaire, *La restauración de la propiedad*, Traducción Alfredo Walker, Buenos Aires, Editorial Poblet, 1949, p 15.

304 "...Lo que se acusa y sobresale en nosotros, lo que da al hombre el que lo sea y se distinga de las bestias, es la razón o inteligencia. Y por esta causa de que es el único animal dotado de razón, es de necesidad conceder al hombre no sólo el uso de los bienes, cosa común a todos los animales, sino también el poseerlos con derecho estable y permanente, y tanto los bienes que se consumen con el uso cuanto los que, pese al uso que se hace de ellos, perduran...", SUMO PONTIFICE LEON XIII, *Rerum novarum*, op. cit.

305 "...La respuesta es terminante; no basta el reconocimiento a disponer de los bienes de consumo; la propiedad privada ha de extenderse a los bienes de producción (ver *Mater et Magistra*, n. 109). Sin éstos, la misma propiedad de los bienes de consumo peligra, como lo ha señalado claramente el P. Calvez S.J.: Debemos precavernos, en efecto, contra una ilusión: la de una verdadera propiedad de los bienes de consumo en ausencia de una propiedad o control de los medios de producción. En ausencia de tal control, la propiedad de los bines de consumo no es sino algo otorgado; se vuelve algo secundario y dependiente" (Revue de l´Action Populaire, junio 1965, p. 661). En efecto, sin propiedad privada de los bienes productivos o de capital, el Estado anónimo dispensaría como dueño absoluto el derecho al consumo para cada individuo. La triste ilustración de esta utopía, está dada por las economías de trabajo forzado en los países comunistas, en los cuales se recure con frecuencia a los bonos de racionamiento para digitar el consumo de cada ciudadano. Del mismo modo que el hombre se proyecta en su dominio sobre las cosas mediante la propiedad, así también la vida familiar requiere necesariamente el acceso a la propiedad privada. El ejercicio pleno de las responsabilidades familiares, requiere el ser dueño de los bienes e instrumentos indispensables prueba de ello, es que la familia se ve desconocida en aquellos países que relegan al estado la propiedad de los bienes. En este sentido, cabe recordar que el derecho de propiedad

Las limitaciones a los alcances del derecho de propiedad y por consiguiente a la libertad son puestos de manifiesto en los sistemas políticos que abogan por el capitalismo, socialismo o comunismo ya que siempre conllevan una afectación a la distribución de la propiedad. Belloc sostenía al distributismo en la propiedad ya que implica "...la distribución más amplia de la propiedad, hasta que esta institución grabe su sello en todo el Estado, y hasta que los ciudadanos libres se hallan en posesión de capital o de tierra, sino de ambos a la vez..."[306] Concluía en la objeción al colectivismo puesto que se ponía a los medios de producción en manos de los agentes políticos de la comunidad y la restitución de la propiedad en el contexto de un estado distributivo permite que los ciudadanos posean individualmente los medios de producción. ("El estado capitalista engendra una teoría colectivista que, al actuarse, produce algo completamente distintos del colectivismo, a saber: el estado servil..."[307]. Esta corriente distributista con fundamentos morales en el respeto al derecho de propiedad, que justamente permite el acceso a la misma, también conlleva, la definiciones sobre el trabajo, el salario de los obreros, como corriente de organización socioeconómica que se estima postindustrial que revaloriza las organizaciones gremiales y que conlleva los rasgos de subsidariedad, solidaridad y cooperación, lo que podrá ser observado en la democracia cristiana como ideología de posguerra en Europa y que trascendió sus fronteras.

5. El derecho de propiedad en el régimen de la Codificación Civil Argentina. Lineamientos generales.

Para iniciar este acápite se vuelve menester señalar que el contenido mínimo de los derechos fundamentales "...se descubre preguntando que condiciones sociales son necesarias para hacer posible que las personas realicen su idea del bien y desarrollen y

---

privada implica el derecho a la transmisión hereditaria de la propiedad… sin herencia no hay prosperidad familiar, pues el hombre tiende naturalmente a asegurar el futuro de sus hijos, y en razón de ellos, tiende a producir en abundancia...", SACHERI, Carlos A., op. cit., p 67.

306 BELLOC, Hilaire, *El estado...*, op. cit., p 110.

307 BELLOC, Hilaire, *El estado...*, ibidem, p 111.

ejerzan sus capacidades morales. El individuo necesita de algunos bienes de esa índole para desempeñarse minimamente en sociedad: libertad, trabajo, vivienda, educación, salud. Se trata de bienes que hacen la calidad humana y el Derecho, como la organización social y económica, sirve al hombre; ...esos bienes fundamentales son un mínimo social, una base que hace al buen funcionamiento de la organización humana y que le permite seguir llamándose de tal manera..."[308]. Se puede decir que este piso mínimo de bienes esenciales a los que puede acceder se encuentra íntimamente vinculado a los derechos fundamentales (por estar así reconocidos en la Constitución Nacional Argentina como se sostuviera en apartados anteriores) y ello así en el art. 75 inc. 23 de dicha Carta Magna se le atribuye al Congreso la facultad de promover y legislar medidas de acción positivas que aseguren el pleno goce y ejercicio de los derechos constitucionales y los reconocidos en los tratados supralegales. El Derecho de propiedad en el diseño de la Codificación Argentina reconocido en el art. 75 inc. 17 de la Constitución Nacional, se desenvuelve en el marco del diseño de la codificación conferido a los derechos individuales, de incidencia colectiva, de las comunidades indígenas, de los derechos reales, en los contratos, en la propiedad intelectual, etc.; en la inteligencia no sólo de su regulación sino de permitir el acceso al mismo por parte de lo integrantes de la sociedad política.

5. a) Derechos individuales, de incidencia colectiva, propiedad comunitaria indígena en el Código Civil y Comercial Argentino. Derecho de propiedad como derecho subjetivo.

Indudablemente que el fenómeno de la codificación fue el resultado de la creación del Estado Nacional[309]. La existencia de los microsistemas legislativos (como

308 LORENZETTI, Ricardo Luis, *Garantías sustantivas y procesales en Teoría de la decisión judicial – Fundamentos de Derecho,* Santa Fe, Editorial Rubinzal Culzoni, 2006, p 148.

309 "...El Código fue un reflejo de la creación del Estado Nacional; su pretensión era ordenar las conductas jurídico-privadas de los ciudadanos de forma igualitaria; una sola norma aplicable para todos los ciudadanos por igual, sean nacionales o extranjeros (art. 1°, Cód. Civ. y Comercial Argentino). El Código significó una garantía de separación entre la sociedad civil y el Estado. Con anterioridad, si una cuestión no podía resolverse por las leyes civiles, se remitía al soberano; ahora en cambio se resuelve

fenómeno que se desprende de la descodificación con crecimiento propio como lo fue -a modo de ejemplo- en el área del Derecho de Daños), la actual codificación en su reforma (promulgado en octubre de 2014, entrando en vigencia el 1 de agosto de 2015) trata de lograr la unidad normativa[310] [311]. El estado de derecho que fuera concebido como límite al poder, dentro de la codificación se encuentra explicitado en numerosas disposiciones como ser aquellas que reconocen como límite la organización autónoma de la vida familiar y los derechos personalísimos. Y es así que se sostiene que "...El estado de derecho también implica la realización del proyecto constitucional mediante normas de buen gobierno...en cuanto al sistema social, se reconocen derechos individuales tradicionales, pero también existe un límite fijado por el principio de sociabilidad de los derechos..."[312].

El Código actual innova en lo que reiteradamente es reconocido como la constitucionalización del Derecho Privado[313]. Ello así se establece una comunidad normativa del Derecho Público y Privado receptando el texto constitucional y de los

---

mediante leyes análogas o principios generales del derecho (art. 16 y nota, Cód. Civ. Argentino)...el Código es un orden racional que se propone regular en todos los tiempos y latitudes...", LORENZETTI, Ricardo Luis, *Las normas fundamentales*...op. cit., p 13.

310 "...Un Código del siglo XXI es un proceso de recodificación y de resistematización: en el primer aspecto se trata de pasar de un Código de reglas determinadas y autosuficientes a uno que contenga reglas, principios y valores capaces de constituirse en premisas básicas para el funcionamiento del derecho privado con la suficiente flexibilidad como para permitir su adaptabilidad; en el segundo aspecto, el Código es pensado como un sistema, es decir que su pretensión es articular las diversas partes del ordenamiento de modo coherente y flexible", LORENZETTI, Ricardo Luis, *Fundamentos de Derecho Privado. Código Civil y Comercial de la Nación Argentina*, Buenos Aires, Editorial La Ley, 2016, p 17.

311 "...No hay remisiones innecesarias ni parágrafos, ni cuestiones que no sean comprensibles con una lectura atenta. El Código se diseñó como una suerte de manual de derecho...Los valores están presentes en todo el Código y en todos los temas, de modo tal que, si uno conoce cuál es el principio valorativo, puede entender más claramente las reglas. Hay numerosos ejemplos. En la persona: la capacidad como principio y no la incapacidad; la libertad; la autonomía; la dignidad...Los principios y valores, además de su singularidad normativa….tienen una potencialidad enorme en el campo de la regulación de las conductas...", LORENZETTI, Ricardo Luis, *Fundamentos de Derecho Privado. Código Civil y Comercial…,* op. cit., p 13.

312 LORENZETTI, Ricardo Luis, *Fundamentos de Derecho Privado. Código Civil y Comercial...* p 14.

313 "...se habla de constitucionalización del Derecho Privado", evidenciada en el reconocimiento prioritario de la Constitución Nacional y de los tratados internacionales sobre derechos humanos en temas estructurales, como la protección de la persona humana a través de los derechos fundamentales, los derechos de incidencia colectiva, la tutela del niño….Se dice -no sin razón- que este es también "el Código de la igualdad" pero no de la igualdad formal o abstracta de la obra codificadora del siglo XIX, sino de la igualdad real, la que requiera la presencia de normas que conformen una "ética de los vulnerables...", SAUX, Edgardo Ignacio, *Tratado de Derecho Civil...* Tomo I, op. cit., p 94.

tratados supralegales, manifestándose el bloque de constitucionalidad en todos los campos, en el que aquí concierne principalmente en la protección de la persona humana a través de los derechos fundamentales y en la operatividad de los tratados[314].

La normativa contenida en la Codificación reconoce lo que el art. 2 del CCyC expresa para su interpretación "...La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento" Esta interpretación "...tiene gran importancia por dos razones: a) los fines actuales del ordenamiento incluyen no sólo los sociales, sino también los ambientales, dándose cabida a la denominada función ambiental de los derechos subjetivos, y b) es coherente con las reglas de interpretación que se proponen en este título preliminar..."[315].

En la nueva codificación y como fuente del derecho lo establecido en el art. 1 del CCyC que refiere a los derechos consagrados en los tratados internacionales, cobran plena vigencia al momento de la interpretación de la normativa positiva. Además la incorporación de reglas, principios y valores en un pie de igualdad -se reitera- es la característica que adopta el sistema en el siglo XXI.

En lo que interesa a la propiedad, el art. 14 del CCyC establece y reconoce derechos individuales y derechos de incidencia colectiva sosteniendo que "...La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos individuales cuando pueda afectar al ambiente y a los derechos de incidencia colectiva en general" (Código Civil y Comercial Argentino art. 14). En relación a los derechos individuales sobre bienes que integran el patrimonio, se señalan dos elementos en el orden de los mismos (derechos individuales): la persona humana o jurídica como elemento subjetivo y como elemento objetivo el bien. La anterior codificación mantenía una concepción patrimonialista en resguardo de la propiedad privada, contratación paritaria, autonomía de la voluntad, etcétera; elementos que actualmente se encuentran inmersos en una concepción que

314 CSJN, 14/6/2005, "Simón, Julio Héctor y ots. s/ privación ilegítima de la libertad", Fallos 328:2056.

315 LORENZETTI, Ricardo Luis, *Fundamentos de Derecho Privado. Código Civil y Comercial...*, ibidem, p 43.

privilegia la protección de la persona misma[316]. En ese sentido seguir con la tradición del bien ligado a lo económico, excluiría aquellos bienes de la persona que no tienen valor económico, como el cuerpo. En la coordinación de la normativa la definición del digesto señala la titularidad de los derechos sobre los bienes que integran el patrimonio (art. 15 CCyCN) y la definición de bienes materiales a los que llama cosas, extendiendo su aplicación a a la energía y fuerzas naturales "susceptibles de ser puestas al servicio del hombre" (art. 16 CCyCN). Señala el Dr. Alterini la influencia del fallo "Halabi" de la Corte Suprema de Justicia de la Nación[317] en tanto distinguía "...entre derecho subjetivo sobre un bien individualmente disponible para su titular: se trata del patrimonio como atributo de la persona, los bienes que lo integran, y los derechos reales o creditorios. Derechos de incidencia colectiva sobre bienes colectivos:...aquellos que son indivisibles y de uso común, sobre los cuales no hay derechos subjetivos en sentido estricto. Estos bienes no pertenecen a la esfera individual sino social y no son divisibles...Derechos individuales homogéneos:...supuestos a una causa común afectan a una pluralidad de derechos y por lo tanto permite un reclamo colectivo. Se diferencian de los primeros en cuanto a que se permiten procesos colectivos...se distinguen de los segundos porque son derechos subjetivos individuales y no indivisibles, como el ambiente"...En el artículo...se eliminó la mención a "los derechos individuales homogéneos" quedando los dos incisos" sosteniendo "la circunstancia de que la norma constitucional contenga la expresión derecho de incidencia colectiva -no limitativa ni excluyente- debería conducir al mismo derrotero argumental que concluyó con el fallo de la Corte Suprema en la causa Halabi..."[318] [319]. También fueron eliminados artículos

316 "...Más allá de que el mismo (el título preliminar) alude no al "Derecho Civil" sino al "Código Civil", es un dato de la realidad el hecho de que este último propone, a nivel normativo, el perfil del primero y lo hace precisamente atendiendo al abandono de aquellas pautas positivistas y puramente patrimonialistas que informaban la anterior regulación legal jusprivatista...", SAUX, Edgardo Ignacio, *Tratado de Derecho Civil. Parte General Tomo I...*, op. cit, p 93.

317 CSJN, 24/2/2009, Fallos: 322:111.

318 ALTERINI, Jorge Horacio, *Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético.* Director del Tomo I TOBIAS, José W. comentado por TOBIAS, José W., Buenos Aires, Editorial La Ley, 2015, Tomo I, p 103.

319 El texto del anteproyecto establecía una clasificación tripartita de derechos: "...a) derechos individuales; b) derechos individuales, que pueden ser ejercidos mediante una acción colectiva, si existe una pluralidad de afectados individuales, con daños comunes pero divisibles o diferenciados, generados por una causa común...c) derechos de incidencia colectiva, que son individuales y de uso común. El

que se encontraban en correlato con lo regulado en materia colectiva que refería a la compatibilidad en el ejercicio de los derechos individuales con los de incidencia colectiva y el derecho de todos los habitantes en el acceso al agua potable para fines vitales.

En lo que respecta al de derecho de propiedad, primeramente, se singulariza su análisis en el vínculo de la persona con los bienes que integran su patrimonio. Así se señala a los bienes materiales como cosas con contenido económico (art. 16 del CCyCN) sin excluir a los objetos inmateriales que tienen también valor económico y serían bienes en sentido estricto. Ambos artículos 15 y 16 del CCyCN, "son derechos patrimoniales y versan sobre objetos materiales (cosas) o inmateriales (derechos)"[320]. Ello encuentra su correlato en la diagramación de los derechos reales y a las división entre bienes de dominio privado y público (arts. 225, 235 ss. y 1882 y ss CCyCN). Este tipo de derecho individual que regula el vínculo con el bien de contenido económico que integra el patrimonio, indudablemente encuentra su anclaje en el derecho de la propiedad, estimado como un derecho subjetivo y con una limitación social. En cuanto a la energía y las fuerzas naturales susceptibles de ser puestas al servicio del hombre delineadas en el art. 16 del CCyCN refiere que las disposiciones referentes a las cosas le

---

afectado, el Defensor del Pueblo, las asociaciones registradas y otros sujetos que dispongan leyes especiales, tiene legitimación para el ejercicio de derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general". La comisión señaló que resultaba necesario examinar el distingo entre derechos individuales y colectivos establecidos por la Corte Suprema en el precedente "Halabi" en el que luego de señalarse que "la reglas generales en materia de legitimación es que los derechos sobre bienes jurídicos individuales son ejercidos por su titular", precisó que "los derechos de incidencia colectiva que tiene por objeto bienes colectivos -art. 43 de la CN- son ejercidos por el Defensor del Pueblo…."En estos supuestos añadió… "la petición debe tener por objeto la tutela de un bien colectivo, lo que ocurre cuando éste pertenece a toda la comunidad, siendo indivisible y no admitiendo exclusión alguna...solo se concede una legitimación extraordinaria para reforzar su protección, pero en ningún caso existe una apropiación individual sobre el bien ya que no se hallan en juego derechos subjetivos". De ahí que se distingue entre derechos subjetivos sobre un bien individualmente disponible por su titular; derechos de incidencia colectiva sobre bienes colectivos y derechos individuales homogéneos...El texto remitido al Congreso de la Nación y finalmente aprobado por Ley 26994 reconoce a los derechos individuales y a los derechos de incidencia colectiva….la alteración no sólo implicó suprimir la categoría de los derechos individuales homogéneos del elenco del art. 14 sino, también, remover la sección referida a los daños a los derechos de incidencia colectiva...", RIVERA, Julio César y MEDINA, Graciela -Directores-, *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, comentario RABBI – BALDI CABANILLAS, Renato y SOLA, Ernesto, Buenos Aires, Editorial La Ley, 2014, Tomo I, p 93.

320 ALTERINI, Jorge Horacio -Director General- TOBIAS, José Director Tomo I, *Código Civil y Comercial* ... comentado por TOBIAS, José W. Tomo I, op. cit., pág. 108.

resultan aplicables. Para darle un alcance de precisión a esta variante de cosas se expresa que, citando a Aída Kemelmajer de Carlucci "...la circunstancia de que existan en la naturaleza energías y fuerzas naturales ilimitadas a disposición de todos (energía solar, electricidad atmosférica) excluye que puedan ser consideradas cosas o se pueda aplicar las disposiciones referentes a ellas: son *res communis omniun*..."[321], aclarando que "parece subyacer la búsqueda de un mejor encuadramiento de la sustracción de energía dentro del tipo penal del hurto o la viabilidad de encuadrar una enajenación dentro del contrato de compraventa o, incluso, la eventual aplicación de las reglas de responsabilidad objetiva..."[322].

Por otro lado también refiere al derecho de propiedad lo establecido en el art. 17 del CCyCN pero al referirse a "derechos sobre el cuerpo humano", filosóficamente se lo puede contextualizar como un un derecho de propiedad absoluto en tanto no hay valor comercial o económico involucrado y sólo es de titularidad de la persona. En este aspecto existen visiones que le asignan un contenido económico a aquellas partes del cuerpo que puedan estimarse como "cosas" e ingresar al comercio. "...Esta concepción patrimonialista plantea problemas de todo tipo. Hay problemas lógicos, porque el derecho de propiedad sobre una cosa lo tiene el titular, que es inescindible de ella; la identidad cuerpo-cosa-persona es un obstáculo difícil de superar. Hay problemas éticos, porque se afecta la dignidad humana. Hay problemas vinculados a las consecuencias que produciría una decisión de este tipo sobre la organización de la sociedad y la economía de la misma, porque un grupo de empresas podría comercializar a gran escala partes humanas, genes, células, con todas las derivaciones...la abstención no es una respuesta válida...la solución que provee este artículo es crear una categoría de objeto de derechos que no tienen un valor económico, sino afectivo, terapéutico, científico, humanitario o social. Es preferible esta enumeración que es limitativa del concepto, a una enunciación negativa...el valor configura un elemento de la tipicidad de la noción de

321 KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, *Código Civil y leyes complementarias*, dirigido por ZANNONI, Eduardo, Buenos Aires, Astrea, 1998, Tomo 10, p 16.

322 ALTERINI, Jorge Horacio -Director General-; TOBIAS, José Director Tomo I, *Código Civil y Comercial*...comentado por TOBIAS, José W. Tomo I, ibidem, p 110.

bien..."[323]. El análisis de esta regulación, indudablemente abordará particularidades que refieran a cuestiones de supuestos de implantes en el cuerpo humano y si -por ejemplo- su implante en el mismo constituiría parte de su unidad corpórea (explicación que resulta la más acorde en el respeto de la dignidad humana y permitiría que no fueran consideradas cosas *per se* sino parte integrante de la corporeidad [324]; lo que también sería materia de complejidad en su abordaje, su naturaleza de cosas al ser separadas del cuerpo en tanto la moralidad del objeto y licitud podrían integrar el tráfico comercial y en ese aspecto la titularidad de ellas conlleva aristas en su interpretación (se afirmó que eran *res nullius*, también que había una preferencia de la persona que las poseía, la existencia de la adquisición de un derecho de dominio adquirido por una transformación del derecho preexistente o el nacimiento del dominio en forma originaria de la persona de la cual provenían) "...siendo el derecho personalísimo sobre el propio cuerpo el antecedente necesario para que el dominio de la cosa recaiga en aquél..."[325]. Indudablemente que la cuestión se encuentra atravesada no sólo por derivaciones económicas en tanto a la titularidad de derechos que se ejercen sobre partes del propio cuerpo pero separadas por diferentes motivos (por ejemplo amputaciones, sangre, material biológico humano, etc.[326]) sino también por la concepción ética y la tutela de los derechos de la persona humana en su integridad, sin que pueda soslayarse su respeto a su intimidad, privacidad, a lo que se suma y quizá como interrogante que la autonomía de la voluntad como principio general del derecho que informa la normativa aplicable no encuentre su colisión con aquel destino individual que estima a la persona en su dignidad que trasciende la esfera de lo económico.

En el art. 18 del CCyCN refiere a los derechos de las comunidades indígenas remarcando el mismo en relación a la propiedad y la posesión en coordinación con lo

323 LORENZETTI, Ricardo Luis, *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, comentado por LORENZETTI, Ricardo Luis, Santa Fe, Editorial Rubinzal Culzoni, 2014, Tomo I, p 83.

324 En el mismo sentido ORGAZ, Alfredo, *Personas individuales*, Córdoba, Assandri 2da. Edición, 1961, p 130; RIVERA, Julio César, *Instituciones de derecho civil. Parte General*, Buenos Aires, Abeledo Perrot 5ta. Edición, 2010, Tomo I, p 736.

325 ORGAZ, Alfredo, *Personas individuales*, op. cit., p 143.

326 RODOTÀ, Stefano, "Il corpo giuridificato" in *Tratado di Biordiritto*, diretto da Sefano Rodotà – Paolo Zatti, Il goberno del corpo, Baud Jean Pierre, Il caso della mano rubata traducción de L. Colombo, Giuffrè, Milano,2010.

dispuesto en el art. 75 inc. 17 de la Constitución Nacional Argentina[327].

Asimismo debe señalarse que el diseño asumido en la regulación de los derechos individuales (y claramente así es expresado) no ampara su ejercicio abusivo.

En la singularidad del tratamiento de los derechos individuales no escapa al análisis en lo que respecta al derecho de propiedad confinarlo solamente en el vínculo de persona y cosa, cuando claramente se observa que su tratamiento lo trasciende. En ese cometido, desde la doctrina puede colegirse que se distingue entre el derecho objetivo del subjetivo estimando al primero como "...el conjunto de normas jurídicas sancionadas por el Estado, vigentes en él en un momento determinado" y al subjetivo como "las prerrogativas o facultades que tiene el individuo, concepto sencillo pero abarcador usado por numerosos autores. Pero lo cierto es que frente al derecho subjetivo aparece, como otra esfera subjetiva, el "deber jurídico", que *prima facie* surge como contrapartida de ese derecho subjetivo..."[328].

Para esclarecer dicho concepto, desde la doctrina, se diferencia el fundamento de relación jurídica del de situación jurídica y se sostiene que la situación jurídica implica un determinado modo de estar las personas en la vida social, regulado por el derecho

327 "...El anteproyecto de la codificación refería a las comunidades indígenas con personería jurídica indicando que tiene derecho a la posesión y propiedad comunitaria de sus tierras y en el Libro IV Capítulo la incluía a la propiedad comunitaria indígena entre los derechos reales, señalando su titularidad representación legal de la comunidad indígena, modos de constitución, caracteres, prohibiciones y facultades de su titular. La Comisión Bicameral recogió la tesis que cuestionaba a las comunidades indígenas como personas jurídicas privadas, agregando que resultaba inconveniente tipificar la propiedad comunitaria indígena como un derecho real dentro del número cerrado de los derechos reales y lo sustituyó con una disposición transitoria, siendo objeto de una ley especial. "La preceptiva constitucional...obedeció a la convicción de que no bastaba una declaración abstracta de que las comunidades indígenas eran propietarias de las tierras, sino también que ese derecho debía traducirse en un ejercicio efectivo a través de la posesión como contenido de ese derecho real. Es que una propiedad sin posesión queda reducida a una cáscara vacía de contenido útil; con palabras de Ihering, en ausencia de la posesión, "la propiedad sería el cofre de un tesoro sin la llave que ha de abrirlo...(Von Ihering, Rodolfo, Posesión, Teoría simplificada y puesta al alcance de todo el mundo, traducción de Alfredo Schaffrot y Amilcar A. Mercader, La Plata, Talleres Chritmann y Crespo, 1916, pág. 6/7)..No obstante con apoyo en el art. 14 inc. 1 del Convenio 169 de la OIT, congruente con el art. 13, apartado segundo, el resguardo del ordenamiento argentino debe entenderse que comprende también a las "tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos (los pueblos) pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia...", ALTERINI, Jorge Horacio -Director General- *Código y Comercial*..Director del Tomo I TOBIAS, José, comentado por TOBIAS, José W.,Tomo I, op. cit., p 133.

328 RIVERA, Julio César, CROVI, Daniel -Directores-, *Derecho Civil Parte General*, Buenos Aires, Editorial Abeledo Perrot, 2da. Edición, 2019, e book.

(Díez Picazo y Gullón) y ellas pueden ser unisubjetivas (que hacen a la persona en sí misma o con relación a los bienes (propiedad, y en general los derechos reales) o plurisubjetivas (situaciones en que actúan más de una persona, y dan lugar a lo que se denomina relación jurídica). Dicha definición de situación jurídica permite diferenciar entre el vínculo de las personas y la cosa (derechos reales) de aquellas que implica relaciones personales que sería propiamente la relación jurídica y se evitaría -de asumirse este criterio- así caer en el error de afirmar la existencia de relaciones entre personas y cosas, si bien no hay uniformidad en la doctrina. La relación jurídica se ha definido vinculando a dos personas y excluye de este concepto al vínculo de la persona con la cosa[329].

Ahora bien, sin entrar nuevamente en definiciones sobre el derecho subjetivo que han sido ya abordadas desde la perspectiva filosófica, la relación jurídica (el sólo hecho de utilizar el término "relación") implica la existencia de una interacción que se da entre las personas, encerrando dentro de la misma derechos y deberes que se constituyen y desenvuelven en ese contexto. El derecho de propiedad también participa del mismo. Ello así en tanto origina vínculos entre las personas que involucra, e incluso si se lo quisiera reducir al derecho de propiedad en forma exclusiva a tutelar un vínculo o relación entre una persona y un bien, siempre implicaría la defensa o los deberes por parte del resto de la comunidad en la que interactúa como también los derechos que puedan ejercerse o no respecto del mismo y en relación a la sociedad. El ordenamiento jurídico tutela las relaciones jurídicas y las situaciones jurídicas -si se las quisiera diferenciar- en tanto la codificación regula los vínculos entre las personas respecto de sus bienes o intereses, con cauce de una función social que ilumina a las mismas. Más allá de las perspectivas que califiquen la diferencia entre relación y situación jurídica, desde una concepción mas personalista en la ideología de la actual codificación que

329 Respecto de la situación jurídica se ha sostenido que "...no puede decirse que se trata de un término unívoco: o se lo silencia concentrando todas las hipótesis en la noción de relación jurídica o se la confunde con esta como una subespecie de ella (una relación entre persona cosa del tipo de la que se origina en los derechos reales) o incluso considerando que puede haber relaciones entre las cosas (como en el caso de las servidumbres reales) o se la distingue de la relación jurídica. En nuestro derecho (arts. 7, 257, 259) se emplean ambas expresiones con la cópula "o" y técnicamente debe considerarse a mi juicio, que la noción de situación jurídica es genérica y subsume a la relación jurídica...", TOBIAS, José, *Tratado de Derecho Civil Parte General*, Buenos Aires, Editorial La Ley Tomo I, 2018, e book.

justamente como se ha señalado se fundamenta en la persona humana como sujeto de derechos, se estima de mayor precisión -al menos en la concepción filosófica asumida- asumir la relación jurídica como comprensiva de la titularidad de derechos y de su ejercicio en su interrelación con el otro, en el marco de la sociedad[330].

Por otro lado, también se ha sostenido como óbice y limitación en el concepto de relación jurídica el hecho de que las cosas no se encuentren en relación con la persona que es titular de las mismas, indicando que las mismas ejercen solo un poderío o una potestad. Pero, se insiste, a diferencia de lo que sostiene un sector de la doctrina jurídica, el derecho de propiedad se desenvuelve en una relación jurídica que existe entre el titular del bien, respecto de éste y de la sociedad y que no aparece solamente cuando dicha propiedad se ve vulnerada. Puede estimarse a la relación jurídica como preexistente incluso a un hecho de turbación, puesto que exige en sí misma el deber jurídico del respeto del derecho y el límite en su ejercicio. Y en ese sentido desde la doctrina se ha identificado al derecho subjetivo[331] con la prerrogativa que tiene una persona de exigir de otra determinada conducta jurídica, la existencia de esa potestad revela la esencia del derecho subjetivo[332]. Desde la ciencia del derecho se explica que más allá de la concepción filosófica asumida, indudablemente su existencia exige un facultamiento para obrar en los límites perfilados en la codificación que excluyen el abuso de la posición dominante, implican licitud; y su compatibilidad con los intereses de la sociedad "...ya sea en su integralidad, ya sea en relación con un sector de ella, y

330 *Vid.* definiciones de relación jurídica en MESSINEO, Francesco, *Derecho Civil y Comercial. Manual de Derecho Civil y Comercial*, Doctrinales Generales, Buenos Aires, Ejea,T II, 1979.

331 "Savigny estima al derecho subjetivo como un poder atribuido por el ordenamiento jurídico a una voluntad, Ihering como un interés jurídicamente protegido, Rivera estima que generalmente es aceptado en la doctrina nacional como representativa de la idea de derecho subjetivo el considerarlo como el poder atribuido a la voluntad para la satisfacción de intereses jurídicamente protegidos. La teoría pura del derecho de Kelsen lo niega", RIVERA, Julio César; CROVI, Daniel -Directores-, *Derecho Civil Parte General...*, op. cit., e book.

332 "...En nuestro país, la doctrina tiende a construir la noción de derecho subjetivo con base en la voluntad y el interés...se lo define como el poder atribuido a la voluntad para la satisfacción de un interés jurídicamente protegido. Se está en presencia de un derecho individual que versa sobre bienes individuales (patrimoniales o no)…en ocasiones, se menoscaba una pluralidad de derechos individuales debido a una causa que es homogénea a la lesión de todos ellos. No dejan de ser derechos individuales que afectan bienes individuales (aunque homogéneos) y la aludida circunstancia genera efectos particulares (en especial la propagación de los efectos de una sentencia a todos los damnificados afectados por el factor común)...", TOBIAS, José, *Tratado de Derecho*…, op. cit, e book.

que resguarde las pautas constitucionales y los principios y valores por ella sustentados, obviamente más allá del interés personal, singular o específico de quien es dotado del derecho subjetivo en cuestión...la noción de derecho subjetivo es la que de alguna manera califica al sistema jurídico (objetivo) que lo reconoce, aun siendo una herramienta esencial de ejercicio de la libertad inherente al hombre, y de la operatividad del libre juego de la autonomía de su voluntad privada, está limitada a su compatibilidad con aquellas pautas sociales y pluralistas que informan al sistema jurídico todo..."[333] [334].

El derecho de propiedad se lo puede estimar como un derecho subjetivo al que se suma en su ejercicio y titularidad, el deber que implica la facultad de exigir su cumplimiento. Se trata de un deber genérico, el cual debe cumplir toda la comunidad[335] . Es decir, que se sostiene que el derecho de propiedad, si bien lo incluye, trasciende lo que es el concepto de derechos reales ("...un derecho absoluto de contenido patrimonial, cuyas normas sustancialmente de orden público, establecen entre una persona (sujeto activo) y una cosa determinada (objeto) una relación inmediata, que previa publicidad obliga a la sociedad (sujeto pasivo) a abstenerse de realizar cualquier

333 SAUX, Edgardo Ignacio, *Tratado de Derecho Civil*….Tomo I, op. cit., p 34.

334 "...derecho subjetivo como la coordinación y conjunción de los poderes propios del estado y de los otros miembros de la sociedad, que emanan de la normativa jurídica, o derecho objetivo, en favor de una persona jurídica -física o ideal- ...desde esta óptica, la facultad emanada puede convertir al derecho subjetivo en absoluto o relativo, según se la pueda ejercer contra todos los individuos de la comunidad (por ejemplo, el derecho de propiedad), o simplemente contra determinada o determinadas personas de la sociedad (tales los derechos emanados de un contrato en particular…) una segunda clasificación refiere a las formas de vinculación entre los sujetos de la relación jurídica en consideración al derecho objetivo;...la actividad y el margen de ésta que el marco objetivo obliga a detentar a cada uno de ellos, para concretar el derecho subjetivo….esta potestad de penetración en el campo jurídico de otro sujeto se puede realizar mediante acto unilateral exclusivamente como el derecho de búsqueda de tesoro en terreno ajeno; en otros supuestos,...se necesita el acto colaborativo o de sumisión del otro, caso típico del contrato. La tercera clasificación puede ser elaborada a partir de enmarcar el objeto del derecho subjetivo entendiendo como objeto al segmento regulable….tendremos tres especies: a) los derechos sobre la personalidad; b) los derechos sobre la familia, y c) los derechos del ámbito económico...", GHERSI, Carlos A., *Código Civil. Análisis jurisprudencial. Comentado, concordado y anotado* dirigido por GHERSI, Carlos – WEINGARTEN, Celia, Buenos Aires, Editorial jurídica Nova tesis, tomo I, 2014, p 82.

335 "...El poder que emana del derecho subjetivo genera posibilidades de obrar, conformando ellas el conjunto de "facultades" de que está compuesto aquel (derecho de propiedad, la facultad de usar, disfrutar, disponer, gravar, etc" (Dentro de las clases de los derechos subjetivos, se los clasifica en patrimoniales y extrapatrimoniales)...Los derechos patrimoniales son derechos individuales que versan sobre intereses económicos valorables en dinero y su objeto son bienes de esa naturaleza, que, en conjunto, forman el patrimonio de la persona (art. 15) (el derecho de propiedad, el derecho de crédido)...", TOBIAS, José, *Tratado de Derecho Civil…*, op. Cit., e book.

acto contrario al mismo (obligación negativa), naciendo para el caso de violación una acción real y que otorga a sus titulares las ventajas inherentes al *ius persequendi* y al *ius preferendi*….”[336] [337]); en tanto se encuentra en el ejercicio de los derechos individuales delineados por la codificación y también en los derechos de incidencia colectiva. Podría señalarse como subyacente a cualquier tipo de derechos que se ejerza en tanto siempre implica la disponibilidad libre y autónoma de la propia persona en relación al ejercicio de sus derechos frente a otros, respecto de sí, y respecto de los bienes.

Fundamentalmente “...se reconoce además que los derechos reales, los derechos crediticios o personales, los derechos patrimoniales regidos por el derecho administrativo, los derechos de transmisión de bienes por causa de muerte, los derechos de propiedad intelectual, industrial y comercial, la propiedad de la tierra, y los denominados derechos adquiridos —hoy constitucionalmente considerados y protegidos— conforman los más importantes derechos concretos que integran el concepto de propiedad...”[338]. Este derecho de propiedad en la nueva codificación se encuentra unido al núcleo central de la persona como objeto y sujeto de protección de derechos y por lo tanto, trasciende a una concepción económica y exclusivamente patrimonial[339].

En recopilación de lo expuesto puede decirse que el Código ha regulado

---

336 ALLENDE, Guillermo L., *Panorama de derechos reales*, Buenos Aires, 1967, Editorial La Ley, p 19.

337 ALTERINI, Jorge Horacio Director General, COSSARI, Nelson G. -Director del Tomo- comentado por COSSARI, Nelson G., *Código Civil y Comercial Comentado. Tratado exegético*, Buenos Aires, Editorial La Ley, Tomo IX, 2015, p 11.

338 CSJN, “Ekmekdjian”, 07/07/1992; Fallos: 143-144.

339 “...en los Códigos europeos del siglo XIX, la propiedad privada era el instituto central y sobre esa base se elaboraba el derecho de los contratos, las obligaciones, las sucesiones (Goldenberg, Isidoro H., - López Cabana, Roberto, "De la inviolabilidad del patrimonio a la tesis de la inviolabilidad de la persona", en Goldenberg, Isidoro H., Indemnización por daños y perjuicios, Hammurabi, Buenos Aires, 1993, ps. 389 y ss.). Luego, en la fase neoindustrial, el derecho de propiedad ya no es concebido en forma estática, sino dinámica, es decir, como actividad de la empresa o actividad empresarial. Desde una concepción "patrimonialística" —en que el derecho de propiedad es el eje central— se asiste ahora a una mutación del sistema de valores, propio de las Constituciones sancionadas en el siglo XX; la propiedad y la libertad de empresa ya no son considerados solo como valores intrínsecos, como bienes dignos de protección en sí mismos, sino como destinados a servir otros valores existenciales de la persona, que se colocan en un primer plano. El centro de gravedad se traslada desde la propiedad y la empresa a la persona, sus valores extrapatrimoniales, su significado existencial y, por consiguiente, jurídico (Goldenberg, Isidoro H., - López Cabana, Roberto, "De la inviolabilidad del patrimonio a la tesis de la inviolabilidad de la persona", cit., ps. 389 y ss.)”, TOBIAS, José, *Tratado de derecho civil*…, op. cit. e book.

derechos individuales y los derechos de incidencia colectiva y también ha establecido en el art. 15 del CCyCN a las personas como titulares de los derechos individuales que integran su patrimonio[340]. Respecto de estos bienes los considera cosas, cuando se trata de bienes materiales susceptibles de valor económico (art. 16 del CCyCN). En ese orden de análisis, la propiedad no queda sólo encerrada en lo regulado en relación a los derechos reales (art. 1882 y ss del CCyCN), en tanto subyace a través de otras instituciones como ser en el art. 965 del Digesto cuando expresamente se consigna "Derecho de propiedad. Lo derechos resultantes de los contratos integran el derecho de propiedad del contratante" y en el art. 2381 también del Digesto en la atribución de los bienes[341]. La expresión legal "...los derechos resultantes de los contratos integran el derecho de propiedad de los contratantes", implica que debe comprenderse como referido a un derecho subjetivo patrimonial de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación al enunciar el concepto genérico de propiedad empleado por la Constitución Nacional en tanto en el caso "Bourdieu" la Corte Suprema Justicia de la Nación expresó: "el principio de inviolabilidad de la propiedad, asegurada en los términos amplios por el art. 17, protege con igual fuerza y eficacia tanto los derechos emergentes de los contratos como los constituidos por el dominio o sus desmembraciones...También en el caso "Avico" consideró "que ni los derechos de propiedad ni los derechos contractuales son absolutos porque el gobierno no puede exigir si el ciudadano puede usar a voluntad de su propiedad en detrimento de sus

340 "El patrimonio fue considerado como atributo de la personalidad (Zachariae, Aubry y Rau), implicando la necesidad de que las personas tanto físicas como jurídicas tengan un patrimonio como un todo jurídico o universalidad de hecho con características de universalidad, unidad, intransmisibilidad. Concepción criticada y objetada (v. posiciones de Goldenberg, Isidoro H., Coviello, N.; Rivera, Julio C., Llambías, Jorge J); en tanto la existencia de personas sin patrimonio, que una persona pueda ser titular de mas de un patrimonio, la ficción en sí misma del patrimonio "Las tendencias actuales tienden a concebir el patrimonio como un complejo concreto de derechos y relaciones de contenido económico que corresponden a una persona, admitiéndose casos en que la ley admite la existencia de patrimonios especiales. El patrimonio así entendido constituye una concepción dinámica, que es el resultado de las características y particularidades de la economía actual (sobre ello Bustamante Alsina, Jorge, "La mora del deudor y la concepción dinámica del patrimonio", LL 1977-D-841.)", TOBIAS, José W., *Tratado de derecho civil*...ibidem, e book.

341 "para la constitución, el derecho de propiedad supera el marco del dominio y de los derechos reales, abarcando todos los bienes materiales e inmateriales que integran el patrimonio de una persona física o jurídica y que, por ende, son susceptibles de apreciación económica para su titular, y aunque no lo sean para un tercero", BADENI, Gregorio, *Tratado de derecho constitucional*, Buenos Aires, Editorial La Ley, 2006 Tomo I, p 836.

conciudadanos, o ejercer su voluntad de contratar con perjuicio de ellos..."[342].

Indudablemente que la codificación en su reforma y su interpretación, no deja lugar a dudas que el respeto del art. 17 de la Constitución Nacional en la totalidad de su contenido conjuntamente con el art. 14 de dicha Carta Magna consagran a la propiedad como derecho y todo el texto orgánico se encuentra diseñado en coherencia con dicha consagración constitucional. La reforma de la codificación se nutrió también de las definiciones de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los *leading case* "Ercolani c/ Lanteri"[343] donde señaló que "la propiedad es una de las bases cardinales de la organización civil de los pueblos en el estado actual de la cultura y de la civilización, y que sin ella se trastornan los conceptos de libertad, de patria, de gobierno, de familia y después de notar el fracaso de los ensayos de organización social que la han desconocido, afírmase que debemos considerarla como el puerto de arranque de los ordenamientos sociales contemporáneos. La Constitución Nacional Argentina contiene una serie de disposiciones que asegura su inviolabilidad siguiendo nuestra antiguas leyes comunes y las de carácter político que la han incluido. La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha señalado en el fallo "Massa"[344] (ampliación de fundamentos del Dr. Lorenzetti) que "el contrato y la propiedad tienen protección constitucional en el Derecho Argentino y, en consecuencia, toda limitación que se disponga es de interpretación restrictiva. Esta tutela comprende tanto la libertad de contratar, que es un aspecto de la autonomía personal a la que todo ciudadano tiene derecho (art. 19, Const. Nac.), como la de configurar el contenido del contrato, que es un supuesto del derecho a ejercer una industria lícita (art. 14, Const. Nac.) y de la libertad económica dentro de las relaciones de competencia (art. 43, Const. Nac.). La libertad de contratar, de competir y de configurar el contenido de un contrato constituyen una posición jurídica que esta Corte debe proteger como tribunal de garantías constitucionales. En este sentido debe ser interpretado el término "propiedad" desde la perspectiva constitucional (art. 17,

342 ALTERINI, Jorge Horacio Director, *Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético*. Director del Tomo LEIVA FERNANDEZ, Luis F.P., comentado LEIVA FERNANDEZ, Luis F. P, Buenos Aires, Editorial La Ley, 2015, Tomo V, p 64.
343 CSJN, 28/04/1922, Fallos 136:170.
344 CSJN, 27/12/2006, Fallos 329:5913.

Const. Nac.). Esta es la interpretación consolidada por los precedentes del Tribunal al sostener que el vocablo propiedad, empleado por la Constitución, comprende, como lo ha dicho esta Corte, todos los intereses apreciables que un ser humano puede poseer fuera de sí mismo, fuera de su vida y de su libertad. Todo derecho que tenga un valor reconocido como tal por la ley, sea que se origine en las relaciones privadas, sea que nazca de actos administrativos, integra el concepto constitucional de propiedad a condición, de que su titular disponga de una acción contra cualquiera que intente interrumpirlo en el goce del mismo….es regla de interpretación que todo aquel que pretenda restringir el derecho de propiedad constitucionalmente consagrado tiene la carga argumentativa de justificar la legitimidad de su decisión. Este es el efecto jurídico preciso de la calificación del contrato dentro del concepto de propiedad constitucional. La regla es la libertad, mientras toda limitación es una excepción que debe ser fundada"[345].

5. b) Derechos Reales y derecho de propiedad

El concepto de derecho de propiedad es más extenso y comprensivo de derechos, y no queda sólo limitado a los derechos reales. No obstante, en la regulación de los derechos reales que presenta la codificación, cuando los define (art. 1882 CCyCN) lo hace como "el poder jurídico" legal ejercido directamente sobre el objeto. Sin ingresar a las distintas teorías que difieren en su sustrato y los diferencian a los derechos personales de los reales, así como otras los unifican[346] el alcance de los derechos reales a través de este poder jurídico (o i*mperium*) hace a la esencia del derecho y a las facultades que tiene la persona titular en su relación con la cosa[347]. Es por ello que si

345 LORENZETTI, Ricardo Luis, *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, comentado por STIGLITZ, Rubén S., Santa Fe, Editorial Rubinzal Culzoni, 2015, Tomo V, p 568.

346 LORENZETTI, Ricardo Luis, *Codigo Civil y Comercial Comentado, comentado por* BENAVENTE, María Isabel, Santa Fe, Editorial Rubinzal Culzoni, 2015, Tomo II, p 12.

347 "...se trata de una definición dogmática; decir que el derecho real es el poder jurídico es realmente no solo una tautología, sino que es incompleto, ya que lo importante no se dice, que es la continuidad lógica del art. 17 de la Constitución Nacional y que otorga al titular del derecho de propiedad la garantía de repeler acciones de terceros, privados y Estado y que posee límites no solo en los principios generales del derecho (buena fe, ejercicio regular del derecho) sino en la preservación del medio

bien son de estructura legal (basta con ver la enumeración que se establece en el art. 1887 Código Civil y Comercial Argentino), el poder jurídico es un derecho subjetivo que se ejerce sobre el objeto y si bien impera el orden público, aún subsiste dentro de la codificación un espacio de autonomía de la voluntad en su titular. Resulta interesante señalar que en la regulación que se diseña sobre los derechos reales (art. 1884 del CCyCN) es de corte exclusivamente legal y una razón se esgrime en ese sentido que es la que explica en el vínculo con el orden económico que "...los derechos reales se hallan vinculados con la riqueza individual y consecuentemente con la del país donde se encuentran ubicados los bienes, resultando indispensables para el desarrollo de la economía comercial, financiera, agropecuaria, etcétera. Por tal razón el estado interviene celosamente en la relación de las relaciones jurídicas vinculadas a esta materia, colocando a los derechos reales dentro del orden institucional, hallándose reservada la facultad de reglamentarlos, sobre todo en lo relativo a los inmuebles..."[348]. Ello sin perjuicio, de que el número de derechos reales establecidos en el digesto pueda ser ampliado en su creación por otras leyes. "...Si bien los derechos reales no son ni mucho menos toda la propiedad, constituyen, sin embargo, un factor fundamental en la conformación de un concepto de propiedad privada. Los seres humanos, sostiene Puig Brutau, han de contar con los medios necesarios para vivir con independencia de toda voluntad ajena y poder salvaguardar su personalidad. Si la libertad es el concepto más fundamental para la vida humana, el primer paso para darle contenido consiste en completarla con el derecho de propiedad. Sin duda aquí radica la justificación moral y política del derecho de propiedad (Pui, Brutau, José: "Fundamentos el derecho civil", 4ta. Edición, Bosch, Barcelona, 1994, Tomo III, Vol. 1°, pág. 129). Ese ámbito de libertad necesita el poder poseer cosas como propias, estables que constituyan un ámbito de reserva de la intromisión de otras personas y de los poderes públicos. Por ello el papel fundamental que en materia de propiedad juega el derecho real de dominio,

---

ambiente...", GHERSI, Carlos A., dirigido por GHERSI, Carlos – WEINGARTEN, *Celia, Código Civil. Análisis jurisprudencial. Comentado, concordado y anotado*, Buenos Aires, Editorial jurídica Nova tesis, 2014, tomo III, p 514.

348 LORENZETTI, Ricardo Luis, *Código Civil...*comentado por STIGLITZ, Rubén S, Tomo V, op. cit., p 21.

primero, y luego los restantes derechos reales, al engendrar un ámbito de reserva y de creatividad para el ser humano...”[349].

Respecto de la propiedad indígena como un derecho real autónomo regulado por Ley 23302 y consignado en la Constitución Nacional Argentina art. 75 inc. 17. el Dr. Lorenzetti invoca como razones para mantener el número cerrado de derechos reales: la protección del contratante débil y la función social de la propiedad, refiriéndose respecto de esta última en tanto “...impone limitaciones y restricciones al dominio (privación de ventajas) que forman el núcleo interno del derecho. No hay que olvidar que se trata de regulaciones que influyen notablemente en la utilización económica de los bienes, que inciden fuertemente en el desarrollo económico y social de una colectividad. En el concepto de función social, descansa el fundamento de las limitaciones legales al derecho de propiedad, pues serán estas limitaciones, en definitiva, las llamadas a armonizar dicho derecho con los requerimientos del interés general, evitando que éste se convierta en una traba para la satisfacción de los interés del grupo social...”[350].

Si bien en la concepción tradicional “...la propiedad tiene como función primordial de excluir a otros del uso o del beneficio de una cosa...la propiedad tiene también una función económica de importancia, porque al fomentarse el interés de un individuo por el goce del bien, éste se ocupa de conservarlo. ...es por este el problema del acceso. Porque hay una gran cantidad de individuos que no tienen posibilidades de pagar el precio que se fija a bienes esenciales. De este modo, la lógica del mercado provoca exclusión que resulta intolerable para los valores jurídicos. Actualmente la protección fuerte del derecho real de propiedad asume también la forma de un derecho individual a no ser excluído por otros del beneficio de una cosa. “De este modo afirma Rodotà[351] que el discurso sobre la exclusión se transforma en discurso sobre la accesibilidad. Se trata del acceso a bienes elementales, entendidos por tales aquellos que

349 ALTERINI, Jorge Horacio Director General, COSSARI, Nelson G. -Director del Tomo- comentado por COSSARI, Nelson G., *Código Civil...*Tomo XI, op. cit., p. 5.

350 LORENZETTI, Ricardo Luis, *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, comentado por KIPER, Claudio, Santa Fe, Editorial Rubinzal Culzoni, Tomo IX, 2015, p 27.

351 RODOTÀ,Stefano, *El terrible derecho. Estudios sobre la propiedad privada*, Madrid, Civitas, 1981, p 35.

hacen a la configuración del individuo o de grupos básicos, como la familia, y que necesitan ser garantizados También se trata del acceso a la igualdad de oportunidades en la obtención de bienes, determinantes de la propiedad, como los incentivos a determinadas actividades….La posición del individuo respecto de estos incentivos tiene tanta importancia que se las ha llamado la nueva propiedad (Reich, Charles "The new property, Yale, Law Journal 1964 Nro. 73, p. 733) ….este fenómeno provoca...multiplicidad de propiedades reguladas por el legislador contemporáneo..."[352].

La anterior codificación organizaba a los Derechos Reales dentro de una teoría dualista clásica, en la que se distinguía a los derechos subjetivos patrimoniales en personales y reales, ubicándolos en el Libro III precedido por los derechos personales en las relaciones civiles. En ese sentido se hacía eco Vélez Sársfield[353][354] de que el derecho romano no formula la clasificación de derechos reales y personales, siendo su formulación conceptual obra de los juristas franceses del siglo XVI "...a partir de la percepción de una diferencia sustancial entre los derechos subjetivos: por un lado, los

352 LORENZETTI, Ricardo, *Las normas fundamentales de derecho...*, op. cit, p 64.

353 Resulta interesante señalar que en la nota al art. 2502 de Vélez Sarsfield señalaba en la relación a la creación de los derechos reales (la anterior codificación también establecía su creación por ley) "El derecho romano no reconoce al lado de la propiedad, sino un pequeño número de derechos reales, especialmente determinados, y era por lo tanto privada la creación arbitraria de nuevos derechos reales. Mas desde la Edad Media las leyes de casi todos los Estados de Europa crearon derechos reales por el arrendamiento perpetuo o por el contrato de cultura perpetua, y por mil otros medios. En España la constitución de rentas perpetuas como los censos, creó un derecho real sobre los inmuebles que las debían; y el acreedor del canon tenía derecho para perseguir la cosa a cualquiera mano que pasase. Los escritores españoles se quejan de los males que habían producido los derechos reales sobre una misma cosa, el del propietario y el del censualista, pues las propiedad iban a su ruina. En otros casos, se veía ser uno el propietario del terreno y otro el de los árboles que en él estaban. Algunas veces uno era propietario del paso que nacerá, y otro el de las plantaciones que hubiesen hecho. La multiplicidad de derechos reales sobre unos mismos bienes es una fuente fecunda de complicaciones y de pleitos, y puede perjudicar mucho a la explotación de esos bienes y la libre circulación de las propiedades, perpetuamente embarazadas, cuando por las leyes de sucesión de esos derechos se dividen entre muchos herederos, sin poderse dividir la cosa asiento de ellos. Las propiedades se desmejoran y los pleitos nacen cuando el derecho real se aplica una parte material de la cosa que no constituye, por decirlo así, una propiedad desprendida y distinta de la cosa misma, y cuando no constituye una copropiedad susceptible de dar lugar a la división entre los comuneros o a la licitación" nota al art. 2502", SALAS, Acdeel Ernesto; TRIGO REPRESAS, Félix, *Código Civil Anotado*, Buenos Aires, Editorial Depalma, 1974,Tomo II, p 650.

354 "...En el código de Vélez no había una norma genérica que aludiera al objeto de los derechos reales. Sólo podíamos encontrar una brevísima referencia al tema en la nota al Libro Tercero, en la que el codificador, citando a Ferdinand Mackeldey, expresa que "...las cosas y la posesión son los elementos de los derechos reales...", BUERES, Alberto J. -Director-, *Código Civil y Comercial de la Nación y normas complementarias*, comentado por VENTURA, Gabriel, Buenos Aires, Editorial Hammurabi, 2017, Tomo IV, p 31.

que manifiestan una potestad jurídica que se ejercita sobre una cosa y, por otro, aquellos que implican una potestad dirigida a obtener el cumplimiento de determinada conducta de un sujeto. La concepción que contrapone estas dos categorías de derecho es conocida como doctrina dualista de los derechos subjetivos...la obra de Pothier la recoge tanto en el plano procesal como sustancial... (lo define)...como la relación jurídica inmediata y directa entre una persona y una cosa..."[355]. Esta teoría fue atacada por los personalistas que encontraron su base en que la sociedad toda es la que debe respetar el derecho real (obligación pasivamente universal como Planiol y Michas), los realistas que destacan la incidencia del poder jurídico de agresión en los bienes del patrimonio del deudor y la doctrina que incorpora el carácter absoluto de los derechos reales. Para la armonización de dichas posiciones se trató de concebir al derecho real en el lado interno como el poder jurídico sobre la cosa y externamente en su carácter absoluto (Puig Brutau). Si bien la antigua codificación no los definió imperó la visión de Demolombe en la nota al Título IV que remarcaba la idea del vínculo entre la persona y la cosa, la relación jurídica creada entre dichos sujetos[356]; a lo que se suma los caracteres que sí se definían en el antiguo Digesto (las facultades de persecución, de preferencia, el *numerus clausus*, las normas de orden público que los rigen, la duración del derecho, y su esencia absoluta). El contexto liberal en el que se desarrollaron los derechos reales marcaron estos rasgos concibiendo un dominio que se explaya con alcance indefinido en el ejercicio de su titularidad, a lo que se suman otros derechos reales.

El actual diseño del derecho de propiedad en los derechos reales ha asumido la perspectiva constitucional, con alcances que permiten aplicarlo en una regulación con

355 ZANNONI, Eduardo -Director-, *Código Civil y leyes complementarias*, Autores: KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída; KIPER, Claudio M. y CHACON de Puerta, Alicia, Buenos Aires, Editorial Astrea, 2003, Tomo 10, p 613.

356 En el Código de Vélez Sarsfield se definía al dominio como derecho real "en virtud del cual una cosa se encuentra sometida a la voluntad y a la acción de una persona" (art. 2506 Código Civil de la Nación) En su nota, explicaba el codificador que "este artículo en lugar de dar una verdadera definición, hace más bien por enumeración de los principales atributos de la propiedad, una descripción de ese derecho. Los romanos hacían una definición empírica de la propiedad, *jus utendi et abutendi*, definición que no tiene relación sino con los efectos y no con las causas, ni con los orígenes, porque ellos debían ocultar los orígenes de sus propiedades. La propiedad debía definirse mejor en sus relaciones económicas: el derecho de gozar del fruto de su trabajo, el derecho de trabajar y de ejercer sus facultades como cada uno lo encuentre mejor", SALAS, Acdeel Ernesto; TRIGO REPRESAS, Félix, *Código Civil...* , op. cit., p 654.

injerencia decisiva de los derechos y garantías consagrados en la Constitución Nacional y en los tratados supralegales que disciplinan y contienen a los derechos reales, de modo que ya no puede sostenerse los mismos en un sentido económico y como absolutos[357].

6. Epílogo

El breve recorrido histórico efectuado en el estudio del derecho de propiedad como hecho y como derecho, ha demostrado su existencia y su desarrollo en la vida de la persona individual como en el marco de la sociedad política, que fue emergiendo en el devenir de las centurias. Sin poder negarse la existencia de este derecho, se plasmó el mismo en normativa afín encontrándose explicitado en la literatura griega, legislaciones romanas, glosadores, estatutos que emergieron con la constitución de los estados y en las codificaciones. El derecho de propiedad adquirió diferentes matices acompañados de los movimientos sociales en los que se desenvolvía, que necesariamente anclaban su fundamento en la concepción filosófica del mismo. Se comprueba su trascendencia desde la persona hacia su entorno político, lo que luego es recogido institucionalmente. Factores filosóficos, políticos y sociales fueron delineando sus contornos, consensuando la necesidad de la vigencia en todos los ámbitos del derecho de propiedad.

Desde los distintos postulados filosóficos, se puede concluir que se trata de un derecho natural (muestra acabada del mismo es su reconocimiento por los regímenes políticos tanto aquellos que los quisieron exaltar como los que lo abolieron), y en ese orden natural en el que primero se desempeña, lo es en tanto es común a todas las personas y su desempeño en la comunidad y orientado -desde el orden natural- hacia el bien común. El derecho natural de propiedad es recogido en el derecho positivo; y así se

357 A modo de ejemplo, en la anterior codificación ya se estimaban los límites al dominio en función de leyes y reglamentos "en aras "de intereses superiores al derecho individual" … La otra limitación la encuentra en la función social "la función social que se atribuye a la propiedad privada (art. 38 Const. Nac, texto 1949, hoy derogado), no importa la existencia de otros gravámenes u obligaciones que los que establece con fines de bien común; solo significa que debe usarse y disponer de ella de modo que no contraríe los intereses de la colectividad; correspondiendo al legislador señalar el alcance y contenido de aquélla, por lo que en tanto ello no ocurra sólo puede servir para interpretar los casos complejos o dudosos. Nunca puede conducir a la supresión, aun parcial, del derecho de propiedad, sin que medien razones de orden jurídico que la justifiquen y una justa compensación pecuniaria", SALAS, Acdeel Ernesto TRIGO REPRESAS, Félix, *Código Civil*...op. cit., p 654.

regula su ejercicio tanto en relación a las cosas exteriores como a las conclusiones que derivan de sus relaciones. Por ello es que primeramente y en un sentido filosófico se lo configure al derecho de propiedad como un derecho absoluto (derecho a la vida, como ejemplo clásico) en tanto no admitiría su limitación; pero desempeñándose siempre en razón del bien común, dentro del cual se desenvuelve. Y en ese aspecto, en su esencia filosófica encuentra la función social su lugar. Es por ese motivo que en forma permanente se ha subrayado al derecho de propiedad conjuntamente con la función social, en tanto asume esta última una protagonismo que justamente constituye la esencia del mismo. En esa línea, es el bien común en el orden político virtuoso quien pondrá de relevancia su despliegue en su totalidad.

La definición que se le atribuye de derecho natural secundario, no reviste contradicción en tanto si se estima de relevancia establecer jerarquías en el orden natural, puesto que sería primario la tendencia natural a la conservación de la especie; de asumir esa línea filosófica.

La Doctrina Social Católica ha expresado reiteradamente la defensa del derecho de propiedad, a través de los documentos eclesiales a lo largo de la historia de la humanidad. En ese cometido se destacó la concepción de la propiedad como derecho natural y humano, la reivindicación del carácter natural de las posesiones privadas, el acceso a la apropiación del capital, de los medios de producción y su carácter inviolable, destacando la condición de primera necesidad de su respeto y resguardo. Y en ese cometido, la participación social de la persona en la comunidad, permite asumir a la propiedad con su carácter de función social que impide que se omita su servicio común para utilidad de todos. Es por ello que "el destino común de los bienes" no encuentra su colisión con el derecho de propiedad, por el contrario, parte de la concepción de la existencia del derecho de propiedad y lo lleva más allá, a aquel fin último al que aspira la sociedad.

Es inevitable soslayar que las limitaciones a los alcances del derecho de propiedad y la afectación de la libertad, fueron características de sistemas políticos (capitalismo, socialismo o comunismo) que afectaron e incluso abolieron al derecho de propiedad tanto en su titularidad como en su ejercicio. Es por ello que la preservación

de este derecho y su acceso al mismo lleva implícito la paz social.

La perspectiva social del derecho de propiedad es recogida por la actual codificación argentina, llevando a su órbita positiva no sólo la legislación interna sino el contenido de los derechos fundamentales reconocidos constitucionalmente y en los tratados supralegales. Se regula los derechos individuales, en relación a la propia persona, a los bienes exteriores y los derechos de incidencia colectiva.

El devenir de la regulación argentina en cuanto al derecho de propiedad implica que ha trascendido la esfera económica purista con la que la anterior codificación regulaba este derecho, para asumirla a la persona como sujeto y objeto de toda regulación. Y en ese cometido, la propiedad subyace como derecho natural de toda relación jurídica, trasciende el vínculo con los bienes e incluso se extiende a aquella propiedad común en el respeto de la propiedad indígena. Las características que asume en el delineado positivo, reviste la de un derecho subjetivo con facultad de ejercicio, de relación jurídica con la sociedad y con el bien. Incluso el valor económico, es superado al regular los "derechos sobre el propio cuerpo", con una visión ética en tanto afecta en forma directa a la dignidad humana.

Los esbozos efectuados en relación a este derecho, indudablemente que no lo agotan, y en definitiva son una aproximación que pone de relevancia la necesidad de la "restauración de la propiedad" al decir de Hillaire Belloc, en tanto el derecho de propiedad se lo entiende conjuntamente al derecho de libertad y el acceso a la titularidad y ejercicio de este derecho, es un fin de todo Estado que asume un orden político que tenga como fin la paz social.

CAPITULO II

EL DERECHO A LA VIVIENDA FAMILIAR Y/O INDIVIDUAL

1. Evolución histórica

La vivienda en si misma, como centro de la vida doméstica, es una realidad que se encuentra y permanece en las civilizaciones como signo de evolución del progreso de la persona, tanto como núcleo de vida como crisol de derechos que la acompañan. No puede desconocerse que desde la antigüedad las personas construyeron sus moradas conforme a la época histórica que atravesaban, observándose desde la existencia de las cuevas hasta estructuras más consolidadas en casa habitación. El hecho es comprobable en la realidad actual tanto por los rastros históricos de épocas pasadas que manifiestan la necesidad de la persona humana de asumir y desempeñar su vida en una vivienda o morada. Así puede señalarse en Grecia en los períodos arcaico, clásico y helenéstico reconstrucciones de viviendas logradas a partir de los rastros obtenidos de los distintos períodos históricos[358].

Por su parte en Roma, en los orígenes de la ciudad, se reconocía la propiedad y el poder doméstico del *paterfamilias* como unidad inescindible, surgiendo un poder soberano que involucraba a la casa y a los moradores. La *"Domus"* en Roma, extendió su concepción no sólo a la morada familiar, sino a la singularidad del poder del *paterfamilias*[359] [360].

358 "...la Villa de los Bronces y la Casa de los Colores, en Olinto, la Casa de los Marmoleros y la Casa del Norte de Atenas y la Casa del Lago, la de Diadoumenos, la Casa de la Colina, la Casa de las Máscaras y la casa del Tridente, en Delos, entre otras...Una residencia en Priene, de finales del siglo III o IV AC, ... En estas viviendas podemos ver el origen de muchos elementos, como el impluvium, que conformaran la casa romana...permite apreciar una constante preocupación que apunta a un mayor confort y a un enriquecimiento del diseño. Y en el que podemos ver muchos de los elementos que conforman el entorno actual"; BUENO, Susana, "Grecia. La vivienda, el diseño interior y su legado a occidente", en *Reflexión Académica en Diseño y Comunicación Nº IV Grecia. La vivienda, el diseño interior y su legado a occidente*, website: https://fido.palermo.edu consultado en 21/07/2021.

359 "La vida privada en el mundo grecorromano: vivienda, nacimiento, educación, matrimonio y muerte", CENTRO DOCUMENTACION DE ESTUDIOS Y OPOSICIONES, *Pervivencia en el mundo occidental*, Cartagena, Madrid, website: web www.cede.es consultado el 01/08/2021.

360 "Los poblados del Lacio, gentes dedicadas primitivamente al pastoreo y sólo posteriormente a la agricultura, habitaban chozas construidas sobre un pedestal de piedra para aislarlas de la humedad, con una techumbre cónica de paja y una puerta rectangular. En la época de la Roma clásica quedaba todavía

Las características de la vivienda como morada, habitación, cobijo, depende de la concepción que se asuma de la expresión. Pueden señalarse a modo de ejemplo que en la época medieval la vivienda muchas veces fue asociada en lo que refiere a casas

en el Capitolio una de ellas, que, según tradición, era la que habitaron Rómulo y Remo cuando fueron recogidos por el pastor Faustulo Muy pronto ese pueblo de pastores pasó a ser un pueblo agrícola, emprendedor y artesano. Asimiló rápidamente las artes de los etruscos y los recursos agrícolas de los sabinos e inició los primeros mercados en la Ruta de la Sal. En una palabra, empezó a evidenciar su gran poder de síntesis. Y bajo esas influencias y nuevas actividades, la primitiva choza redonda se fue trasformando en la "domus" romana. La sola palabra "domus" evoca una forma de vida muy peculiar y de gran poder aglutinante, la "domus" era el centro de la "familia" romana, célula poderosa, núcleo creador del Imperio Romano, en todo lo que representa esa expresión de poderío material y de irradiación espiritual. La "familia" se recogía y tomaba constancia en la "domus". Consistía esta, en su forma primitiva, en una construcción rectangular, con un centro interior, el "atrium", cerrada al exterior, y era susceptible en todo momento de adaptarse a ampliaciones para acoger a nuevos miembros de la "familia". El "atrium" era un patio de forma cuadrada o rectangular, abierto al cielo, al sol y a la lluvia, en torno al cual estaban distribuidas las dependencias familiares. El "tablinium" o habitación principal, era el lugar donde durante el día se tomaban las comidas familiares y se celebraban los banquetes en las solemnidades y fiestas hogareñas. Y durante la noche era el dormitorio destinado a los dueños, al padre y a la madre, que descansaban en el "lectus genialis". También estaban en el "Tablinium" el "Lar" y los dioses "Penates", generalmente en una pequeña capilla o nicho. Más tarde, en el Imperio, esos dioses "Penates" tendrán una capilla más importante en el fondo de los grandes jardines de las suntuosas villas. Pero su lugar tradicional era el centro de la "domus". El "Tablinium" se abría en general, por la parte opuesta al "atrium", sobre el "hortus", pequeño huerto y jardín a la vez, que servía tanto para el solaz como para la economía de la "familia". Además del "tablinium", estaban dispuestas alrededor del "atrium" distintas "cellas" o habitaciones destinadas al uso de los demás miembros de la "familia": hijos, siervos, domésticos. El "atrium" tenía un estanque central, el "impluvium" que era donde se recogía el agua de la lluvia. Este tipo de casa era de origen rural, pero rápidamente se adoptó en la ciudad, con algunas pequeñas modificaciones. Por descontado, que a medida aumentaron las riquezas y la cultura de Roma, la "domus" se transformó, se hizo más lujosa y más extensa. El "atrium" pasó de ser un simple rectángulo delimitado por cuatro vigas que sostenían el techo, llamado "atrium toscanum", a presentar la forma de "tetrastilo", con columnatas, que fueron multiplicando su número y estilizando su forma hasta dar lugar al "atrium corintium", verdadero pórtico distribuido en los cuatro lados. Y, ya bajo la influencia de los helénicos, se pasó al "atrium rodiense", que tenía uno de los lados más elevado por dos o más peldaños… También el "impluvium" se fue enriqueciendo empleando materiales costosos para su construcción: mármoles, mosaicos, etc. No solamente se identificó el "atrium", sino todas las demás habitaciones, y muy especialmente el "hortus" posterior, que se engrandeció hasta convertirse, en algunas casas, como nos lo atestiguan los restos hallados en Pompeya y en Roma, en inmensos jardines, adornadas de fuentes, juegos de agua, estatuas, columnas y capillas. El "hortus" familiar, cuyo fin era proveer a sus poseedores de unas frutas y verduras frescas y recrearlos con sus flores, pasó a ser lugar de "otium", de descanso y placer. Tanto es así que, en muchas casas, encontramos más allá del jardín placentero y elegante, el verdadero huerto dedicado al cultivo de plantas y árboles provechosos. No todas las familias vivían en "domus". Sabía también, sobre todo en Roma y otros centros populosos, otra forma menos personal de vivienda: las "insulae", que son como las actuales casas de pisos o apartamentos. Sorprende la altura, de hasta tres y cuatro pisos, y las dimensiones que llegan a tener. Incluso fue preciso regular por leyes esas dimensiones, ante el afán de constructores y arquitectos por aprovechar el terreno y construir lo más elevado y rápido posible los edificios, con detrimento de su seguridad y aumento de ganancias. Esas "insulae" conservaban muy poco del antiguo ambiente hogareño de las "domus"; tenían un patio central, una escalera exterior, ventanas abiertas al ruido de la calle y a la inclemencia del tiempo; no quedaba nada del jardín recoleto, o de la intimidad del "atrium", "La vida privada en el mundo grecorromano: vivienda, nacimiento, educación, matrimonio y muerte" en, CENTRO DOCUMENTACION DE ESTUDIOS Y OPOSICIONES, *Pervivencia*...op. cit.

rurales con aquellas extensiones del inmueble que servían a la producción pero que si bien eran sustento de sus moradores, en sí misma no eran su lugar de vida cotidiana. Eran construcciones anexas a la propia casa rural y que desde una perspectiva se las entendió como contenidas en el término vivienda[361]

A modo de ejemplo, dentro de los matices históricos de la vivienda, puede observarse que en la Edad Moderna caracterizada por el auge del capitalismo no puede soslayarse la pérdida de la propiedad de la casa, que se inició con las expropiaciones eclesiásticas de las clases campesinas luego de la reforma protestante, dando auge a un enriquecimiento indefinido. Esta preocupación de la riqueza fue objeto de estudio en capítulos anteriores, lo que motiva que ahora sólo sea mencionada en tanto su desarrollo fue explicitado[362].

2. Diversas concepciones y alcances de la vivienda en el vínculo con la persona.

Las diferentes perspectivas teóricas relativas al tratamiento de la vivienda suponen que la misma haya sido contemplada a través de distintos matices sociológicos que -a modo de síntesis- permiten señalarla: (a) como valor social en tanto la vivienda como un aspecto que depende del grado de bienestar de la población, así como de la pauta cultural vigente. Por lo tanto, la vivienda tiene una concepción de valor social, (b) como objeto, en tanto una estructura que protege al ser humano de los peligros de la intemperie y satisface necesidades biológicas y sociales (c) como satisfactor de necesidades, en tanto satisface esencialmente la necesidad de subsistencia. En ese aspecto el economista Max - Neef parte de diferenciar el concepto de necesidades y

361 GARCIA CAMINO, Iñaqui, L*a vivienda medieval: perspectivas de investigación desde la arqueología,* website: https://dialnet.unirioja.es consultado el 08/08/21.

362 "la protección de la vivienda familiar, asociada a la idea de que "la casa de un hombre es su castillo" ... fue formulada por primera vez por el juez inglés Coke; sin embargo, es mucho más antigua; el propio magistrado citó un pasaje, tomado casi literalmente del Digesto, a su vez basado en el comentario de Gayo a las Doce Tablas; además, los británicos ya habían usado la célebre frase en ocasiones anteriores, una de ellas, en un libro publicado en 1574, en el que su autor cita como fuente el poeta romano Terencio. Cualquiera sea su origen, los norteamericanos recogieron la doctrina de la casa-castillo en la Cuarta Enmienda de la Constitución, "como si fuera una reliquia" KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, "Nuevas reflexiones sobre la protección jurídica de la vivienda familiar" en *Protección Jurídica de la Persona. Homenaje al Dr. Julio César Rivera,* Coordinador GRAZIABILE, Darío J., Buenos Aires, Editorial La Ley, 2010 p 245.

satisfactores, ya que no suele tomarse en cuenta la diferencia. Así considera que las necesidades, contrariamente a lo que se suele creer, son universales y atemporales, es decir que estas no cambian entre culturas o épocas; en todo caso, lo que si cambia son los satisfactores, que vendrían a ser las formas en que satisfacemos las necesidades; por ejemplo, la necesidad de subsistencia se cubrirá con los satisfactores de alimentación, abrigo y morada. Es entonces que se debe incluir en el análisis los bienes económicos; es decir, vivienda, alcantarillado, revoque, agua potable, electricidad, etc. Según este autor, los bienes económicos son: "…objetos y artefactos que permiten afectar la eficiencia de un satisfactor, alterando así el umbral de actualización de una necesidad, ya sea en sentido positivo o negativo"[363], (d) como proceso, esto es como el proceso de diseño y construcción, (e) como sistema en tanto conjunto de elementos más pequeños que conforman un todo; pero también como una parte de un todo más grande. Es decir que el conjunto de elementos casa, terreno, ubicación y otros, conforman un sistema denominado vivienda. Al mismo tiempo una vivienda es parte de un todo más grande, que sería el sistema social y (f) como género de vida humano, también es aquel espacio en el que éste se desarrolla como individuo y como parte de la sociedad [364].

En otro ángulo de análisis, en la concepción del vínculo que une a la vivienda con la sociedad y la ciudad en la que se emplaza; desde una perspectiva ecológica se vincula a la vivienda al estudio de los procesos naturales de la ciudad y en esa línea el deterioro de las viviendas podrían resultar o constituirse como cambios que actúan a nivel económico (rentas) o los cambios producidos en el uso del suelo [365] Indudablemente que el aspecto económico y social, en el proceso de deterioriación son indicadores de la condición social de sus moradores. Por otro lado la vivienda como

363 MAX-NEEF, Manfred, ELIZALDE, Antonio, HOPENHAYN, Martín, *Desarrollo a escala humana Opciones para el futuro*, Madrid, 2010, website:http://habitat.aq.upm.es consultado el 31/08/21.

364 RUGIERO PEREZ, Ana, *Aspectos teóricos de la vivienda en relación al habitar*, website: https://revistainvi.uchile.cl/index.php/INVI/article/view/62111/66176 consultado el 13/02/2021.

365 "el proceso de sucesión. Según la concepción de Mc Kenzie, ...describiría el cambio en las comunidades humanas….Este concepto que es recogido por los estudios de economía de la vivienda bajo la denominación de "filtración" muestra el talante de los análisis de la Escuela de Chicago. La vivienda, sus características y su localización se consideran como un hecho en sí, como un espacio de uso cuyos cambios producidos por diferentes causas, pero en especial por la progresiva deterioriación de sus características debido al paso del tiempo", LEAL MALDONADO, Jesús, "Vivienda y sociedad. El análisis sociológico del problema de la vivienda", en *Vivienda y sociedad. REIS*, website: Dialnethttps://dialnet.unirioja, consultado el 03/08/20.

indicador implica la diferencia de clases en un lugar determinado "si partimos de que la división en clases sociales es una consecuencia de las relaciones de producción, plantear las primeras de forma independiente del sistema productivo, relacionadas únicamente con el consumo de un bien, aunque sea tan complejo como la vivienda, lleva a enfrentarse con distintas formas de consumo de unos bienes a los que previamente se le ha asignado un valor diferenciado"[366]. Desde la mirada cultural la vivienda es atribuida a un producto humano "a pesar de las más severas imposiciones físicas y de las técnicas limitadas, ha sido construida por el hombre, de formas tan diferentes que no pueden atribuirse más que a la elección producida por los valores culturales"[367], no obstante los dísimiles conceptos en cuanto a lo que refiere "cultura" en esta mirada asume lo que implica el término "modo de vida" y en ese aspecto "hacer referencia a la cultura como explicación de las formas y características de las viviendas es como echar en saco roto el hilo del análisis de causas...si las formas espaciales son un reflejo de esa estructura social...no cabe duda de que...si partimos de los sistemas de producción como dominantes, podremos encontrar en los mismos la explicación de los problemas de la vivienda. Para ello se puede partir tanto de los condicionantes que presenta el sistema de producción de viviendas como ...los planteados por el usuario de dichas viviendas en cuanto que inserto en un proceso de trabajo con unas exigencias concretas, es decir, en tanto que fuerza de trabajo"[368]. Y en esa línea al vincular lo cultural con lo social, la vivienda se erige como una construcción social de un espacio no-natural, que busca proteger la vida interior de los fenómenos externos, mediante un soporte material permanente, que expresa un cierto desarrollo de la cultura y los valores, presentes en el habitar de una determinada sociedad, y que permite una vinculación territorial efectiva con "el medio, nosotros mismos y los demás"[369] [370].

366 LEAL MALDONADO, Jesús, op. cit.
367 LEAL MALDONADO, Jesús, ibidem
368 LEAL MALDONADO, Jesús, ibidem
369 MUNTAÑOLA THORNBERG, Josep, *La arquitectura como lugar* (Ediciones UPC, 1998), 57, website: http://home.fa.utl.pt/~al7531/pedidos/livros/Muntanola-Thornberg-La-Arquitectura-Como-Lugar.pdf consultado el 01/01/2018.
370 La relación que existe entre la forma espacial y la vivienda puede señalarse la influencia de socialistas utópicos del siglo XIX como Fourier y Owen. Así "el Falasnterio ideado por Fourier era el marco necesario para una transformación de la sociedad que obviara los problemas del proletariado

La reflexión sobre la vivienda implica un análisis que necesariamente ingresa en el orden político en tanto su diagramación en el sistema de derecho positivo reflejará lo que culturalmente asiste a la vida social y también la concepción de la persona como sujeto de derecho que se asuma. Por su parte, el protagonismo de la vivienda en la faz económica configura un pilar de importancia en el desarrollo de un país, así como también en lo ambiental en tanto el impacto que ocasiona, lo que conlleva en su singularidad el respeto por el medioambiente[371].

Sin pretender agotar todas las aristas desde la cuales se la puede concebir a la vivienda se vuelve de interés señalar aquella que la vincula con el "derecho a la ciudad", término acuñado por el filosófo de impronta marxista Henri Lefebvre quien a través de la expresión "el derecho a la ciudad" y en el texto de su autoría, tomaba como base el impacto negativo sufrido por las sociedades atravesadas por una economía capitalista, proponiendo un planteo político para reivindicar los espacios. Esta noción de "derecho a la ciudad" la empleó para criticar el urbanismo practicado en los años setenta del pasado siglo, utilizando el término como un derecho a la vida urbana, a la centralidad renovada, a los lugares de encuentros y cambios, a los ritmos de vida y empleos del tiempo que permiten el uso pleno y entero de estos momentos y lugares. A partir de Lefebvre[372],

---

urbano de comienzos del siglo XIX, sin renunciar a la industrialización. La creación de un arco de vida apropiado en el que el espacio de trabajo y el de residencia estuvieran unidos y en el que se ofreciera un marco para la potenciación del consumo colectivo y para la socialización de los trabajos necesarios para el hogar: preparación de comida, lavado de ropa, etc., permitiría la aparición de un nuevo tipo de comunidad integrada, cuya generalización podría llegar a transformar la sociedad", LEAL MALDONADO, Jesús, ibídem.

371 "un elemento fundamental...es, como se remarcó en la Conferencia de Naciones Unidas Hábitat III celebrada en Quito en octubre de 2016, el desarrollo urbano sostenible y la afectación en el derecho a la vivienda de los efectos del cambio climático (como puede ser la pérdida de la vivienda a consecuencia de desastres naturales)….la vivienda no solo es una necesidad básica de los seres humanos (quizá de las más importantes, pues de ella depende incluso la propia supervivencia de la persona), ...es un bien de un elevado coste económico ...y que es un elemento fundamental del entorno...la Conferencia de Naciones Unidas Hábitat III se centra en la conexión entre vivienda y desarrollo urbano sostenible y en la implementación de una nueva Agenda Urbana que haga hincapié en los efectos adversos del cambio climático para el goce efectivo de los derechos humanos, entre ellos el derecho a la vivienda adecuada como componente del derecho a un nivel de vida adecuado, además del derecho a la no discriminación en este contexto, pues la vivienda adecuada no es efectiva para millones de personas que siguen habitando en viviendas precarias y millones más sin hogar", GALIANA SAURA, Angeles, "La vivienda como objeto de estudio desde el derecho: la vivienda como derecho humano y la cátedra UNESCO sobre vivienda" en *Hábitat y Sociedad* (issn 2173-125X), n.º 10, noviembre de 2017, pp. 129-144 website: http://dx.doi.org/10.12795/HabitatySociedad.2017.i10.08 consultado el 21/07/21.

372 Vid. Lefebvre, Henri, *El derecho a la ciudad*, Madrid, España, Editorial Marcial Pons, 2017.

desde diferentes ámbitos ha crecido la visibilidad y el interés por esta noción, esencialmente por David Harvey, quien renovando la idea de Lefebvre reafirma el derecho a la ciudad que no se limita al acceso al equipamiento urbano, sino que comprende un derecho a la vivienda, al trabajo, al tiempo y a producir colectivamente, de forma tal que atienda las necesidades de la gente. Según Jean-François Tribillon "el derecho a la ciudad consiste en gozar de una vivienda adecuada, tener un trabajo remunerado, crear una familia, vivir a salvo de molestias policiales incluso cuando uno proviene de lejos. Pero también, simplemente y más específicamente, vivir en una ciudad bonita, cómoda, sana, respetuosa con el medioambiente. El derecho a la ciudad no es una propuesta nueva, a pesar de que aún sigue configurándose como un derecho "emergente" debido a su falta de reconocimiento jurídico completo. Tal y como se ha indicado, hace ya casi 50 años que se popularizó y difundió a través de la obra de Lefebvre, para instaurar la posibilidad del "buen vivir" para todos y hacer de la ciudad un encuentro para la construcción de la vida colectiva. El derecho a la ciudad es la posibilidad de construir una ciudad ...Un paso fundamental en la construcción del derecho a la ciudad ha sido la elaboración de la Carta Mundial por el Derecho a la Ciudad articulada por Habitat International Coalition (HIC), que busca recoger los compromisos y medidas que deben ser asumidos por la sociedad civil, los gobiernos locales y nacionales, parlamentarios y organismos internacionales para que todas las personas vivan con dignidad en las ciudades. Según la Carta Mundial del Derecho a la Ciudad, este nuevo derecho es un derecho colectivo de los habitantes de las urbes, basado en sus usos y costumbres, en especial de los grupos vulnerables y desfavorecidos, para que se les confiera legitimidad de acción y de organización hacia la libre autodeterminación y un nivel de vida adecuado. La Carta basa su propuesta en tres ejes básicos: 1) el ejercicio pleno de la ciudadanía, es decir, el ejercicio de todos los derechos humanos, que aseguran el bienestar colectivo de los habitantes y que promueven la producción y gestión social del hábitat; 2) la gestión democrática de la ciudad, a través de la participación de la sociedad de forma directa y activa en el planeamiento y gobierno de las ciudades, fortaleciendo las administraciones públicas a escala local, así como las organizaciones sociales; y 3) la función social de la propiedad

y de la ciudad, donde predomine el bien común sobre el derecho individual de propiedad, lo que implica el uso socialmente justo y ambientalmente sustentable del espacio urbano (Sugranyes, 2010, p. 77). El derecho a la ciudad contiene muchos derechos...Debido a esta dificultad para poder hacer realidad este derecho emergente a la ciudad, consideramos que un paso previo ha de ser la delimitación de la vivienda —como elemento vertebrador de la ciudad, tal y como se ha indicado anteriormente— como derecho subjetivo y como derecho fundamental"[373].

Por su parte, es de interés reseñar que dentro de la concepción filosófico política de la pensadora y escritora Hannah Arendt merece poner de relieve el pie de igualdad en el que estima a la vivienda y a la propiedad, al extremo de considerar a la propiedad como casa, como lugar propio donde se desarrolla la vida humana en su entorno familiar. Diferencia a la misma (casa como lugar privado) con el espacio público pero siendo interdependientes. Arendt subraya que "tanto la propiedad de la casa como la riqueza tenían un carácter limitado antes de la Edad Moderna, porque el enriquecimiento no era visto como un bien en sí mismo. El capital, para Arendt, es el dinero que produce dinero, pues se considera que este es capaz de reproducirse. El dinero solo adquiere este sentido en la Edad Moderna, momento en el que la riqueza deja de estar al servicio de la propiedad y de la libertad política y se busca por sí misma. El dominio del dinero será apuntalado por el pensamiento de Locke, que defiende el enriquecimiento ilimitado...Para Arendt la propiedad siempre es privada, de forma que el término «propiedad privada» es redundante"[374] [375]. Y en esa línea se ha sostenido que "El primer propósito de la propiedad, de «las cuatro paredes de la propiedad», es ser aquello que relaciona y separa al mismo tiempo el espacio público del lugar privado. No en balde Arendt afirma que «la profunda relación entre público y privado [se] manifiesta en su nivel más básico en la cuestión de la propiedad privada». Esta propiedad, en cuanto objeto, permite preservar la oscuridad que, según Arendt, caracteriza al lugar

373 GALIANA SAURA, Ángeles Galiana Saura, op. cit.
374 BALLESTEROS, Alfonso, *Hannah Arendt: la pérdida de la propiedad privada en los orígenes del capitalismo*, website: https://revistas.unav.edu consultado el 8/08/21.
375 ARENDT, Hannah, *La condición humana*, traducido por R. Gil Novales, Barcelona, Paidós, 1993, p. 285.

privado (y, al mismo tiempo, preservar la luminosidad que caracteriza al espacio público):...Esta casa o edificio que permite llevar una existencia privada, es llevado a término por el arquitecto. O bien, por el homo faber en general que es el ser humano como ser capaz, no solo de fabricar objetos, sino de construir edificios duraderos...lo primero que destaca Arendt de los objetos (y esto es aplicable, más aún, a los edificios), es su carácter duradero. No en balde la autora afirma que «la realidad y confiabilidad del mundo humano descansan principalmente en el hecho de que estamos rodeados de cosas más permanentes que la actividad que las produce, y potencialmente incluso más permanentes que las vidas de sus autores»[376].

Otras de las aristas respecto de las cuales se analiza a la vivienda, ha implicado su reflexión tratando de lograr su contornos en función de conceptos que implican el habitar y el construir señalado por Heidegger en su conferencia de 1951 «Construir, habitar, pensar» en Darmstadt, Alemania, la reflexión del filósofo concluída la segunda guerra y con la crisis de viviendas destruídas por la guerra y la necesidad de ella de millones de personas, pretende dar un paso más allá de la vivienda en su preocupación con la necesidad de hacerlo en condiciones que permitieran también una reconstrucción moral, además de la social y económica y en ese aspecto sostuvo que "no habitamos porque hemos construido, sino que construimos y hemos construido en la medida en que habitamos, es decir, en cuanto que somos lo que habitan...por muy dura y amarga, por muy embarazosa y amenazadora que sea la carencia de viviendas, la auténtica penuria del habitar no consiste en primer lugar en la falta de viviendas. La auténtica penuria de viviendas es más antigua que las guerras mundiales y las destrucciones. Más antigua aún que el crecimiento demográfico sobre la tierra y que la situación de los obreros de la industria. La auténtica penuria del habitar reside en el hecho de que los mortales primero tienen que volver a buscar lo esencial del habitar: tienen que aprehender primero a habitar...en el momento en que el hombre considera la falta de suelo natal, ya no hay más miseria. La falta de patria es, pensándolo bien y teniéndolo bien en cuenta, la única exhortación que llama a los mortales al habitar"[377]. El habitar

376 BALLESTEROS, Alfonso; op. Cit. m
377 Website:http://www.lugaradudas.org/archivo/publicaciones/fotocopioteca/39_heidegger.pdf

apunta más allá de la vivienda en la concepción de Heidegger que incluye a la permanencia total de la persona en la tierra.

2.a) Naturaleza jurídica del derecho a la vivienda. Aproximación.

Los fundamentos filosóficos del derecho de propiedad son análogos a los del derecho a la vivienda, en tanto nacen en el orden natural y se trasladan al orden positivo.

A fin de no caer en la reiteración de postulaciones vertidas en apartados anteriores y con el objeto de sumar desde la mirada filosófica, Santo Tomás de Aquino al tratar el bien común de la sociedad, se refirió al bien particular de la persona y en ese sentido plasmó en su Suma Teológica como en la búsqueda del bien común, de lo que es bueno para la persona, en orden a su subsistencia parte de una casa y de una ciudad "El que busca el bien común de la multitud, también busca de un modo consiguiente el bien particular suyo, por dos razones. La primera, porque el bien particular no puede subsistir sin el bien común de la familia, de la ciudad o de la patria. (...) La segunda, porque, siendo el hombre parte de una casa y de una ciudad, debe buscar lo que es bueno para él por el prudente cuidado en torno al bien de la multitud, ya que la recta disposición de las partes depende de su relación con el todo (…)"[378] [379]. En ese plano, la casa o vivienda se vuelve de necesidad para el desarrollo personal individual lo que trasciende

consultado el 08/08/2021.

378 SANTO TOMÁS DE AQUINO, *Suma Teológica*, II-II, q47, a10, ad2 website: //hjg.com.ar consultado el 8/10/2020.

379 "El Filósofo habla en ese lugar de la virtud moral. Pues bien, la virtud moral referida al bien común se llama prudencia política. Y así, la misma relación hay entre la prudencia política y la justicia legal que entre la prudencia pura y simplemente tal y la virtud moral. 2. Quien busca el bien común de la multitud busca también, como consecuencia, el suyo propio por dos razones. La primera, porque no puede darse el bien propio sin el bien común, sea de la familia, sea de la ciudad, sea de la patria. De ahí que Máximo Valerio dijera de los antiguos romanos que preferían ser pobres en un imperio rico a ser ricos en un imperio pobre. Segunda razón: siendo el hombre parte de una casa y de una ciudad, debe buscar lo que es bueno para sí por el prudente cuidado del bien de la colectividad. En efecto, la recta disposición de las partes depende de su relación con el todo, ya que, como escribe San Agustín en el libro Confess., es deforme la parte que no está en armonía con el todo. 3. También la templanza y la fortaleza pueden referirse al bien común; de ahí que se den preceptos legales sobre muchos actos de esas virtudes, como escribe el Filósofo en V Ethic. Con mayor razón la prudencia y la justicia, que pertenecen a la parte racional, que se ocupa directamente del bien común, como la parte sensitiva se ocupa de lo particular", SANTO TOMAS DE AQUINO, *Suma Teológica*, II-II q 47 a 10 website: //hjg.com.ar consultado el 8/08/2020.

al bien comunitario.

La vivienda como morada de la persona, resulta un hecho social comprobado que permite que la persona alcance su bien individual. Es decir resulta indispensable para la vida humana la existencia de la vivienda, en su diferentes tipologías (familiar, individual, comunitaria, etc.). Pero lo indiscutible de su existencia, permite la pregunta si se trata de un derecho natural en sí mismo. En este plano de análisis, vale la reflexión en relación al orden de los derechos fundamentales en cuanto al reconocimiento de este derecho. Es decir que la socialidad de este derecho, resulta útil el análisis de su anclaje como derecho fundamental, ello en tanto al ser merecedor de protección constitucional la sustancia de su contenido habla de una prevalencia en relación al bienestar general. Este umbral de protección que le confiere la carta magna nacional como también los tratados supralegales que ostentan la misma jerarquía, destacan el contenido esencial del mismo.

En ese aspecto en el texto de la Constitución Nacional Argentina en su artículo 14 bis se refiere al derecho a la vivienda ("el acceso a la vivienda digna). La preposición "a" en palabras del jurista Bidart Campos "no debe asombrarnos, porque es común referirse al derecho a la salud, a la vida, al honor, ...; pero en estos derechos "a" (la salud, la vida, el honor) no se hace difícil encontrar el contenido, el sujeto pasivo, y la obligación cuando, como mínimo, se entiende que significan fundamentalmente prohibir a los sujetos pasivos que dañen la salud, la vida, o el honor del sujeto activo" 380. Indudablemente que el derecho a la vivienda se trata de un derecho humano, constitutivo de la persona como ser sociable en el ámbito del orden natural e inserto en un orden político en el que habita. Este derecho implica asumir que existen necesidades que no pueden ser asumidas individualmente para su satisfacción, sino que es a través del orden estatal donde las mismas son satisfechas. Es en el seno de la comunidad política donde se logra el bien común como fin natural de la persona y donde adquiere relevancia y es así que "Es claro, para que la participación de todos los hombres de una sociedad concreta en el bien común no frustre su sentido servicial, nadie debe quedar excluido del acceso posible a esa participación, y al consiguiente provecho por el

380 BIDART CAMPOS, Germán, *Teoría general…,* op. cit., p 153.

rendimiento de un bienestar común justamente distribuido"[381].

Ello así, dentro del estado como sociedad políticamente organizada encuentra la persona la satisfacción de esta necesidad, en tanto "el Estado provee mediante su fin natural de bien común público o bienestar general, uno de cuyos contenidos fundamentales es, precisamente, el respeto, la promoción, y la garantía de los derechos del hombre"[382] lo que incluye la participación de cada persona del bien común, en su porción resultante de su vida comunitaria. Esta participación no puede excluir a nadie, no admite marginación, puesto que se traduce la misma en un derecho elemental relativo a ese bien esencial. Ahora bien si se constata la frustración de este derecho, se vuelve menester su exigibilidad lo que encuentra su viabilidad en considerarlo como un derecho subjetivo. En este sentido Bidart Campos lo considera filosóficamente como un "derecho por analogado" que desborda la categoría de derecho subjetivo más ligada al corte privatista que al publicístico y así sostiene que "son muchos los derechos por analogado que el constitucionalismo social ha recogido -al menos normativamente- en el plexo de los derechos rotulados como sociales y económicos,...aunque sean derechos por analogado deseamos que no dejen de ser "derechos" del hombre, habrá que esforzarse de toda forma para que sea accesible -y hasta exigible- la prestación que los satisfaga, pese a que por ahora esa prestación sea únicamente la genérica del bien común realmente tal, con participación también efectiva de todos los integrantes de la sociedad"[383]. Para completar la formulación señala que el débito del derecho subjetivo en el derecho a la vivienda, exige referirse a la existencia de una "obligación universal" en palabras de Roguin, obligación que es activamente "universal" porque debe cumplirse (haciendo algo, y no absteniéndose) en favor y beneficio de "todos" los que integran una sociedad "...el sujeto activo a cuyo favor existe la obligación activa (de dar o hacer) es universal porque es la generalidad total de los hombres de esa sociedad, pero sin que el sujeto obligado activamente y universalmente personalice y concrete con cada uno de esos hombres un vínculo obligacional particularizado...en los... derechos por analogado (los derechos "a" tal cosa y tal otra), cada hombre es titular o sujeto activo de

381 BIDART CAMPOS, Germán, *Teoría general* ..., op. cit., p 55.
382 BIDART CAMPOS, Germán, *Teoría general*..., op. cit., p 154.
383 BIDART CAMPOS, Germán, *Teoría general*..., ibidem, p 156.

uno de esos derechos, y que del reverso -o sea, del lado del débito hay un sujeto pasivo que tiene, no frente a él en relación personalizada, sino frente a "todos" los hombres, incluido él, una obligación universal, pero no de índole pasiva, no que se cumpla pasivamente, sino de naturaleza activa, que debe cumplirse activamente. ¿Cómo se cumple la obligación activamente universal, y quién la cumple, o la tiene a su cargo? ... el sujeto pasivo obligado es el Estado, frente a todos los hombres de su sociedad. ... lo que debe hacer el Estado es promover y emprender "políticas" (he aquí el vocablo único) de bienestar, sea que las tome él mismo a su cargo, sea que las estimule o las planifique (indicativamente) o las atribuya a la sociedad en su variado espectro organizacional y en sus espacios de libertad solidaria. Cuando tales políticas benefactoras se expanden en áreas como las referentes a necesidades humanas primarias (salud, vivienda, educación, economía, higiene, cultura, etcétera), los derechos por analogado (derechos "a") hallarán en disponibilidad suficiente los bienes"384. Aclara Bidart Campos que por más que se duda de que conforme al texto de la Constitución Argentina se trata de un derecho subjetivo o un derecho por analogado, queda claro que sí surge una obligación activamente universal por parte del estado que -si así se estimara- forjaría una categoría de situaciones jurídicas subjetivas que se deberían positivizar y proteger jurisdiccionalmente.

La categorización del derecho a la vivienda como derecho social[385], parte de la

384 BIDART CAMPOS, Germán, *Teoría general...*, op. cit., p 158.

385 "la utilización del concepto de norma de derecho social solamente para aquellas normas que cuentan con rango constitucional. Una norma cuenta con rango constitucional cuando puede ser fundamentada como parte del significado de, al menos, un enunciado constitucional. Existen normas de derecho social "directamente estatuidas" e "indirectamente estatuidas" por los enunciados constitucionales. Las primeras son aquellas que se extraen directamente del texto de los enunciados constitucionales. Las segundas son aquellas que, si bien no se extraen directamente del texto constitucional, es posible aducir a favor de su validez una fundamentación jurídicamente correcta en razón de otros argumentos interpretativos (más allá de los semánticos), de argumentos basados en opiniones dogmáticas, precedentes, analogías, argumentos jurídicos especiales, juicios de proporcionalidad o argumentos prácticos en general. Por último, el tercer elemento que delimita conceptualmente a las normas de derecho social está constituido por el hecho de que se trata de normas que ordenan la realización de un derecho social. Aquí los derechos sociales han sido entendidos en un sentido estricto, esto es, como derechos subjetivos a una acción positiva fáctica. Los derechos sociales son derechos subjetivos en el sentido de que pueden ser representados como una relación triádica entre un sujeto titular, un sujeto destinatario y un objeto. A su vez, que se trate de derechos a una acción positiva fáctica significa que su objeto exige la entrega de un bien material o la prestación de un servicio. Este objeto puede exhibir tanto una estructura definida como alternativa, dependiendo de cuántas sean las

base de que se trata de un derecho humano y fundamental, con autonomía que le permite que su materialización sea posible, no solo por el control individual sobre bienes y recursos necesarios para su satisfacción sino también en el hecho de la autonomía en la relación de la persona con el bien, y en ese aspecto se ha dicho que "el principio de autonomía personal sirve para determinar el contenido de los derechos individuales básicos, ya que de él se desprende cuáles son los bienes que esos derechos protegen. Tales bienes son las condiciones necesarias para la elección y materialización de ideales personales y los planes de vida basados en ellos: la vida psicobiológica, la integridad corporal y psíquica,... la libertad de acceso a recursos materiales...Yendo directamente a la carga contra cierta concepción del liberalismo conservador, al que tilda de más conservador que liberal, Carlos Nino demuestra que la total negación de los derechos sociales se sitúa por fuera del liberalismo constitucional y que el alcance preciso de dichos derechos será determinado por proceso democrático de discusión y toma de decisiones...Rubricamos, pues, un vínculo íntimo entre el derecho a la vivienda y la autonomía personal. Las carencias habitacionales la socaban a tal punto que podríamos decir que el derecho a la vivienda es un derecho fundamental para el desarrollo del propio plan de vida...la autonomía no puede separarse de la igualdad...La igualdad así entendida no solo protege contra discriminaciones sino que requiere prestaciones. En efecto, existe una interdependencia entre los derechos civiles y políticos y los derechos sociales. Ningún derecho sirve al otro sino que la importancia de cada derecho deriva de su relación con los demás"[386].

A su vez el contenido esencial del derecho a la vivienda encuentra su fundamento en la dignidad de la persona y sin volver con reiteraciones conceptuales que ya han sido objeto de estudio en capítulos anteriores- permite definirlo como derecho humano fundamental. No obstante el asumir el contenido esencial de este derecho y su afincamiento en la dignidad humana ha merecido la crítica de que impediría en un plano

---

acciones positivas fácticas que resulten idóneas para realizar con el grado de cumplimiento debido de un derecho social", DE FAZIO, Federico L., "Teoría Jurídica de los derechos sociales", en *Teoría Jurídica de los Derechos Sociales - CONICET Digital*, website: https://ri.conicet.gov.ar consultado el 08/09/2021.

386 KURLAT AIMAR, José Sebastián, *A propósito de la "fundamentalidad" del derecho a la vivienda. La experiencia argentina*, en Revista Catalana de Der Públic, (58), 151-165, website: https://doi.org/10.2436/rcdp.i58.2019.3222 consultado el 08/09/21.

conceptual justificar la restricción del mismo y en esa línea no sería aceptable. Es por ello que se ha señalado que "en los últimos años ha surgido una "versión modificada" de la teoría del "contenido esencial" que ...sostiene que la noción de "contenido esencial", en realidad, no está comprometida con algún método para determinar aquellos grados de realización más básicos en que los derechos sociales deben ser cumplidos, sino, más bien, con un método para determinar el orden de las prioridades. Así, por ejemplo, David Bilchitz"[387].

Más allá de cómo se lleva a cabo la acción para la satisfacción de un derecho fundamental, indudablemente que implica hablar del mismo a la vez en el plano del derecho subjetivo, que admite diversas maneras de lograr su realización sin que pueda ser exceptuado el ente estatal. La consagración constitucional del derecho ya sea por la existencia de normativa constitucional estatuida o indirectamente estatuida, cobran relevancia en orden a la dignidad humana, de manera que no puede asumirse la frustración del derecho sin el menoscabo a la propia persona humana.

3. Expresión "vivienda digna", expresión "vivienda adecuada". Relevancia.

El derecho a la vivienda encuentra en su fundamento, la dignidad de la persona[388], lo que fuera tratado en acápites anteriores y que concierne al ordenamiento jurídico. En este aspecto, las dimensiones con las que se vincula el mencionado derecho se dirigen hacia la calificación de la vivienda en tanto su atributo de dignidad, que se extiende no sólo a la esfera individual de la persona en cuanto a la realización del derecho sino también social, económica y ambiental. La vivienda en si misma da testimonio de las personas que la habitan y debe ser respetuosa en su garantía de la sostenibilidad ambiental. Esta dignidad ha llevado que se vincule el derecho a la

387 DE FAZIO, Federico L., *Teoría Jurídica de los derechos sociales*..., op. cit.

388 "...la dignidad es el núcleo de todos los derechos fundamentales (art. 19 inc. II de la Ley Fundamental de Alemania) por consiguiente cualquier ley que avance sobre este derecho es inconstitucional, entonces se deduce que la labor legislativa posee en la dignidad humana un límite a su accionar y debe ser declarado de oficio por los Tribunales de cualquier instancia y competencia", GHERSI, Carlos Alberto, *La dignidad como principio general del Derecho*, en LA LEY 08/08/2014 , 1; LA LEY 2014-D , 1054.

vivienda con el derecho a la ciudad esgrimiendo como fundamento que "La vivienda, como elemento vertebrador esencial de la ciudad y ámbito de desarrollo personal, es el primer paso para dar lugar a este derecho emergente a la ciudad. El derecho a la ciudad es la posibilidad de construir una ciudad en la que se pueda vivir dignamente, reconocerse como parte de ella, y donde se posibilite la distribución equitativa de diferentes tipos de recursos: trabajo, salud, educación, vivienda y recursos simbólicos, como memoria, participación y acceso a la información… en los derechos humanos y especialmente en los derechos económicos, sociales y culturales. En este sentido, el derecho a la ciudad no debería ser un derecho más, se trataría del derecho a hacer cumplir los derechos ya formalmente suscriptos por los Estados en tratados internacionales e instrumentalizados en el marco legal y normativo de los países"[389].

El señalar la dignidad de la vivienda implica su enlace con el término "vivienda adecuada" que es así como se encuentra consignado en en la Constitución Nacional Argentina. Si bien ambas terminologías en la literalidad de su expresión no son idénticas, responden a atributos necesarios y esenciales de la misma (vivienda). Se desprende su alcance de lo consignado en los tratados internacionales en tanto vinculan la vivienda con el reconocimiento de un nivel de vida adecuado que asegure salud, alimentación, educación para la persona y su familia (v. art. 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales artículo 11, párrafo 1; art. 14 de la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, art. 27.3 de la Convención de los Derechos del Niño, art. XI de la Declaración Americana sobre Derechos y Deberes del Hombre, art. 26 de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos, Convención sobre el Estatuto de los Refugiados del año 1951, Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, Convenio 117 de 1962 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Política Social). "Con lo cual en el concepto de vivienda "adecuada" hay que entender los siguientes elementos: seguridad jurídica de la tenencia (incluida una protección contra el desalojo); disponibilidad de servicios, materiales, facilidades e infraestructuras

389 GALIANA SAURA, Angeles, *La vivienda como objeto de estudio*…, op. cit.

(incluido el acceso al agua potable y a servicios sanitarios); gastos soportables; habitabilidad (incluida la protección contra el frío, la humedad, el calor, la lluvia, el viento y las enfermedades); asequibilidad; lugar (un emplazamiento adecuado, alejado de fuentes de contaminación y próximo a servicios sanitarios y escolares) y adecuación cultural"[390]. En lo expuesto hay un ligamen -como se dijera- en la calificación de digna y adecuada con el reconocimiento de otros derechos fundamentales, que singularizan lo que abarcan tales calificativos. No son condicionantes de una vivienda sino que, por el contrario, deben formar parte de dicho concepto para que sea indivisible con el mismo, en tanto el fundamento es la dignidad de la persona humana[391]. Ello en tanto, la protección de la vivienda se nutre de principios fundamentales derivados "de nuestro paradigma constitucional...conlleva a los distintos Estados nacionales a reconocerle derechos fundamentales en sus ordenamientos jurídicos, como también a celebrar tratados internacionales que han sintetizado y enumerado la protección de derechos humanos básicos que deben primar en toda sociedad"[392].

Indudablemente que el fenómeno de la constitucionalización del derecho privado, tuvo su impacto en la vivienda, en tanto extiende el contenido esencial de la misma, excediendo a la propiedad de la morada (si bien este es una meta esencial) para conjurar este derecho como fundamental de la persona, en su función individual y

390 GALIANA SAURA, Angeles, *La vivienda como objeto de estudio...*, op. cit.

391 "Como vemos, en el razonamiento del Comité, el concepto de "adecuación" es particularmente significativo en relación con el derecho a la vivienda, puesto que sirve para subrayar una serie de factores que hay que tener en cuenta al determinar si determinadas formas de vivienda se pueden considerar que constituyen una "vivienda adecuada" a los efectos del PIDSEC (Pacto Internacional de Derechos Sociales, Económicos y Culturales). Aun cuando la adecuación viene determinada en parte por factores sociales, económicos, culturales, climatológicos, ecológicos y de otra índole, el Comité considera que, aun así, es posible identificar algunos aspectos de ese derecho que deben ser tenidos en cuenta a estos efectos en cualquier contexto determinado. Entre esos aspectos el Comité señala los siguientes: a) Seguridad jurídica de la tenencia; b) Disponibilidad de servicios, materiales, facilidades e infraestructura; c) Gastos soportables; d) Habitabilidad; e) Asequibilidad; f) Encontrarse en un lugar adecuado; y g) Adecuación cultural. El Comité sostiene que, independientemente del estado de desarrollo de tal o cual país, hay ciertas medidas que "deben tomarse inmediatamente". Muchas de las medidas requeridas para promover el derecho a la vivienda requieren sólo la "abstención del gobierno de ciertas prácticas y un compromiso para facilitar la autoayuda de los grupos afectados", PIZZOLO, Calogero, *El derecho a una vivienda adecuada: una obligación estatal impostergable,* en DFyP 2010 (octubre) , 274

392 ZAVALA, Gastón A., "Subrogación de vivienda. Interpretación del régimen en el contexto jurídico", en *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, Nro. 2018 (octubre), p 16-38 , AR/DOC/2447/2018.

social[393]. La interdependencia con otros derechos fundamentales (civiles y políticos, económicos, sociales y culturales) ha derivado en que la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su sentencia del 21/05/2013 en "Suárez Peralta c. Ecuador" expusiera que deben ser entendidos integralmente como derechos humanos, sin jerarquía[394] entre sí y exigibles en todos los casos ante aquellas autoridades que resulten competentes para ello[395] [396]. "Dicho derecho está íntimamente relacionado con otros derechos fundamentales y derechos humanos, por cuanto un individuo que no tiene un lugar donde instalarse para pasar sus días y sus noches y debe deambular por las calles no sólo carece de una vivienda, sino que también ve afectadas su dignidad, su integridad

393 "La protección de la vivienda familiar responde a una directiva fundamental, que surge a partir de su postulado constitucional, acentuado en los tratados internacionales que poseen ese mismo rango, y recalificado en cada una de las constituciones provinciales, que más allá de encontrarse cuestionada su facultad para establecer normas tendientes a la protección de la vivienda familiar, es indiscutible y saludable que así sea porque permite advertir las realidades y preocupaciones que se registran en nuestro extenso territorio", MEDINA, Graciela, *Protección constitucional de la vivienda familiar con especial referencia a las modernas constituciones provinciales*, LA LEY online 0029/000440

394 Corte Interamericana de Derechos Humanos, "Suárez Peralta Vs. Ecuador, 21/05/2013 web site: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_261_esp.pdf consultado el 21/09/2021.

395 "En el caso del derecho a la vivienda adecuada, si se reconoce a este derecho la extensión y alcance referidos, su "inadecuación" puede poner en riesgo otros derechos de igual relevancia, v.gr., el derecho a la salud, a la seguridad, etc. Basta pensar en una vivienda que, siendo estructuralmente adecuada, carece de servicios básicos, de sistema de saneamiento, de transporte o que está emplazada en un lugar insalubre, aislado, de difícil comunicación con centros de salud, educativos, culturales, de entretenimiento, o distante de centros comerciales. Estas características negativas afectan gravemente el derecho fundamental de la persona a una vivienda adecuada. Por otro lado, al momento de analizar la estabilidad de la tenencia como elemento caracterizante del derecho a una vivienda adecuada, se hacen continuas referencias en el derecho internacional a los desalojos forzosos, a los desplazamientos obligados de centros de población, cuestiones estas que pueden afectar otros derechos fundamentales", CARRASCO, Valeria y JUANES, Norma, "El derecho a la vivienda adecuada como derecho humano fundamental", en *Derecho de Familia Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, Nro. 2017 (80 Jun.), Buenos Aires,Thomsom Reuters, 2017, p. 287-296.

396 "Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales de las Naciones Unidas en la Observación Nro. 4 sobre el derecho a una vivienda adecuada expresa que "el derecho a la vivienda no se debe interpretar en un sentido estricto o restrictivo que lo equipare, por ejemplo, con el cobijo que resulta del mero hecho de tener un tejado por encima de la cabeza o lo considere exclusivamente como una comodidad. Debe considerarse más bien como el derecho seguridad, paz y dignidad en alguna parte. ...En primer lugar porque el derecho a la vivienda está vinculado por entero a otros derechos humanos y a principios fundamentales que sirven de premisa al Pacto ...el término "vivienda" se interprete en un sentido que tenga en cuenta otras consideraciones y principalmente que el derecho al a vivienda se debe garantizar a todos, sean cuales fueren sus ingresos o sus accesos a recursos económicos. En segundo lugar, la referencia que figura en el párrafo 1 del artículo 11 no se debe entender en sentido de vivienda a secas, sino de vivienda adecuada", DAMSKY, Isaac Augusto, *El derecho a la vivienda en la Argentina,* en Biblioteca jurídica virtual del Instituto de Investigaciones jurídicas de la UNAM website: https://archivos.juridicas.unam.mx consultado el 15/12/2020.

y su salud, a punto tal que no está en condiciones de crear y desarrollar un proyecto de vida, tal como lo hace el resto de los habitantes. En consecuencia, quedan descartados los argumentos normativos y la tesis históricas, teóricas y dogmáticas que intentaban justificar la programaticidad y/o la menor jerarquía axiológica de los derechos económicos, sociales y culturales"[397] [398] [399]. Es así que la vivienda en su configuración para el desarrollo de la persona humana, como derecho reconocido constitucionalmente y en su pleno ejercicio indica que el mismo sea contemplado como "el derecho de todo hombre, mujer, joven y niño a acceder y mantener un hogar y una comunidad en que puedan vivir en paz y dignidad"[400]. La vulneración del derecho a la vivienda digna y/o adecuada hace intervenir la frustración de principios fundamentales de derechos humanos como lo son la no discriminación e igualdad, entre otros "La no discriminación y la igualdad son principios fundamentales de los derechos humanos y componentes fundamentales del derecho a una vivienda adecuada. En el párr. 2 , art., 2, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales enuncia de forma no exhaustiva los motivos de discriminación: raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. Según el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, "otra condición social" puede incluir la discapacidad, el estado de salud (por ejemplo VIH/sida) o la orientación sexual...El principio de igualdad y prohibición de discriminación ha alcanzado un nivel de máxima consagración y entidad: pertenece al ius cogens, puesto que sobre él descansa todo el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y es un principio fundamental que permea todo el ordenamiento jurídico. La proscripción de la

397 GIL DOMINGUEZ, Andrés, *Estado constitucional de derecho, políticas públicas y derecho de acceso a una vivienda digna*, en LA LEY 28/05/2012 , 8, LA LEY 2012-C-385.

398 "Con la mirada en la nueva concepción de los derechos humanos, basada en un cambio de paradigma en el cual la persona es sujeto de derechos y el ámbito de protección de ellos excede el plano interno hacia un sistema internacional, surge como eje fundamental el principio pro homine", LLOVERAS, Nora, DURAN, Valeria, *La protección de la vivienda desde el derecho y la psicología*, publicado en TR LALEY AR/DOC/3765/2017.

399 "Ese principio pro homine "indica que el intérprete y el operador han de buscar y aplicar la norma que en cada caso resulte más favorable para la persona humana, para su libertad y sus derechos, cualquiera sea la fuente que suministre esa norma -internacional o interna-", LLOVERAS, Nora; DURAN, Valeria. op. cit.

400 LLOVERAS, Nora; DURAN, Valeria, ibidem

discriminación no admite salvedades o ámbitos de tolerancia"[401].

4. Parámetros suministrados por antecedentes jurisprudenciales en relación al derecho a la vivienda en su correlato con Derechos Fundamentales.

El derecho a la vivienda en lo que hace a los lineamientos que integran su definición, se encuentra en correlato con derechos fundamentales enunciados en convenciones y tratados internacionales, y así lo ha entendido el Comité de Derechos Civiles y Políticos en concordancia con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, asumiendo una interpretación social del mismo. Ello indica que existe una interdependencia e interrelación con derechos de corte fundamental, que destierra la idea de que el derecho a la vivienda puede ser concebido como un derecho aislado del resto del complejo de derechos en los que se desenvuelve. El principio de interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos se vuelve prístino, alcanzando su máxima expresión. "La mejor hermenéutica en materia de protección de derechos humanos es la que relaciona los derechos protegidos entre sí, indivisibles que son, y no la que busca inadecuamente desagregarlos uno del otro, fragilizando indebidamente las bases de protección" [402].

En esa línea, lo adecuado y digno de la vivienda que asume la situación individual de la persona y social en su desarrollo, comprende precisiones que se han ido efectuando desde el plano supraconstitucional a través de disposiciones convencionales como también de interpretaciones jurisprudenciales que sirven de pautas de consideración y que permiten asumir el valor de la dignidad humana como fundamento para la existencia de una vivienda adecuada. Ello a fin de que el orden estatal se nutra de tales conceptos y se permita el pleno ejercicio de este derecho.

La hermenéutica de su estudio, encuentra su relación y plenitud con el respeto de condiciones "indispensables para la salud, seguridad, comodidad, nutrición, acceso a

401 CARAMELO, Gustavo, *El derecho a una vivienda adecuada según la Corte Suprema Argentina*, en JA 2012-III-577.

402 Voto del Juez Cancado Trindade en "Acosta Caledrón v. Ecuador", Corte Interamericana de derechos humanos, website: https://www.corteidh.or.cr consultado el 27/03/2021.

recursos naturales y comunes al agua, potable a la energía para la cocina, calefacción, condiciones sanitarias para el aseo, eliminación de desechos, drenaje, ello conforme Directrices del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Directrices del derecho al agua[403].

Así cuando se vincula este derecho con otros derechos fundamentales se advierte que el límite del mismo, no es el "techo material" sino que su horizonte encuentra su extensión con la dignidad humana[404] Este no es un significado abstracto, o por el contrario, no implica que el mismo no pueda ser precisado y que se admita la injerencia estatal para su respeto en el caso de que se verifiquen situaciones de vulneración. En ese sentido la vivienda es considerada como una "necesidad primordial"[405] por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos quien incluso verifica la "proporcionalidad" de la intervención del estado cuando una persona es privada de su alojamiento, ya sea por expropiación o limitación de los derechos reales "el ordenamiento nacional debe garantizar con eficacia el respeto del principio de la "paridad de las armas" para permitir el ejercicio de una adecuada defensa frente a las interferencias en el disfrute del derecho que se considera lesionado"[406][407].

---

403 Corte Interamericana de derechos humanos, "Comunidad Indígena Yakye Axa v. Paraguay", 17/06/2005, como también Directrices del Comité Europeo de Derecho Sociales, "Centre européen des drotis des roms v. Buglarie" reclamo colectivo Nro. 31/2005, 18/10/2006; Comodidades esenciales, calefacción y electricidad Comité Europeo de Derechos Sociales "Centre européen des Droits des Roms (CEDR) v. Grecce, reclamo colectivo Nro. 15/2003,...Informe de la situación de derechos humanos en El Salvador", GIALDINO, Rolando E., *El carácter adecuado de la vivienda en el derecho internacional de los derechos humanos* website: https://biblioteca.corteidh.or.cr/documento/66526 consultado el 30/06/21.

404 "el presente derecho no es dable equipararlo con el cobijo que resulta del mero hecho de tener un tejado por encima de la cabeza o considerarlo como una comodidad. Se trata, más bien, de derecho a la vida en seguridad, paz y dignidad en alguna parte, lineamiento seguido, por la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos y que se vincula con...derecho de todo hombre, mujer, joven y niño atener un hogar y una comunicad seguras, en que puedan vivir en paz y dignidad...es cuestión para el COM/DES atendiendo a la noción dada por la Comisión de Asentamientos Urbanos de la ONU y la Estrategia Mundial de la vivienda del año 2000 "de disponer de un lugar donde poder aislarse si se desea, espacio adecuado, seguridad adecuada, iluminación y ventilación adecuadas, una infraestructura básica adecuada y una situación adecuada en relación con el trabajo y los servicios básicos, todo ello a un costo razonable..una vivienda..es algo más que ladrillos y cemento", GIALDINO, Rolando E. , op. cit.

405 Tribunal Europeo de Derechos Humanos, "James et autres v. Royaume-Uni", 21/02/1986 website: www.bialii.org/eu/casese/ECHR/1986/2.html consultado el 27/08/21.

406 Al respecto, vid. Tribunal Europeo de Derechos humanos, "Connors c. Reino Unido", 27 de mayo de 2004, en el que se constató la situación vulnerable de las personas de etnia gitana como minoría, que impone la obligación positiva al Estado de facilitar su forma de vida, la falta de protección procesal que permitió a la autoridad local expulsarlos de un solar permitido sin el control de los tribunales y el hecho de que la legislación interna hacía una discriminación injustificada entre las personas de etnia

En la línea de lo expuesto, la interpretación extensiva de lo que implica vivienda por parte del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ha significado estimar como tal aquella que permita de un modo adecuado el desarrollo de la vida humana[408]. En ese aspecto, se ha interpretado que vivienda no sería sólo las habitaciones físicamente existentes o los terrenos[409] sino que se extiende también a lugares que un sujeto pueda considerar en cualquier caso como tales, como, por ejemplo, las casas movibles, como las tiendas de campaña, las caravanas, o los alojamientos provisionales o incluso las viviendas vacacionales y los lugares en los que el sujeto no sólo viva, sino que también ejercite su propia actividad profesional[410] [411].

---

gitana que residían en un solar privado y los que residían en solares pertenecientes a la autoridad local website: en //hudoc.echr.coe.int consultado el 27/09/2021.

407 "hay varios casos referidos a la minoría romaní con expropiaciones forzadas y la destrucción de sus viviendas, que llevan al TEDH a considerar la violación del art. 8 CEDH y/o del protocolo adicional nº 1. El Tribunal basa sus argumentos resaltando a menudo la ausencia de proporcionalidad de las medidas realizadas por las autoridades públicas o en la imposibilidad para los demandantes de hacer valer sus razones en las sedes judiciales nacionales, e incluso en la falta de cumplimiento de las obligaciones positivas que tratan de "compensar" a los demandantes de las pérdidas sufridas (Bagdonavicius et al. c. Rusia, del 11 de octubre de 2016, Winterstein et al. c. Francia del 17 de octubre de 2013; Yordanova et al. c. Bulgaria del 24 de abril de 2012…)", DRIGO, Caterina, *Anales de Derecho. La protección de los derechos fundamentales en el espacio europeo y los diversos estándares posibles de protección: el caso del reconocimiento de la dimensión social del derecho a la vivienda por parte del Tribunal Europeo de Derechos Humanos,* website: https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/574707 consultado el fecha 24/06/21.

408 En ese aspecto la relación individual y familiar con la vivienda ha merecido que se la estime como el lugar físico de desarrollo de la vida privada y familiar «*the place, the physically defined area, where private and family life develops*", Tribunal Europeo de Derechos Humanos, "Moreno Gomez v. Spain", 16/11/2004, website: en https://swarb.co.uk/moreno-gomez-v-spain-echr-16-nov-2004 consultado el 28/09/2021.

409 "Tribunal Europeo de Derechos Humanos, "Buckley c. Reino Unido", 29/09/1996; en el mismo sentido Tribunal Europeo de Derechos Humanos,"Chapman c. Reino Unido", 18/01/2001", MACHO CARRO, Alberto, *La pérdida de la vivienda habitual en la doctrina del TEDH: una injerencia extrema en el derecho al respeto del domicilio,* website: https://revistas.um.es consultado el 04/06/2021.

410 "dos son los casos en los que el TEDH delimita el concepto de vivienda que utilizará de forma continuada en su jurisprudencia: el caso Gillow c. Reino Unido, de 24 de noviembre de 1986, y el caso Buckley c. Reino Unido, de 29 de septiembre de 1996. En el primero de ellos, el TEDH estableció la existencia de vínculos suficientes y continuados (sufficient continuing links) con un determinado inmueble como criterio para determinar que éste constituya un domicilio (home) en los términos del artículo 8 CEDH. Desde entonces, el Tribunal de Estrasburgo ha venido reiterando en su jurisprudencia que el que un lugar pueda ser considerado como domicilio, a los efectos de la protección dispensada por el artículo 8 CEDH, es una cuestión de hecho, que habrá de determinarse en función de las circunstancias fácticas de cada caso y, en concreto, atendiendo a la existencia de vínculos suficientes y continuados con el lugar. Una concepción que, se mantendrá inalterada en lo sucesivo. En otras palabras, «el concepto de "casa/domicilio" (home) contenido en el artículo 8 no se limita a lo que el Estado considere como tal; ni se limita a aquellas situaciones habitacionales respaldadas por un título justo, ni depende de las clasificaciones que la legislación interna establezca». Por su parte, en el caso Buckley c. Reino Unido, el Tribunal estableció por primera vez que las consideraciones del caso Gillow también son de aplicación

Tampoco se ha desligado a la vivienda de la justicia social, y ello implica que se la contemple desde la situación de las personas en un contexto de vulnerabilidad. En ese sentido se ha estimado de relevancia la adecuación de las viviendas a las personas con discapacidad en orden a los "obstáculos arquitectónicos" "(vid. CP Discapacidad art. 9.1. a; CIP Discapacidad art. III. 1 a/c; Com/ DESC: obs. Gral. 15 y 22, Directrices, 51.c; recomendación115 OIT, métodos de aplicación, 3 c). ...un orden afín de ideas, corresponde aplicar dicha necesidad de adecuación en el caso de las viviendas de las personas de edad (Directrices, 51.c). Para estas últimas "la vivienda es algo más que un mero albergue". Además el significado material, ...los estados deben contribuir a que dichas personas "permanezcan en sus propios hogares mientras sea posible, mediante la reestructuración y el mejoramiento de las viviendas en sí mismas, así como su adaptación" (vid. COM/DESC, obs. Gral,, 6, Plant de Acción Internacional de Viena sobre el Envejecimiento, recomendaciones 19 a 22; COM/Mujer, Rec. Gral. XXVII,, 48)[412]. En esa cuestión de vulnerabilidad tampoco ha escapado la situación de la violencia doméstica, en tanto se pretende incluir en el derecho a la vivienda el derecho a vivir en un contexto carente de violencia doméstica. Y es por ello la pregunta de cuáles serían las obligaciones positivas en el orden estatal, lo que encuentra su acogida en relación a las políticas y a los instrumentos normativos que permitan contrarrestar la violencia doméstica, la protección de las víctimas de la misma, principalmente en lo concerniente a su alojamiento[413].

El acceder a la vivienda indica el principio de la posibilidad de costear la misma, lo que asume que para su satisfacción no se impida el goce de otras necesidades básicas, de la mano con los principios de "gastos soportables" reconocido por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su observación general 4 párr. 8. A ello se suma la vinculación con el salario que permita un nivel de vida adecuado desde lo

---

para aquellos casos en que la residencia del demandante o demandantes no haya sido establecida conforme a Derecho", MACHO CARRO, Alberto, op. cit.

411 "lo que A.C. Buyse denomina un "apego socio emocional"...concepto que contiene la idea de que el individuo desarrolla, con el correr del tiempo, un vínculo con cierto lugar, no sólo con una región o vecindario, sino con la casa en la que vive", GIALDINO, Rolando E., op. cit.

412 GIALDINO, Rolando E., op. cit.

413 Vid. Tribunal Europeo de Derechos Humanos, "J.D. and A. c. Reino Unido", 24 de octubre de 2019, website: https://hudoc.echr.coe.int/eng consultado en fecha 30/09/21.

individual a lo familiar, al igual que jubilaciones y pensiones que en definitiva se trasladan al pleno ejercicio del derecho a trabajar y a la seguridad social[414].

La justicia social que se erige en la realidad fáctica donde el derecho a la vivienda transcurre, implica referirse también a que el resto de la normativa fundamental en su correlato con el derecho mencionado, incurra en una valoración de la política estatal que procure eliminar lo opuesto, es decir las situaciones de injusticia social[415] Es así que en el marco de una sociedad democrática sólo admite una injerencia en los derechos de vivienda si se trata de una necesidad social imperiosa, proporcionada al fin legítimo perseguido[416]. A este respecto, se recuerda el caso, con el que la Comisión europea para los derechos humanos (y posteriormente, el TEDH en el 2001 58 "Chipre c. Turquía del 10 de mayo de 2001) ha cuestionado la expulsión forzada de los grecochipriotas de sus viviendas. De un modo similar, "los jueces de Estrasburgo han censurado la conducta de las autoridades turcas cuando han procedido sistemáticamente a destruir las viviendas pertenecientes a miembros de la minoría kurda (considerando violados tanto el art. 1 del protocolo adicional nº1 CEDH, como el art. 8)[417] [418]

414 El Tribunal Europeo de Derechos Humanos en "Larioshina v. Russia", 23/4/2002, en una decisión sobre la admisibilidad, estimó que si bien un importe insuficiente de jubilación o de otro beneficio social puede, en principio, caer dentro del art. 3 de la Convención Europea de Derechos Humanos que prohíbe los tratos inhumanos o degradantes, en el caso, se entendió no configurada la presunta insuficiencia de la pensión de vejez para mantener una estándar de vida. La demandante era una anciana que vivía de su pensión de vejez y otras prestaciones sociales. Se alegó que estos beneficios eran insuficientes para mantener un nivel de vida adecuado. La Corte declaró la demanda inadmisible (manifiestamente infundada), de conformidad con Artículo 35 (criterios de admisibilidad) de la Convención. Consideró que una denuncia sobre una pensión totalmente insuficiente y las demás prestaciones sociales pueden, en principio, plantear una cuestión en virtud del artículo 3 (prohibición de tratos inhumanos o degradantes) de la Convención. Sin embargo, sobre la base del material en su poder, el Tribunal no encontró indicación de que el monto de la pensión del solicitante y las prestaciones sociales adicionales había causado tal daño a su salud física o mental capaz de alcanzar el nivel mínimo de gravedad incluido en el ámbito del artículo 3, Vid Consejo Europeo de Derecho Humanos, "*Elderly people and the European Convention on Human Rights*" website: https://www.echr.coe.int consultado el fecha 28/09/2021. El Tribunal también se ha pronunciado sobre los derechos de la seguridad social en su incidencia en las condiciones de vida.

415 "Desde el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la política orientada al mantenimiento de la justicia social, como figura entre las tareas de un legislador democrático", Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 21/02/1986, "James et autres v. Royaume-Uni"...op. cit.

416 Tribunal Europeo de Derechos humanos, "Connors c. Reino Unido" del 27 de mayo de 2004...op. cit.

417 "Akdivar et al c. Turquía del 16 de septiembre de 1996, Menteş et al. c. Turquía del 28 de noviembre de 1997, Gündem c. Turquía del 25 de mayo de 1998; Selçuk y Asker c. Turquía del 24 de

En la tutela de la dimensión espacial del individuo en su faz individual y social, ha incluído que la introducción de medidas idóneas para la protección de este derecho a la vivienda en la cooperación internacional, ha ocasionado que las regulaciones de los mercados no la conviertan como un instrumento financiero separándola de la función social de la misma. Es así que a modo de ejemplo en la Declaración de Estambul sobre asentamientos humanos se remarca la mejora del acceso a la tierra y al crédito y se ayude a aquellos excluídos de la vivienda[419]. A ello se suma que "son varios los casos en los que el TEDH ha reconocido alguna forma de tutela de los derechos de vivienda cuando los demandantes han alegado una lesión del derecho a vivir en una vivienda salubre (y por tanto considerada adecuada), como consecuencia de graves fenómenos de contaminación ambiental y sonora. En este sentido, los casos Guerra c. Italia. López Ostra c. España o Fadeyeva c. Rusia o los casos Hatton c.Reino Unido y Moreno Gómez c. España"[420].

La vivienda en su relación con el medio ambiente ha encontrado su fuente de protección en tanto el goce de un ambiente sano ha sido el inicio de una jurisprudencia de corte medio ambiental que enuncia el respeto del derecho de la persona respecto de su vida privada, familiar y de su domicilio. Así se ha estimado en el precedente López Ostra v. Espagne de fecha 9/12/1994 del Tribunal de Estrasburgo que el Estado español no protegió el hogar, familia y vida privada de su ciudadano en la contaminación provocada por la instalación de tratamiento de residuos, privándolo de un ambiente sano

---

abril de 1998; Yöyler c. Turquía del 24 de julio de 2003", DRIGO, Caterina, op. cit.

418 En el mismo sentido: "Este Tribunal también considera que la quema de las viviendas de El Aro constituye una grave vulneración de un bien indispensable para la población. El propósito de la quema y destrucción de los hogares de los pobladores de El Aro era instituir terror y causar el desplazamiento de éstos, para así obtener una victoria territorial en la lucha en contra de la guerrilla en Colombia (supra párr. 125.26 a 125.103). Por tales motivos, el efecto que tuvo la destrucción de los hogares fue la pérdida, no solo de bienes materiales, sino de todo referente social de personas que, en algunos casos, habían residido todas sus vidas en dicho poblado. La destrucción de sus hogares, además de constituir una gran pérdida de carácter económico, causó en los pobladores una pérdida de sus más básicas condiciones de existencia, lo cual hace que la violación al derecho a la propiedad en este caso sea de especial gravedad", Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso de las Masacres de Ituango V. Colombia sentencia de fecha 1 de julio de 2006, website: en https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_148_esp.pdf consultado en fecha 30/09/21.

419 Website: https://cdh.defensoria.org.ar/normativa/declaracion-de-estambul-sobre-los-asentamientos-humanos-y-programa-de-habitat/ consultado el 30/09/21.

420 DRIGO, Caterina, op. cit.

y respecto a su desarrollo personal, en la contaminación provocada por una instalación de tratamiento de residuos[421] presentándose similar situación "Guerra et autres v. Italie" (19/2/1998) del mismo Tribunal en cuanto a la falta de información de la población sobre los riesgos involucrados y las medidas a tomar en caso de accidente en una planta química vecina[422].

Asimismo, también se reconoce la ubicación de la vivienda para estimarla como adecuada en tanto su lugar debe permitir la subsistencia de la persona y del grupo familiar que la habite, ello en relación a ejercicio del derecho del trabajo, de la salud, de la seguridad social. Es decir el lugar de la vivienda se evalúa en tanto determina el acceso a centro de salud, a escuela, al empleo y a demás servicios sociales necesarios para el desarrollo de la vida[423].

Argentina también participa en la construcción del derecho a la vivienda nutriéndolo del contenido de los derechos fundamentales reconocidos constitucional y convencionalmente en tanto estima que "El derecho a un vivienda digna se encuentra reconocido y garantizado por la Constitución Nacional tanto en su art. 14 bis, como en varios de los tratados incorporados a la Carta Magna en el art. 75 inc. 22 (art. XI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, art. 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y art. 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales). En particular, el Pacto Internacional de

421 Corte Europea de Derechos Humanos, Website:https://www.escr-net.org/caselaw/2008/lopez-ostra-vs-spain-application-no-1679890 consultado el 30/09/21.

422 Corte Europea de Derechos Humanos Website: https://www.persee.fr/doc/reden_1283-8446_1998_num_2_3_1032 consultado el 30/09/2021.

423 "la Corte Suprema sostuvo que tradicionalmente se ha aceptado que las necesidades básicas del hombre son tres: alimento, vestimenta y vivienda. El derecho a la vida está garantizado en toda sociedad civilizada. Dicho derecho abarca el derecho al alimento, a la vestimenta, y a un medio ambiente digno y una vivienda decente. La Corte repitió que el refugio o la vivienda de un ser humano debe ser adecuado y debe permitirle crecer y desarrollarse en todos los aspectos: físicos, mentales e intelectuales. Una vivienda razonable es una necesidad indispensable para el cumplimiento de la meta constitucional del desarrollo del hombre y debe considerarse incluida en el concepto de vida del artículo 21. Entre otras cosas, la Corte dispuso que los constructores debían abstenerse de asignar los departamentos hasta que finalizara el análisis de la demanda de los peticionantes (quienes pertenecían a los segmentos más débiles') y hasta que se asignaran viviendas a todas las personas que fueran designadas como pertenecientes a los segmentos más débiles. La Corte estableció algunas pautas relacionadas con dicha asignación y ordenó al gobierno estatal que constituya un comité para monitorear la distribución de los departamentos entre dichos segmentos", Corte Internacional de la India, "Santistar Builders vs. Naraya Khimalal Totame" website: https://www.escr-net.org/es/caselaw/2006/shantistar-builders-v-narayan-khimalal-totame-civil-appeal-no-25981989-cited-1990-1-scc consultado el 30/09/2021.

Derechos Económicos, Sociales y Culturales … reconoce "el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia" art. 11 inc. 1°..."está íntimamente relacionado con otros derechos humanos fundamentales, dado que un individuo que no tiene un lugar donde instalarse para pasar sus días y sus noches y debe deambular por las calles no sólo carece de una vivienda, sin que también ve afectadas su dignidad, su integridad y su salud, a punto tal que no está en condiciones de crear y desarrollar un proyecto de vida, tal como lo hace el resto de los habitantes[424].

No obstante consagrar el respeto de este derecho, también se ha asumido que (en el caso que se cita se trata de la ciudad de Buenos Aires) "no está obligada a proporcionar vivienda a cualquier habitante del país, o incluso del extranjero, que adolezca de esa necesidad... la mayoría revocó la resolución que, haciendo lugar a la acción de amparo deducida por quien estaba en situación de calle, ordenaba otorgarle un subsidio que le permita acceder a una vivienda en condiciones dignas de habitabilidad, pues su obligación, establecida en el art. 31 de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, se concreta en fijar programas y condiciones de acceso a una vivienda, dentro de las capacidades que sus posibilidades le permitan conforme el aprovechamiento máximo de los recursos presupuestarios disponibles, no existiendo un derecho subjetivo de cualquier persona para exigir en forma inmediata y directa de la Ciudad de Buenos Aires la plena satisfacción de su necesidad habitacional, pero sí, en cambio, para que el universo de destinatarios a quienes el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires debe asistir, pueda requerir la cobertura habitacional indispensable, sea a través de hogares o paradores (del voto de los doctores Conde y Lozano)"[425]. No obstante ello y a título de ejemplo, no es conteste el criterio sostenido ya que también se ha dicho que "El derecho a condiciones mínimas de inclusión social es un derecho fundamental que resulta imprescindible para el ejercicio de la autonomía individual …

424 Del voto del Dr. Petracchi en Corte Suprema de Justicia de la Nación, "Q.C., S.Y. c. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ Amparo", 24/4/2012, RUFINO, Marco A.; La "vivienda digna", *Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, ED, 10/8/2012, Nro. 13.056.

425 Trib. Sup. Ciudad Autónoma Buenos Aires, "Alba Quintana, Pablo c. GCBA y otros", 12/05/2010, AR/JUR/14635/2010. La misma suerte se impuso en "Toloza, Estela C. v. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires", 09/08/2006 – TSJ CABA.

el estado no sólo debe abstenerse de interferir en el ejercicio de los derechos individuales sino que tiene además, el deber inexcusable de realizar acciones positivas, de manera que el ejercicio de los derechos individuales no se torne ilusorio … del derecho a una vivienda digna no es el derecho a la propiedad sobre ella, sino el de vivir en seguridad, paz y dignidad en alguna parte, es decir la disposición de un espacio físico adecuado … Frente a una condena por haberse comprobado una omisión en el cumplimiento de una obligación constitucional en los términos de los programas de vivienda, resulta más adecuado al principio de división de poderes que sea la propia Administración quien establezca cuál es el curso de acción más idóneo para cumplir con su deber de proveer un *standard* básico de satisfacción del derecho a la vivienda respecto de aquellas personas que se encuentran en situación de emergencia habitacional"[426] [427] [428].

Asimismo también se ha significado la conexión entre la vivienda y el resto de los derechos fundamentales al sostener que "los amparistas gozan del derecho constitucional de acceso a una vivienda digna, entendido no como el derecho a obtener

426 Cám. Apel. en lo Contenciosoadministrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Bs. As., Sala I,, "Mansilla, María M. c. Ciudad de Buenos Aires", 13/10/2006, AR/JUR/10649/2006.

427 "el escueto contenido mínimo del derecho a la vivienda que se ofrece en los fallos analizados sólo podría explicarse en base a una teoría según la cual el acceso al seguro a una vivienda adecuada no fuera en realidad un derecho constitucional exigible al estado, pero la aversión a dotar al derecho a la vivienda de sustancia es injustificable en nuestro acuerdo constitucional, tanto como lo sería una concepción análoga respecto del derecho a la salud, la educación y la seguridad social, por citar los casos más obvios. Los arreglos constitucionales liberal-conservadores de 1853 posiblemente podrían encontrar consistencia con tales teorías –que reconocen pocos derechos, básicamente construidos como libertades normativas– pero, sencillamente, ya no puede encajar con los compromisos adoptados en el país y la Ciudad mediante las reformas constitucionales consagradas luego de la recuperación democrática", GARGARELLA, Roberto y MAURINO, Gustavo, *Vivir en la calle. El derecho a la vivienda en la jurisprudencia del TSJC* website: http://www.derecho.uba.ar consultado el 30/09/2021.

428 "Los criterios relativos a la eficacia del derecho de acceso a la vivienda fueron ratificados por la Corte de la Nación en posteriores decisiones, y por tribunales inferiores del país. Así, por ejemplo, se hizo lugar al "amparo habitacional" deducido por la madre de un menor que sufre una grave patología, ambos viven en un domicilio precario e insalubre, con una vulnerabilidad económica; también se condenó al Gobierno de CABA a otorgar una vivienda bajo la figura del comodato social a favor del grupo familiar, dado que no ofreció ninguna alternativa adecuada que les permita contar con el alojamiento previsto en una sentencia firme, aunque incumplida por más de un año, en la que se reconoció el estado de vulnerabilidad de la amparista, una mujer de cuarenta y nueve años, que padece VIH, sin empleo formal, sin contención familiar y a cargo de dos niños, de los cuales uno padece autismo; tampoco adujo que la manda judicial sea de incumplimiento imposible, ni que carezca de inmuebles para estos fines", KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída; "Perspectiva contemporánea de la protección de la vivienda. Reacción jurisprudencia" en *Revista de Derecho Privado y Comunitario, Cuestiones patrimoniales del Derecho de las Familias 2020-2,* Santa Fe, Editorial Rubinzal Culzoni, 2020, p 154.

la propiedad de ella, sino como el de vivir en seguridad, paz y dignidad en alguna parte, es decir la disposición de un espacio físico adecuado. En consecuencia, en caso de que sus titulares invoquen su lesión o menoscabo -y de encontrarse presentes los restantes presupuestos de admisibilidad- se encuentra plenamente habilitada su tutela judicial[429].

Por otro lado, no puede dejar de mencionarse la existencia de desalojos forzosos que no sólo afectan el derecho a la vivienda sino que incluyen la vulneración de los derechos civiles, culturales, económicos, políticos y sociales consagrados en los instrumentos internacionales (A modo de ejemplo el derecho a la vida (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 6.1); libertad de tratos crueles, inhumanos y degradantes (ibidem, art. 7); derecho a la seguridad personal (ibidem, art. 9.1); derecho a un nivel de vida adecuado, incluido el derecho a una vivienda adecuada, alimentos, agua y saneamiento (Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, art. 11, y resoluciones conexas del Consejo de Derechos Humanos); derecho a no ser objeto de injerencias en la vida privada, el domicilio y la familia (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 17); libertad de circulación y elección de la residencia (ibidem, art. 12.1); derecho a la salud (Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, art. 12); derecho a la educación (ibidem, art. 13); derecho a trabajar (ibidem, art. 6.1); derecho a un recurso efectivo (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, arts. 2.3 y 26); derecho a la propiedad (Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 17); derechos a votar y participar en la dirección de los asuntos públicos (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 25). Todo ello vinculado a la forma en que los desalojos se deciden, su planificación, la forma en que se llevan a cabo, el uso de hostigamiento, amenazas, etc. Sin pretender abordar la temática siendo materia de preocupación de la comunidad internacional debe reseñarse que "En virtud de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, los Estados partes tienen la obligación de conceder a los refugiados el trato más favorable posible en materia de vivienda y en ningún caso menos favorable que el concedido generalmente en las mismas circunstancias a los extranjeros (art. 21). Además, los

429 Cámara de Apelaciones Contecioso Administrativo y Tributario de la ciudad Autónoma de Buenos Aires, Sala I, "Tarantino, Héctor Osvaldo y otros c/GCBA s/amparo", 28/12/2001 website: www.saij.gob.ar consultado el 30/09/2021.

refugiados y los desplazados internos tienen derecho a la protección de su propiedad y sus posesiones (Principio Rector 21), a regresar a sus domicilios o lugares de residencia habitual y a la restitución de la vivienda y las tierras de que hayan sido desalojados forzosamente. Véase, por ejemplo, los Principios "Pinheiro" sobre la Restitución de las Viviendas y el Patrimonio de los Refugiados y las Personas Desplazadas (E/CN.4/Sub.2/2005/17), principio 2.1[430].

5. El derecho a la vivienda en el sistema del Derecho Privado Argentino. Diseño.

La regulación del derecho a la vivienda que existía en el derecho argentino mostraba su faz protectoria en lo referente a la vivienda familiar a través de la Ley Nacional de Bien de Familia Nro. 14394. Es así que, a pesar de haber sido derogada la reforma constitucional de 1949, en el año 1954, se sanciona la ley 14394 que regula el bien de familia e implica la concreción de la previsión constitucional contenida en la reforma de 1949. "El amparo de la vivienda familiar tuvo que esperar hasta el año 1957 para tener vigencia a nivel constitucional. … cuando con la incorporación del artículo 14 bis en la Constitución Nacional, nuestro estatuto fundamental incorpora principios que enarbola el constitucionalismo social. Las bases ideológicas que fundamenta esta nueva concepción del constitucionalismo social conllevan una nueva visión del trabajo como derecho-deber y la función social de la propiedad con el objeto de obtener la dignidad de vida para los habitantes de la nación … se le impone al estado la obligación de otorgar los beneficios que la componen con carácter integral e irrenunciable. Así la seguridad social debía cubrir un cúmulo de protecciones, entre las cuales se encontraba el acceso a la vivienda digna"[431]. Indudablemente, la tutela suministrada por la Constitución Nacional a la vivienda familiar se vio incrementada a través del bloque de constitucionalidad incorporado a partir de la reforma de 1994[432].

430 Naciones Unidas Derechos Humanos, Oficina del Alto Comisionado, Website: Desalojos forzosos – OHCHRhttps://www.ohchr.org consultado el 30/09/21.

431 JUNYENT BAS, Francisco, IZQUIERDO, Silvina; "La protección de la vivienda familiar. Alcance e integración en el derecho, con especial énfasis en material concursal", *Revista de Derecho Privado y Comunitario, Bien de Familia,* Editorial Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2011, p 97.

432 Ello implica respecto del Estado la obligación de "cubrir un cúmulo de obligaciones, entre las

Por su parte, el bien de familia como régimen protectorio de la vivienda familiar implicaba una institución que encontraba sus antecedentes en las legislaciones de Francia, Italia, Portugal, Suiza, Alemania, EE. UU., Canadá, México, Brasil, Colombia, entre otros y que protegía al núcleo familiar patrimonialmente cruzando al orden constitucional con el privado. Reconoce como antecedente otros regímenes legales que se instituyeron en función del amparo de la vivienda familiar en su sentido económico (regímenes agrarios, leyes de arrendamientos rurales que establecieron indivisibilidad en la explotación. También otros ejemplos como la ley 9677 de Casas Baratas "tenía la función de dirigir, fomentar y controlar la construcción de casas higiénicas y económicas en la Capital Federal y territorios nacionales, destinadas a ser vendidas o alquiladas a jornaleros o empleados de bajos sueldos con familia, a quienes se los eximía del pago de la contribución territorial por el término de diez años y se los favorecía con un régimen sucesorio especial consistente en el derecho del cónyuge sobreviviente a no ser obligado por los otros herederos a la división de la propiedad...ley 10284 de "lote de hogar", que presentaba ya todos los caracteres de la legislación del homestead o bien de familia, combinados con normas de donación de tierras vacantes del estado…."[433] [434] [435]).

---

cuales se encontraba el acceso a la vivienda digna", JUNYENT BAS, Francisco, IZQUIERDO, Silvina, op. cit., p 97.

433 RIVERA, Julio César – MEDINA, Graciela -Directores; ESPER, Mariano -coordinador- comentado por PERALTA MARISCAL, Leopoldo, *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado,* Buenos Aires, Editorial La Ley, 2014, Tomo I, p 547.

434 "En el Código Civil argentino que data de la postrimerías del siglo XX, no existe ninguna norma sobre bien de familia; luego, a partir de comienzos del siglo XX, se encuentran una serie de proyectos legislativos que reflejan el movimiento de protección de la familia que en ese momento tenía difusión universal...A esos proyectos que se referían concretamente al bien de familia creemos conveniente agregar uno de Manuel Carlés del año 1912, que bajo la denominación de "Amparo del hogar", establecía la inembargabilidad del bien si se cumplían varias condiciones, como residir en el predio, cultivarlo y, lo que ...se practicase una inscripción en el Registro Inmobiliario para que esta protección fuese oponible a terceros ..se encuentran también algunos antecedentes en los proyectos de reforma del Código Civil...el Proyecto de 1936 le dedica el tít. III de la secc. 2a., libro 1 (arts. 124 a 131); la protección se logra por medio de la inscripción en el Registro...que debe solicitarse mediante un trámite judicial. Posteriormente en el Anteproyecto de 1954, elaborado en el Ministerio de Justicia por un instituto de estudios legislativos que se encontraba bajo la dirección del profesor Jorge J. Llambías, en la secc. 4 del libro 2 encontramos el tít. XI (arts. 630 a 639) , destinado al bien de familia; los arts. 633 y 634 se ocupan de la constitución del bien, exigiendo que ella se obtenga con participación de la justicia, mediante la inscripción en el Registro Inmobiliario...La protección del bien de familia se concreta en la legislación argentina... por medio de la ley 14394... El mencionado cuerpo legal contemplaba en seis capítulos diversos problemas vinculados con el régimen de menores y de la familia...entre los que se encontraba la posibilidad de constituir un bien

Por su parte, el jurista Guastavino sostenía que "El bien de familia concierne al medio físico jurídico que condensa la convivencia doméstica y que posibilita la permanencia y continuidad de la familia; atañe, pues, al hogar, la casa familiar que vincula dos instituciones jurídicas fundamentales: la propiedad y la familia"[436]. Si bien señala el Dr. Alterini que "Guastavino, inmerso en la discusión de las naturalezas jurídicas atinentes al bien de familia, formuló reflexiones rescatables aun con el cambio de rumbo concretado por el Código Civil y Comercial, que enfatizó más que en la familia, en la vivienda. Dicho autor decía que la cuestión en análisis podía ser abordada desde aspectos diversos, que para él eran tres: " 1) la naturaleza jurídica del inmueble en sí mismo; 2) la naturaleza jurídica del derecho subjetivo de los beneficiarios; 3) la naturaleza jurídica del derecho del constituyente"... Creemos que la problemática central es la de la naturaleza del derecho del constituyente o "titular registral" del inmueble afectado a vivienda, pues los otros planos, importantes pero complementarios, más bien servirán para conformar el encasillamiento final de la figura, pero no debe obviarse que el punto de partida es que el constituyente tiene un derecho real sobre el inmueble, cuya identidad sí debe ser determinada. Con la mirada puesta en la naturaleza del derecho del constituyente sobre el inmueble afectado, son rescatables posturas expuestas cuando regía la ley 14.394, en cuyo contexto se discutía si estábamos en presencia de un

---

de familia...A diferencia de sus antecedentes más cercanos, no se requiere intervención de la justicia, limitándose la inscripción en el Registro. Con posterioridad la reforma constitución de 1957 agregó a la Carta Magna el art. 14 bis en el cual se prevé que por leyes especiales se debe dar "protección integral a la familia", ...por "la defensa del bien de familia, la compensación económica familiar y el acceso a una vivienda digna", MOISSET DE ESPANES, Luis, *Protección de la vivienda familiar,* en JA 2006-III-1354-1355.

435 Una reseña sintética de la anterior legislación protectoria en cuando al derecho de la vivienda, "se orientaba hacia la protección de la vivienda familiar con la figura del bien de familia, que recogía su inspiración en la del "*homestead*" norteamericano, ("nació con la ley del estado de Texas, promulgada el 26 de enero de 1839. Esta norma fue dictada a raíz de los desastres que produjo la profunda crisis económica que afectó al país durante los años 1837 y 1838. Las penurias económicas hicieron que numerosos ciudadanos migraran al Estado de Texas buscando rehacer sus patrimonios bajo el amparo de una ley que los liberara de las posibles ejecuciones inmobiliarias que provocarían las deudas que contraían a tales efectos. Posteriormente, otros Estados locales dictaron normas similares, como aconteció en Wiscosin en 1849, Nueva York y Michigan en 1850. Luego de la guerra de secesión, se terminó de recepcionar la implementación del homestead en las restantes legislaturas estaduales En el ámbito federal se materializó mediante el Estatuto de 1862"; RIVERA, Julio César; MEDINA, Graciela -Directores-; ESPER, Mariano -coordinador- comentado por PERALTA MARISCAL, Leopoldo, *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*...Tomo I, op. cit., p 546.

436 GUASTAVINO, Elias P, *Derecho de Familia Patrimonial. Bien de familia,* Buenos Aires, Editorial La Ley, 3rea. Ed. act., 2010, Tomo II, p. 3.

dominio imperfecto, de un condominio con indivisión forzosa, o si se trataba de una naturaleza jurídica indeterminada o de un derecho real con límites mayores...b) Dominio imperfecto...Es la tesis defendida con entusiasmo por Cifuentes…. Para Guastavino: "Los derechos subjetivos de los beneficiarios son derechos de familia patrimoniales (...) En cuanto son oponibles erga omnes tienen carácter absoluto, y cabría asimilarlos a los derechos reales (...) puede deducirse que efectivamente hay prerrogativas jurídicas que habiendo pertenecido al propietario, han sido transferidas a otro sujeto, desmembrándose el derecho de dominio"(1831)"[437]. Si bien no se pretende en este estudio desentrañar la naturaleza jurídica y especificaciones del bien de familia, es de rigor señalar matices que hacen a la importancia de ese instituto hoy derogado, pero que en cuanto a sus características protectorias aún subsisten.

En esa línea, el bien de familia implicaba la afectación de un inmueble urbano o rural de residencia familiar que se lo protegía de los avatares económicos[438] [439].

Nuevamente debe consignarse que "la Constitución de 1853 no contenía disposición alguna que en forma expresa contemplara la protección de la familia o del inmueble donde ésta había constituído su hogar o que conformaba la unidad económica que le servía de sustento. Fue recién con la reforma de 1949 que...se incorporó el instituto del bien de familia al texto constitucional….en este marco se sancionó a los fines de 1954 la ley 14394, que, entre otros institutos, reglamentó el bien de familia. Esta norma es una de las tantas que han sido derogadas a partir del 1 de agosto de 2015 con la aprobación del Código Civil y Comercial de la Nación (arts. 1 y 3 inc. a Ley 26994 y 1 Ley 27077)...el referido régimen… es reemplazado por el impuesto en el Código Civil y Comercial -a la protección general que se consagra...se agrega, en

437 ALTERINI, Jorge Horacio; ALTERINI, Ignacio; ALTERINI, María Eugenia, *Tratado de los Derechos Reales*, Buenos Aires, 2018, Editorial La Ley, Tomo II, e book.

438 "afectación de un inmueble urbano o rural a la satisfacción de las necesidades de sustento y de la vivienda del titular y su familia y, en consecuencia, se lo sustrae de las contingencias económicas..." ZANNONI, Eduardo A., *Derecho Civil. Derecho de Familia*, Buenos Aires, Astrea, 3a. Ed. actua. y ampl.,1998, Tomo I, p 624.

439 "El instituto del bien de familia se creó para proteger patrimonialmente al núcleo familiar y poner a la propiedad a salvo de una ejecución o remate. La ley que lo reglamentó (14394) entiende como familiar a la formada por el propietario y su esposa, hijos (aún los adoptivos) nietos, padres, abuelos y sus parientes colaterales (hermanos, tíos y sobrinos)", MEDINA, Graciela y PANDIELLA, Juan Carlos, "Bien de familia y subrogación", *Revista de Derecho Privado y Comunitario -Bien de Familia- 2011-1*, Santa Fe, Editorial Rubinzal Culzoni, 2011, p 149.

materia de protección de la vivienda familiar, la específica que resulta de los arts. 456, 522, 527 y 2383, entre otros…"[440].

En el ámbito constitucional, la reforma de la Carta Magna de 1994 implicó la incorporación de tratados supralegales que delinearon, explicitaron y consagraron el derecho a la vivienda en su máximo esplendor, impidiendo (por más que el intento no haya cesado al día de hoy) que por razones de políticas económicas el mismo se lo vulnere y con ello también las interpretaciones jurisprudenciales que los Tribunales Internacionales expresan en ese sentido. En esta línea "Bidart Campos y Albanese, -refiriéndose a los informes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos- expresan que tienen un efecto vinculante directo, ya que resulta irrazonable que un Estado que ratifica un tratado como la Convención Americana sobre Derechos Humanos -cuyo objeto y fin es la protección de la persona humana- no cumpla con las recomendaciones de un órgano de control establecido en la Convención, sin expresar las motivaciones del incumplimiento. En este contexto, la omisión es un posición que genera responsabilidad internacional[441]. Asimismo se ha señalado "Los informes de la Comisión Interamericana deben tener efecto vinculante y obligatorio para el estado argentino, y por ende, cualquier disposición de orden interno es un camino viable para su cumplimiento"[442].

El bloque de constitucionalidad que incorpora la reforma de la Carta Magna de 1994 permite señalar "instrumentos internacionales que receptan el derecho a al vivienda como uno de los derechos fundamentales en el desarrollo humano. Varios son los tratados que consagran esta protección, entre los que podemos mencionar a la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 25), la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Convención Americana de Derechos Humanos (art. 17), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 11.1), la Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación

440 BUERES, Alberto J. -Director-, Coordinación COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén, *Código Civil y Comercial de la Nación y normas complementarias" Análisis doctrinal y jurisprudencial,* Editorial Buenos Aires, Hammurabi, Tomo 1 B, 2016, p 82.

441 BIDART CAMPOS, Germán y ALBANESE, Susana, *El valor de las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, JA 1999-II-357.

442 FAMA, María Victoria, "La protección jurídica de la vivienda unipersonal" en *Revista de Derecho Privado y Comunitario, 2011-1*,Santa Fe, Editorial Rubinzal Culzoni, 2011, p 69.

racial (art. 5 inc. e) III), la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (art. 14 inc h), la Convención de los Derechos del Niño (art. 27). Por su parte, las Constituciones de las distintas provincias han receptado la necesidad de conferir una tutela especial a la vivienda, como medio natural para la iniciación del ser humano en la solidaridad y en las responsabilidades comunitarias"[443]. [444] [445] [446].

443 ALTERINI, Jorge Horacio -Director General-, TOBIAS, José W. -Director del Tomo-, *Código Civil y Comercial Comentado...* comentado por TOBIAS, José W, Tomo II, op. cit., p 74.

444 "Al receptar la constitucionalización del derecho privado, el CCiv. y Com., introduce un cambio profundo, al establecer una "comunidad de principios entre la Constitución, el derecho público y el derecho privado, ampliamente reclamada por la mayoría de la doctrina jurídica argentina. Se expresa que el Estado contemporáneo es Estado constitucional y convencional, en cuyo marco la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos con jerarquía homóloga a ella ocupan "un lugar sustancial en el sistema jurídico y destilan fuerza normativa, lo que implica la obligación de garantizar su indemnidad, sea que las agresiones en su contra se produzcan por acción o por omisión. Este control constitucional-convencional adquiere en nuestra América una referencia relevante a la Convención Americana de Derechos Humanos y a la jurisprudencia que atañe a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, reconociendo a este tribunal supranacional como último intérprete de dicha Convención. Todas las autoridades públicas, los órganos estatales, los magistrados, los cuerpos vinculados al servicio de administración de justicia, otros organismos e instituciones...están obligados a este control de convencionalidad, debiendo las normas resultar compatibles con la Convención Americana, así como las decisiones, determinaciones, resoluciones que se dicten...Este marco interamericano exige una mirada eficiente del Poder Judicial para observar la confrontación entre las normas jurídicas internas y la Convención Americana en juego. Opera entonces la adecuación del CCiv. y Com. al texto de la CN como uno de los fundamentos del nuevo derecho, siendo un propósito relevante y a la par una exigencia a partir de 1994, ….la necesidad de dar coherencia al ordenamiento: el derecho infraconstitucional debe responder y adecuarse coherentemente al texto constitucional como suprema expresión jurídica del Estado democrático de derecho. Este es el contexto en el cual se instituye la protección de la vivienda en el CCiv. y Com., como un derecho fundamental que debía ser resguardado en diversas áreas y ante diversos conflictos...este derecho humano atinente a la vivienda deviene en una normativa importante de tutela", LLOVERAS, Nora y DURAN, Valeria, "La protección de la vivienda desde el derecho y la psicología" en *Revista de Derecho de Familia Nro. 80 Julio 2017*, Buenos Aires, Editorial Abeledo Perrot, 2017, p 7.

445 "Como refiere el profesor y juez de nuestra Corte Suprema provincial doctor Juan Carlos Hitters, al juzgar un caso debe buscarse la compatibilidad entre las normas locales y las supranacionales, no solo a las del Pacto de San José sino a todos los tratados internacionales ratificados por la Argentina, al ius cogens y a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Esto hace al control de convencionalidad... Con cita de palabras de la misma Corte Interamericana de Derechos Humanos, el referido magistrado nos recuerda que "los órganos del Poder Judicial deben ejercer no solo un control de constitucionalidad, sino también de convencionalidad (caso "Almonacid Arellano y otros) ex officio entre las normas locales y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes", CASTRO MITAROTONDA, Fernando, "Protección de la vivienda en el Código Civil y Comercial de la Nación" en *RDF 89*, 10/05/2019, 13.

446 Corte Suprema de Justicia de la Nación, 14/06/2005, "Simón, Julio H. y ot. S/ Priv. Ilegítima de la libertad", Fallos 328:2056 ;"la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así como las directivas de la Comisión Interamericana, constituyen una imprescindible pauta de interpretación de los deberes y obligaciones derivados de la Convención Americana sobre Derechos Humanos", conf. CS Fallos 326:2805.

Señala Aída Kemelmajer de Carlucci que "no se puede poner en duda que existe un proceso de constitucionalización de los derechos civiles; así por ej., hay acuerdo que los derechos personalísimos (la identidad, la intimidad, etc.), están hoy expresa o implícitamente contenidos en los ordenamientos fundamentales de los estados"[447], agregando que "la protección del hábitat se muestra como una verdadera necesidad humana, a punto tal que se incluye en las declaraciones internacionales y en las constituciones de numerosos países. Así por ejemplo, la Declaración de los Principios Sociales de América (Acta de Chapultepec, México, 1945), proclama a la familia como institución fundamental, recomienda que los "Estados adopten las medidas necesarias para asegurar su estabilidad moral, mejoramiento económico..." y "considera que "el acceso a aquellos elementos esenciales a la vida tales como… la habitación, constituyen un servicio que debe estimularse por los gobiernos". El art. 47 de la Constitución española declara: "todos los españoles tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada", el art. 39, por su parte, afirma que "los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia". En función de estas normas se ha dicho que "en el estado actual de nuestra civilización, el derecho a la vivienda puede considerarse como uno de los derechos fundamentales del hombre y, por extensión, de la familia por el formada". De estas disposiciones se deriva, incluso, el derecho de la persona a vivir en un hogar, a convivir con sus más próximos parientes y a realizar en su seno las actividades necesarias para el desarrollo de su personalidad"[448].

A partir de la reforma constitucional de 1994, el proceso de constitucionalización del derecho privado que fuera descripto en acápites anteriores, en lo relativo al derecho a la vivienda alcanza su máxima expresión en el diseño del Código Civil y Comercial Argentino, en tanto extiende su faz protectoria abarcando a la persona en su integralidad, tanto en su contexto individual como familiar[449] [450] [451]. Así,

447 KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, *Protección jurídica de la vivienda familiar,* Buenos Aires, Editorial Hammurabi, 1995, p. 38.

448 KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída, *Protección jurídica de la vivienda familiar*, op. cit., p. 40.

449 "El código de hoy tiene una clara subordinación a la Constitución, al derecho internacional de derechos humanos incorporado a la Constitución, al resto del derecho internacional que se integra al derecho interno sea en el ámbito de derechos humanos como en el ámbito del derecho patrimonial; así

el marco constitucional establecido en el artículo 14 bis de la Constitución Nacional encuentra su materialización en el sistema del Derecho Privado, sin que ello implique soslayar los datos de la realidad que a las claras claman por la falta de vivienda y la crisis habitacional en la sociedad. No obstante, la reforma de la codificación en los Fundamentos del Anteproyecto elaborado por la Comisión de Reformas se expresó "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"[452] [453]. En esa línea el derecho a la vivienda trascendió la esfera familiar para significarse como derecho fundamental de la persona en la codificación. Si bien merece alguna observación desde la doctrina la distinción que se ha efectuado entre "derecho a la vivienda" y "derecho

como coexiste con una serie de microsistemas legislativos", RIVERA, Julio César, "La constitucionalización del Derecho Privado en el Proyecto de Código Civil y Comercial" en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Santa Fe, Editorial Rubinzal Culzoni, 2012, p 7.

450 "el bloque de constitucionalidad y el derecho privado, ha sido sistematizado magistralmente en cuatro apartados, que se señalan a continuación "a) reconocimiento de que la Constitución es una verdadera norma jurídica, de la que emanan derechos y facultades directamente operativos; b) incorporación a la Constitución de materias que se consideran propias del derecho civil; c) reconocimiento en la Constitución del derecho supranacional económico causado en los tratados constitutivos de los "mercados comunes", y d) reconocimiento en la Constitución del derecho supranacional de los derechos humanos" RIVERA, Julio César, "El Derecho Privado Constitucional" en *Revista de Derecho Privado y Comunitario N° 7*, Santa Fe, Editorial Rubinzal Culzoni, 1994, p 32.

451 "el derecho constitucional y el derecho internacional de los derechos humanos han incorporado en sus textos numerosas normativas que, por influencia del derecho romano, tradicionalmente se reputaban confinadas al derecho privado, tales como el derecho al nombre, a la nacionalidad, los derechos de la mujer y de los niños y adolescentes, normas relativas al matrimonio, a las uniones de hecho, a la determinación de la filiación, a la responsabilidad parental, etc.", GIL DOMINGUEZ, Andrés; FAMA, María Victoria y HERRERA, Marisa, *Derecho Constitucional de Familia*, Buenos Aires, Ediar, Tomo I, 2012, p 5.

452 CALVO COSTA, Carlos A. -Director-, *Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado y anotado con jurisprudencia* comentado por CALVO COSTA, Carlos, Buenos Aires, Editorial La Ley, Tomo I, 2018, e book.

453 Las XX Jornadas Nacionales de Derecho Civil de 2005 propiciaron en sus recomendaciones de *lege ferenda*: "3º La protección de la vivienda y la subrogación real. Es necesario que en una futura reforma legislativa se instituya expresamente el principio de subrogación real en el régimen de protección de la vivienda. Ello para que el nuevo inmueble adquirido en sustitución de un inmueble afectado, participe de los beneficios legales de la inejecutabilidad, con retroactividad a la fecha de afectación del inmueble originario. También para que se extienda la protección a los fondos recibidos en concepto de indemnización por expropiación o seguro, al menos por un plazo. Incluso, a fin de que el constituyente pueda optar por transferir la protección a otro inmueble de su propiedad. 4º La protección de la vivienda y la quiebra. Es conveniente que en una futura reforma legislativa se establezca expresamente que, en caso de quiebra, realizada la venta forzosa del inmueble afectado a bien de familia, se disponga que el remanente, luego de satisfechos los créditos verificados respecto de los cuales el sistema es inoponible, sea entregado al fallido para satisfacer su necesidad de vivienda".

sobre la vivienda", implicando la primera expresión que "es el derecho a acceder a un lugar en el que la persona encuentre un ámbito de protección e integra el conjunto de los llamados derechos económicos, sociales y culturales y ha sido reconocido por el art. 14 bis de la CN y está incorporado a diversos instrumentos internacionales y por el derecho público argentino en varias constituciones provinciales...El derecho sobre la vivienda está referido a las especiales garantías jurídicas que el titular de un derecho tiene por la sola circunstancia de que un inmueble está destinado a su vivienda o de su familia"[454] y sobre esta última expresión también se ha sostenido que "El derecho sobre la vivienda, en cambio está referido a las especiales garantías jurídicas que el titular de un derecho tiene porque la sola circunstancia de que un inmueble está destinado a su vivienda o de su familia. Así, por ej., la figura del bien de familia, la inembargabilidad de la vivienda construida con ciertos fondos públicos, los plazos mínimos de la locación destinada a vivienda, etc. son típicos derechos sobre la vivienda...Se ha sostenido que el derecho a la vivienda está inserto en el sistema de las políticas públicas, del derecho administrativo, del desarrollo económico regional, etc. por lo que, como regla, y sin perjuicio de que la Nación fije pisos mínimos, se trata de una materia de competencia provincial, no delegada. En cambio, el derecho sobre la vivienda hace al régimen de la propiedad, es de derecho sustancial, por lo que las provincias no pueden regularlo de modo diferente, por ser materia típica del código civil, ámbito delegado por las provincias a la Nación; por eso frente a la vigencia de la Ley 14394, las provincias no podrían regular sistemas de mayor protección (por ej. de afectaciones automáticas en lugar de registrales)"[455]. Más allá de la fina y precisa línea esclarecida, se sostiene que la expresión derecho a la vivienda es comprensiva de ambos significados, en tanto permite invocar con su vigencia prístina que su ausencia o vulneración acuerda con lo reseñado por Kemelmajer de Carlucci que invocando a Castán tobeñas expresa "coincido con Castán Tobeñas que "la falta de viviendas y la utilización de viviendas insuficientes y malsanas, afecta a casi todas las clases sociales y requiere no sólo

454 LLOVERAS, Nora; DURAN, Valeria, "La protección de la vivienda desde el derecho y la psicología",...op. cit., p 12.

455 KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída: "Nuevas reflexiones sobre la protección jurídica de la vivienda familiar"...op. cit., p 249-250.

soluciones de iniciativa privada, sino también una intensa intervención oficial", puesto que como dice Hernández Gil "el acceso a la propiedad de la vivienda es una necesidad económica una aspiración social y un postulado de la justicia (Hernández, Gil "Acceso de la vivienda" citado por Castán Tobeñas, Derecho Civil Español, común y foral, 11 puesta al día por Gabriel García Canero y Josém. Castán Vázauex, t. V; conf., Vergara Ponencia presentada en las "V Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil, Comercial, Procesal e Informático, Junín, 992)"[456]. Ello encuentra su fundamento en considerarlo como un derecho fundamental, y así la Constitución Nacional Argentina establece en el art. 14 bis: "administradas por los interesados con participación del Estado, sin que pueda existir superposición de aportes; jubilaciones y pensiones móviles; la protección integral de la familia; la defensa del bien de familia; la compensación económica familiar y el acceso a una vivienda digna"[457].

El Código Civil y Comercial de la Nación Argentina en coordinación con la Carta Magna y el bloque de constitucionalidad patentiza lo que sostenía el "maestro Morello, quien sostuvo que el derecho sobre la vivienda, si bien está regulado en el art. 75 inc. 12, no resulta ajeno a la cláusula del progreso (art. 75 inc. 18 y 19), que consagra facultades concurrentes; además, hoy, existe una nueva dimensión social de los derechos por lo que debe entenderse que la Constitución Nacional fija un piso, por debajo del cual las provincias no pueden operar, mas no un techo que resulte imposible sobrepasar; por el contrario, los gobiernos locales pueden dar una protección mayor si tal solución los pone en posición más acorde con los tratados internacionales de derechos humanos que, como se ha visto protegen la vivienda"[458]. En el mismo sentido sostiene el jurista Lorenzetti "La reforma de 1994 trajo como consecuencia la rematerialización de nuestra Carta Magna, imponiendo la reasignación de conceptos construidos a partir de viejos paradigmas, la configuración de un nuevo orden simbólico

456 KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída, *Protección jurídica de la vivienda familiar*, op. cit., p 36.
457 "En opinión de algunos autores, la formulación del artículo 14 bis es insuficiente por lo que se propuso sustituirla por una cláusula que declare la "protección constitucional del hogar familiar" Lloveras, La protección constitucional de la vivienda familiar, LL 1993-E-812"; KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída, *Protección jurídica de la vivienda familiar*, ibidem, pág. 41
458 KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída: "Nuevas reflexiones sobre la protección jurídica de la vivienda familiar"…, op. cit, p 250.

en torno de los derechos humanos...el Código introduce una profunda innovación al receptar la constitucionalización del Derecho Privado, estableciendo una comunidad de principios entre la Constitución, el Derecho Público y el Derecho Privado...introduce normas destinadas a plasmar una ética de los vulnerables, constituyendo una de esas manifestaciones la protección de la vivienda como derecho fundamental"[459].

Como se explicitó, el Código Civil y Comercial en el tratamiento del derecho a la vivienda, vuelve tangible la integración de los derechos fundamentales reconocidos en el Constitución Nacional y en los tratados supralegales, que receptan al derecho de la vivienda como derecho humano y fundamental y de imprescindible reconocimiento y protección para el desarrollo de la persona y en ese aspecto el legislador deja de utilizar la expresión bien de familia que empleaba la Ley 14394 que se refería en su protección al grupo familiar, para partir ahora de ampliar el marco tuitivo garantizando el derecho de vivienda a toda persona, lo que la independiza del modo protectorio familiar como modelo, priorizando su individualidad, autonomía, conservando algunas características del instituto pero ampliando su marco tuitivo asumiendo una verdadera tutela del derecho a la vivienda -se reitera- como derecho humano y fundamental. El objeto de afectación si bien es un inmueble no prescinde de su destino de vivienda, con matices en tanto se permite la sustitución o subrogación de la misma. "El fin del nuevo régimen de vivienda es la preservación de la casa-habitación, incluyendo a las familias unipersonales y a la uniones convivenciales...El Código Civil y la derogación de la ley 14394, se aleja de la idea de familia que sentaba el viejo art. 34...para darle tutela al espacio habitacional de la persona humana independientemente de cómo elija componer su núcleo más íntimo...El artículo 244 establece que puede afectarse un sólo inmueble destinado a vivienda. La norma siguiente (art. 245) indica que será a solicitud del titular registral o los titulares registrales en su conjunto en caso de haber condóminos aunque no sean parientes ni cónyuges….desaparece el requisito de parentesco y la idea de familia plasmada en el antiguo artículo 43 de la ley 14394 como requisito para el goce del beneficio y permite afectar al régimen de protección de la vivienda establecida...a

459 LORENZETTI, Ricardo Luis -Director-, *Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado,* comentado por FLAH, Lily y AGUILAR, Rosana I., Santa Fe, Editorial Rubinzal Culzoni, Tomo I, 2014, p 817.

todos los condóminos independientemente del vínculo familiar o de parentesco"[460].

El amparo y tutela en la figura del bien de familia si bien la nueva codificación lo deroga, las características para proteger la vivienda y su espíritu es conservado en el actual código pero ampliando -como se dijera- el marco tuitivo "y sin dejar de pertenecer al ámbito del Derecho Civil apunta a garantizar el derecho fundamental a la vivienda de toda persona, permitiéndole ampararla con independencia del modelo de familia que hubiere optado, priorizando su autonomía. El propietario constituyente no deja de serlo a raíz de la afectación, la cual a su vez, de existir otros beneficiarios, no implica el nacimiento de un condominio entre el constituyente y éstos, sino sólo que el derecho del titular se verá sometido a partir de ella y mientras perdure, a determinadas restricciones: el inmueble no podrá ser enajenado, tampoco gravado sino sujetándose a las prescripciones legales y, aunque aquél puede continuar usando y gozando de éste, debe tolerar que los beneficiarios también se sirvan de él, en la medida compatible con su naturaleza y concurrencia de los respectivos derechos"[461].

Específicamente respecto de la actual regulación del derecho a la vivienda contenida en la codificación se ha consignado que "la trascendencia del derecho humano corporizado en el acceso a una vivienda digna, pero no debe confundirse la sacralidad de ese derecho con la regulación de la vivienda, pues en las normas pertinentes se procura proteger la situación de quien ya cuenta con ella y no se suma ningún paso en cuanto a asegurar que las personas puedan realizar la ilusión de la vivienda propia. No se garantiza el "acceso" a la vivienda, sino que se tutela la vivienda a la que ya se ha accedido"[462]. Este marco protectorio es el que suministra el Nuevo Código Civil y Comercial, dedicándole un capítulo especial en orden a su reconocimiento y protección, pero todo en conformidad con los tratados internacionales, ampliando su concepto y "desde el punto de vista instrumental, pues intenta dar

460 GHERSI, Carlos; WEINGARTEN, Celia -Directores- *Código Civil y Comercial. Análisis Jurisprudencial Comentado, concordado y anotado*, comentado por GATTO, María Carolina, Buenos Aires, Editorial Jurídica Nova Tesis, 2014, Tomo I p 633.

461 LORENZETTI, Ricardo Luis -Director-, *Código Civil y Comercial de la Nación... ,* comentado por FLAH, Lily y AGUILAR, Rosana I.,Tomo I, op. cit., p 814.

462 ALTERINI, Jorge Horacio; ALTERINI, Ignacio; ALTERINI, María Eugenia, *Tratado de los Derechos Reales*...op. cit.

respuesta a las controversias que la aplicación de la normativa derogada generaba"[463]. Se regula como se protege un inmueble, como se lo afecta a un régimen, estableciendo como requisito la titularidad del dominio ya que "la afectación importa un verdadero acto de disposición que restringe seriamente sus facultades sobre el bien"[464], sin excluir la protección que fuere concedida por otras disposiciones legales (véase como ejemplo atribución del uso de la vivienda, etc.). Además admite que el inmueble no sea destinado en su totalidad a vivienda permitiendo la existencia de un destino mixto en cuanto al tipo de actividad que en el desarrolle (destino industrial o comercial y al mismo tiempo su habitación por él o los beneficiarios). La innovación de la nueva codificación justamente es instalar en la protección de la vivienda el derecho fundamental y el régimen protectorio forma parte de ese reconocimiento y acceso "conforme su consagración como derecho humano en diversos tratados internacionales"[465]. Además de ello encuentra en su coordinación las normas relativas a los derechos reales, entre ellas los modos de adquirir el dominio. Si lo que se espera de la codificación es que se instaure un derecho a la vivienda como derecho exigible en cuanto a su débito como derecho subjetivo, debe entenderse en ese sentido puesto que en nada se opone a lo consagrado a nivel supralegal, por lo que desde el punto de vista instrumental no resulta óbice alguno en su integración con el resto de la normativa internacional que también sirve de sustrato para su exigibilidad.

En cuanto al vocablo vivienda, se lo ha contemplado en el sentido de que "no debe ser necesariamente captado con el sentido de construcción para habitar, idea a la que responde la primera acepción del Diccionario de la Real Academia Española. Interpretamos que los alcances de ese sustantivo son más amplios, pues según la segunda acepción de la Academia Española implica: "género de vida o modo de vivir". Creemos que está en juego una noción que desborda el concepto ceñido de la primera acepción gramatical, pues la afectación a vivienda atiende a la intención de mantener el

463 LORENZETTI, Ricardo Luis -Director-, *Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado,* comentado por FLAH, Lily y AGUILAR, Rosana I.,..Tomo I, ibidem, p 818.
464 LORENZETTI, Ricardo Luis -Director-, *Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado,* comentado por FLAH, Lily y AGUILAR, Rosana I.,..Tomo I, ibidem, p 819.
465 LORENZETTI, Ricardo Luis -Director-, *Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado,* comentado por FLAH, Lily y AGUILAR, Rosana I.,..Tomo I, op. cit., p 818.

"género de vida o modo de vivir". Existe paralelismo con la comprensión del término "sustento". Éste, según el Diccionario de la Real Academia Española, en su primera acepción, significa: "Mantenimiento, alimento"; en la segunda: "Aquello que sirve para dar vigor y permanencia"; y en la tercera "Sostén o apoyo". El vocablo "sustento" aparece en el Código Civil y Comercial conectado con una proyección tutelar que excede a los conceptos acotados de vivienda; así resulta de los arts. 676 y 2509. De no razonarse del modo que proponemos sería inexacto que la afectación tiende a proteger la vivienda; indudablemente procura hacerlo, pero con el sentido amplio que postulamos. Son coherentes con la visión elástica de vivienda las soluciones de los arts. 248, 249 —hacia el final— y 251, donde la tutela del estilo de vida se extiende más allá de la desaparición de la vivienda, al resguardar el sustento a través de la imposición de la subrogación real de aquélla en la indemnización o en el precio que la substituya, y en los frutos "si son indispensables para satisfacer las necesidades de los beneficiarios" [466]. Desde esa perspectiva, no resulta convincente dentro de la lógica de la codificación asumir que se tutelan "estilo de vida" o visiones "elásticas de vivienda". El rigor y seriedad de lo regulado impone tanto desde su letra como de su espíritu, afirmar que la Codificación ha asumido la persona humana en su integralidad y en ese aspecto ha dado respuesta "a la protección de la vivienda se nutre de un plexo de principios que emana de nuestra Constitución. Tiene que ver con la persona, su libertad, su intimidad y la igualdad real de oportunidades de acceso a condiciones de vida dignas; en otras palabras, responde a la necesidad vital de todo ser humano de encontrar con un reducto de intimidad desde donde proyectar su desarrollo personal y familiar"[467].

6. El derecho a la vivienda a través de la Doctrina Social de la Iglesia.

El derecho a la vivienda ha sido motivo de preocupación y reivindicación por parte de la Doctrina Social de la Iglesia, respecto de la cual en acápites anteriores se ha

466 ALTERINI, Jorge Horacio; ALTERINI, Ignacio; ALTERINI, María Eugenia, Tratado de los Derechos Reales….op. cit.

467 LORENZETTI, Ricardo Luis -Director-, *Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado,* comentado por FLAH, Lily y AGUILAR, Rosana I...Tomo I, op. cit., p 818.

hecho mención a través de lo postulado en sus Encíclicas y Exhortaciones Papales en lo relativo a la relevancia del derecho de propiedad, lo que ha operado en forma visceral y como directriz en aquellos ordenamientos políticos estatales que la han negado o vulnerado, de manera tal de afectar las libertades humanas y en definitiva a la propia persona. Frente al derecho de la vivienda la preocupación eclesial es constante. En este sentido, Bidart Campos afirmó que "hay pautas de la doctrina social que disponen de aceptabilidad y adaptación en regímenes políticos ajenos a la confesionalidad católica y que, a la vez, suscitan consenso en quienes doctrinaria o religiosamente son extraños a ella"[468].

En la Encíclica "*Rerum Novarum*", el Papa León XIII en su rechazo al liberalismo económico, clamaba sobre los derechos del trabajador, su salario, remuneración que le permita la manutención suficiente y adecuada para sí y su familia sosteniendo que "La equidad exige, por consiguiente, que las autoridades públicas prodiguen sus cuidados al proletario para que éste reciba algo de lo que aporta al bien común, como la casa, el vestido y el poder sobrellevar la vida con mayor facilidad. De donde se desprende que se habrán de fomentar todas aquellas cosas que de cualquier modo resulten favorables para los obreros. Cuidado que dista mucho de perjudicar a nadie, antes bien aprovechará a todos, ya que interesa mucho al Estado que no vivan en la miseria aquellos de quienes provienen unos bienes tan necesarios"[469]. Nuevamente en la Encíclica "*Quadragesimo Anno*" del Papa Pío XI, se postula la intervención del Estado en forma subsidiaria que implica la ayuda, el socorro, el estímulo, y la suplencia a la iniciativa de los particulares, sean éstos particulares individuos o grupos inferiores del Estado: "La encíclica Rerum novarum, efectivamente, a vacilar los principios del liberalismo, que desde hacía mucho tiempo venían impidiendo una labor eficaz de los gobernantes, impulsó a los pueblos mismos a fomentar más verdadera e intensamente una política social e incitó a algunos óptimos varones católicos a prestar una valiosa colaboración en esta materia a los dirigentes del Estado, siendo con frecuencia ellos los

468 BIDART CAMPOS, Germán J., *Doctrina Social de la Iglesia y Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Ed. Ediar. 2003, p 28.

469 SUMO PONTIFICE LEON XIII, *Rerum Novarum*, Carta Encíclica. Sobre la situación de los obreros...op. cit.

más ilustres promotores de esta nueva política en los parlamentos; más aún, esas mismas leyes sociales recientemente dictadas fueron no pocas veces sugeridas por los sagrados ministros de la Iglesia, profundamente imbuidos en la doctrina de León XIII, a la aprobación de los oradores populares, exigiendo y promoviendo después enérgicamente la ejecución de las mismas. De esta labor ininterrumpida e incansable surgió una nueva y con anterioridad totalmente desconocida rama del derecho, que con toda firmeza defiende los sagrados derechos de los trabajadores, derechos emanados de su dignidad de hombres y de cristianos: el alma, la salud, el vigor, la familia, la casa, el lugar de trabajo, finalmente, a la condición de los asalariados, toman bajo su protección estas leyes y, sobre todo, cuanto atañe a las mujeres y a los niños"[470].

En la Encíclica "*Mater et magistra*", el Papa Juan XXIII al señalar el progreso de la vida social asume "la creciente intervención de los poderes públicos, aun en materias que, por pertenecer a la esfera más íntima de la persona humana, son de indudable importancia y no carecen de peligros. Tales son, por ejemplo, el cuidado de la salud, la instrucción, y educación de las nuevas generaciones, la orientación profesional, los métodos para la reeducación y readaptación de los sujetos inhabilitados física o mentalmente. Pero es también fruto y expresión de una tendencia natural, casi incoercible, de los hombres, que los lleva a asociarse espontáneamente para la consecución de los objetivos que cada cual se propone y superan la capacidad y los medios de que puede disponer el individuo aislado. Esta tendencia ha suscitado por doquiera, sobre todo en los últimos años, una serie numerosa de grupos, de asociaciones y de instituciones para fines económicos, sociales, culturales, recreativos, deportivos, profesionales y políticos, tanto dentro de cada una de las naciones como en el plano mundial...Es indudable que este progreso de las relaciones sociales acarrea numerosas ventajas y beneficios. En efecto, permite que se satisfagan mejor muchos derechos de la persona humana, sobre todo los llamados económico-sociales, los cuales atienden fundamentalmente a las exigencias de la vida humana: el cuidado de la salud, una instrucción básica más profunda y extensa, una formación profesional más completa, la

470 SUMO PONTIFICE PIO XI, *Quadragesimo anno*, Carta Encíclica sobre la restauración del orden social perfecta conformidad con la ley evangélica al celebrarse el 40° aniversario de la Encíclica Rerum Novarum, 15 de mayo de 1931, website: www.vatincan.va, consultado el 10/05/20.

vivienda, el trabajo, el descanso conveniente y una honesta recreación…., con el uso prudente de los recursos técnicos, que la experiencia aconseje, no resultará difícil realizar una política económica y social, que facilite y amplíe lo más posible el acceso a la propiedad privada de los siguientes bienes: bienes de consumo duradero; vivienda; pequeña propiedad agraria; utillaje necesario para la empresa artesana y para la empresa agrícola familiar; acciones de empresas grandes o medianas; todo lo cual se está ya practicando con pleno éxito en algunas naciones, económicamente desarrolladas y socialmente avanzadas"[471]. Insiste el Pontífice en que las autoridades públicas, estén dispuestas con eficacia a procurar el desarrollo de los servicios públicos más fundamentales "por ejemplo, caminos, transportes, comunicaciones, agua potable, vivienda, asistencia médica y farmacéutica, enseñanza elemental y enseñanza técnica y profesional, condiciones idóneas para la vida religiosa y para un sano esparcimiento y, finalmente, todo el conjunto de productos que permitan al hogar del agricultor estar acondicionado y funcionar de acuerdo con los progresos de la época moderna"[472].

El Pontífice, Pablo VI en su Encíclica "*Populorum progressio*" de 1967 asume con clamor "La viva inquietud que se ha apoderado de las clases pobres en los países que se van industrializando, se apodera ahora de aquellas, en las que la economía es casi exclusivamente agraria: los campesinos adquieren ellos también la conciencia de su miseria, no merecida. A esto se añade el escándalo de las disparidades hirientes, no solamente en el goce de los bienes, sino todavía más en el ejercicio del poder. Mientras que en algunas regiones una oligarquía goza de una civilización refinada, el resto de la población, pobre y dispersa, está «privada de casi todas las posibilidades de iniciativa personal y de responsabilidad, y aun muchas veces incluso viviendo en condiciones de vida y de trabajo indignas de la persona humana»[473]. La vivienda como elemento sustancial de la vida digna cobra relevancia, señalando en dicha Encíclica (lo que fuere reseñado en capítulos precedente) el fin social de la propiedad privada.

---

471 SUMO PONTIFICE JUAN XXIII, *Mater et Magistra,* Carta Encíclica sobre el reciente desarrollo de la cuestión social...op. cit.

472 SUMO PONTIFICE JUAN XXIII, *Mater et Magistra,* Carta Encíclica sobre el reciente desarrollo de la cuestión social...op. cit.

473 SUMO PONTIFICE PABLO VI, *Popularum Progressio,* Carta Encíclica, a los obispos, sacerdotes, religiosos y fieles de todo el mundo...op. cit.

San Juan Pablo II en su Encíclica "*Sollicitudo Rei Socialis*" de 1988 expresaba con valentía y certeza que "Al mirar la gama de los diversos sectores producción y distribución de alimentos, higiene, salud y vivienda, disponibilidad de agua potable, condiciones de trabajo, en especial el femenino, duración de la vida y otros indicadores económicos y sociales, el cuadro general resulta desolador, bien considerándolo en sí mismo, bien en relación a los datos correspondientes de los países más desarrollados del mundo. La palabra «abismo» vuelve a los labios espontáneamente...Entre los indicadores específicos del subdesarrollo, que afectan de modo creciente también a los países desarrollados, hay dos particularmente reveladores de una situación dramática. En primer lugar, la crisis de la vivienda. En el Año Internacional de las personas sin techo, querido por la Organización de las Naciones Unidas, la atención se dirigía a los millones de seres humanos carentes de una vivienda adecuada o hasta sin vivienda alguna, con el fin de despertar la conciencia de todos y de encontrar una solución a este grave problema, que comporta consecuencias negativas a nivel individual, familiar y social (la Santa Sede ha querido asociarse a la celebración de este Año internacional con un documento especial de la Pontif. Com. «Iustitia et Pax», ¿Qué has hecho tu de tu hermano sin techo? La Iglesia ante la crisis de la vivienda (27 de diciembre de 1987). La falta de viviendas se verifica a nivel universal y se debe, en parte, al fenómeno siempre creciente de la urbanización (Cf. Pablo VI, Carta Apost. Octogesima Adveniens, (14 de mayo de 1971), 8-9: AAS 63 (1971), pp. 406-408). Hasta los mismos pueblos más desarrollados presentan el triste espectáculo de individuos y familias que se esfuerzan literalmente por sobrevivir, sin techo o con uno tan precario que es como si no se tuviera"[474].

El Papa Francisco en su Encíclica "*Laudato Si*" del año 2015, en el sentido del bien común tanto en lo individual como en lo social, como fundamento y fin de la vivienda expone sobre "la existencia de que "una ecología de la vida cotidiana, en el sentido de animar un *modus vivendi* en el que se tenga calidad de vida, pero integral, a saber, no solamente en el aspecto material, sino también en el espiritual. Y esto se logra

474 SAN JUAN PABLO II, *Sollicitudo rei socialis*, Carta Encíclica, al cumplirse el vigésimo aniversario de la *Popularum Progressio*...op. cit.

con la creatividad, como la de ciertos grupos que han podido revertir los efectos nocivos e incluso alcanzar a redirigir el curso de las cosas para que sean benéficos...Para esto hay que cuidar los espacios urbanos, sobre todo de las habitaciones, para que no tengan unos pocos mansiones ostentosas y la mayoría viviendas insuficientes, sino lograr la equidad en la satisfacción de esas necesidades"[475].

Por último y sin pretender abarcar en forma exhaustiva la totalidad de las palabras de la Doctrina Social de la Iglesia, proponiendo una muestra de la profunda y constante preocupación por el respeto del derecho a la vivienda, es de rotunda necesidad mencionar las palabras de San Juan Pablo II frente al hecho de que se aproximaba el "Año Internacional de los Sin Techo", querido por las Naciones Unidas para el año 1987, en donde se reflexionaba "¿Podremos nosotros, cristianos, ignorar o soslayar tal problema, cuando sabemos bien que la casa «es una condición necesaria para que el hombre pueda venir al mundo, crecer, desarrollarse, para que pueda trabajar, educar y educarse, para que los hombres puedan constituir esa unión más profunda y más fundamental que se llama "familia"»?...La Iglesia, participando «los gozos y las esperanzas, las tristezas y las angustias de los hombres de nuestro tiempo, sobre todo de los pobres y de cuantos sufren a (Gaudium et Spes, n. 1), considera grave deber suyo asociarse a cuántos operan con dedicación y desinterés para que el problema de la casa encuentre soluciones concretas y urgentes, y para que los que carecen de techo sean objeto de la debida atención y preocupación por parte de la autoridad pública. En efecto, precisamente, según sea la atención que ésta conceda a este gran problema, como asimismo a la relación entre ambiente, habitabilidad, servicios sociales y áreas destinadas al ejercicio de la vida religiosa, se podrá juzgar si los principios de ética social son debidamente tomados en cuenta. La especulación sobre los terrenos que sirven al desarrollo edilicio y sobre la construcción de ambientes domésticos, el estado de abandono de barrios enteros o de áreas rurales privadas de calles transitables, de distribución de agua o electricidad, de escuelas o de transportes necesarios para el movimiento de las personas, son —como es sabido— algunos de los males más

475 BEUCHOT, Mauricio, "La filosofía en Laudato si'" en *Sapientia* Vol. LXXII, fasc. 239, 2016 Biblioteca Digital de la Pontificia Universidad Católica Argentina.

patentes, estrechamente ligados al problema más amplio de la casa... El problema de la vivienda sobresale en el conjunto de las cuestiones sociales más graves a escala mundial. De hecho el grito de angustia proveniente de cuantos, hombres y mujeres, niños y ancianos, padecen esta necesidad de un techo bajo el que cobijarse o que sólo disponen de una mal llamada vivienda -exponente de una vasta pobreza y de una profunda deteriorización del ambiente social-, se aúna como una voz de alerta percibida en todos los pueblos, adquiriendo una resonancia específica en su máximo Foro Internacional, las Naciones Unidas...Se trata de un serio obstáculo al desarrollo económico y social y al logro de las condiciones mínimas necesarias para una vida humana digna. En verdad se está violando un derecho humano fundamental. Responder de modo adecuado a este problema exige el desarrollo de una voluntad política concertada, así como de una conciencia de la responsabilidad colectiva de todos, particularmente de los cristianos, para el futuro de la sociedad"[476].

7. Epílogo

El derecho a la vivienda exige para su compresión que primeramente se contemple la vivienda como un hecho necesario para la persona humana y en esa línea se la puede vincular como una construcción social que permite el amparo y cobijo a la persona que la habita, con soporte material permanente. Esa expresión de la vivienda en si misma presenta un aspecto crucial para definir la sociedad en la que se instala, en tanto a las claras trasunta sus valores, su cultura y la vinculación territorial efectiva de la persona en su contexto social. La casa o vivienda se vuelve indispensable para el desarrollo personal individual, lo que trasciende al bien comunitario. Resulta imprescindible para la vida humana su existencia en sus diferentes tipologías (familiar, individual, comunitaria, etc.).

Es así que la reflexión sobre la vivienda implica ingresar en el orden político en tanto su diagramación en el sistema de derecho positivo necesariamente reflejará lo que

476 SAN JUAN PABLO II, *¿Qué has hecho de tu hermano sin techo? La Iglesia ante la carencia de vivienda*, Documento de la Pontificia Comisión «Iustitia et Pax» con ocasión del «Año internacional de la vivienda para las personas sin hogar», 8 de diciembre de 1987, website: www.vatican.va consultado el 20/10/2020.

culturalmente asiste a la vida social y fundamentalmente la concepción de la persona como sujeto de derecho que se asuma.

En ese tránsito hacia el orden normativo, el derecho a la vivienda se constituye como un derecho humano fundamental a nivel nacional y supralegal. Reconoce su anclaje de derecho natural en tanto parte de la premisa de la búsqueda del bien individual o particular sin el cual no puede subsistir el bien común de la persona, de la familia, de la ciudad o del estado y la casa o vivienda se vuelve así, de necesidad para el desarrollo personal individual lo que trasciende -como se refiriera- al bien comunitario. La esencialidad de este derecho, resulta merecedor de protección constitucional en tanto la sustancia de su contenido habla de una prevalencia en relación al bienestar general. La Constitución Nacional Argentina en su artículo 14 bis lo reconoce refiriéndose al derecho a la vivienda ("el acceso a la vivienda digna).

Este derecho en su dimensión, implica asumir un accionar estatal para su satisfacción. En tanto el débito del derecho subjetivo en el derecho a la vivienda, exige referirse a la existencia de una "obligación universal" en el orden político que reconoce como sujeto de la misma a todas las personas que lo integran. Y ello más allá que pueda no existir consenso en relación a su propia naturaleza jurídica (Bidart Campos lo considera como un "derecho por analogado" que desborda la categoría de derecho subjetivo más ligada al corte privatista que al publicístico), no existen dudas que las personas que integran la sociedad son sujetos activos a cuyo favor existe la obligación estatal de dar, hacer y proteger. Estas necesidades individuales de satisfacción de este derecho necesitan del orden estatal para su desenvolvimiento. Es así, que nadie debe quedar excluido del acceso a esa participación e integrar el rendimiento de un bienestar común justamente distribuido.

El vínculo del derecho a la vivienda con otros derechos humanos y fundamentales queda claro en el hecho social de que la persona que carece de vivienda, se encuentra afectada en su dignidad, su integridad y su salud, a punto tal que peligra su proyecto de vida personal y comunitario. Es que "el Estado provee mediante su fin natural de bien común público o bienestar general, uno de cuyos contenidos fundamentales es, precisamente, el respeto, la promoción, y la garantía de los derechos

del hombre"[477].

En el ámbito constitucional, la reforma de la Carta Magna de 1994 implicó la incorporación de tratados supralegales que consagraron el derecho a la vivienda en toda su esencia. Ese bloque de constitucionalidad cobra vigor en la reforma del Nuevo Código Civil y Comercial que a través de la constitucionalización del derecho privado que alcanza su máxima expresión en el diseño otorgado a la vivienda en tanto extiende su faz protectoria abarcando a la persona en su integralidad, tanto en su contexto individual como familiar**.**

Por último y en palabras de San Juan Pablo II, se reitera que la vulneración del derecho a la vivienda "se trata de un serio obstáculo al desarrollo económico y social y al logro de las condiciones mínimas necesarias para una vida humana digna. En verdad se está violando un derecho humano fundamental"[478].

477 BIDART CAMPOS, Germán, *Teoría general*..., op. cit., p 154.
478 SAN JUAN PABLO II, *¿Qué has hecho de tu hermano sin techo?*...op. cit.

CAPITULO III
EL CONSTITUCIONALISMO SOCIAL

1. Constitución y Derechos Humanos. Su diseño derivado del constitucionalismo social.

Habiendo ya referenciado -aunque someramente- el desenvolvimiento de los derechos humanos en el tiempo; su reconocimiento y protección se institucionaliza desde la primeras declaraciones de derechos desenvolviéndose con mayor relevancia en el ámbito social después de la Segunda Guerra Mundial donde el panorama en el mundo cobra un nuevo diseño. En ese cometido y sin pretender lograr un exhaustivo análisis histórico, el constitucionalismo social como hecho histórico se vincula de una manera directa con el desarrollo de los derechos fundamentales en su reconocimiento y operatividad.

Los antecedentes que permiten adentrarnos a la conformación de dicho movimiento, reconocen como génesis la formación -o su inicio- de los Estados como sociedades políticas con personería propia que se manifiestan a través de instrumentos dentro de los cuales puede mencionarse a modo de ejemplo y que ya fuera mencionado en capítulos precedentes, dentro del sistema inglés la Magna Carta firmada por el Rey Juan de Inglaterra en fecha 15 de junio de 1215 -si bien no se trata de una declaración de derechos ya que sólo trató de limitar el poder real y la garantía de los derechos de los súbditos-, la "*Petition of Right*" de 1628 (postulaba alargar el alcance del *habeas corpus* y reforzar la garantía de la libertad individual), el "*Habeas Corpus Act*" de 1679 (reglaba el procedimiento del *habeas corpus* a fin de que fuese efectivamente un instrumento de garantía de la libertad individual incluso ante la monarquía) y el "*Bill of Rights*" de 1689 **(**establecía la supremacía del parlamento sobre el monarca y otorgaba a los ciudadanos del Reino Unido derechos elementales contra la monarquía, considerada como marco originario de la democracia inglesa en tanto tuvo como resultado la división de poderes y el reconocimiento de libertades individuales de los ciudadanos).

En Francia, como producto de la revolución francesa [479], la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano del 26 de agosto de 1789[480] [481]asume el carácter de declaración de derechos humanos con carácter de universal[482]. En ella se reconoce la igualdad y libertad de todo ser humano, los derechos de la persona, siendo este presupuesto humanista preponderante pero sin dejar de lado el pacto social como origen también de derechos por el cual se constituye el estado. En lo principal, muchos de los derechos declarados en ella (propiedad[483], libertad, seguridad, legalidad, participación política, libertad religiosa, entre otros) fueron posteriormente reconocidos en constituciones venideras por lo que su influencia resulta innegable [484] [485].

---

479 "Autores como Immanuel Kant o León Duguit incluían la ayuda a las personas necesitadas en la esfera de los deberes. El primero consideraba que la beneficencia o ayuda a los necesitados eran un deber moral… mientras el segundo les reconocía carácter jurídico, mas no la condición de derechos subjetivos que pudieran ser exigidos por la persona ante los jueces. Los pobres o desvalidos deberían ser ayudados por iniciativa individual o por la beneficencia pública, para lo cual se otorga a la propiedad una función social. Al entendimiento de las prestaciones positivas del Estado como meros deberes, morales o jurídicos, se opone la tradición revolucionara iniciada por Maximiliano Robespierre. Este fue el primero en erigir la fraternidad a la par con la libertad y la igualdad en principio universal, del cual emanaba derechos del individuo frente a su comunidad política. En 1700 se constituye en París el Comité contra la Mendicidad el cual formula un primer derecho social a la asistencia pública en caso de necesidad: "todo hombre tiene derecho a la subsistencia", ARANGO RIVADENEIRA, Rodolfo, "Derechos Sociales" Capitulo 47 en *"Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho",* Volumen 2 Universidad Autónoma de México Instituto de Investigaciones acerbo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM en website: https://idcar.com.ar consultado el 07/11/2021.

480 Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano en website: http://www.ub.edu/ciudadania/hipertexto/evolucion/textos/humano1789.htm consultado el 24/10/2021

481 En interesante señalar que "...en los albores de la Revolución Francesa, los famosos cahiers de peticiones que los electores hicieron llegar a los diputados de los Estados Generales contenían numerosas proposiciones sobre la explotación racional de la tierra y la posibilidad de su adquisición por quienes la trabajaban. También había referencias a las potestades económicas que debía ejercer el Estado en cuanto a la organización de las manufacturas y el tráfico comercial. Jean Jacques Rousseau fue en esto precursor cuando -en el Discurso sobre la desigualdad entre los hombres (1795) propuso que la igualdad no se reflejara sólo en el reconocimiento de los derechos individuales sino también en el uso y goce de la propiedad mediante una distribución autoritaria de los bienes", COAUTTI, Carlos, *Derechos Humanos,* Buenos Aires, Editorial Universidad, 1995, p 255

482 Véase con anterioridad el Edicto de Nantes de Nantes de 1598 donde se pacifica el conflicto entre católicos y hugonotes garantizando la misma libertad religiosa en website: https://ocw.unican.es/pluginfile.php/2473/mod_page/content/15/Edicto_de_Nantes.pdf consultado el 24/10/2021.

483 En líneas generales se destaca que la consagración de la propiedad en sus inicios constitucionales "es defendida en particular contra el estado, ya que la constitución impide, generalmente, las confiscaciones… y admite la expropiación sólo mediando una justa y previa indemnización al propietario…", SAGÜÉS, Néstor Pedro, *Elementos de derecho constitucional*, Buenos Aires, Editorial Astrea, Tomo 3, 2001, p 9.

484 "Martín Kriele, Este autor, catedrático de ciencias políticas en la Universidad de Colonia, parte de la distinción entre dos ideas diversas de la "liberación humana": i) la ilustrada, que fue el fundamento

En Estados Unidos, la Declaración de Virginia de 1776[486] reconoce la igualdad de todos los seres humanos por obra de la naturaleza y la existencia de derechos inalienables de todas las personas; lo que influyó al declararse posteriormente el 4 de julio de 1776 la independencia de los Estados Unidos de América y sus enmiendas posteriores, como ejemplo la Enmienda 13 que permitió declarar la proscripción de la esclavitud. Lo interesante de lo plasmado y se insiste a modo ejemplificativo, es que se trata de instrumentos internacionales que más allá de su eficacia, encuentran su andamiaje en el reconocimiento de derechos fundamentales de la persona humana, y este inicio en su desarrollo continuó en el tiempo trascendiendo en su reconocimiento las transformaciones económicas y sociales como la motivada con la revolución industrial en occidente, lo que ocasiona que cobren relevancia los derechos sociales que ya estaban reconocidos originalmente en la Constitución francesa de 1793 [487].

---

de la revolución francesa de 1789 y que se basa en las nociones de derechos humanos, división de poderes y democracia formal y i) la liberadora, que busca la superación de la justicia, del estado y del derecho y que inspiró la revolución jacobina de 1792. Esta última idea de liberación humana conduce directamente al "Archipiélago Gulag", mientras que la primera —afirma Kriele— "ha vencido la esclavitud en América, ha extendido el derecho de voto a todos los ciudadanos adultos del estado, ha combatido por la igualdad jurídica de la mujer, ha creado las instituciones de un estado social y ha librado una lucha eficaz contra el hambre, la miseria y la ignorancia". Kriele llama a esta corriente "ilustración política" o "ilustración humanista" y sostiene que es la única capaz de fundar seriamente los derechos humanos...", MASSINI CORREAS, Carlos I., *Realismo y derechos humanos: una cuestión controvertida*, en website: https://www.um.edu.ar/ojs2019/index.php/RUM/article/view/159 Universidad de Mendoza consultado el 19/10/2021

485 La limitación del ejercicio del poder es el elemento medular...así lo entendieron los grandes pensadores que brindaron sus bases véase Acton, Montesquieu, Hamilton en la Convención Constituyente de Filadelfia...A la separación de poderes del constitucionalismo le fue agregando elementos vinculados con el control, ya sea mediante la creación de organismo específico o del reconocimiento de nuevas esferas de libertad y de derechos….la temporalidad de los cargos de gobierno", SABSAY, Daniel A. -Dirección-, MANILI, Pablo L -coordinación-, *Constitución de la Nación Argentina*, Buenos Aires, Editorial Hammurabi, Tomo I, 2009, p 89.

486 Declaración de Virginia de 1776, website: http://www.amnistiacatalunya.org/edu/docs/e-hist-Virginia.html texto consultado el 24/10/21.

487 "El derecho constitucional es el producto de un movimiento de ideas que se desarrolla en Europa, principalmente en Francia a lo largo del siglo XVIII. Nos referimos al constitucionalimo...las revoluciones americana y francesa constituyeron...un momento decisivo en la historia del constitucionalismo inaugurando un nuevo concepto y una nueva práctica. … Una de las primera definiciones del constitucionalismo la brinda Von Rotteck quien lo considera como el sistema constitucional...tal y como ha evolucionado desde el inicio de la Revolución Americana y...de la revolución francesa...que es concurrente completamente en teoría con el sistema de Staatsrecht puro basado en la razón. Este autor apunta entre sus principales principios a los derechos humanos, la separación de los poderes, el gobierno representativo, la limitación del poder gubernamental, la responsabilidad política y la independencia judicial. Los principios del constitucionalismo moderno tuvieron origen en la pregunta de cómo la libertad individual podría asegurarse permanentemente contra

En la línea de lo expuesto en la etapa del constitucionalismo se desarrollan contenidos que apuntaban al diseño político donde primara la limitación del poder y en su correlato el carácter electivo de los gobernantes, temporalidad en sus cargos, legalidad en el ejercicio de sus funciones y movimientos democráticos [488].

Es menester señalar a grandes rasgos, que en el desenvolvimiento histórico acontecimientos tales como la revolución industrial[489] [490]"el maquinismo, la creación de

---

las intervenciones del gobernante, considerando las debilidades de la naturaleza humana...El constitucionalismo nace como una reacción contra la monarquía absoluta europea. Las ideas de los grandes pensadores del siglo XVIII, entre los que se destaca Locke, Voltaire, Rousseau y Montesquieu en lo relativo al Derecho Público, dieron lugar al Iluminismo y al Enciclopedismo, que luego se plasmaron en el Derecho político y el constitucional y fueron proveyendo los contenidos para que se creara el Estado de Derecho...el gran objetivo del Estado de Derecho es la limitación del poder de los gobernantes para garantizar la más plena libertad a los gobernados...Al constitucionalismo se le debe la marcha hacia la democracia representativa que se denominó república por oposición de la la democracia directa", SABSAY, Daniel A. -Dirección-, MANILI, Pablo L -coordinación-, *Constitución de la Nación Argentina...* op. cit., p 86.

488 "Históricamente, la esencia de la democracia pudo ser concretada por el movimiento constitucionalista, que implementó las técnicas destinadas a limitar el ejercicio del poder mediante diversas instituciones afectadas a la defensa de la personalidad individual y de los derechos naturales que son atributos inalienables del ser humano. El constitucionalismo es un movimiento social y político que tiende a lograr una finalidad personalista mediante la vigencia de una especie particular de constitución jurídica. Es un movimiento socio-político porque sus antecedentes se remontan a la existencia de las primeras organizaciones políticas, cuando en sus ámbitos se vislumbró la lucha del hombre por la libertad. En este sentido, el constitucionalismo es la corporización doctrinaria de la lucha permanente del hombre por la libertad. Ese movimiento tiene una finalidad esencialmente personalista, ya que concibe al hombre como artífice de la vida política y a la libertad y dignidad como supremas y únicas finalidades de esa actividad. Para alcanzar sus objetivos, el constitucionalismo propicia el empleo de un instrumento llamado constitución...Tampoco se trata de cualquier constitución jurídica, sino de una especie de ella en la cual se reconozcan los principios que conforman aquella dignidad y libertad humana, y se consagren las técnicas destinadas a que no se tornen ilusorios esos postulados. Si bien los antecedentes del constitucionalismo son remotos y su existencia se vislumbra en la permanente lucha del ser humano por su libertad, los ideales de ese movimiento recién fueron concretados en forma estable a partir de mediados del siglo XVIII. Hasta ese momento las manifestaciones del constitucionalismo fueron simples inquietudes, reconocimientos o concesiones parciales de derechos que no reflejaban una idea dominante dentro de la sociedad. Se trataba, en el mejor de los casos, de muestras de un constitucionalismo imperfecto donde la concesión de libertades políticas no estaba acompañada de libertades civiles o viceversa", BADENI, Gregorio, *Manual de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Editorial La Ley, 2011, e book.

489 "El gran desarrollo industrial que se inició a principios de la pasada centuria y la constitución de potentes concentraciones capitalistas, con la consiguiente desvalorización del trabajo manual frente a las máquinas, originaron las reivindicaciones obreras y promovieron el espíritu revolucionario, dando por resultado la lucha de clases y la agravación de las injusticias sociales, precisamente por los mismos que pretendían corregirlas", ENCICLOPEDIA DE LA RELIGION CATOLICA, Dalmau y Jover, S. A., Barcelona 1951 tomo 2 columnas 922-924.

490 "consagró la igualdad formal, mas no tuvo en cuenta la nivelación de las desigualdades económicas, fundamentalmente, originadas por la propiedad de los establecimientos industriales que, con el afán de lucro indiscriminado que perseguían obligando a los trabajadores a penosas y agobiantes jornadas de trabajo con magras remuneraciones mediante la explotación del hombre por el hombre y

fábricas que empleaban a decenas o centenares de obreros, las migraciones internas, la superpoblación de las ciudades, el conflicto entre el capital y el trabajo y, en definitiva, lo que se denominó "la cuestión social"[491] implicó a través del tiempo, junto con el coexistir de sus propias constituciones, la preocupación universal constante sobre el reconocimiento y validez de derechos humanos, que si bien se encuentran en el inicio constitucional y son expresados en dichos instrumentos se validaron en legislaciones internas que fueron el andamiaje para su futura consagración universal [492].

Es decir que la existencia de derechos humanos se encuentra desde el inicio del movimiento constitucional y se desenvuelve a través de las regulaciones del derecho interno de los Estados políticos.

Los movimientos comunistas y socialistas tuvieron incidencia en el desarrollo de los derechos humanos, cambiando progresivamente de la perspectiva exclusivamente individualista y liberal por otra más amplia. La concepción marxista, puede observarse en el Manifiesto Comunista de 1848 (ya citado en acápites de este estudio) de Karl Marx y Friedrich Engels donde proponían -entre otros- la abolición de la propiedad junto a la lucha de clases, manifestándose en plenitud en el siglo XIX en el Manifiesto del Partido Comunista con el foco en la lucha de clases[493].

---

considerando al trabajo como mera mercancía", ARMAGNAGUE, Juan F., *Curso de Derecho Constitucional Argentino y Comparado*, Buenos Aires, Editorial La Ley, 2009, p 31.

491 MANILI, Pablo Luis, *Manual de Derechos Humanos*, Buenos Aires, Editorial La Ley, 2017, e book.

492 Se relevan a título de ejemplos reconocimientos de derechos en la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano (Francia, 1789) ya citada, en la Constitución francesa de 1793, en la Constitución de 1795, la ley Waldeck-Rousseau de 1884, consagró en Francia el derecho de agremiación, los partidos socialdemócratas del siglo XIX. En Alemania, la sanción de ley de seguro de enfermedad de 1883, la de accidentes de trabajo en 1884 y la de pensiones en 1889, que luego se unificaron en 1911 en un Código de Seguros Sociales. En el Reino Unido se creó en 1880 un sistema de beneficencia estatal y se sancionó la ley de indemnizaciones obreras para accidentes industriales. En 1905 una comisión para la reforma de la asistencia pública; en 1908 se estableció en el sistema de pensiones contributivas para ancianos pobres y en 1911 se creó un sistema de seguro obligatorio de enfermedad y de desocupación. En España se sancionó en 1873 una ley sobre el trabajo de menores. En 1890 se aprobaron leyes de accidentes de trabajo y de protección a los niños y las mujeres y en años siguientes se regularon por ley las condiciones de jornada limitada, salubridad, seguridad e higiene en el trabajo, etc. En 1908 se creó el Instituto Nacional de Previsión que instituyó, en 1919, el seguro obligatorio de retiro obrero. Las Encíclicas Papales que configuran la Doctrina Social de la Iglesia, "Rerum Novarum" de 1891 del Papa León XIII, "Quadragésimo Anno" fue dictada en 1931 por el Papa Pío XI. Para mayor ilustración véase lo citado por MANILI, Pablo, *Manual de Derechos Humanos,* op. cit., que recopila dichos acontecimientos históricos.

493 "La doctrina que el comunismo oculta bajo apariencias a veces tan seductoras se funda hoy

A fin de citar algunas muestras de la construcción de derechos humanos en el plano internacional si bien excede a la extensión de este estudio, tratados internacionales del siglo XIX y principios del siglo XX, establecieron normas de protección de las personas principalmente frente a situaciones de conflictos, como fue la Convención de Ginebra de 1864 y sus posteriores revisiones siendo su objetivo el amparo humanitario frente a soldados heridos y enfermos en respeto de la dignidad humana, culminando con el surgimiento de la Cruz Roja Internacional.

Entre los siglos XIX y XX los derechos humanos (ya se encontraban en la Constitución Francesa de 1793), se manifestaron en el constitucionalismo europeo corriendo el eje sobre la perspectiva individual y liberal. Claramente lo refiere el jurista Bidart Campos al reseñar que "El constitucionalismo moderno o clásico que, a partir de fines del siglo XVIII, logra un carácter ecuménico, se propuso organizar al estado sobre la base de un fin específico muy concreto, cual era el proteger la libertad y los derechos del hombre. Limitar al estado y deparar seguridad al individuo frente a él, fueron las dos características fundamentales con que aquella organización intentaba procurar el fin señalado. Cuando irrumpe el constitucionalismo social, la óptica cambia; no se trata de abolir o menospreciar lo que de rescatable se admitía en el anterior constitucionalismo, sino de ampliarlo con nuevos contenidos... Es la superación del liberalismo primitivo. Pero cuando el constitucionalismo entiende esa superación como la pérdida de los contenidos liberales del constitucionalismo clásico ya nos coloca ante una situación

---

sustancialmente sobre los principios, ya proclamados anteriormente por Marx, del materialismo dialéctico y del materialismo histórico, cuya única genuina interpretación pretenden poseer los teóricos del bolchevismo. Esta doctrina enseña que sólo existe una realidad, la materia, con sus fuerzas ciegas, la cual, por evolución, llega a ser planta, animal, hombre...El comunismo, además, despoja al hombre de su libertad, principio normativo de su conducta moral, y suprime en la persona humana toda dignidad y todo freno moral eficaz contra el asalto de los estímulos ciegos. Al ser la persona humana, en el comunismo, una simple ruedecilla del engranaje total, niegan al individuo, para atribuirlos a la colectividad, todos los derechos naturales propios de la personalidad humana. En las relaciones sociales de los hombres afirman el principio de la absoluta igualdad, rechazando toda autoridad jerárquica establecida por Dios, incluso la de los padres; porque, según ellos, todo lo que los hombres llaman autoridad y subordinación deriva exclusivamente de la colectividad como de su primera y única fuente. Los individuos no tienen derecho alguno de propiedad sobre los bienes naturales y sobre los medios de producción, porque siendo éstos fuente de otros bienes, su posesión conduciría al predominio de un hombre sobre otro. Por esto precisamente, por ser la fuente principal de toda esclavitud económica, debe ser destruida radicalmente, según los comunistas, toda especie de propiedad privada", SUMO PONTIFICE PIO XI, *Divini Redemptoris*, op. cit.

distinta: se deja de lado la valoración de la libertad y de los derechos individuales, que desaparecen de la finalidad del estado, para reemplazarlos por pautas diferentes. Ejemplo típico lo proporciona el constitucionalismo marxista de la Unión Soviética y de los estados de la periferia. Y esto, ya no es constitucionalismo social" [494].

El inicio del constitucionalismo social[495] encuentra su desarrollo desde la segunda mitad del siglo XX, reconociendo su base en el constitucionalismo clásico que anteriormente se esbozara, sin negar libertades individuales, incorporando derechos a los textos constitucionales que derivan de los anteriores pero que se especifican en pos de ratificar la protección de la persona humana. Principalmente derechos económicos, sociales, revitalizando la llamada "cuestión social" originada en la búsqueda del resguardo de los derechos del trabajador [496] [497].

---

494 BIDART CAMPOS, Germán, *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino. El Derecho constitucional de la libertad*, Buenos Aires, Editorial EDIAR, 1992, Tomo I p 392.

495 "El constitucionalismo social aparece como la nomenclatura utilizada para designar la etapa posterior al constitucionalismo clásico o liberal que marca la transición de un estado gendarme a "un estado intervencionista en lo económico social", QUIROGA LAVIE, Humberto; BENEDETTI, Miguel Ángel y CENICACELAYA, María de las Nieves, *Derecho Constitucional Argentino*, Santa Fe, Editorial Rubinzal Culzoni, 2001, Tomo I, p 250.

496 "El constitucionalismo social constituye un etapa ulterior que aporta una nueva categoría de los derechos conocidos como de "segunda generación que son los sociales, mientras que los de la primera son solo individuales. Este período da nacimiento a las denominadas democracias sociales y se traduce desde la estructura de las constituciones en la incorporación a sus textos de cláusulas de tipo económico social y cultural. El contenido de las mismas se va fortaleciendo a lo largo de un período que se inicia en el primer cuatro del siglo XX y que se va acrecentando a partir de la segunda postguerra mundial. De todas manera, el constitucionalismo social no niega elemento alguno del constitucionalismo clásico, por el contrario, lo toma como una suerte de base de sustentación a partir de la cual desarrolla nuevos tópicos. ...la aparición de esta fase del constitucionalismo importa una evolución por adición y no por sustracción...esta es la nota distintiva de todo paso adelante quedando el constitucionalismo...la incorporación de lo social llevará de a poco tanto al nacimiento de una categoría de derechos fundamentalmente los atinentes a la esferas de lo laboral y de la seguridad social como también a la concesión de un nuevo papel para el Estado, una relación diferente entre derecho y economía...El constitucionalismo social tiene su base doctrinaria en diferentes ideologías que surgen como una respuesta a los estragos del desarrollo industrial en Europa durante el siglo XIX...el socialismo en su doble vertiente tanto del materialismo dialéctico de raíz marxista como de las diferentes manifestaciones del socialismo democrático (utópica, socialdemocracia, etc.). La segunda fuente ideológica proviene de la Iglesia Católica ...la doctrina social de la Iglesia que se va conformando a través del conjunto de principios que se derivan de un grupo de encíclicas, caracterizadas por su claro sesgo de protección social", SABSAY, Daniel A. -Dirección-, MANILI, Pablo L -coordinación-, *Constitución de la Nación Argentina*...op. cit., p 92-93.

497 "Fue en ese momento cuando los textos constitucionales comenzaron a reconocer al ser humano no en abstracto, sino inmerso en la convivencia social, y los derechos individuales fueron reglamentados con base en el interés social o bien común. Se entendió que la organización política no debía limitarse al reconocimiento de la independencia jurídica del individuo, sino que además debía crear un mínimo de condiciones necesarias para asegurar su independencia social", BADENI, Gregorio, *Manual de Derecho*

Expresiones del constitucionalismo social se encuentran en las constituciones de México (1917), Weimar (1919), Finlandia (1919), Austria (1920), Estonia (1920), Polonia (1921), fundamentalmente se consolida con la finalización del primer conflicto bélico mundial de 1918, con el surgimiento de constituciones de corte democrático.

El consenso humanitario que surge de la segunda guerra mundial, generado por las atrocidades cometidas contra la dignidad humana propició el surgimiento de los estados de bienestar en Europa y en Estados Unidos y el desarrollo de derechos humanos sociales y económicos. Muchos fueron desarrollados como respuesta a la experiencia del nazismo, a sus campos de concentración y exterminio [498].

No obstante se advierte que "para alcanzar otros fines que son presentados como valores superiores a la dignidad humana...se inició un proceso de desconstitucionalización con el surgimiento de diversos sistemas autocráticos, cuyos máximos exponentes se asentaron en Rusia (1918), Italia (1922) y Alemania (1933), y cuya secuela se extendió al resto de Europa y al continente americano con la aparición de los regímenes neopresidencialistas…Recogiendo la moda política de ese momento, el comunismo, el fascismo, el nacionalismo y sus variantes vernáculas se proyectaron doctrinariamente como manifestaciones de un paternalismo irracional que desembocaba en el culto a la intolerancia, la violencia, la fuerza y la supresión de una convivencia democrática. La paulatina absorción de la sociedad por el Estado, la sobreestimación de la política del bienestar con su secuela materialista, la búsqueda de personalidades dominantes y la relación mística con el líder fueron claras manifestaciones de la profunda conmoción ideológica producida por la difusión de las nuevas ideas totalitarias."[499]. La expansión de los modelos totalitaristas produjo normativa que hizo prevalecer al estado anulando a la persona humana, restringiendo sus derechos y

---

Constitucional, op. cit.

498 Franklin Delano Roosevelt en su mensaje dirigido al Congreso de Diputados de los Estado s Unidos de América el 6 de enero de 1941, antes del ingreso de EE.UU. a la Segunda Guerra Mundial sostenía que el mundo pos guerra debería ser construido con base en cuatro libertades básicas: de pensamiento y de expresión, libertad religiosa, libertad ante la necesidad y libertad ante el miedo. Estas últimas declaradas en la "The Atlantic Charter" del 14 de agosto de 1941 juradas por Roosevelt y Winston S. Churchill. Vid. para mayor ilustración CEPAL, website: https://www.cepal.org/es/articulos/2015-dia-derechos-humanos consultado el 31/10/2021.

499 BADENI, Gregorio, *Manual...*, op. cit.

libertades a través del abuso de poder como regla vulnerando por completo la dignidad humana.

Reflexiona Bidart Campos al sostener que "se puede medir la distancia que separa una Declaración (francesa) de los Derechos del Hombre y del Ciudadano en plena revolución y en un lugar determinado (Francia), de una Declaración Universal de los Derechos Humanos emitida en 1948 por un organismo internacional con representación de los Estados miembros del mismo. En un siglo y medio se pasa de una dogmatización unilateral y abstracta de los derechos a un texto internacional que, más allá de la discusión acerca de su carácter vinculatorio (o normativo) para los Estados, tuvo el respaldo de las Naciones Unidas y de los Estados que eran parte del organismo hace cuarenta años. Y si vemos que a la Declaración de 1948 le siguieron pactos y tratados internacionales -unos de naturaleza universal, otros regional- que a partir de las ratificaciones exigidas han alcanzado fuerza obligatoria para los Estados adheridos a los respectivos compromisos podemos afirmar que el derecho internacional ha adicionado su cobertura tutelar a los derechos del hombre con relación a la jurisdicción y al derecho interno de los Estados. El avance pone de relieve la progresiva plasmación de una concepción común y compartida en torno de los derechos y libertades de la persona humana. Incluso la formulación de un complejo normativo de carácter internacional en cada tratado o convención exhibe el logro de coincidencias de base en torno de un texto que traduzca a derecho positivo cada uno de los derechos" [500].

La Declaración Universal de 1948 afirmó derechos y libertades universales para todos los Estados, lo que conllevó a la firma de tratados internacionales ulteriores que se desarrollaron en el mismo sentido. Ese consenso supranacional en el reconocimiento y la protección de los derechos humanos, se manifestó en la fundación de la Organización de las Naciones Unidas y la Declaración Universal de los Derechos Humanos, además de tratados internacionales que forman la "Carta Internacional de Derechos Humanos" [501].

500 BIDART CAMPOS, Germán, *Teoría general*...op. cit. p 49.

501 "Por eso el Pontífice, después de señalar con vigor la necesidad de constituir el poder público mundial, enseña cuáles son sus requisitos de legitimidad. Tales condiciones son las siguientes: a) orientación al bien común. Este poder va a existir en razón de su fin. Nace con un deber anejo: promover

Con claridad meridiana el Dr. Saux al delinear los contextos de la globalización y la constitucionalización en sus vínculos propios sostiene que "es interesante la mirada de lúcidos operadores contemporáneos, para los cuales uno de los **e**pifenómenos del relatado cuadro al que llamamos globalización es la proyección hacia un futuro "constitucionalismo global", conforme al cual la visión del Estado liberal clásico y del Estado corporativista y burocrático de los sistemas estatistas evolucionen hacia un Estado social y democrático, que, a partir de esas reglas propias del constitucionalismo global, intenten dar satisfacción a un nuevo contrato social, donde la tolerancia, la paz, el diálogo entre culturas y el desarrollo sustentable de los recursos naturales diseñen un nuevo orden político internacional"[502].

El constitucionalismo al cual se le imputa no ser neutral, no lo es en el sentido de que recoge la historicidad en cuanto a la inmutabilidad de los valores que en ella prevalecen, que son los que sostienen la pléyade de derechos que se repiten en las

---

el bien universal. Las leyes que sirven de instrumento a su acción deberán orientarse a tal fin. En ese caso obligan en conciencia; b) constitución por libre consentimiento de los Estados. No se impondrá por medio coactivo. Han de quererlo y erigirlo los pueblos. La imposición por la fuerza es índice de servicio al interés de los más poderosos y no muestras claras de "ser igual con todos, exento de parcialidad y orientado al bien común de toda la gente"; c) velar por los derechos del hombre. Esta será función principal aunque no única. Velará por todos los derechos humanos a los que se refiere el Pontífice en la primera parte de la Encíclica; d) respeto del principio de subsidiariedad en sus relaciones con los poderes públicos nacionales. Este principio determina el límite demarcatorio de competencia entre los poderes nacionales y el poder internacional. En su virtud "le corresponde examinar y dirimir los problemas que plantea el bien común universal... los cuales siendo, por su gravedad suma, de una extensión muy grande y de una urgencia inmediata, se consideran superiores a la posibilidad que los jefes de cada comunidad política tienen para resolverlos eficazmente". Dejará a la competencia de cada autoridad nacional lo que es materia específica de ese poder...La O.N.U. El Pontífice constata la creación de la O.N.U. Hay que tener muy presente al valorar la opinión del Papa que ella no puede desconectarse del contexto del documento por una parte ni puede considerarse, a estar a la letra del pasaje, lisa y llanamente elogiosa, por otra. Debe celebrarse la constitución de un embrión de poder mundial cuyo sentido, que se traduce en la Declaración de los Derechos del Hombre "pareció a algunos no tan digno de aprobación, no sin razón". Pero esta declaración tiene, sin embargo, de positivo el ser primer paso e introducción hacia la organización, jurídico política de la comunidad mundial". Por eso "deseamos...que la O.N.U. pueda ir acomodando cada vez mejor su estructura y sus medios a la amplitud y nobleza de sus objetivos". El pensamiento de Juan XXIII es, pues, reconocimiento de un hecho auspicioso en cuanto se preparan las vías de la organización jurídico políticas de la humanidad; pero reservado y casi desaprobatorio del sentido en que la Organización de hoy y el poder de mañana pueden orientarse. A nadie escapa, por lo demás, la raíz laicista e iluminista de los términos de la Declaración de Derechos que el Pontífice encuentra no sin razón, criticables", MEINVIELLE, Julio "*Prólogo y Comentarios a la Carta Encíclica del Sumo Pontífice Juan XXIII "Pacem in Terris*" con la colaboración del Dr. Jorge Labanca, website: formacioncatolicahoy.org/296-centro-estudios-padre.castellani.html consultado el 15/11/2021.

502 SAUX, Edgardo I., *Globalización y constitucionalización. Algunas proyecciones en el Derecho Privado de los contratos, singularmente en el Código Civil y Comercial Argentino de 2015*, en SJA 18/05/2016 , 34.

constituciones que constituyen los estados y que "Y ese constitucionalismo por venir, transfronterizo (como la globalización que debe encauzar a nivel efectual), debiera ser el antídoto contra el fenómeno de pauperización que, como consecuencia directa o indirecta de aquél, sufre gran parte de la población mundial"[503]. Así, los órganos de control de constitucionalidad se fortalecen en la interpretación de principios constitucionales que asumen una plataforma común universal, respetando la norma constitucional.

2. a) Derechos Sociales. Concepto, contenido, alcances.

Habiendo ya definido el concepto de derechos humanos fundamentales en su esencia y naturaleza, se impone mencionar aquellos derechos que surgidos del constitucionalismo social que en un plano histórico fueron denominados derechos sociales. Los mismos establecidos y delineados en las cartas magnas de los estados como también en los tratados, declaraciones y demás instrumentos internacionales, no escapan de su naturaleza intrínsecamente humana y social, siendo derechos subjetivos que asumen "la adjudicación justa de potencia a los hombres considerados, como miembros o partes de grupos sociales (familia, sindicato, empresa)...se trata de enfocar a las personas no tanto como miembros de la sociedad general o global, sino más bien como sujetos situados en núcleos societarios más pequeños e inmediatos...En los derechos, así llamados entran, además, todos aquellos que acusan una funcionalidad social más intensa, e interesan en su ejercicio a toda la comunidad por la repercusión general que ese ejercicio adquiere. Es así como el catálogo de derecho sociales incluye todos los relativos a la educación, la cultura, la seguridad social, etc. ...El constitucionalismo social considera que el estado debe estructurar y promover un orden económico justo, que permita el acceso de todos los hombres a las fuentes de trabajo y de producción, y que haga posible una distribución equitativa de la riqueza y de los bienes de producción y de consumo. De allí las pautas constitucionales sobre el derecho de propiedad. Todas las referencias a la promoción y la planificación social y

503 SAUX, Edgardo I., *Globalización*…,op. cit.

económica, a la integración, al desarrollo, etc., se orientan en esta línea, siempre que encuadren en un espacio suficiente de libertad...en los derechos subjetivos del constitucionalismo clásico la obligación del estado en cuanto sujeto pasivo consistía fundamentalmente en omitir toda acción lesiva de aquellos derechos, en los derechos sociales y económicos del constitucionalismo social se añade la obligación de hacer o de dar algo en favor de los hombres. Aparecen así las prestaciones positivas a cargo del estado, y la concepción de que el fin de su organización constitucional no se satisface ni agota con garantizar el libre goce de los derechos, sino que requiere, además: a) remover los obstáculos que impiden o dificultan a algunos hombres o sectores de la sociedad el efectivo ejercicio de sus derechos por carecer de similares oportunidades de hecho; b) promover la liberación y el desarrollo de todos los hombres, suprimiendo no sólo las formas de explotación y opresión, sino las trabas que hacen inaccesible para muchos la felicidad y el decoro elemental de la vida personal"[504].

Es así que en sentido estricto y teniendo en cuenta el delineamiento histórico que los lleva a ser consignados en forma específicas en los instrumentos jurídicos fundamentales, asumen un rango constitucional, siendo derechos subjetivos cuya estructura implica la existencia de sujetos titulares, sujetos destinatarios y un objeto que representa una acción positiva[505]. Se opone a lo expuesto aquella posición que lo reduce a obligaciones jurídicas en general, pero dicha justificación no resulta suficiente para precisar las obligaciones relacionales de las no relacionales, ya que la distinción entre ellas sólo se alcanza si se parte de la noción de derecho subjetivo. Además si la justificación de su existencia obedeciera a una tesis histórica que solo los fundara en cuanto a su origen y vigencia en un momento determinado de la historia, carecería de sustento en tanto los mismos no pierden su vigencia en el tiempo puesto que su fundamento como humanos y naturales implican la titularidad de la persona individual, la que los actualiza en su ejercicio siendo compatibles con razones de solidaridad,

504 BIDART CAMPOS, Germán, *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino...* Tomo I, op. cit., p 393-394 .

505 "un derecho social fundamental en sentido estricto sea un caso especial de los derechos subjetivos simplemente significa que se trata de una relación triádica en la que un sujeto titular a tiene frente a un sujeto destinatario b un derecho a un objeto x.", DE FAZIO, Federico, *El concepto estricto de los derechos sociales fundamentales*, en website: revistas.uexternado.edu.co consultado el 06/11/2021.

cumpliendo los mismos objetivos que determinaron su reconocimiento en los instrumentos jurídicos, puesto que derivan de derechos naturales más allá del consenso que asumieron los estados en su reconocimiento institucional. Asimismo también se establece alguna distinción en cuanto al tipo de acción que se exige respecto de sujeto obligado a la misma, permitiendo la división en derechos de prestación (a una acción fáctica positiva o normativa), derechos de defensa, derechos de no intervención. Si bien la sutileza de tipo de acción que se instrumenta a través del derecho social, los mismos resultan plausibles por su naturaleza de abarcar cualquiera de las mismas sin distinción y ello no implica óbice en cuanto a su exigibilidad [506]. No obstante, claramente la relevancia del derecho social se manifiesta cuando se exige una acción positiva fáctica y es allí cuando se interroga sobre su exigibilidad o no, en tanto involucra una cuestión con matices económicos o compromisos políticos. Por otro lado, admitir la ausencia de exigilibilidad de los derechos sociales por ausencia de un contenido preciso, se vuelve falaz y se retorna a una concepción económica y social que excluye a la persona humana negándose su dignidad, "de nada valen, son simples enunciados teóricos desprovistos de todo sentido efectivo, pura letra muerta, los derechos que no pueden actuarse. Quien no puede ejercitar un derecho no lo posee. Quien no puede, en los hechos, en la realidad misma, defender cualquiera de sus facultades, no posee verdaderamente esa facultad por más que literariamente se le atribuya. Por su parte, seguridad jurídica significa conocimiento o posibilidad de conocimiento de la ley clara y cumplimiento seguro de ésta. Significa norma cierta garantizada por el máximo poder social"[507]. Los modelos de organización estatal que asumieron los estados en la suscripción de los instrumentos internacionales indican la existencia de bases axiológicas que ilustran el contenido de esos derechos, amén del origen de su

506 "Una acción positiva normativa refiere a la creación de normas. Ejemplos al respecto son los llamados "derechos de protección frente a terceros" o "derechos de organización y procedimiento"...una acción positiva fáctica refiere a la entrega de un bien material o la prestación de un servicio...Por ejemplo, el otorgamiento de un subsidio mínimo vital, de una vivienda, de una jubilación, de un medicamento o de un servicio de salud. Precisamente, el uso estricto del término derechos sociales fundamentales se circunscribe a esta última clase de los derechos….el derecho fundamental a la vivienda puede ser cumplido, alternativamente, bien con la entrega de un inmueble en propiedad, bien con el pago de un alquiler, bien con el otorgamiento de un subsidio habitacional", DE FAZIO, Federico, op. cit.

507 MEINVIELLE, Julio, *Prólogo y Comentarios a la Carta Encíclica del Sumo Pontífice Juan XXIII*... op. cit.

consignación expresa. Sólo puede asumirse que no son exigibles sosteniendo que el estado excluye a sus ciudadanos del ejercicio de sus derechos y como consecuencia inmediata, del acceso a determinado bienes. Es decir, la omisión estatal que excluye y vulnera, que desempeña una actitud abstencionista, es la que permitiría argumentar su ausencia de exigibilidad.

También se los pretenden identificar con exclusividad en el sentido de que su objeto son obligaciones negativas, y asumiendo de ese modo un fácil cumplimiento en tanto solo admiten un deber de abstención en su cometido pero "todos los derechos llámense civiles, políticos, económicos o culturales tienen un costo y prescriben tanto obligaciones negativas como positivas. Así, nadie podría negar la gran cantidad de recursos y conductas positivas que el Estado destina para la protección de la propiedad y en paralelo existen ciertos derechos sociales frente a los cuales el Estado tiene la obligación de abstenerse de realizar conductas que los afecten –por ejemplo cuando ya se ha accedido al bien que constituye el objeto de esos derechos: salud, vivienda, educación, etc."[508].

La solidaridad tanto jurídica, como política y económica también, la igualdad; se reconocen como fundamento de los derechos sociales e inclusive también se ha estimado a la solidaridad como fuente de los mismos. Por su parte, los principios de solidaridad y subsidiariedad se activan frente a los obligados de manera que la persona no quede abandonada a su suerte por el hecho de no poder ayudarse a sí misma [509] [510].

La fundamentalidad de los mismos implica el rango constitucional que asumen

508 ABRAMOVICH, Víctor; COURTIS, Christian, *La protección judicial de los derechos sociales*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009, p 08; en el mismo sentido Abramovich, Víctor; Courtis, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Trotta, 2002.

509 "la razón de ser de los derechos sociales como la educación, el derecho al trabajo, el derecho a la salud, es una razón igualitaria, puesto que tienden a hacer menos grande la desigualdad entre quienes tienen y quienes no tienen, o a poner un número de individuos siempre mayor en condiciones de ser menos desiguales respecto a individuos más afortunados por nacimiento o condición social", BOBBIO, Norberto, *Derecha e izquierda*, Madrid, Santillana-Taurus, cuarta edición, 1995, p 151.

510 "estos derechos expresan valores tales como la igualdad de oportunidades, la calidad de vida, la solidaridad y la no discriminación. En virtud de ellos, las personas deberían disfrutar efectivamente del derecho al trabajo, a tener un nivel de vida adecuado, a la salud, la alimentación, la vivienda, la educación, la protección social, el reconocimiento étnico y de la identidad cultural, y otros. De lo contrario, se encuentran en una situación de "preciudadanía" de ciudadanía incompleta", HOPENHAYN, Martín, *Derechos sociales, deudas pendientes y necesidad de un nuevo pacto social*, Notas de Población número 85, CEPAL, Santiago de Chile, 2007, p 17.

al ser incorporados en los instrumentos jurídicos, se convierten en normas constitucionales cuya exigencia no es susceptible de negación. No obstante, también en una interpretación más extensiva se los considera también fundamentales cuando se los justifica como normas constitucionales que no están explícitamente estatuidos sino que se las extrae o se fundamentan de argumentos jurídicos dogmáticos, en precedentes, analogías, etc.[511] [512].

2. b) Derechos Humanos y Sociales en el Plano internacional.

Los tratados internacionales sobre derechos humanos, también receptan enunciados generales, evidenciando que son el producto de consensos entre Estados que ejecutan proyectos políticos desiguales, desde aquellos signados por las ideologías más conservadoras hasta los programas de gobierno con enorme énfasis en el progreso y la inclusión social [513].

511 Vid. lo sostenido ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, C. Bernal Pulido, trad., Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales 2.ª ed, 2008.

512 "Según el principio de subsidiariedad, los primeros llamados a satisfacer los derechos sociales son su propio titular o sus allegados, en caso de vacío legal o imposibilidad fáctica, corresponde hacerlo al Estado o a la comunidad internacional. Por su parte, el principio de solidaridad...garantiza que ante la imposibilidad jurídica o material de cumplir por parte de los primeramente obligados, según el orden de precedencia en el sistema de protección multinivel de los derechos humanos, sea el Estado nacional el obligado a garantizar el pleno goce de los derechos sociales. Un criterio determinante para la asignación de las respectivas responsabilidades está dado por la urgencia de la situación. No es razonable en un Estado constitucional basado en la dignidad humana y el respeto de los derechos humanos y fundamentales no reconocer a personas pobres o desamparadas una exigencia suficientemente justificada, cuyo no reconocimiento le ocasionaría un daño inminente, con el simple argumento de que el legislador ha establecido quién o quienes son los posibles obligados En caso de urgencia, situación en la que el contenido de la prestación es determinante contrafacticamente...La tradición democrática igualitaria, representada por autores como John Rawls, Dworin o Philip van Parijs o José García Añón, funda los derechos sociales en el principio de igualdad. El aseguramiento de esos derechos se muestra indispensable en proceso de inclusión democrática y social de persona y grupo que por sus condiciones personales no se encuentran en capacidad de autodeterminarse sin la garantía de medidas positivas para el efecto", ARANGO RIVADENEIRA, Rodolfo, *Derechos Sociales*...op. cit.

513 "Los más de seis millones de víctimas de las persecuciones llevadas a cabo por los autoritarismos que gobernaron hasta 1945 revelaron a la comunidad internacional la insuficiencia de los regímenes de protección de los derechos humanos a nivel nacional, dado que los dictadores que detentaron por entonces el poder no repararon en constituciones ni leyes, subordinaron la justicia a sus designios y dieron por tierra con el principio básico del régimen republicano que es la división de poderes. Esa triste comprobación formulada por los pueblos de los distintos Estados hizo nacer una nueva rama dentro del DIP: el DIDH. Ello no fue instantáneo, sino que se arraigó en los antecedentes referidos y cobró vigor a partir de 1945 puesto que allí comenzó la preocupación de la comunidad internacional de

Por ejemplo, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, establece en su artículo 11 que "los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados". Los derechos -en honor a la síntesis- que contienen pueden resumirse en lo concerniente a: salud, vivienda, familia, trabajo y seguridad social, educación y cultura, destinados a garantizar un mínimo de vida digna a las personas, reconociendo el derecho a la alimentación adecuada (art. 11.1), el derecho al vestido adecuado (art. 11.1), el derecho a la vivienda adecuada (art. 11.1), derecho a la protección de la salud (art. 12.1), el derecho a la educación (art. 13), el derecho a la cultura (art. 15), el derecho a la seguridad social, el derecho a la asistencia de la familia (art. 10.1) y también todos los derechos relacionados con la protección de los trabajadores en las relaciones laborales [514] [515].

En este aspecto pueden señalarse instrumentos de relevancia en el sentido de universalidad en relación a los Derechos Sociales: el ya mencionado Pacto Internacional

---

crear un sistema que sirviera de barrera y de contención —en todo tiempo y lugar— a los gobiernos despóticos que avasallan las normas de derecho interno en un marco de impunidad que ellos mismos generan. Por lo tanto, hasta este momento de la evolución, la historia de los derechos humanos se superpone y coincide con la historia del constitucionalismo, dado que el derecho interno era la única fuente de normas que protegían tales derechos; pero desde 1945 nace una disciplina jurídica distinta, aunque paralela, al derecho constitucional", MANILI, Pablo Luis, *Manuel de Derecho Humanos*...op. cit.

514 Naciones Unidas, Derechos Humanos, Oficina del Alto Comisionado, website: https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/cescr.aspx consultado el 09/11/2021.

515 "La Declaración universal de derechos humanos incluyó en su articulado derechos sociales a la salud, a la educación, a la vivienda al trabajo y a la seguridad social. La controversia ideológica entre liberales y socialistas de la primera mitad del siglo XX se trasladó a la Organización de Naciones Unidas (ONU) en los años sesenta. Ante la necesidad de adoptar instrumentos internacionales para dotar a los derechos humanos de eficacia jurídica frente a los Estados, se debatió en el seno de la ONU la conveniencia de expedir un solo pacto o, por el contrario, dos pactos de derechos humanos con distintos alcances jurídicos. Los socialistas salieron perdidosos en la controversia jurídico político. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos reconoció plena eficacia a los derechos liberales, los cuales pueden ser invocados directamente ante los jueces en caso de violación por parte de la autoridades estatales. No sucedió lo mismo con el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, donde la protección de estos derechos se hizo depender del nivel del desarrollo de cada sociedad, dentro de la reserva de lo posible, no siendo judicializables, salvo en caso de retrocesos injustificados en el nivel de aseguramiento ya alcanzado. El reconocimiento y la garantía diferenciados entre uno y otro grupo de derechos reforzaron la idea de que los derechos sociales no son verdaderos derechos sino aspiraciones o metas político colectivas cuya satisfacción depende de los recursos materiales disponibles de cada sociedad" ARANGO RIVADENEIRA, Rodolfo, *Los derechos sociales*...op. cit.

de Derechos Civiles y Políticos [516] [517]; y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (desarrolla la Declaración Universal en sus dimensiones social, económica, cultural y colectiva) junto a la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 y la Carta Internacional de Derechos Humanos. A ellos se une el Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 (Asamblea General de Naciones Unidas) y el segundo Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos destinado a abolir la pena de muerte de 1989 (Asamblea General de Naciones Unidas), estableciendo procedimientos para la elaboración de informes y observaciones a los fines de asegurar progresivamente el respeto de los derechos fundamentales allí establecidos. Como singularidad que refleja su universalidad, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 fue suscripto por estados con diferentes sistemas políticos (véase a modo de ejemplo China en 1997 y 2001 respectivamente, Gran Bretaña en 1968 y 1976 y Argentina quien lo ratifica en 1968 y 1986 constitucionalizado a partir de 1994). El fenómeno se replica en los sistemas continentales de reconocimiento y protección de derechos como la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, Carta de Niza de 2000, Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969.

A ellos se suma un gran conjunto de instrumentos internacionales, como tratados, declaraciones, convenciones, Pactos. A modo de ejemplo véase Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, Convención sobre los Derechos del Niño,

516 Establece ante todo derechos individuales y de participación política. De los derechos más significativos puede señalarse: el derecho a la igualdad entre hombres y mujeres en el goce de los derechos civiles y políticos (art. 3º), derecho a la libertad (art. 9.1), derecho a la seguridad personal (art. 9.1), el derecho de no ser sometido a detención o prisión arbitrarias (art. 9.1), etc. Naciones Unidas, Derechos Humanos, Oficina del Alto Comisionado, en website: https://www.ohchr.org/SP/professionalinterest/pages/ccpr.aspx consultado el 09/11/2021.

517 "Los Pactos de 1966 implicaron un importante avance en cuanto a elevar a la categoría de tratado el contenido de la DUDH; especificar, explicitar y definir los derechos contenidos en ella; ampliar la lista de esos derechos y crear órganos de control del respeto de los derechos humanos. Ello fue complementado por la adopción de las resoluciones 1235 de 1967, y 1503 de 1970 del Consejo Económico y Social de la ONU, que instituyeron mecanismos extraconvencionales de protección de los derechos humanos, los cuales por su carácter no convencional son aplicables a los Estados que no han ratificado los Pactos en caso que existan situaciones de violación notoria y sistemática de los derechos humanos", MANILI, Pablo Luis, *Manuel de Derechos Humanos*, op. cit.

Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas Forzadas, Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, entre otros. También las declaraciones que tienen la finalidad de establecer reglas para la garantía de los derechos humanos. Y lineamientos vertidos a través de observaciones de Comités, Comisiones, en los sistemas europeos (Convenio Europeo de Derechos Humanos, o CEDH, entró en vigor el 3 de septiembre de 1953 reconoce desde su origen los más importantes derechos humanos individuales proclamados en la Declaración Universal de Derechos Humanos, el que sirvió de modelo para otras convenciones regionales), interamericanos, etc. a los que se agrega la jurisprudencia de Tribunales Internacionales como la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Tribunal de Estrasburgo, etc., que construyen los contenidos y alcances de los Derechos Sociales.

Es así que los llamados derechos sociales se incorporan a los textos constitucionales en trascendencia y eficacia, singularmente manifestándose en forma expresa después de la segunda guerra mundial en donde -a modo de ejemplo- las constituciones de los estados europeos garantizan los derechos derechos económicos, sociales y culturales como la Constitución Italiana de 1947 1948, Española, de Portugal.

La protección de la persona humana, sus derechos y el anclaje en la dignidad humana se reitera en las cartas magnas de los estados, iniciando un camino de positivización de derechos. Y en esa línea sostener la categorización de derechos [518] en

518 "La protección de la familia está ausente en las constituciones del período liberal clásico, esto es, las sancionadas entre 1787 y la primera década del siglo XX….Estas constituciones contemplan al individuo y consagran sus derechos como si fuera un ser aislado, solitario y como si no estuviera inmerso en un complejo tramado social...Otra característica de este período es que se contemplan en las leyes fundamentales tan sólo derechos de carácter civil y político...Este esquema de consagración normativa de los derechos humanos se denomina derechos de primera generación...un siglo más tarde….sirvió acabadamente para imponer un cambio de filosofía a los gobernantes en el marco de la incipiente organización política...Ese sistema de derechos y poderes perduró durante aproximadamente un siglo...llegó el momento en el que simple devenir de los acontecimientos provocó que este modelo de constitucionalismo fuera incompleto….los Estados comenzaron a incluir clausulas económicas y sociales en sus constituciones, y a consagrar derechos denominados de segunda generación, que han sido definidos como aquellos que permiten al individuo colocarse en condiciones de igualdad frente al Estado con el objeto de reclamar de la autoridad pública el deber de protegerlos", MANILI, Pablo Luis, "El bien de familia desde el punto de vista del Derecho Constitucional" en *Revista de Derecho Privado y Comunitario Bien de Familia*, Santa Fe, Editorial Rubinzal Culzoni, 2011, p 29.

lo concreto a los derechos sociales se los estima como derechos de segunda generación existiendo también una tercera generación o dimensión de derechos que son los referidos al medioambiente, a la paz y al desarrollo como también de cuarta generación o dimensión que abarcan protección de la humanidad en sí misma y del planeta a lo que se incluye también los considerados derechos emergentes como el derecho al agua; implica en algún aspecto establecer un nivel de rigor en su trascendencia que de aceptarlo podría conllevar implicancias adversas en su ejecución o en su faz efectiva. Se asume que en un aspecto nominal y abstracto y a los fines de su ubicación o desarrollo histórico pueda añadirse a su expresión para su ubicación en el tiempo "de primera, segunda, tercera, cuarta generación" pero solo al efecto de la línea "histórica" y a la vez evolutiva en su reconocimiento en la que son consagrados en los instrumentos jurídicos, pero concebirlos en su esencia con dicha añadidura de la "generación a la que pertenecen" implica negarle la naturaleza jurídica de la que emanan y que no admiten prelación de uno respecto de otros, salvaguardando -como ya se dijera al referirse al derecho de propiedad- que si se ingresa al terreno de la derivación de uno respecto de otros se puede obviar su reconocimiento expreso y remitirse a muy pocos como ser derecho a la vida. Debido al cambio constante de las realidades locales, regionales y globales, nuevas necesidades humanas básicas pasan a ser reconocidas como debidas en virtud del respeto a la dignidad del ser humano. "La analogía de la supuesta "sucesión generacional" de derechos tampoco es históricamente correcta o demostrable. Todo indica que la evolución de la materia no se dio conjuntamente en el derecho interno y en el derecho internacional. Mientras que en el derecho interno (constitucional) el reconocimiento de los derechos sociales fue históricamente posterior al de los derechos civiles y políticos, en el plano internacional la consagración de derechos sociales en muchas convenciones internacionales del trabajo -a partir del establecimiento de la OIT (Organización Internacional del Trabajo) en 1919- precedió la adopción de convenciones internacionales más recientes dirigidas a los derechos civiles y políticos. No hay, así, un paralelismo -que permita imaginar "generaciones de derechos"- entre la evolución de la materia en el derecho constitucional y el derecho internacional. Y nunca está de más insistir en la importancia de reducir la distancia que todavía parece persistir

en el tratamiento de la materia a partir de las ópticas constitucionalista e internacionalista. Solamente una visión atomizada o fragmentada del universo de los derechos humanos puede conducir a la aceptación de la teoría de las "generaciones de derechos". Su aparente poder de persuasión mucho debe a comentarios apresurados y descuidados sumados a la indolencia mental con que cuenta para propagarse. Aunque a primera vista parezca atrayente para fines didácticos, dicha teoría, desde el punto de vista de la ciencia del derecho, en nada es convincente y no resiste a un examen más cuidadoso de la materia. Los riesgos de esta visión atomizada, de la fantasía de las "generaciones de derechos", son manifiestos...La visión fragmentada de los derechos humanos interesa sobre todo a los regímenes autoritarios, al autoritarismo sin banderas, sea en el plano político, sea en el plano económico-social; tal visión ha servido a los intereses de los responsables por los abusos y violaciones flagrantes de ayer de los derechos políticos y por las iniquidades económico-sociales disimuladas de hoy"[519] [520].

En este aspecto, si se quiere ubicar el derecho de propiedad o el derecho a la vivienda como derechos sociales, enfrentaría el rigor histórico de que el primero aparece reconocido en el constitucionalismo de tipo liberal y -aparentemente- el derecho a la vivienda en los posteriores desarrollos normativos lo que conllevaría a calificarlo dentro del rango de los derechos sociales. Lo expuesto será desarrollado en el siguiente acápite con su correlato en la legislación pública y privada Argentina.

519 CANCADO TRINDADE, Antonio Augusto, *Derechos de solidaridad* en website: https://www.corteidh.or.cr/tablas/a11993.pdf consultado el 10/11/2021.

520 "La indivisibilidad e interdependencia de los derechos civiles y políticos, por un lado y los derechos económicos, sociales y culturales, por otro, es sostenida por las Naciones Unidas para abordar el problema de los derechos humanos y es la doctrina mayoritaria tanto a nivel nacional como internacional, a la que constituciones nacionales, pactos y organismos de defensa de los derechos humanos han adherido. Pero si los derechos sociales, económicos y culturales han obtenido un amplio reconocimiento, las obligaciones derivadas de su consagración no han seguido el mismo camino, ya que se conciben como una obligación genérica amplia más que como una conducta específica y cada Estado queda libre para elegir los medios más adecuados, según sus circunstancias particulares, para darle cumplimiento. La vertiente plural de la que se nutren estas cláusulas nunca altera su contenido democrático y armónico con los derechos individuales y sólo consideramos incluidas en este sistema las constituciones que respetan los principios originarios del constitucionalismo clásico, tanto en su partes dogmáticas como orgánicas" , SABSAY, Daniel A. -Dirección-, MANILI, Pablo L -coordinación-, *Constitución de la Nación Argentina*, comentado por ONAINDIA, José M, "Los derechos sociales",..Tomo I, op. cit., p 89.

3. Vinculación de los derechos sociales con el derecho a la vivienda y el derecho de propiedad. Tratados Internacionales, Derecho Constitucional Argentino.

Sin ingresar en definiciones en tanto exceden a los límites trazados en el presente estudio, puede señalarse en forma somera en relación a la Constitución Argentina que "desde tres ángulos o por tres causas fundamentales, podemos reconocer que la Constitución de 1853/60 encuadra parcialmente en el tipo tradicional-historicista...por la génesis y los ciclos que le sirvieron de trayectoria previa….por el modo peculiar como se ejerció el poder constituyente que le dio origen y eficacia ...por los contenidos que ingresaron en ella a raíz de su precedencia histórica en el medio social de nuestra comunidad...La ideología constitucional ha sido insuflada por valoraciones autóctonas que, si en alguna medida reconocen antecedentes fuera de nuestro medio, en otra han sido recepcionadas y adaptadas por vivencias comunitarias propias de nuestro ambiente. Las ideas de libertad, de democracia, de federalismo, de justicia, de bien común, de teísmo, ….no son, ciertamente, patrimonio exclusivo de nuestra Constitución….pero cuando la Constitución las recoge, lo hace con la versión empírica obtenida de nuestra tradición...Los pactos interprovinciales y el Derecho Público sinalagmático preexistente a la Constitución ponen de relieve la originalidad del proceso constitucional y la progresividad de sus etapas" [521].

En el constitucionalismo clásico se desarrollan el reconocimiento de derechos y garantías individuales, la creación de entes específicos de control, limitación del gobierno y enriquecimiento de las libertades. Por su parte el constitucionalismo social en Argentina en remisión a lo explicitado por el Dr. Sabsay se destaca el impulso en las plataformas de las constituciones provinciales como la de San Juan, Entre Ríos, Santiago del Estero. A nivel nacional existe una primera recepción en la sanción de una reforma constituyente en 1949, la que luego fue derogada y con la Convención constituyente de 1957 se incorpora el art. 14 bis que contiene "típicas cláusulas de contenido social, que no sólo consagran el derecho al trabajo, sino que le imponen al

521 SABSAY, Daniel A. -Dirección-, MANILI, Pablo L -coordinación-, *Constitución de la Nación Argentina*, comentado por BIDART CAMPOS, Germán, "La tipología de la Constitución Argentina",...Tomo I, op. cit., p 76.

legislador claros cometidos tendientes a asegurarle al trabajador condiciones dignas de labor, jornada limitada, retribución justa, protección contra el despido arbitrario, organización sindical, derecho de huelga, etc...se consolida con la reforma de 1994 que le asigna jerarquía constitucional aun serie de tratados de derechos humanos (art. 75 inc. 22) y crea un mecanismo para que otros puedan alcanzar esa jerarquía y por la incorporación de los incs. 19 y 23 al art. 75 de la Constitución. Este último, con claras reminiscencias de la constitución italiana de 1948, le impone al Congreso el deber de legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por la Constitución y los tratados internacionales" [522].

Pero lo interesante se suscita en la recepción de la normativa internacional integrando el bloque de constitucionalidad [523] [524]. Es así que en lo específico del objeto

---

522 SABSAY, Daniel A. -Dirección-, MANILI, Pablo L -coordinación-, *Constitución de la Nación Argentina*, comentado por SABSAY, Daniel A., "Los orígenes del constitucionalismo"... Tomo I, op. cit., p 95.

523 "Se abren así posibilidades de delegación integradora que hace unas décadas eran casi inconcebibles, dando a su vez pautas de la igualdad que la integración ha de respetar para ser verdaderamente tal, de la vocación democrática y humanista que la ha de presidir y de la mayor facilidad a la integración que nos relacione con países latinoamericanos...Los párrs. 2 y 3 del inc. 2 del art. 75 incluyen con jerarquía constitucional a documentos internacionales diversos vinculados a los derechos humanos...La reforma significa una importante innovación en cuanto a las fuentes del Derecho argentino, sobre todo porque introduce como fuentes del Derecho Constitucional a las declaraciones y los acuerdos efectivos referidos en el inc. 2, porque abre la posibilidad de nuevas fuentes de integración surgidas de la delegación de facultades prevista en el inc. 2 del mismo art. 75 y porque ratifica y amplía las reglas respecto de jerarquía de las fuentes. La modificación constitucional brinda una fuerte diversificación de tipos de acuerdos internacionales, pudiendo distinguirse los que tienen jerarquía constitucional, los de integración con países latinoamericanos, los de integración con países no latinoamericanos, los comunes de la Nación y los convenios internacionales de las provincias. Por otra parte, de ahora en más, en cuanto hace a derechos humanos, habrá una vía relativamente paralela para la ampliación de la Constitución, por el camino de tratados", CIURO CALDANI, Miguel A., *Los acuerdos internacionales en la reforma de la Constitución Nacional*, en JA 1995-I-816.

524 "Un derecho internacional de los derechos humanos mucho más actualizado,... propone la primacía del "mejor derecho", en el sentido de hacer prevalecer la regla más favorable al individuo (principio pro persona), sea esa norma doméstica o internacional...Es una solución transaccional sumamente razonable y equitativa, aun que las posturas nacionalistas extremas no la aceptan...es evidente que las presiones de un derecho internacional de los derechos humanos cada vez más fuerte y apremiante han impactado en un derecho constitucional algunas veces en repliegue. P. ej., a través de la jerarquización constitucional de tratados internacionales de derechos humanos (al estilo del art. 75, inc. 2, CN, v.gr.), o simplemente mediante el reconocimiento constitucional de esos tratados con superioridad sobre el derecho interno, aun el constitucional, sin perjuicio de hacer operar siempre el principio pro persona...la polémica se incrementa cuando la primacía del derecho internacional no solamente es una cuestión de tensión entre las reglas de un tratado y la Constitución, sino entre la interpretación dada a aquellas reglas convencionales por los órganos jurisdiccionales gestados por un tratado y la Constitución.

de estudio, el derecho de propiedad se descubre en los siguientes instrumentos internacionales: "Toda persona tiene derecho a la propiedad privada individual y colectivamente. Nadie será privado arbitrariamente de su propiedad", declara el artículo 17 de la Declaración Universal de Derechos Humanos[525] (si bien su reconocimiento venía precedido de instrumentos jurídicos anteriores ya citados como la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre que en su art. XIII establece 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 el hogar"). Sin embargo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en 1966 -ya en la era del consitucionalismo social- no se refiere al derecho de la propiedad en forma expresa pero incluye cláusulas sobre la base de propiedad o en relación a la propiedad basándose en el sexo, religión, raza u otras categorías similares de una persona como en el art. 4 de dicho Pacto [526]. Por su parte "La Convención Europea de Derechos Humanos, adoptada por las democracias liberales de Occidente en 1950, agregó el derecho a la propiedad (definido débilmente como el mero goce pacífico de posesiones) solo como un protocolo adicional. La CEDH provee cierta protección

---

Tal ha sido el caso del "control de convencionalidad" reclamado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que postula la superioridad del Pacto de San José de Costa Rica y de la doctrina sentada por la Corte Interamericana por sobre las normas locales. En particular, estimamos que tal supremacía de la doctrina judicial expuesta por la Corte Interamericana no emerge clara y directamente del Pacto de San José, sino más bien de una jurisprudencia mutativa por adición expuesta por la Corte, en aras, eso sí, de afirmar el vigor del Pacto y de su propia jurisprudencia como tribunal supranacional...La Constitución convencionalizada, vale decir, conformada, adaptada, completada e integrada, es móvil, desde el momento en que su contenido material (no necesariamente su texto formal), fluctúa en función de los tratados internacionales que suscriba el Estado y de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que generalmente está ampliando el cupo de derechos del Pacto de San José de Costa Rica mediante despliegue y desarrollo de los allí enumerados. Inclusive, deberá absorber los cambios jurisprudenciales de dicho tribunal regional. Ello impone a los operadores del sistema una constante actualización normativa y jurisprudencial….El fundamento axiológico de la Constitución convencionalizada se encuentra en la primacía del valor bien común regional, o bien común internacional, sobre el bien común nacional, circunstancia que implica una profunda modulación (se puede hablar, igualmente, de erosión o crisis) del clásico concepto de supremacía constitucional. Responde, paralelamente, a un nuevo estadio de las relaciones entre el derecho constitucional y el derecho internacional (en particular, del derecho internacional de los derechos humanos)", SAGÜÉS, Nestor, *De la Constitución Nacional a la Constitución Convencionalizada*, en JA 09/10/2013.

525 Declaración Universal de Derechos Humanos website: https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights consultado el 09/11/2021.

526 MCHANGAMA, Jacob, *El derecho a la propiedad en los instrumentos internacionales de Derechos Humanos*, website: http://www.eleutera.org/el-derecho-a-la-propiedad-en-los-instrumentos-internacionales-de-derechos-humanos/ consultado el 09/11/2021.

contra la expropiación, pero le permite a los Estados un "margen de apreciación" sumamente amplio. Tanto la Convención Americana sobre Derechos Humanos como la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos protegen la propiedad privada, pero al igual que el caso con la CEDH, sus protecciones contra la expropiación y las confiscaciones regulatorias son débiles" [527]. También se lo incluye en la Declaración Americana de Derechos del hombre (art. 23), en la Convención Internacional sobre la eliminación de todas formas de discriminación racial, en el Tratado de la Constitución Europea, Convención sobre la eliminación de la discriminación contra la mujer. La Convención Americana de Derechos Humanos[528] (o Pacto de San José de 1969) art. 21 trata directamente el derecho a la propiedad [529] Lo expuesto es a modo de síntesis en la reseña sin que se pretenda abarcar la totalidad de normativa que desborda al presente trabajo.

A nivel nacional el derecho de propiedad en la Carta Magna Argentina se lo consagra con el principio de la inviolabilidad de la propiedad estableciendo que ningún habitante puede ser privado de ella sino en virtud de sentencia fundada en ley; la expropiación por causa de utilidad pública debe ser calificada por ley y previamente indemnizada (art. 17, CN) y debe ser justa (art. 21, Pacto de San José de Costa Rica jerarquizado por el art. 75, inc. 22, CN) [530]. El derecho de la propiedad partió de una

527 MCHANGAMA, Jacob, op. cit.

528 Comité Jurídico Interamericano Sec. Asuntos Jurídicos website: https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm consultado el 12/11/2021.

529 "Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social….Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley", Comité Jurídico Interamericano Sec. Asuntos Jurídicos, op. cit.

530 "Uno de los pilares del constitucionalismo clásico liberal que inspiró nuestra Carta Magna en 1853 era el derecho de propiedad, concebido como un derecho casi absoluto. Así es como el art. 17, CN establece: "La propiedad es inviolable, y ningún habitante de la Nación puede ser privado de ella, sino en virtud de sentencia fundada en ley. La expropiación por causa de utilidad pública debe ser calificada por ley y previamente indemnizada...".La protección del derecho de la propiedad fue un pilar de apoyatura fundamental para la concepción liberal del siglo XIX que predominó en los comienzos de la formación del Estado argentino en el camino a la organización nacional...El Pacto de San José de Costa Rica, sancionado más de un siglo después, tiene en su contenido la idea del constitucionalismo social y de un derecho de propiedad interpretado en clave social...la Corte Suprema de la Nación con el fallo "Ercolano v. Lanteri de Renshaw" en el año 1921, o sea, en la época de la consagración internacional del constitucionalismo social que se iniciara en el año 1917 con la Constitución mexicana de Querétaro y la que fuera su correlato en la materia, la Carta de Weimar, sancionada en 1919 en Alemania. Este

protección liberal predominante en su origen hasta alcanzar nuevas aristas a partir de los llamados derechos sociales en la era del constitucionalismo social[531] [532] [533] [534].

Por su parte el derecho a la vivienda que fuera referenciado en acápite anterior en el marco de la Carta Magna Nacional se lo incluye en forma explícita en la reforma constitucional de 1957, en el párrafo tercero del artículo 14 bis: "El Estado otorgará los beneficios de la seguridad social, que tendrá carácter integral e irrenunciable. En especial la ley establecerá:...el acceso a la vivienda digna". El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) en su art. 11 también reconoce el derecho a la vivienda. Lo mismo acontece en la Declaración Universal de los Derechos humanos en su art. 25, como en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948 siendo también señalado en Observación General nº 4 del Comité del Pacto de Derechos Económicos y Sociales donde se señala las condiciones

---

precedente jurisprudencial se planteaba a raíz de una crisis habitacional por las inmigraciones europeas que daba lugar al aumento de los alquileres abruptamente. A raíz de ello se sanciona una ley que congelaba los alquileres por dos años, es decir que el dueño no podía aumentarlos hasta vencido dicho término. El actor expresó que esa ley violaba los arts. 14, en cuanto al derecho de usar y disponer de su propiedad, y 17, CN, que establece la inviolabilidad de la propiedad privada, y el art. 28, en tanto y en cuanto la ley alteraba el derecho que regulaba. En el fallo la Corte sostuvo que ningún derecho es absoluto; que hay situaciones especiales en las que el Estado debe intervenir a través del poder de policía para proteger los intereses de la comunidad y siempre que sea por un tiempo y no a perpetuidad. Estableció que la propiedad en este sentido tiene una función social...El mismo criterio fue aplicado durante toda la historia constitucional posterior a ello: en 1934, en "Avico v. de la Pesa", GARASINO, Darío F., L*a influencia del bloque de constitucionalidad sobre el derecho de propiedad inmueble*, en SJA 02/10/2013 , 3, JA 2013-IV.

531 "a modo complementario que el art. 38 de la reforma de la Constitución en el año 1949 establecía como principio rector "la función social de la propiedad, el capital y la actividad económica", a tono con la corriente imperante en la época", GARASINO, Darío F., op. cit.

532 "Ni el derecho de usar y disponer de la propiedad, ni ningún otro derecho reconocido por la Constitución reviste el carácter absoluto. Un derecho ilimitado sería una concepción antisocial", CSJN, "Brunella Vda. de Weiser," 26/06/74, Fallos 289:67.

533 La Corte Suprema de Justicia de la Nación vuelve a verificar la existencia de una "relación racional con el fin que le sirve de presupuesto, el cual deberá representar un interés social de intensidad tal que justifique la decisión. Asimismo, el medio será admisible si no suprime ni hiere sustancialmente otros bienes amparados por la misma estructura constitucional. Todo ello conforme a los límites dispuestos en el art. 28", CSJN, "Izcovich, Mabel vs. Administración Nacional de la Seguridad Social", website: www.saij.gob.ar consultado el 29/03/20.

534 A modo de ejemplo véase "no hay violación del art. 17 cuando por razones de necesidad se sanciona una norma que no prive a los particulares de los beneficios patrimoniales legítimamente reconocidos ni les niega su propiedad y sólo limita temporalmente la percepción de tales beneficios o restringe el uso que pueda hacerse de esa propiedad.", C.S.J.N., "Peralta, Luis A., y otro c/ Estado Nacional (M. E. – B.C.R.A.)," Fallos, 313:1513 (1990), consid. 24.

mínimas que debe reunir una vivienda adecuada [535]. Por otro lado desde calificada doctrina nacional se lo ha concebido dentro de la formulación de los derechos sociales derivados del constitucionalismo social que permitió la incorporación a la Ley Fundamental [536].

La incorporación del derecho a la vivienda en el plano constitucional ha ocasionado una concepción que sostiene -al menos desde la ilustrada doctrina- la separación entre derechos civiles y políticos y a éste último (de la vivienda) estimarlo como derecho social. Indudablemente que en su ejercicio se encuentra ligado al canal de las políticas de mercado, pero la reflexión indica que todos los derechos en una mayor o menor medida se involucran en el orden político desde el sólo hecho que los mismos lo conforman. Si como se dijo, el argumento generacional no resulta relevante para la esencia del derecho a la vivienda, desde lo histórico en un sentido estricto y remitiéndose a ejemplos señalados, la situaciones de carencias, de asistencia fueron atendidas en normativas a tales fines con anterioridad a esta etapa de explosión de los llamados derechos sociales. De esta forma, las objeciones contra los derechos sociales en general, y contra el derecho a la vivienda en particular se desvanecen respecto de su

535 "El derecho a la vivienda, en el derecho internacional de los derechos humanos, ha sido reconocido en un amplio abanico de instrumentos universales y regionales, bien que desde diferentes ángulos...la Declaración de Derechos Humanos...la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre…, la Convención Americana sobre Derechos Humanos…., la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer…, Convención sobre los derechos del niño…., Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación racial…., Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad…, Respecto de los trabajadores, se suman, en general, la recomendación 115 sobre la vivienda de los trabajadores de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y la Carta Internacional Americana de Garantías Sociales… y en orden los migratorios, la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares,...el Convenio 97, revisado en 1949...y la recomendación 151...Particular atención ha despertado el caso de las personas desplazadas y refugiadas lo cual guarda relación con los principios sobre la restitución de las viviendas y el patrimonio de los refugiados y las personas desplazadas., llamados Principios Pinheriro. Huelga recordar la Convención 169 sobre pueblos indígenas y tribales...y la señera jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos humanos….elaborada inter alia, sobre dicho instrumento", GIALDINO, Rolando E, *El carácter adecuado de la vivienda*...op. cit.

536 "La defensa del bien de familia: en razón de ello es que, cumplidos ciertos recaudos formales tales como la inscripción en el registro correspondiente, la vivienda familiar deviene inembargable e indisponible. En la actualidad, la cuestión está regida por lo dispuesto en la ley 14.394 (título V). - Acceso a una vivienda digna: la programaticidad de esta cláusula es tal que el único mandato concreto que de ella surge es el de imponer al Estado el deber de diseñar políticas públicas a fin de facilitar el acceso a una vivienda digna", FAYT, Carlos S., *Los derechos sociales en la Constitución Nacional*, en La Ley 2008-A , 779.

novedad histórica y su carácter de tratarse de “meramente derechos positivos o de solas prestaciones”537. Por otro lado, para fundar la autonomía de los derechos sociales se apela a la necesidad de un control individual “el principio de autonomía personal sirve para determinar el contenido de los derechos individuales básicos, ...de él se desprende cuáles son los bienes que esos derechos protegen. Tales bienes son las condiciones necesarias para la elección y materialización de ideales personales y los planes de vida basados en ellos: la vida psicobiológica, la integridad corporal y psíquica, ...la libertad de acceso a recursos materiales”538. Y si bien existe un vínculo íntimo entre el Derecho a la vivienda y la autonomía personal como derecho fundamental para el desarrollo del plan de vida, es este mismo alcance el que excede someterlo a una simple categoría de derecho social más allá que es indudable que los procesos democráticos (como ya se viera al tratar el derecho de propiedad), han remarcado los alcances y las definiciones de contenidos que lo integran. Además el principio de igualdad se incorpora en su análisis; la necesidad de garantizar a todos “iguales libertades subjetivas de acción”539.

4. Epílogo

En los trazos históricos reseñados, se ha podido observar como el ordenamiento político configurado a través del nacimiento de los estados en sus cartas orgánicas constitutivas reconocen en primer lugar, un primer tramo -también llamado constitucionalismo clásico- encumbrado por la Declaración francesa de 1789 “fueron los derechos del hombre y la división de poderes. Una en el sector del status personal y la otra en el de la ordenación del poder. Tal era el modelo de Constitución...el cómo debe organizarse y constituirse el Estado para responder al tipo de Estado ministerial que administra la cosa ajena (del pueblo) ordenándola al bien común. Un "común" que

537 PISARELLO Gerardo, *El derecho a la vivienda: constitucionalización débil y resistencias garantistas*. Website: https://dialnet.unirioja.es consultado el 19/11/2021.

538 NINO, Carlos, *Fundamentos de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1992, p 167.

539 ETCHICHURY, Horacio, *Igualdad desatada. Los derechos sociales en la Constitución argentina (tesis)*, Córdoba, Universidad Nacional de Córdoba, 2013, p.56 website: https://rdu.unc.edu.ar consultado el 12/11/2021.

es común a cuantos integran la sociedad, que es de todos y para todos, en beneficio compartido. Así bebió el constitucionalismo moderno en su fuente vital y así sigue libando históricamente el constitucionalismo social propio del Estado de bienestar o Estado social de derecho" 540. En ese constitucionalismo clásico el derecho de propiedad ingresa en el ámbito de los derechos fundamentales a través del reconocimiento en el seno de los instrumentos constitutivos de los estados. Así, no hubo contradicciones en que el derecho de propiedad formaba parte de los derechos de la persona humana y su inviolabilidad merecería ser objeto de protección siendo de rigurosa exigencia la justificación de la excepción a la vulneración de dicho derecho. Ese ingreso sin objeciones en las cartas magnas, confluye más allá de que existan otros derechos que fueron considerados como aún más fundamentales -si es que existe dicha categoría- como ilustrativo derecho a la vida, libertad, dignidad, intimidad. Lo cierto es que el derecho de propiedad suscribió todos los consensos necesarios en su definición, que como se expusiera en acápites precedentes, permitió que siendo su esencia de derecho natural asumiera ser derecho fundamental y en forma primigenia integrar el elenco de derechos humanos (ha sido objeto de su reconocimiento, tanto en el orden interno argentino como en las convenciones internacionales). Luego el advenimiento del constitucionalismo social, con las particulares y terribles situaciones mundiales emanadas de la posguerra pone en juego la tutela de los derechos humanos, surge un planteo entre los estados políticos que se muestra en definir con más precisión aún, derechos humanos que reflejan sistemas de órdenes políticos que comulgan con el fundamento de la dignidad humana como anclaje de todo derecho. Es así que los regímenes democrácticos albergan en sus constituciones ya no sólo el derecho de propiedad, sino derechos que ya se encontraban vigentes por compartir la misma naturaleza jurídica, pero que por su continua amenaza y necesaria protección le dieron sitio en el sistema de derechos como lo es el derecho a la vivienda541. Como se

540 BIDART CAMPOS, Germán, *Teoría General*..., op. cit. P 230.

541 "...nuestro país se encuentra convencionalmente comprometido en un derecho internacional protector de los derechos humanos,...la pluralidad de las normas convencionales internacionales, así como la organización de instituciones dirigidas a aplicarlas, incluso por encima de las fronteras nacionales, permite avizorar la existencia de un derecho supranacional, como lo reconoce la doctrina más avanzada (Gordillo, Ekmekdjian, Sagués)", RIVERA, Julio César, *Instituciones de Derechos Civil*...op. cit., p 16.

sostuviera si bien este último se lo estimó como derecho social, es claro que su contenido excede a una mera calificación que hace gala sólo de un momento histórico, ya que responde a un bien y necesidad fundamental para la vida de cada ser humano y que no puede quedar excluído de un orden político que conlleve un sistema de valores que asume la dignidad humana como crisol de derechos. El derecho de propiedad y el derecho a la vivienda han sido puestos de manifiesto tanto en el orden nacional como en el plano internacional y su vigencia determina la existencia de un régimen político de pleno respeto a la persona humana.

CAPITULO IV
REGIMEN DE AFECTACION DE LA VIVIENDA EN EL CODIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACION ARGENTINA

1. Diseño y características del régimen protectorio de la vivienda consagrado en el Código Civil y Comercial de la Nación.

Habiéndose consignado en acápites anteriores lo dispuesto en el art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional Argentina que establece la "constitución del derecho supranacional de los Derechos Humanos", en palabras del Dr. Rivera, la vigencia de esos instrumentos internacionales indica la "operatividad inmediata de los derechos reconocidos en esas convenciones, de donde: el derecho interno infraconstitucional debe adecuarse a ese derecho convencional ahora constitucionalizado...la interpretación del derecho infraconstitucional debe perseguir la armonización de éste con el derecho convencional;...deviene inconstitucional el derecho infraconstitucional que no sea adecuado al derecho convencional"[542]. En ese sentido "la reforma de 1994 trajo como consecuencia la rematerialización de nuestra Carta Magna, imponiendo la reasignación de conceptos construidos a partir de viejos paradigmas, la configuración de un nuevo orden simbólico en torno a los derechos humanos….el Código introduce una profunda innovación al receptar la constitucionalización del Derecho Privado, estableciendo una comunidad de principios entre la Constitución, el Derecho Público y el Derecho Privado. Con los principios inspiradores expresados en sus fundamentos, introduce normas destinadas a plasmar una ética de los vulnerables, constituyendo una de esas manifestaciones la protección de la vivienda como derecho fundamental"[543], como fuera reseñado en este estudio.

En el análisis de los regímenes protectorios de la vivienda en la Nación Argentina conforme a la previsión de la Carta Magna "en Constituciones Provinciales y

542 RIVERA, Julio César , *Instituciones de Derecho Civil*.... op. cit., p 18.
543 LORENZETTI, Ricardo Luis, *Código Civil…,* comentado por FLAH, Lily y AGUILAR, Rosana I., Tomo I, op. cit., p 817.

en convenios internacionales suscriptos por nuestro país, constituye un principio cardinal al que debe prestar acatamiento los tres Poderes del Estado. En virtud de ello se recomienda al legislador evitar todo aquello que impida un "real acceso" a la vivienda, como por ejemplo dificultades en la obtención de créditos, locaciones, etcétera. Finalmente se dice que la garantía constitucional ampara no sólo a los dueños, sino también "el derecho a la vivienda del que gozan legítimamente quienes no lo son"[544].

El régimen protectorio diseñado en el Código Civil y Comercial de la Nación deroga al anterior Bien de Familia establecido por Ley Nro. 14394 que surgía como institución que con exclusividad se dirigía a asegurar la vivienda (familiar) a través de la regulación y protección del patrimonio familiar. En la senda establecida en la Constitución Nacional y los tratados internacionales en su correlato con lo señalado en el artículo 14 bis que preceptúa la protección de la familia y la "defensa del bien de familia", lo delineado por la actual codificación no se aparta ni se contradice con lo trascendental de la finalidad tuitiva en cuanto al derecho de vivienda. Si la finalidad del Bien de Familia era "a) económico, tendiente a la conservación de una parte del patrimonio dentro del núcleo familiar, y b) social, en cuanto propendía al mantenimiento de la familia bajo el mismo techo. Sin embargo, esa normativa exigía importantes reformas a los fines de su adaptación a los nuevos tiempos, pues contemplaba un concepto de familia que debía replantearse a luz de un criterio más abarcativo. El Código asume esta exigencia y en miras a una sociedad multipluricultural, sobre la base de un paradigma no discriminatorio, sustituye el bien de familia de la ley 14.394, derogándolo e incorporando en ese Capítulo 3, denominado Vivienda"[545].

Indudablemente la actual codificación fundada en una realidad social que abarca y contempla a una sociedad "multipluricultural" en palabras del Dr. Lorenzetti, y que bajo la luz de los derechos humanos protege a la vivienda como derecho humano fundamental, amplía su protección acorde a los tiempos y en su adaptación sustituye al bien de familia en su concepción, siendo extensivo más allá de la rigurosidad de éste

544 LORENZETTI, Ricardo Luis, *Las normas fundamentales*...op. cit., p 65.
545 LORENZETTI, Ricardo Luis, *Las normas fundamentales*... ibidem., p 813.

último que contemplaba sólo a la familia [546] [547] [548]. En ese cometido, vale reiterar, lo preceptuado a nivel constitucional conforme al art. 14 bis de la Carta Magna Nacional que establece la protección integral de la familia, la defensa del bien de familia y el acceso a una vivienda; sumado a la normativa supralegal y si bien derogando el instituto mencionado, resulta un régimen normativo extensivo en sus diversas aristas para asegurar el derecho a la vivienda.

2. Requisitos para su constitución. Acto de afectación

Los lineamientos del régimen protectorio determinan -como se señalara- (art. 244 CCyCN) que debe tratarse en primer lugar, de un inmueble destinado a la vivienda, por su totalidad o hasta una parte de su valor. El objeto de la protección es cualquier inmueble con destino a vivienda, suprimiendo la calidad de urbano del mencionado inmueble a afectar. La afectación refiere siempre a un único inmueble. Es decir, sólo un inmueble del acervo patrimonial puede ser afectado en su totalidad o hasta una parte de

546 "el Código Civil y Comercial sustituye el régimen de "bien de familia" regulado por la ley 14.394 e introduce modificaciones importantes en relación a aquél, pues realiza una ampliación conceptual integradora, toda vez que protege no sólo a la familia, sino también a la persona individual, de conformidad en los arts. 244, 456, 522 y concordantes...el Código no limita la afectación de la vivienda sólo a quien tenga familiares sino también a aquellos propietarios que viven solos, haciendo alusión a las nuevas formas de familias existentes en la actualidad...la protección de la vivienda se nutre de un plexo de principios que emanan de nuestra Constitución y ello tiene que ver con la persona, su libertad, su intimidad y la igualdad real de oportunidades de acceso a condiciones de vida dignas...responde a la necesidad vital de todo ser humano de contar con un reducto de intimidad desde donde proyectar su desarrollo personal y familiar", JUNYENT BAS, Francisco y GIMENEZ, Sofía, "La tutela de la vivienda en el Código Civil y Comercial" en *Revista de Derecho de Familia* Nro. 80 julio, Buenos Aires, Editorial Abeledo Perrot, 2017, p 127.

547 "La vivienda ha sido objeto de un especial tratamiento en el Código Civil y Comercial: en los fundamentos de la Comisión se dice textualmente que "El derecho de acceso a la vivienda es un derecho humano reconocido en diversos tratados internacionales"...De la lectura de los distintos instrumentos normativos se observa que las fórmulas empleadas son muy diversas y la redacción no es irrelevante, pues el contenido y deslinde de este derecho está vinculado con su eficacia, a que no sea simplemente declamatorio. De cualquier modo, el reconocimiento expreso que se desprende de todo este bagaje normativo, brinda herramientas indispensables a la hora de resolver los conflictos que se suscitan cuando de lo que se trata es de la protección de la vivienda, previsiones éstas que no pueden ser desatendidas a la hora de ponderar los derechos que en el caso particular puedan considerarse en pugna", ALTERINI, Jorge Horacio -Director General-, TOBIAS, José W. -Director del Tomo-, *Código Civil*...comentado por TOBIAS, José Tomo II, op. cit., p 74.

548 En el mismo sentido, KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída: "Nuevas reflexiones sobre la protección jurídica de la vivienda familiar",...op. cit. P 243-248.

su valor "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" [549]. Asimismo debe interpretarse en correlato con lo expuesto en el art. 256 del CCyCN que hace extensible la aplicación de las disposiciones del Capítulo al inmueble rural que no exceda de la unidad económica de acuerdo con lo que establezcan las reglamentaciones locales. En síntesis el objeto de la afectación abarca a un bien inmueble urbano y/o rural (siempre debe estar presente el destino de vivienda, estableciendo limitación en cuanto al último ya que se consigna que no deben exceder al valor de la unidad económica). La unidad económica rural "desde un primer momento ha sido entendida como una superficie mínima, aquella que cubre los costos y permite un nivel de vida adecuado a una familia rural" [550]. En relación a ello se pregunta el jurista Lorenzetti si estaría vedada la posibilidad de afectar un inmueble que la exceda (a la unidad económica rural) pero sólo hasta el valor que constituye la unidad; conforme a ello no se advierte inconveniente en tanto como lo señala el Dr. Tobías (aunque para otro supuesto) podría aplicarse la teoría del abuso del derecho en caso de vulneración de los objetivos del régimen protectorio (art. 10 del CCyCN). No se requiere un límite en cuanto al valor del inmueble -a excepción de lo expuesto en relación al inmueble rural- y si bien no se refiere a destino familiar, si se incluye el destino de vivienda. Asimismo se "posibilita afirmar la procedencia de la afectación de un inmueble en el que el beneficiario o los beneficiarios desarrollan una actividad comercial, industrial o profesional y, al mismo tiempo, al menos de uno de ellos lo habita en calidad de vivienda, es decir, aquel inmueble que tiene un destino mixto" [551]. Por su parte el Dr. Tobías sostiene que se requiere la habitación efectiva tanto para la constitución como para el mantenimiento de la protección.

Es menester destacar que en la nueva concepción del Código a fin de garantizar

549 LORENZETTI, Ricardo Luis, *Código Civil…,* comentado por FLAH, Lily y AGUILAR, Rosana I, Tomo I, op. cit., pág. 814.

550 LORENZETTI, Ricardo Luis,Luis, *Código Civil…,* comentado por FLAH, Lily y AGUILAR, Rosana I, Tomo I, ibidem, p 854.

551 ALTERINI, Jorge Horacio -Director General-, TOBIAS, José W. -Director del Tomo- *Código Civil*...comentado por TOBIAS, José W. Tomo II, op. cit., p 78.

el derecho de vivienda lo hace en relación a cada persona priorizando la autonomía de la misma.

Si se opta por afectar sólo una parte del valor del bien, por la parte no afectada el inmueble sería susceptible de ejecución y a su vez, también implica "la posibilidad de ejecutar todo el inmueble y luego entregar el valor de la parte que se hubiese afectado, operando la subrogación real prevista por el artículo 248"[552]. Ello es coincidente con lo que establece en cuanto a la subrogación real, que será desarrollado más adelante.

Como del diseño se desprende que el inmueble pueda tener un destino mixto (vivienda y otra actividad) los frutos serán embargables "siempre que no sean indispensables para satisfacer las necesidades de los beneficiarios" [553]. No se indica que no pueda afectarse un inmueble hipotecado o embargado, pero la afectación operará respecto de los acreedores de fecha posterior a la inscripción. Por otro lado el inmueble alquilado o en comodato no podría afectarse en tanto impide el deber de habitarlo personalmente por el constituyente o "al menos alguno de los beneficiarios" [554].

En relación al acto de afectación, la norma prevé que se efectúa con la inscripción de la protección del inmueble en el Registro de la Propiedad Inmueble según la legislación local. La inscripción en el Registro implica que el inmueble dejará de integrar la garantía común de los acreedores asumiendo la publicidad del acto y oponibilidad frente a terceros [555]. Se trata de un acto de naturaleza administrativa, que si bien se practica ante los registros inmobiliarios constituye materia delegada a la Nación no pudiendo adoptar las legislaciones locales disposiciones en contrario.

En lo que refiere a si la inscripción asume carácter declarativo o constitutivo, divide la doctrina dicha cuestión. En ese aspecto expone el Dr. Tobías que es declarativo[556]. Asimismo se sostiene que "se permite la reserva de la retroactividad de la

552 LORENZETTI, Ricardo Luis, *Código Civil…,* comentado por FLAH, Lily y AGUILAR, Rosana I, Tomo I, op. cit., p. 815.
553 LORENZETTI, Ricardo Luis,*Código Civil…,* comentado por FLAH, Lily y AGUILAR, Rosana I, Tomo I, ibidem, p 815.
554 LORENZETTI, Ricardo Luis,*Código Civil…,* comentado por FLAH, Lily y AGUILAR, Rosana I, Tomo I, ibidem, p 815.
555 ALTERINI, Jorge Horacio -Director General-, TOBIAS, José W. -Director del Tomo- *Código Civil*...comentado por TOBIAS, José W. Tomo II, op. cit., p 80.
556 "Esta situación relativa al efecto retroactivo de la inscripción registral aparece esclarecida en las

registración a través del sistema de reserva de prioridad regulado en la ley 17801" [557]. "Los efectos jurídicos de la afectación, comienzan a partir de su inscripción en el Registro General de la Propiedad, lo que debe ser pedida por los legitimados. De esta forma, tienen plena aplicación los principios registrales de legalidad, rogación, tracto sucesivo y prioridad registral, según el cual la prioridad entre dos o más inscripciones o anotaciones relativas al mismo inmueble se establecerá por la fecha y el número de presentación signados a los documentos (ley 17801). En relación a si la inscripción en el Código tiene carácter constitutivo o declarativo, el Código unificado no se expide en forma expresa, dejando latentes las discusiones doctrinarias y jurisprudenciales. Adelantamos que la divisoria de aguas en relación a si la inscripción es constitutiva o declarativa continúa vigente. Sin embargo existe consenso en que la inscripción de afectación es indispensable, a los fines de que opere los beneficios que concede la regulación ….siempre será necesario un acto administrativo de afectación que se registra ante los registros inmobiliarios" [558] [559] [560] [561] [562].

---

disposiciones del Código civil y Comercial al remitirse a la Ley Nacional de Registro Inmobiliario, admitiéndose así la retroprioridad registral. La mención a la aplicación de aquella ley, dota a la inscripción de carácter declarativo, si se tiene en cuenta que en su art. 2 se prevé que el registro se realiza con fines de publicidad y oponiblidad a terceros", ALTERINI, Jorge Horacio -Director General-, TOBIAS, José W. -Director del Tomo- *Código Civil...*comentado por TOBIAS, José W. Tomo II, ibidem, p 80.

557 RIVERA, Julio César – MEDINA, Graciela -Directores; ESPER, Mariano -coordinador- comentado por PERALTA MARISCAL, Leopoldo, *Código Civil...* , Tomo I, op. cit., p 549.

558 JUNYENT BAS, Francisco y GIMENEZ, Sofia: "La tutela de la vivienda en el Código Civil y Comercial" en *Revista de Derecho de Familia,* Nro. 80 julio, Buenos Aires, Editorial Abeledo Perrot, 2017, p 127.

559 "La afectación trabaja con la reserva de prioridad de la ley registral 17801: se aclara de manera indubitada que la prioridad de la registración trabaja conforme a la ley registral inmobiliaria, lo que evita anacrónicas interpretaciones que excluían el viejo bien de familia (hoy vivienda) del trámite registral establecido por la ley 17801. Dicha mala interpretación partía de la literalidad del art. 35 de la ley 14394, que expresaba que el bien de familia comenzaba a producir sus efectos a partir de su inscripción en el Registro. Es decir, se ignoraba por completo la llamada reserva de prioridad del art. 17 de la ley 17801, de sanción posterior. Es como si los jueces hubieran cerrado sus ojos a la novedad de esa ley y sus mecanismos de reserva de prioridad. Esta situación se mantuvo latente hasta el año 1985, cuando la Corte Suprema de Justicia de la Nación echó luz sobre el problema en los autos "Rodriguez, Armando v. Carrizo, José A.", que luego de la sanción de la ley 17801 el entorno ha variado en materia registral y corresponde hacer ingresar el trámite de afectación en esa nueva mecánica. Hoy la cuestión se ha zanjado definitivamente, pues,...el nuevo dispositivo del art. 244 del CCiv. y Com., segundo párrafo, expresamente aclara que "la prioridad temporal se rige por las normas contenidas en la ley nacional del registro inmobiliario", VENTURA, Gabriel: "Afectación de la vivienda, art. 244, Código Civil y Comercial de la Nación" en *Revista interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia,* Nro. 80, Buenos Aires, Editorial Abeledo Perrot, 2017, p 78.

Por último como lo señala el régimen protectorio, la afectación puede provenir de un acto voluntario del titular dominial quien también debe ser capaz para disponer a título oneroso, por orden judicial (por ejemplo en la atribución de la vivienda en el divorcio), por acto de última voluntad, encontrándose estipulado en el art. 245 del CCyCN; exigiendo un acto de naturaleza administrativa en cuanto a la afectación en si misma como se señalara; todo ello sin excluir la protección concedida por otras

---

560 En su comentario al Proyecto de Código Único de 1998, la Dra. Kemelmajer de Carlucci sostenía que: "Art. 234. Oponibilidad. La afectación produce efectos a partir de su inscripción en el registro de la propiedad inmueble que corresponda, la que debe hacerse de acuerdo a las reglamentaciones locales". La cuestión de alta política legislativa relativa a si es conveniente que la vivienda goce de protección automática, por el hecho de ser tal, con independencia de cualquier tramitación (administrativa o judicial), es muy difícil de resolver. Aunque en abstracto, la inembargabilidad automática parece responder al principio constitucional del derecho a la vivienda digna, desde la perspectiva económica, se afirma que un régimen de este tipo cierra el acceso al crédito bancario de las personas de escasos recursos, por lo que una medida que aparentemente beneficia los más carenciados, en definitiva, los perjudica. Sin juzgar el acierto o error de esta afirmación, parece que una afectación automática sólo es viable en un régimen de tipos fijos, por lo que la mayor protección que se logra por un lado, se restringe por el otro...la exacta comprensión de la expresión "a partir de su inscripción" usada en la norma transcripta exige integrarla con el régimen registral; por lo tanto, la afectación debe tenerse por operada desde el momento en que fue solicitada por el interesado, con la retroprioridad prevista por esa normativa, y no a partir del acto administrativo, que dispone su inscripción", KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, "La vivienda en el Proyecto de Código Unico de 1998", *Revista de Derecho de Familia*, Buenos Aires, Editorial Abeledo Perrot, 2001, p 9.

561 "para algunos la discusión es abstracta pues esta clasificación de los asientos (constitutivos y declarativos) es inaplicable al bien de familia, que nace de una declaración unilateral; no hay partes, hay un solo sujeto; por lo tanto, según esa opinión, no cabe incluir este asiento en ninguno de los dos ámbitos de la clasificación. Otros...insisten en la necesidad de encuadrar la afectación en la clasificación aludida. La Comisión Nro. 4 de las XX Jornadas Nacionales de Derecho Civil, 2005, entendió que el artículo 35 de la ley 14394, debe ser interpretado...también integrado con la ley 17801, por lo que afirmó que "la registración del bien de familia tienen efectos meramente declarativos". No obstante como regla, podría decirse que se trata de un asiento constitutivo si por tal se entiende que el régimen de inembargabilidad e inejecutabilidad (principal característica del bien de familia) sólo surge con el asiento registral de la afectación...Se discute si la retroprioridad prevista en los artículos 5, 23, 24 y 25 de la ley 17801 rige cuando la constitución del bien de familia se hace mediante escritura notarial. La cuestión es de trascendental importancia, desde la oponibilidad del régimen a los acreedores depende de la fecha del nacimiento de la afectación...la tercera tendencia a la que adhiero, entiende que las normas de la ley 14394 deben conciliarse con le ley 17801...al momento de la sanción de la ley 14394, el sistema de la retropioridad era desconocido, por eso se habla de inscripción, constitución, etcétera. Salvado este escollo gramatical debe distinguirse entre los diferentes modos de constitución del bien de familia, cuales son: por vía judicial….declaración efectuada ante el registro….instrumento notarial", KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, "Bien de familia y Registro de la propiedad inmueble", en *Revista de Derecho Privado y Comunitario 2011 – 1, "Bien de Familia"*, Santa Fe, Editorial Rubinzal Culzoni, 2011 p 22-26.

562 "la vigencia de la afectación consagrando el principio de retropropiedad registral y salvaguardando derechos de terceros acreedores,...en concordancia con las obligaciones del titular registral con fecha anterior a la afectación de la vivienda", GHERSI, Carlos; WEINGARTEN, Celia - Directores, *Código Civil…* comentado por GATTO, María Carolina, Tomo I, op. cit., p 636.

disposiciones legales [563].

3. Legitimados y beneficiarios

El art. 245 del CCyCN establece que para solicitar su afectación se encuentra legitimado su titular registral y en caso de que el inmueble estuviere en condominio, todos los cotitulares en forma conjunta. A ello debe sumarse la capacidad para disponer a título oneroso ya que afectar el inmueble implica un acto de disposición al restringir las facultades sobre el bien [564]. Así la afectación puede tratarse de un acto voluntario ya sea por acta ante el Registro de la Propiedad, por escritura pública, por actos de última voluntad o solicitada por los condóminos en forma conjunta. Asimismo por decisión judicial, en tanto la judicatura puede decidirla a pedido de parte, "en la resolución de atribución de vivienda en juicio de divorcio o conclusión de la convivencia, si existen beneficiarios incapaces o de capacidad restringida. Está previsto que el juez ordene a pedido de cualquiera de los beneficiarios la inscripción de la afectación dispuesta por actos de última voluntad. En estos casos podrá hacerlo a pedido del Ministerio Público y aun de oficio si hay beneficiarios incapaces o con capacidad restringida" [565]. Se trataría de tres modalidades: por acto entre vivos (titular dominial, todos los condóminos; mortis causa o constitución judicial [566].

---

563 "Elías Gustavino en su ya clásica obra "bien de familia" ilustra la posibilidad de constituir el bien de familia en una escritura pública,...Agrega también como posibilidades el que se constituye el bien de familia en un acto de donación o, en una partición de bienes por el ascendiente, hipótesis ambas en las que se re requerirá la forma de la escritura pública...Guastavino expone todas las críticas dirigidas al sistema formal adoptado por la ley argentina….Nosotros nos limitaremos a destacar que ….en este caso, donde la propiedad no se desplaza, sino que permanece en cabeza del constituyente, y no se constituye un nuevo derecho real, sino que se estatuye simplemente una protección, a lo que debe agregarse que el instrumento administrativo en el que se formula la petición, suscripto por el registrador, es también un instrumento público, es decir que goza de autenticidad", MOISSET DE ESPANES, Luis, Protección de la vivienda...op. cit.

564 LORENZETTI, Ricardo Luis, *Código Civil…,* comentado por FLAH, Lily y AGUILAR, Rosana I, Tomo I, op. cit., p 819.

565 LORENZETTI, Ricardo Luis, *Código Civil…,* comentado por FLAH, Lily y AGUILAR, Rosana I, Tomo I, op. cit., p 819.

566 "la solución escogida permite que la protección se torne operativa a pedido de quien no resulta dueño del inmueble (excónyuge o conviviente a quien se le atribuyó la vivienda), en aras de que el titular no comprometa el bien con sus deudas personales...Con relación a los condóminos, si bien la ley 14394 permitía afectar el inmueble en condominio, requería la existencia de un parentesco entre ellos y, según el

Por su parte el art. 246 del CCyC como beneficiarios consagra al: propietario constituyente, su cónyuge, su conviviente, sus ascendientes o descendientes; en defecto de ellos sus parientes colaterales dentro del tercer grado que convivan con el constituyente. El nuevo régimen admite la afectación con un sólo beneficiario que puede ser su titular como así también su cónyuge y/o su conviviente. Suprime la exigencia de consaguinidad a los parientes colaterales convivientes hasta el tercer grado. La diferencia con el antiguo régimen del bien de familia se vuelve prístina en tanto definía lo que implicaba familia y así determinaba quienes podían ser los beneficiaros junto a la novedad de que puede ser beneficiario el titular del dominio sin familia. La búsqueda de la igualdad como principio rector que estructura este capítulo de la codificación, se vuelve evidente [567] [568].

El nuevo régimen y lo especificado en cuanto a la tutela del titular registral sin familia permite que ya sea impreciso referirse a la vivienda como familiar o individual en el sentido de la extensión que la codificación le suministra [569]. Ello así, este régimen

---

orden establecido por la normativa. A modo de ejemplo, dos hermanos no podían afectar un inmueble a la protección si tenían ascendientes, descendientes o cónyuge, porque solo en defecto de éstos, procedía la afectación para los colaterales que vivían juntos. También se ha remarcado la idoneidad de la implementación del término "todos" y "conjuntamente" en tanto queda clara la forma de afectación en su faz de proporcionalidad como de temporalidad...resulta evidente que la amplitud en cuanto a los sujetos legitimados, resulta coherente con el marco protectorio que el Código Civil y Comercial recoge en ésta y otras temáticas", ALTERINI, Jorge Horacio -Director General-, TOBIAS, José W. -Director del Tomo- *Código Civil...*comentado por TOBIAS, José W. Tomo II, op. cit., p 84.

567 "Familia era para la ley la constituida por el propietario y su cónyuge, sus descendientes, ascendientes o hijos adoptivos; o en defecto de ellos, sus parientes colaterales hasta el tercer grado de consanguinidad que convivieren con el constituyente. No podían ser beneficiarios los parientes por afinidad; los colaterales podían serlo en forma subsidiaria (en defecto de las otras personas mencionadas), y únicamente si convivieren con el constituyente, requisito que no se exigía a los demás parientes. Evidentemente, el concepto de familia contemplado en la norma no respondía a la concepción constitucional que consagra la "protección integral de la familia" sin importar el título en virtud del cual se fundó. En cambio, la ley 14394 hacía el distingo y dejaba sin amparo a la familia extramatrimonial, pues en una interpretación literal, aun siendo condóminos ambos convivientes, la afectación no era posible porque los cotitulares no estaban unidos por vínculos de parentesco", LORENZETTI, Ricardo Luis, *Código Civil…,* comentado por FLAH, Lily y AGUILAR, Rosana I, Tomo I, op. cit., pág. 824.

568 "torna operativos otros principios constitucionales de gran envergadura como lo son el derecho a la igualdad, a la no discriminación y a la libertad, pues se garantiza ahora idénticas posibilidades de protección a todo ciudadano (posea familia o no), en consonancia con lo dispuesto por los arts. 16 y 75 inc. 23 de la Constitución Nacional", ALTERINI, Jorge Horacio -Director General-, TOBIAS, José W. -Director del Tomo- *Código Civil...*comentado por TOBIAS, José W. Tomo II, op. cit., pág. 85.

569 "El régimen regulado a partir del art. 244 del Código Civil y Comercial tiene un horizonte marcadamente más amplio. En aquel sistema sólo tenía protección la familia y no la persona individual, situación que se corrige en el actual sistema donde toda persona, aunque viva sola, tiene su amparo. Ello

tutelar extensivo hace un reconocimiento pleno del derecho a la vivienda plasmando en el derecho supralegal vigente. Se señala que era una inquietud pendiente desde la órbita de la doctrina como de la jurisprudencia que ya habían advertido la falta de protección [570].

Asimismo, dentro de los beneficiarios que admite la presente afectación permite la del conviviente, aspecto que no era contemplado por la ley 14.394. En ese aspecto el art. 509 ss. y cc. del CCyC, que regula lo referido a las uniones convivenciales sostiene que "la inscripción de la unión convivencial se presenta como un requisito ineludible para constituirse en beneficiario de la protección legal y no sólo porque se encuentran en juego intereses de terceros y por ende, la seguridad del tráfico negocial. Cuando la unión está registrada, el inmueble no pude ser transmitido ni gravado sin la conformidad del conviviente (art. 240); éste debe también dar su asentimiento para disponer de los derechos sobre la vivienda familiar y los muebles indispensables de ésta. Más aún -es éste el argumento central- para que proceda la garantía de inejecutabilidad de la vivienda familiar por deudas contraídas después del inicio de la convivencia, también debe encontrarse cumplido el requisito de la inscripción, según lo dispone el art. art. 522" [571].

En cuanto a los incisos de la norma (art. 246 inc. d) que refiere a los "ascendientes o descendientes del constituyente", debe precisarse: si se trata de hijos del constituyente pero no del otro cónyuge, en concordancia con lo expuesto por Peralta Mariscal no se encuentra óbice para su constitución como beneficiario quien agrega que "además de los descendientes, la ley admite como beneficiarios a los "ascendientes", los que obviamente no podrán serlo también del cónyuge. Por lo tanto, se encuentran

---

constituye un avance significativo porque no hay ninguna razón aceptable que justifique se proteja la vivienda de quien tiene familia y no la de quien no la posee", RIVERA, Julio César – MEDINA, Graciela -Directores; ESPER, Mariano -coordinador- comentado por PERALTA MARISCAL, Leopoldo, *Código Civil* ...Tomo I, op. cit., p 549.

570 "La vivienda está protegida por una serie de figuras jurídicas: el asentimiento conyugal, aun tratándose de bien propio; el derecho real de habitación del cónyuge supérstite; la inembargabilidad del inmueble según el sistema de financiamiento, etcétera...el proyecto aclara que los remedios se suman, no se compensan", KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída: "La vivienda en el proyecto del Código Unico..." op. cit., p 12 .

571 ALTERINI, Jorge Horacio -Director General-, TOBIAS, José W. -Director del Tomo- *Código Civil*...comentado por TOBIAS, José W. Tomo II, op. cit., 89.

comprendidos entre los posibles beneficiarios todos los descendientes del constituyente, lo sean o no también de su cónyuge"[572]. Respecto de los descendientes no distingue entre ningún tipo de filiación respetando -nuevamente- principio constitucionales de igualdad, no discriminación. "De conformidad con los principios expresados en sus fundamentos, el Código introduce normas destinadas a plasmar una ética de los vulnerables" [573].

El dilema se presenta en relación a los hijos del conviviente o cónyuge del constituyente. En este aspecto un sector doctrinario admite estimarlo como beneficiario en función del criterio de amplitud que ha tenido la actual codificación en relación a la vivienda, no sólo en cuanto a la contemplación de las distintas realidades sociales de la persona, en concreto los diversos tipos de familias que puede constituir, circunstancia visceral que admite considerarlos como beneficiarios, siempre en función de que así sea solicitado por el constituyente. Los parientes colaterales reúnen condiciones: que el constituyente propietario no tenga cónyuge, conviviente, ascendiente o descendiente; que no sobrepase el tercer grado y que convivan con el constituyente, teniendo en cuenta que no son herederos forzosos "máxime teniendo en cuenta que en el futuro al no ser herederos legítimos del propietario, podrán hacer valer las prerrogativas que les da el carácter de beneficiario frente a herederos que sí lo son"[574] [575].

4. Efectos

El principal efecto de la afectación del inmueble se encuentra establecido en el

572 RIVERA, Julio César – MEDINA, Graciela -Directores; ESPER, Mariano -coordinador-, *Código Civil...*comentado por PERALTA MARISCAL, Leopoldo...Tomo I, op. cit, p 552.

573 LORENZETTI, Ricardo Luis, *Código Civil…,* comentado por FLAH, Lily y AGUILAR, Rosana I, Tomo I, op. cit., p 825.

574 AREAN, Beatriz, *Bien de familia*, Buenos Aires, Editorial Hammurabi, 2001, p 58.

575 "no sólo el concepto mismo de familia o beneficiarios se encuentra en reelaboración, sino también debería estarlo el instituto del "bien de familia", el cual debe encaminarse hacia la senda de un remozado ordenamiento en la materia, que supere las limitaciones del texto actualmente vigente y que bajo sus ciernes se inaugure un período de renovada esperanza para la tutela preventiva de aquél núcleo esencial para la comunidad", CHIAVASSA, Eduardo – DI TULLIO, José Antonio: "Beneficiarios del bien de familia" en *Revista de Derecho Privado y Comunitario, Bien de Familia 2011 – 1*, Santa Fe, Editorial Rubinzal Culzoni. 2011, p 57.

art. 244 del CCyCN. La regla que establece indica que constituida la afectación se vuelve inoponible a los acreedores por causa anterior y así lo consigna: "La vivienda afectada no es susceptible de ejecución por deudas posteriores a su inscripción...". Esta operatividad resulta a partir de la inscripción en el Registro Inmobiliario y "subsisten hasta la desafectación, aun cuando se produjera el fallecimiento del constituyente"[576]. Como acto jurídico se trata de un asiento o inscripción constitutiva, unido al sistema de publicidad registral comparable a la transmisión o constitución de derechos reales [577].

La norma proyectada sigue los lineamientos del artículo 38 de la ley 14394 pero soluciona problemas que han sido objeto de conflictos en el ámbito jurisprudencial y doctrinal: La afectación no es oponible al crédito por expensas comunes. "La solución se justifica porque la percepción del crédito por expensas hace a la necesidad de mantenimiento y conservación del inmueble cuya protección se protege...La afectación tampoco puede ser opuesta al acreedor por alimentos"[578]. Aclara la Dra. Kemelmajer de Carlucci en cuanto a que referirse a la inoponibilidad significa que la afectación no tiene efectos respecto de determinados sujetos, y la desafectación trae aparejada la cancelación de la afectación beneficiando a todos los acreedores. Es decir que desafectado el inmueble los "acreedores anteriores y posteriores podrán agredir el bien,

576 LORENZETTI, Ricardo Luis, *Código Civil…,* comentado por FLAH, Lily y AGUILAR, Rosana I, Tomo I, op. cit., p. 833.

577 "si se ha hecho la constitución por acta registral, ella es simultánea con la inscripción. En cambio, las soluciones varían cuando la constitución ha sido hecha por escritura pública o por resolución judicial (conforme el art. 245)...en el orden nacional la afectación por escritura pública, no obstante ser posterior la inscripción, surte efectos desde el otorgamiento del acta notarial, si se presenta dentro los cuarenta y cinco días de realizada en virtud de lo dispuesto por el art. 5 de la Ley 17801..En virtud de esta norma local, los efectos del régimen de protección de la vivienda operarán desde la fecha de la escritura cuando se reúne el requisito temporal señalado...cabe mencionar que la Comisión Nro. 4 de las XX Jornadas Nacionales de Derecho Civil en su punto 3ero. entendió, por unanimidad, de lege data que la registración del bien de familia tiene efectos meramente declarativos (arts. 2, 20 y 22 de la ley 17801 y doctrina del artículo 2505, Código Civil...la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha fallado declarando oponible el bien de familia constituido según la copia de la escritura entregada al escribano interviniente, no obstante que se había omitido el asiento respectivo. Entendió que, en el caso, la afectación del inmueble al régimen del bien de familia debía tenerse por operada desde el momento en que así fue solicitada por el interesado, aun cuando la Dirección General de Inmuebles, por error, no hubiere practicado el asiento sobre el folio real correspondiente sin que se pudiese dar razón suficiente del porqué de la omisión" Fallos 307:11 :1647)", LORENZETTI, Ricardo Luis, *Código Civil…,* comentado por FLAH, Lily y AGUILAR, Rosana I, Tomo I, op. cit., p 834 .

578 KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída: "La vivienda en el proyecto del Código Unico..." op. cit., p 17.

consecuencia que no opera en la inoponibilidad"[579].

El principal efecto es que la vivienda sometida a este régimen de afectación no podrá ser ejecutada por deudas posteriores a su inscripción. Estas deudas posteriores refiere a "aquellas cuya causa generadora haya tenido lugar después de la afectación, por ejemplo, las nacidas de un contrato celebrado con fecha ulterior, de un acto ilícito acontecido más adelante o de documentos suscriptos al cabo de cierto tiempo. Por el contrario….si el contrato o la conducta antijurídica o los documentos son anteriores, poco importa que la obligación emanada del primero se haya incumplido con posterioridad a la afectación, que la responsabilidad sea establecida en una sentencia dictada mucho tiempo después o que aquéllos venzan a posteriori...lo relevante es el momento en que ha tenido lugar el hecho generador, con independencia de la fecha que la misma se torna exigible. Una solución diversa implicaría, admitir un proceder fraudulento en perjuicio de aquellos acreedores que tuvieron en miras la existencia y disponibilidad del bien, aún no protegido mediante la tutela del régimen en estudio" [580]. El nacimiento de la obligación con independencia de la fecha del reconocimiento judicial, es el momento temporal que se toma en cuenta a los fines de los efectos del régimen protectorio y permite que a esas deudas posteriores sea oponible [581].

Por su parte el constituyente del inmueble afectado no pierde su titularidad dominial, continúa manteniéndola en su cabeza sin compartirlo con los beneficiarios. El dominio no sufre menoscabo pero su ejercicio, al ser afectado por este régimen, adquiere características particulares como ser: la habitación del mismo por el constituyente o al menos uno de los beneficiarios, no puede ser enajenado "tampoco puede ser objeto de legados o mejoras testamentarias excepto que favorezcan a los

579 KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida: KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída: "Nuevas reflexiones sobre la protección jurídica de la vivienda...", op. cit., p 254.

580 ALTERINI, Jorge Horacio -Director General-, TOBIAS, José W. -Director del Tomo- *Código Civil*...comentado por TOBIAS, José W., Tomo II, op. cit., p 99.

581 "Establece la norma en análisis que los acreedores sin derecho a requerir la ejecución no pueden cobrar sus créditos sobre el inmueble afectado, ni sobre los importes que lo sustituyen en concepto de indemnización o precio, aunque sea obtenido en subasta judicial, sea ésta ordenada en una ejecución individual o colectiva. Esa es una disposición novedosa en tanto no estaba prevista en la ley 14394 pero un lógico correlato del principio de subrogación real introducido en el art. 248", RIVERA, Julio César – MEDINA, Graciela -Directores; ESPER, Mariano -coordinador- comentado por PERALTA MARISCAL, Leopoldo, *Código Civil…,* Tomo I, op. cit, p 557.

beneficiarios de la afectación. Esta posibilidad se justifica puesto que el fin del instituto, consistente en que el inmueble se mantenga dentro del ámbito familiar no resultaría desvirtuado"[582]. En el supuesto de que los herederos legitimarios sostengan la afectación de su legítima, la solución es la judicial primando el interés familiar. Y allí el ámbito familiar recobra vigor en cuanto a su protección puesto que conserva el diseño protectorio (como en el anterior régimen y más allá de las diferencias) en la prevalencia del interés familiar. Es así que el propietario debe respetar el régimen tuitivo al cual está sometido el inmueble, lo que le impide realizar cualquier tipo de acto que se contraponga, tal es así que inclusive a la muerte del mismo la afectación continúa sin impedir la transmisión sucesoria del bien y como continúa primando el interés familiar ello refiere a un goce comunitario del mismo, indivisión forzosa y percepción de sus frutos por los herederos beneficiarios. Este interés familiar que se referencia, no conlleva a definiciones restringidas que remite a modelos culturales que aplicaban a un concepto rígido de familia. Por el contrario, tanto los instrumentos internacionales como la codificación civil determinan en no reparar en la formalidad que une a las personas que conforman el núcleo familiar sino al núcleo en sí mismo, en un concepto amplio en su protección, inspirado en los principios constitucionales de igualdad y no discriminación [583] [584].

La afectación no es oponible a deudas anteriores -se reitera-, es decir que si el hecho que origina la deuda es anterior a la fecha de la afectación le es inoponible[585] [586].

---

582 LORENZETTI, Ricardo Luis, *Código Civil…,* comentado por FLAH, Lily y AGUILAR, Rosana I, Tomo I, op. cit., p 835.

583 IÑIGO, Delia B., *Bien de familia y convivencias de pareja*, en Lexis Nexis Nro. 0029/000124.

584 "el estado debe garantizar a los núcleos familiares sin tener en cuenta la forma inicial de constituirse, la posibilidad de preservar el inmueble que sea asiento del hogar de la pareja, cuando merced a su esfuerzo personal hayan accedido a la titularidad, sin que la carencia del vínculo matrimonial constituya un obstáculo", MANILI, Pablo Luis: "El bien de familia desde el punto de vista del Derecho Constitucional", en *Revista de Derecho Privado y Comunitario: Bien de Familia 2011-1*, Santa Fe, Editorial Rubinzal Culzoni, 2011, p 45.

585 Art. 249 del CCyCN: "Efecto principal de la afectación. La afectación es inoponible a los acreedores de causa anterior a esa afectación. La vivienda afectada no es susceptible de ejecución por deudas posteriores a su inscripción, excepto: a) obligaciones por expensas comunes y por impuestos, tasas o contribuciones que gravan directamente al inmueble; b) obligaciones con garantía real sobre el inmueble, constituida de conformidad a lo previsto en el artículo 250; c) obligaciones que tienen origen en construcciones u otras mejoras realizadas en la vivienda; d) obligaciones alimentarias a cargo del titular a favor de sus hijos menores de edad, incapaces, o con capacidad restringida. Los acreedores sin

En cuanto a los alimentos la inoponibilidad lo es respecto de menores de edad, incapaces o capacidad restringida compartiendo el criterio orientador que se refiriera sostenido por Lorenzetti en cuanto a "ética de los vulnerables".

Asimismo en relación a los frutos como lo establece el art. 251 del CCyC son embargables y ejecutables cuando son indispensables para satisfacer las necesidades de los beneficiarios.

En materia concursal, la ejecución de la vivienda sólo puede ser "solicitada por los acreedores que enumera: los de causa anterior a la afectación; obligaciones por expensas comunes, por impuestos, tasas o contribuciones que gravan directamente al inmueble; obligaciones con garantía real sobre el inmueble, constituida de conformidad a lo previsto en el artículo 250; obligaciones que tienen origen en construcciones u otras mejoras realizadas en la vivienda, obligaciones alimentarias a cargo del titular a favor de sus hijos menores de edad, incapaces, o con capacidad restringida. Establece que los acreedores sin derecho a requerir la ejecución no pueden cobrar sus créditos sobre el inmueble afectado, ni sobre los importes que la sustituyen en concepto de indemnización o precio, aunque sea obtenido en subasta judicial, sea ésta ordenada en una ejecución individual colectiva...dispone que el inmueble se subasta y queda remanente, éste se entrega a su propietario...adopta 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"[587] [588] [589] [590] [591].

---

derecho a requerir la ejecución no pueden cobrar sus créditos sobre el inmueble afectado, ni sobre los importes que la sustituyen en concepto de indemnización o precio, aunque sea obtenido en subasta judicial, sea ésta ordenada en una ejecución individual o colectiva. Si el inmueble se subasta y queda remanente, éste se entrega al propietario del inmueble. En el proceso concursal, la ejecución de la vivienda sólo puede ser solicitada por los acreedores enumerados en este artículo".

586 "Es compartible la incorporación de las expensas comunes como excepción a la regla general de la oponibilidad de la afectación a las deudas de causa posterior a ella. Una conclusión diversa conllevaría a la posibilidad de que el sistema instituido por las reglas de la propiedad horizontal se vea vacío de contenido", ALTERINI, Jorge Horacio -Director General-, TOBIAS, José W. -Director del Tomo- *Código Civil...*comentado por TOBIAS, José W. Tomo II, op. cit., p 100.

587 LORENZETTI, Ricardo Luis, *Código Civil…,* comentado por FLAH, Lily y AGUILAR, Rosana I, Tomo I, op. cit., p 839.

588 En el mismo sentido se ha señalado que "los acreedores habilitados para lograr el embargo y la ejecución del bien, es decir aquellos que tiene causa o título anterior a la afectación y los posteriores encuadrados en las excepciones legales tienen que efectuar el pedido ante el juez ante quien se ventila el cobro de la deuda. Si la inoponibilidad fuere evidente, propiciamos que por razones de economía procesal

Resulta de interés señalar que en el régimen anterior del bien de familia se encontraba dividida la doctrina en cuanto a los efectos de la quiebra del instituyente respecto si se excluía al bien de familia en forma absoluta del desapoderamiento falencial o no, por deudas anteriores a su consolidación. La protección a ultranza del inmueble como asiento del hogar conyugal, dividió a la doctrina. En ese aspecto se sostuvo que la quiebra no modificaba la oponibilidad del bien de familia, lo que conllevaba a sostener que los acreedores posteriores (fuera de las excepciones del art. 38 de la ley 14394) no podían agredirlo y frente a la declaración de la quiebra, en el caso

---

el juez la ordena directamente, sin perjuicio de que se efectivizará sólo cuando la resolución cobre firmeza, conforme a las reglas generales de cumplimiento de las mandas judiciales. Tal sería el supuesto del acreedor que obtiene una sentencia firme de condena por daños y perjuicios derivados de un accidente de tránsito, habiéndose efectuado la afectación con posterioridad al día en que ocurrió el accidente. Si en cambio, la inoponibilidad no fuere palmaria, debería tramitarse el pedido por la vía incidental", RIVERA, Julio César – MEDINA, Graciela -Directores; ESPER, Mariano -coordinador- comentado por PERALTA MARISCAL, Leopoldo, *Código Civil*...Tomo I, op. cit, p 559.

589 "la importancia del nuevo precepto, que recoge las preocupaciones jurisprudenciales y doctrinarias y dispone de manera expresa que "los acreedores sin derecho a requerir la ejecución no pueden cobrar sus créditos sobre el inmueble afectado, ni sobre los importes que la sustituyen en concepto de indemnización o precio, aunque sea obtenido en subasta judicial, sea ésta ordenada en una ejecución individual o colectiva". Si ello, no resultara suficiente, agrega que "si el inmueble se subasta y queda remanente, éste se entregará al propietario del inmueble", como así también que en "el proceso concursal, la ejecución de la vivienda solo puede ser solicitada por los acreedores enumerados en este artículo". La solución adoptada no es solo compartible por su finalidad tutitiva, sino también de estricta lógica: si se actuara de manera contraria, quedarían en una situación de claro beneficio los acreedores posteriores a la constitución, toda vez que ellos no tuvieron miras -debiendo a su estado protectorio- el bien en cuestión al momento de realizar el negocio jurídico", ALTERINI, Jorge Horacio -Director General-, TOBIAS, José W. -Director del Tomo- *Código Civil*...comentado por TOBIAS, José W., Tomo II, op. cit., p 104.

590 El anterior régimen de bien de familia establecía como principio general que "la inejecutabilidad es el sacrificio de los intereses de ciertos acreedores (los titulares de deudas contraídas con posterioridad a la constitución)..el art. 38 dispone que el bien de familia no será susceptible de embargo, el registrador debe anotar en forma definitiva la cautelar ordenada, pues carece de datos para determinar si el crédito ejecutado reúne o no los recaudos previstos en el art. 38 de la ley 14394...debe tomar nota e informar al juez sobre la afectación y su fecha...se entiende por créditos de causa anterior los que tienen su origen en un hecho o acto generador de la obligación acaecido o celebrado con anterioridad a la inscripción, aunque el vencimiento se produzca con posterioridad, pues la ley 14394 no funda la distinción en el momento en que la deuda se torna exigible, sino en el de su nacimiento; de otro modo, resultaría fácil burlar los alcances de la protección legal con sólo constituir la afectación con posterioridad a la celebración….si la afectación del bien de familia se inscribió el mismo día en que se libró el pagaré base de la ejecución sin que conste cuál acto tuvo lugar primero, corresponde priorizar el bien de familia y levantar el embargo...en principio no se debe exigir al acreedor la prueba de la fecha cierta del instrumento que acompaña, sin perjuicio de que los interesados puedan atacarla si es simulada", KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, *Protección jurídica de la vivienda...*, op. cit., p 97-99.

591 "la constitución de un inmueble como bien de familia lo excluye de la universalidad patrimonial pues lo coloca fuera del comercio e impide que dicho bien caiga dentro del desapoderamiento...se trata es de poner a resguardo la sede del hogar conyugal de las peripecias comerciales del propietario del inmueble", JUNYENT BAS, Francisco y IZQUIERDO, Silvina: "La protección de la vivienda familiar...", op. cit., p 115.

de existir acreedores anteriores a la constitución del bien, lograba la formación de una masa separada constituida por el bien de familia, concurriendo en la liquidación los acreedores con derecho a ejecutar dicho bien. En ese aspecto, la Dra. Kemelmajer de Carlucci propició sumarse a la posición que expresa "la formación de una masa separada de la que se cobran sólo los acreedores anteriores producirá la inoponibilidad de la afectación sólo a su respecto; los posteriores, no podrán cobrarse con ese producido...la circunstancia de que concurran acreedores con derecho a ejecutar (anteriores a la afectación o los posteriores previstos como excepción en el art. 38 Ley 14394), no puede beneficiar a los que carecían de tal facultad, pues la quiebra no es un modo de extender la garantía patrimonial del deudor a bienes que antes no respondían a esos acreedores...de no admitirse la formación de la masa separada, en los hechos, la quiebra importará la desafectación en la mayoría de los casos….Es cierto que en la quiebra rige el principio de la universalidad del patrimonio pero la excepción al sistema surge de la propia ley...no hay razones para no aplicar a la quiebra el principio de la subrogación real, expresamente receptado en el art. 269 de la ley de Concursos para los créditos que gozan de prioridades especiales...La posibilidad de oponer ciertos actos sólo a algunos acreedores y no a otros está admitida expresamente en la ley concursal...lo que prueba que no existe violación a ningún principio fundamental del proceso concursal...la formación de una masa separada no implica crear privilegios que la ley no concede: los acreedores cobrarán...todos a prorrata; respecto de los posteriores no tiene prioridad sino la posibilidad de liquidar ciertos bienes que no están dentro de la garantía de los segundos. Aunque el privilegio, en definitiva, se traduce en una ventaja cuantitativa, en el caso falta lo característico del privilegio (ser otorgado en razón de la calidad del crédito y representar una superioridad de un derecho crediticio sobre otros) y simplemente opera una mayor extensión de la garantía patrimonial en favor de los acreedores con derecho a ejecutar. La existencia de esa masa no requiere de norma expresa que la consagre" [592] [593]. Asimismo y en cuanto a mantener la finalidad

592 KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída, *Protección jurídica de la vivienda familiar...*op. cit., p 139-141.

593 En cuanto a la función de la sindicatura se ha sostenido que "Sí el síndico quisiera desafectar el bien de familia estaría incurriendo en un verdadero acto de disposición, sin sustento legal que lo

protectoria del bien de familia también se sostuvo que "Si bien es cierto que la desafectación haría disipar...el sentido tutitivo de la institución, no se puede perder de vista que la devolución del remanente puede influir en la recuperación de otro bien, y con la misma protección que le precedía, puesto que lo contrario se terminaría escurriendo definitivamente aquella finalidad de la ley. De ahí que propiciemos la postura de la formación de las dos masas, desafectación parcial o sustitución o subrogación del bien de familia"[594]. Asimismo y en el comentario al Proyecto de Código Unico de 1998 se señaló que "el proyecto se pronuncia a favor de la tesis que he defendido desde hacer varios años y tiende a vencer la resistencia de los jueces a estrechar el ámbito de legal de protección. En mi opinión esta solución surge expresamente del artículo 38 de la ley 14394, que se refiere a los efectos de la constitución del bien de familia "aún en caso de concurso o quiebra", sin embargo, un sector importante de los operadores jurídicos acorraló las palabras de la ley y las dejó vacías de contenido, al resolverse que basta la existencia de un acreedor anterior o posterior al cual la constitución le es inoponible para que el inmueble se subaste en beneficio final de todos los acreedores (anteriores y posteriores). Es de decir, ...que los términos utilizados por la norma proyectada sean suficientemente claros para no dar lugar a nuevas restricciones" [595].

---

justifique...el bien de familia no está sujeto a desapoderamiento hasta tanto no exista un acreedor verificado anterior que lo solicite, el síndico no puede actuar en consecuencia. El principio general de exclusión no puede ser dejado de lado por un acto meramente instrumental del síndico...su constitución es inoponible a ciertos acreedores, quienes tienen una potestad a su favor que -como tal- pueden o no ejercer, sin que puedan ser sustituidos por el síndico puesto que dicho órgano puede, en algunos supuestos, suplir el interés colectivo de los acreedores, mas no el individual de algunos de ellos; y no hay interés colectivo en desafectar el bien de familia...no se trata de una acción de recomposición patrimonial que el síndico pueda podría promover; sino de la oponibilidad/inoponibilidad del bien de familia a determinados y específicos acreedores", PERALTA MARISCAL, Leopoldo: "Algunas cuestiones en torno a la difícil convivencia entre la quiebra y el bien de familia" en *Protección jurídica de la persona. Homenaje al Dr. Julio César Rivera*, Buenos Aires, Editorial la Ley, 2010, p 286.

594 ROITMAN, Horacio – CHIAVASA, Eduardo: "Bien de familia, vivienda única y quiebra" en *Revista Bien de Familia 2011- 1*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2011, p 139.

595 KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída: "La vivienda en el proyecto de Código Unico de 1998"..., p 17.

5. Subrogación real

El art. 248 del CCyCN señala que la afectación "se trasmite a la vivienda adquirida en sustitución de la afectada y a los importes que la sustituyen en concepto de la indemnización o precio". Es decir permite que las garantías del inmueble afectado se "conserven en relación a los valores que sustituyen de modo transitorio"[596]. En el antiguo régimen de bien de familia no se encontraba previsto, por lo cual en caso de contingencias en el inmueble, el dinero que lo pudiere reemplazar no gozaba de inembargabilidad por no estar previsto legalmente. Ahora se permite que continúe el régimen protectorio "durante el tiempo que transcurra entre la realización del bien afectado y su sustitución por otro. La subrogación no afecta el derecho de los acreedores dado que para ellos la situación no varía. ...no se debe olvidar que la imposibilidad de elección de domicilio coarta de modo grave la libertad de la persona (art. 344)...se consideró conveniente incorporar normas expresas que consagren la operatividad del principio de subrogación real, no sólo respecto de un inmueble por otro sino también para que las garantías del régimen se conserven en relación a los valores que lo sustituyan de modo transitorio, hasta que se adquiera otro...El vigente siguiendo al Proyecto de 1998, permite que la afectación se trasmita a la vivienda adquirida en sustitución de la afectada y a los importes que la sustituyen en concepto de indemnización o precio" [597]. Si bien la jurisprudencia había admitido el funcionamiento del instituto, era necesario el reconocimiento legal y la tutela jurídica del mismo y en ese aspecto "no hace más que receptar una realidad fáctica que se relaciona principalmente con la movilidad de la familia y/o del sujeto que voluntariamente se benefició con la protección de su vivienda" [598]. "Por ello se afirma que la subrogación real implica un cambio copernicano en la concepción del derecho en juego, que pasa de un enfoque objetivo (que prioriza el bien sobre el cual se lo ejercita o predica) a uno

596 LORENZETTI, Ricardo Luis, *Código Civil…,* comentado por FLAH, Lily y AGUILAR, Rosana I, Tomo I, op. cit., p 829.
597 LORENZETTI, Ricardo Luis, *Código Civil…,* comentado por FLAH, Lily y AGUILAR, Rosana I, Tomo I, ibidem, p . 830-831.
598 ALTERINI, Jorge Horacio -Director General-, TOBIAS, José W. -Director del Tomo- *Código Civil*...comentado por TOBIAS, José W ,Tomo II, op. cit., p 94.

subjetivo, que permite o tolera su superviviencia más allá de la fluctuación del o de los elementos materiales sobre los cuales se ejerce"[599]. Y en ese aspecto, alumbra el Dr. Saux al sostener que "en una futura reforma legislativa (ya sea de la ley 14394 o de la regulación de la mecánica del bien de familia dentro del contexto de una modificación integral del Código Civil), se previera la posibilidad, consignando los recaudos de procedencia y de debida publicidad, de la perspectiva cuando se enajena el inmueble afectado para adquirir, con su producido o parte de él, otro al cual se le asigne idéntico destino y afectación. Ése es el criterio seguido por el Proyecto de Código Civil y Comercial unificado del año 2012..."[600].

Escapa a la normativa en tanto no lo consigna, el interrogante de los valores del inmueble, en tanto puede involucrar una porción mayor de patrimonio que anteriormente no estaba alcanzada por la protección, en esta situación se ha sostenido con claridad que "el interrogante debe ser resuelto teniendo en cuenta la necesidad de equilibrar intereses contrapuestos de acreedor y deudor, para cuya solución es relevante considerar la eventual aplicación del principio general del ejercicio abusivo de los derechos" [601]. "Es una solución justa desde todo ángulo porque desde el el punto de vista del deudor, la imposibilidad de concretar la sustitución le provoca una suerte de esclavitud a residir indefinidamente en el mismo lugar aunque no se ajuste a sus necesidades, ...no perjudicar los derechos de los acreedores por cuanto para ellos no varía la situación: a quienes les era inoponible la primera afectación les será inoponible la segunda y si el primer inmueble hubiera sido subrogado por dinero, de todas maneras no hubiera contado con el para satisfacer sus acreencias de permanecer la afectación originaria"[602] [603] [604].

---

599 SAUX, Edgardo Ignacio, *La subrogación real como principio general en el Derecho Privado Patrimonial*, Santa Fe, Editorial Rubinzal Culzoni, 2013, p 67.

600 SAUX, Edgardo Ignacio, *La subrogación real...* op. cit., p 246.

601 ALTERINI, Jorge Horacio -Director General-, TOBIAS, José W. -Director del Tomo- Tomo II, *Código Civil...*comentado por TOBIAS, José W. Tomo II, op. cit., p 95.

602 RIVERA, Julio César – MEDINA, Graciela -Directores; ESPER, Mariano -coordinador- comentado por PERALTA MARISCAL, Leopoldo, *Código Civil...* Tomo I, op. cit., p 335.

603 "resulta conveniente que el propietario, a fin de evitar la confusión de la suma afectada producto del precio o indemnización con otros fondos de su titularidad, recurra a algún mecanismo que permita establecer su individualización y sustraerla a la agresión por los acreedores, como el depósito en una cuenta bancaria...corresponde aplicar el principio de analogía dotando de la misma protección, sea que la

6. Ejecución y transmisión de la vivienda afectada. Inembargabilidad. Desafectación y cancelación de la inscripción.

En el art. 255 del CCyCN se establece lo relativo a la desafectación y cancelación de la inscripción. Al igual que en la afectación, la cancelación de la misma en función al inmueble sometido al régimen protectorio se efectúa ante el Registro de la Propiedad Inmueble, por "acta registral labrada ante el mismo, por oficio judicial o por acta notarial. Sus causales y sus efectos no coinciden con los de inoponibilidad. La muerte del constituyente no configura causal de desafectación"[605]. Como ya se reseñara la inoponibilidad se explica en tanto el régimen protectorio en relación a determinados sujetos no tiene efectos y la desafectación se aplica a todos los acreedores.[606].

Para comprender las diferentes situaciones que contempla la norma, debe tenerse presente la orientación de lo diseñado en cuanto a la "ética de los vulnerables" y desde esa óptica se puede entender los supuestos especiales que expresa. Así debe señalarse que la afectación persiste aunque uno solo de los beneficiarios permanezca en el inmueble (art. 274 del CCyCN). En cuanto a los supuestos contemplados, se señala que

---

protección se traslade al inmueble que se adquiera o que la vivienda se sustituya por otro inmueble que ya existía en el patrimonio del afectante", ARIANNA, Carlos A., *Protección de la vivienda: introducción a los debates pendientes*, en TR LALEY AR/DOC/3173/2018.

604 En cuanto al bien de familia se justificaba también el instituto: "No hay razón alguna para no aplicar el principio de la subrogación real. En efecto: a) el silencio en la ley que regula el bien de familia no implica negar una regla que rige en el sistema, especialmente, en el régimen de comunidad de gananciales...b) La aplicación del principio de subrogación real no perjudica ni beneficia a los acreedores; aquel a quien la afectación le resultaba inoponible (por ej. los anteriores a la afectación), seguirá facultado para cobrar sobre el bien que sustituya el anterior; aquel al que le resultaba oponible, no cambia de situación y tampoco puede agredir el nuevo; antes bien, eventualmente, todos los acreedores pueden resultar beneficiados si el deudor decide residir en una vivienda más modesta, en la que tenga menos gastos, con lo que tendrá mayores posibilidades de pagar, etc.: c) la negativa de la aplicación del principio de subrogación puede significar la imposición de una condición prohibida, pues se obliga al deudor a seguir viviendo en un domicilio sin poder cambiarlo, en contra lo dispuesto por el art. 531 inc. 1 del Cód. Civil pues si se muda, su nueva casa, será agredida por todos los acreedores existentes, aun aquellos a los cuales la afectación le era oponible", KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, "Nuevas reflexiones sobre la protección jurídica...", op. cit., p 253.

605 LORENZETTI, Ricardo Luis, *Código Civil…,* comentado por FLAH, Lily y AGUILAR, Rosana I, Tomo I, op. cit., p 847.

606 "La desafectación del inmueble es el acto por el cual se deja sin efecto la constitución, extinguiéndose las consecuencias legales del instituto...debe asentarse en el Registro de la Propiedad Inmueble, lo que equivale a su cancelación: ella se da cuando se deja sin efecto el asiento registral de constitución" RIVERA, Julio César – MEDINA, Graciela -Directores; ESPER, Mariano -coordinador- comentado por PERALTA MARISCAL, Leopoldo, *Código Civil...* Tomo I, op. cit., p 571.

en el primer apartado refiere al supuesto de desafectación por acto del constituyente y expresa que si éste último es casado o vive en unión convivencial inscripta requiere del asentimiento del cónyuge o conviviente; en el caso de oposición, o de falta (por ejemplo si está ausente) o si es incapaz o tiene capacidad restringida requiere autorización judicial. En este aspecto si el inmueble se trata de un bien propio o ganancial del constituyente es necesaria la conformidad para la desafectación, ello en tanto el acto mismo al posibilitar la enajenación destruiría el fin protectorio de la norma y preserva así a los beneficiarios. El segundo supuesto contempla cuando esta desafectación es peticionada por la mayoría de los herederos en el caso de que se trata de afectación por acto de última voluntad. Si bien se volverá a la resolución judicial en el caso de disconformidad del cónyuge supérstite o conviviente inscripto, beneficiarios incapaces o con capacidad restringida, si existieran "teniendo en cuenta lo más conveniente para el interés de éstos"[607]. En su análisis interpretativo el Dr. Lorenzetti destaca la previsión del legislador de establecer expresamente que el juez deberá resolver "lo que sea más conveniente para el interés de éstos" como lo establece la letra del Digesto, lo que se aúna a los instrumentos supranacionales que preceptúan la primacía del interés superior del menor, en la ley 26061 y su correlato con lo dispuesto en el art. 245 del CCyCN. El inciso tercero prevé la desafectación cuando es requerida por la mayoría de los condóminos computada en proporción a sus respectivas parte indivisas, lo que remite a las disposiciones sobre división de la cosa común (art. 1990 del CCyCN). "En base a ello, se ha considerado que el Código asimila la desafectación a un acto de administración (art. 1994)" [608] que requiere la conformidad de todos los condóminos y en caso de disconformidad también es sometido a resolución judicial en los límites del supuesto anterior. El último tramo de la norma establece la posibilidad de que sea peticionada por cualquier interesado o de oficio "si no subsisten los recaudos previstos en este Capítulo, o fallecen el constituyente y todos los beneficiarios; e) en caso de expropiación, reinvidicación o ejecución autorizada por este Capítulo, con los límites

607 LORENZETTI, Ricardo Luis, *Código Civil…,* comentado por FLAH, Lily y AGUILAR, Rosana I, Tomo I, op. cit., p 851.

608 RIVERA, Julio César – MEDINA, Graciela -Directores; ESPER, Mariano -coordinador- comentado por PERALTA MARISCAL, Leopoldo, *Código Civil…*, Tomo I, op. cit., p 113.

indicados en el artículo 249". En relación a ello debe señalarse que el fallecimiento del constituyente no conlleva de suyo la desafectación sino que sólo se produciría el supuesto de la norma si se suma el fallecimiento de todos los beneficiarios y ello así en tanto desaparecerían los recaudos que admiten su subsistencia. "Cuando la ley indica "de oficio o a instancia de cualquier interesado", cabe interpretar que la desafectación pueden pedirla cualquiera de los beneficiarios, el constituyente o sus acreedores. Además, podrá hacerlo directamente la autoridad de aplicación. La no subsistencia de los requisitos de afectación puede presentarse...por ejemplo, cuando los beneficiarios son colaterales y dejan de convivir con el constituyente; o cuando tanto el constituyente como los beneficiarios dejan de habitar el bien de manera permanente. No procede la desafectación en los términos de este inciso,...por el mero divorcio de los cónyuges, hipótesis en que debe evaluarse la solicitud efectuada según las circunstancias del caso...se deriva que la desafectación sólo procederá directamente si media conformidad entre los cónyuges divorciados; de existir desacuerdo, el conflicto debe ser resuelto judicialmente. Tampoco la liquidación de la sociedad conyugal permite la desafectación directa del inmueble"[609]. Por último en los supuestos de expropiación, reivindicación y ejecución forzada al cambiar la titularidad de dominio del inmueble ni el propietario ni los beneficiarios pueden continuar habitándolo. Prevalece la utilidad pública en la expropiación sobre el interés privado protegido[610].

7. Epílogo

El derecho a la vivienda en el diseño del régimen de afectación establecido en el Capítulo III del Título III del Código Civil y Comercial de la Nación, indudablemente incorpora el bloque de constitucionalidad que -a su vez- en su esencia recoge toda la normativa de derechos humanos que encuentra coherencia con el resto del Digesto

609 RIVERA, Julio César – MEDINA, Graciela -Directores; ESPER, Mariano -coordinador- comentado por PERALTA MARISCAL, Leopoldo, Código Civil...Tomo I,ibidem, p 574.

610 "Se ha puesto de manifiesto que el presente artículo no contempla el supuesto de usucapión por un tercero, pero que de presentarse el tópico, la desafectación sería posible porque no se habrá cumplido la exigencia de habitar el inmueble", ALTERINI, Jorge Horacio -Director General-, TOBIAS, José W. -Director del Tomo- *Código Civil...*comentado por TOBIAS, José W., Tomo II, op. cit., p 115.

como también con el espíritu que informó la reforma de la codificación. Se tutela un derecho a la vivienda que se asume desde la persona en su individualidad, en su autonomía, en su dignidad, sin olvidar el contexto o las variables de interrelaciones de la cual la misma es sujeto. Pero esta trama de relaciones vitales trascienden a la antigua concepción familiar con la figura del antiguo bien de familia, ampliando el marco tuitivo "apunta a garantizar el derecho fundamental a la vivienda de toda persona, permitiéndole ampararla con independencia del modelo de familia por el que se hubiese optado y priorizando su autonomía"[611]. La exigencia social implicó atravesar a la institución del bien de familia, asumiendo una perspectiva abarcativa, ampliando el marco tuitivo de modo significativo. La persona titular del derecho es lo que se resguarda y en ese aspecto se incorpora un reclamo doctrinario y jurisprudencial cual es la afectación por el propietario, titular dominial [612] en su favor, como único beneficiario. Es clara la codificación en la concepción del derecho a la vivienda como derecho humano, en tanto respeta las autonomías personales sin ingresar en definiciones cerradas, refiriendo a las uniones matrimoniales y convivenciales en una misma jerarquía, ampliando el número de beneficiarios "en respeto al principio de autonomía personal que deriva en la existencia de múltiples formas familiares dignas del mismo tratamiento, el Código lo protege a lo largo de su articulado"[613] [614]. Se diagrama la afectación de un único inmueble sea respecto de una parte o su totalidad, sin que se afecte el derecho real de propiedad, asumiendo que en el caso de la designación de beneficiarios al menos uno de ellos lo habite. Se define e incorpora la figura de la

611 BUERES, Alberto J -Director-, *Código Civil y Comercial de la Nación y normas complementarias*, comentado por CAUSSE, Federico, PETTIS, Christian R., Buenos Aires, Editorial Hammurabi 1era. Edición, 2016, p 84.

612 FAMA, María Victoria: "La protección jurídica de la vivienda unipersonal: constitución del bien de familia a favor del titular de dominio sin familiar", op. cit., p 69.

613 KIPER, Claudio Director – DAGUERRE, Luis O. -coordinador-, *Aplicación notarial del Código Civil y Comercial de la Nación, comentado por* FLAH, Lily R. - AGUILAR, Rosana I, Santa Fe, Editorial Rubinzal Culzoni, Tomo I, 2015, p 267.

614 "El punto de partida de la nueva visión es el derecho humano a un nivel de vida adecuado, uno de cuyos aspectos es el derecho a una vivienda digna, que está vinculado a otros derechos fundamentales, como son no sólo los clásicos de la inviolabilidad del domicilio y la libertad de elección, sino los derechos a la intimidad personal y familiar, a un ambiente sano, a la salud y a tanto otros, que como la seguridad social y el derecho fiscal, tienen dependencia con el sistema político", KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída: "Perspectiva contemporánea de la protección de la vivienda. Reacción jurisprudencia", op. cit., p 149.

subrogación real del inmueble afectado, lo que también era objeto de reclamo por parte de la doctrina [615].

A su vez es menester destacar que todo el capítulo en el que se desarrolla el régimen de afectación convive y es coherente con la restante normativa, es decir no excluye la concedida por otras disposiciones afines, las suma, las integra y en definitiva construye un diseño con dispositivos acordes a la realidad social. La gama de beneficiarios también se amplía, continuando vigente el interés familiar como horizonte vector, destacándose la "ética de los vulnerables" como lo señala el jurista Lorenzetti que viene a iluminar la normativa. Indudablemente que en el elenco de la casuística, asume la judicatura un papel preponderante en orden a las facultades otorgadas en la Codificación, que si bien suministra abundantes pautas, no se aparta de una deontología flexible que exigirá soluciones acordes a la normativa interna y a la constitucionalización del Derecho Privado.

615 "Debe valorarse muy positivamente el avance del Código sobre el régimen de la ley 14394 todo lo que aquí postulamos es predicable de lege data: a) pertinencia de subrogar la afectación con efectos retroactivos, entre dos inmuebles existentes en el patrimonio del constituyente; b) posibilidad de recurrir a los certificados para proteger el acto de afectación en gestación; c) legitimación para afectar al régimen de vivienda de todo titular de un derecho real principal sobre un inmueble que se ejerza por la posesión y cumpla con la normativa pertinente", COSSARI, Leandro; COSSARI, Nelson A., "Algunas cuestiones pendientes sobre la protección de la vivienda en el Código Civil y Comercial de la Nación" en LL 2020-E-615-616.

CAPITULO V
EL DERECHO A LA VIVIENDA FAMILIAR EN SU CORRELATO CON LOS INSTITUTOS JURIDICOS DEL CODIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACION ARGENTINA

Introducción

El derecho a la vivienda asume en este capítulo el calificativo de "familiar" por su relación con institutos y situaciones diseñados en el Derecho de Familia, lo que será puesto de relevancia destacando la relación que se origina entre este derecho y algunas figuras legales de relevancia, sin que se ingrese a las inmensurables gama de aristas que derivan de estas relaciones, ya que excedería ampliamente lo propuesto como objeto en este estudio.

En ese aspecto, el régimen de afectación diseñado en el Código Civil y Comercial de la Nación para la protección de la vivienda, no excluye conforme lo señala el art. 244 del Digesto, la protección concedida por otras disposiciones legales. En ese sentido permite analizar como el derecho a la vivienda se consagra en otras situaciones legales de naturaleza tuitiva, que inscriben en su diseño el resguardo de la vivienda. En ese cometido, la protección que a la vivienda se le confiere en la Codificación puede añadirse como calificativo -lo que se dijera- el de familiar, en tanto permite -por lo propio de las disposiciones- que abarque no sólo a la persona única, sino a ésta y al grupo familiar o al conviviente o al cónyuge, conforme sea la constitución de su núcleo afectivo. Esa compatibilidad del régimen de afectación de la vivienda con el resto de los institutos del Derecho de Familia, profundizan la eficacia del derecho a la vivienda como derecho fundamental. El régimen orgánico que contiene la Codificación determina la incidencia de la protección de la vivienda como derecho que sirve de pauta en la interpretación de los institutos que se regulan.

1. Alimentos y Vivienda

En el contexto normativo del Código "readapta instituciones básicas del derecho de familia como lo son los alimentos a los postulados que prevé en otras figuras para que entre todas haya una coherencia y lógica interna"[616]. Así, dentro de las pautas para determinar la obligación alimentaria el art. 433 del CCyCN consigna en su inciso e) la atribución judicial o fáctica de la vivienda familiar, f) el carácter ganancial, propio o de un tercero del inmueble sede de la vivienda, como también si la misma es arrendada y el alquiler soportado por uno de los cónyuges u otra persona. Se trata de diversas reglas que asumen como principio el de la solidaridad familiar, alejado de toda idea de culpa. Para diferenciar el reclamo alimentario puede presentarse durante la vigencia de la vida matrimonial, o tras la separación de hecho.[617] [618] [619]. "Cabe destacar todas las variables referidas a la vivienda que nada decía el artículo 207 ya que, precisamente, el tema de la vivienda tenía su regulación propia, y en el que la culpabilidad o inocencia también tenía incidencia. He aquí un inconveniente de índole constitucional. Si la vivienda constituye un derecho humano, no sería posible que la inocencia o culpabilidad en el divorcio tuviere alguna incidencia o repercuta de manera directa en la efectividad de este derecho. En un régimen que deroga el sistema culpable, este tipo de observaciones críticas no tendrían cabida. El Código enumera como pauta para la fijación alimentaria la atribución judicial o fáctica de la vivienda familiar. Si lo que se pretende es que las

616 LORENZETTI, Ricardo Luis, *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado,* comentado por HERRERA, Marisa, Santa Fe, Editorial Rubinzal Culzoni 2015, Tomo II, p 695.

617 El art. 432 del CCyCN establece la obligación alimentaria entre los cónyuges entre sí mientras dure la vida en común y en la separación de hecho, con posterioridad al divorcio la prestación alimentaria se establece por supuestos legales o convenciones de las partes.

618 "Aún cuando los cónyuges hubieran decidido vivir separados, el vínculo matrimonial persistía y por tanto no se alteraba la naturaleza asistencial del deber alimentario ni la fuente que lo originaba. Los cónyuges separados de hecho tienen derecho a reclamarse alimentos, ya que deriva del vínculo conyugal y no de la cohabitación. Pero lo cierto es que no estaba expresamente regulado como un deber diferente al vigente durante la convivencia", ALTERINI, Jorge Horacio, *Código Civil y Comentado Tratado Exegético*, 2da. Edición actualizada y aumentada, BASSET, Ursula -Directora del Tomo-, "Relaciones de Familia", Buenos Aires, Editorial La Ley, 2016, Tomo III, p 208.

619 "el carácter recíproco de la obligación alimentaria, ella también es permanente puesto que tiene duración en la convivencia como así también durante la separación de hecho", RIVERA, Julio César; MEDINA, Graciela -Directores-, *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado,* comentario ROBBA, Mercedes; SASSO, Marcela Lorena, Buenos Aires, Editorial La Ley, 2014, Tomo II, p 61.

pautas, efectivamente, orienten a los jueces para fijar los alimentos desde el punto de vista realista, debería importar qué cónyuge vive en la vivienda familiar, o sea, a quién se le atribuye el hogar, sea por decisión judicial (por ejemplo, como medida cautelar o autosatisfactiva en el marco de un proceso de violencia familiar) o de facto (por ejemplo, que lo hayan convenido los cónyuges, de manera expresa o implícita). Si dentro del concepto de alimentos se incluye la vivienda, es pertinente que esta cuestión integre las pautas o variables que el juez deba tener en cuenta para fijar los alimentos. En consonancia con la relevancia de la vivienda a los fines alimentarios, otra pauta se refiere al carácter ganancial, propio o que corresponda a un tercero, del inmueble que es sede de la vivienda familiar, agregándose que si es arrendada, se debe tener en cuenta quién abona el alquiler, si alguno de los cónyuges o un tercero. Otra pauta que sí regula el Código vigente y no lo hacía el anterior porque estaba centrado en la noción de culpa y, por ende, de alimentos al inocente, se refiere al factor tiempo, un elemento de carácter objetivo. En ese sentido, se tiene en cuenta el tiempo de duración de la unión conyugal en el sentido amplio de llevar adelante y mantener un proyecto de vida en común, como así el tiempo de la separación de hecho"[620]. [621] [622] [623] [624].

620 LORENZETTI, Ricardo Luis, *Código Civil... ,* comentado por HERRERA, Marisa Tomo II, op. cit., p, 694.

621 "Si se deroga el régimen de divorcio subjetivo, la obligación alimentaria derivada del matrimonio debe seguir esa misma línea y, por ende, su cuantificación o materialización basarse en pautas objetivas, teniéndose en cuenta los rubros que involucra la obligación alimentaria como así también qué consideraciones fácticas son las que impactan de manera directa. Todas ellas se encuentran debidamente enumeradas...el nuevo Código en lo relativo al derecho-deber de asistencia en su faz material-económica -o sea, los alimentos- también da un vuelco de carácter objetivo, no sólo en lo relativo a las pautas para su cuantificación, sino también en lo que respecta a su cese. Esta línea legislativa es coherente con la lógica interna que sigue la reforma, la cual está fundada, básicamente, en el principio de solidaridad familiar", LORENZETTI, Ricardo Luis, *Código Civil... ,* comentado por HERRERA, Marisa Tomo II, ibidem, p 696

622 "...el juez debe considerar la atribución judicial o fáctica de la vivienda familiar y el carácter ganancial, propio o de un tercero del inmueble sede de esa vivienda, como así también, en caso de ser arrendada, si el alquiler es abonado por uno de los cónyuges u otra persona", ALTERINI, Jorge Horacio, *Código Civil* ...BASSET, Ursula -Directora del Tomo-, Tomo III, op. cit., p 218

623 El jurista Dr. Belluscio esgrime su crítica frente a la expresión "atribución fáctica" en tanto estima que siempre se trata de una atribución judicial, puesto que lo contrario indicaría que uno de los cónyuges puede continuar habitando la vivienda por su sola voluntad (v. BELLUSCIO, Augusto César: "El matrimonio en el proceso de reformas", *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Director: ALEGRIA, Héctor; MOSSET ITURRASPE, Jorge, "Proyecto de Código Civil y Comercial", Santa Fe, Editorial Rubinzal Culzoni, 2013 p 327 comentario también citado en ALTERINI, Jorge Horacio, *Código Civil...*, BASSET, Ursula -Directora del Tomo-, Tomo III, op. cit. p 218.

624 En el mismo sentido GHERSI, Carlos; WEINGARTEN, Celia -Directores-, *Código Civil y*

Por su parte, los alimentos entre parientes se fundan en el principio de solidaridad familiar[625] y en en el derecho a un nivel de vida adecuado entre los miembros de una misma familia.

Sin ingresar a las particularidades que implica la obligación alimentaria en tanto trasciende al objeto del estudio, sí se debe sostener que este derecho a un nivel de vida adecuado encuentra su reconocimiento como fuente primaria en el bloque de constitucionalidad, específicamente en el "Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales...Declaración Universal de Derechos Humanos…al enumerar una serie de derechos básicos indispensables para el desenvolvimiento de la vida en condiciones dignas de existencia, permiten que el derecho a un nivel de vida adecuado actúe como un concepto jurídico indeterminado que garantiza el logro de un cierto estatuto social, para el cual es necesario transformar una situación de hecho previamente existente"[626].

La codificación establece el orden de los obligados en cuanto a su orden de prelación, estimando (art. 541 del CCyCN) que el contenido de la obligación alimentaria se integra con lo necesario para la subsistencia y en lo que a este estudio interesa, la habitación. En este aspecto "cuando el alimentado es una persona mayor de edad, la prestación alimentaria se integra básicamente con los alimentos naturales, es decir, los necesarios para el sustento, habitación y vestuario del beneficiario y para el tratamiento de sus enfermedades. En cambio, si la prestación debe ser suministrada a una persona menor de edad, debe comprender a los alimentos civiles, que aluden a los

---

Comercial, comentado por BATTAGLIA, María Cristina, Buenos Aires, Editorial Nova Tesis, 2014, Tomo II, p 389.

625 "La importancia y trascendencia de la solidaridad no necesita ser demostrada. Con respeto a la familia, la recordada conclusión del Congreso mendocino la califica de "principio primordial que expresa y da sentido a la comunión del grupo familiar...La solidaridad figura entre los dos criterios que vertebran y estructuran las relaciones entre las personas, los grupos sociales y el Estado, el otro principio es el de Subsidiariedad. Caracterizada la solidaridad, es imposible negarle la calificación de principio jurídico con todas sus consecuencias. Su intimidad con la ética responde a los expresado sobre tales principios...La efectividad de la solidaridad como dato sociológico es comprobable...la irreemplazable familia constituye una comunidad de amor y solidaridad, comunión que se funda en la capacidad (en si misma misteriosa, pero indubitable típica del hombre) de amar familiarmente y se funda sobre estar amor una comunidad de vida", MENDEZ COSTA, María Josefa, *Los principios jurídicos en las relaciones de familia*, Santa Fe, Editorial Rubinzal Culzoni, 2006, p 291.

626 LORENZETTI, Ricardo Luis, *Código Civil... ,* comentado por HERRERA, Marisa Tomo III, op. cit., p 399.

rubros contenidos en los alimentos naturales más los gastos de educación, aunque el monto no puede en modo alguno desvirtuar el límite de la obligación alimentaria entre parientes, mucho más acotada que la derivada del ejercicio de la responsabilidad parental"[627]

Sin ingresar a las variables que pueden acontecer al momento de cuantificar la obligación alimentaria (sujetos legitimados, beneficiarios, etc. y demás circunstancias a tener en cuenta al momento de su prestación), el art. 659 del CCyCN señala el contenido de la obligación alimentaria, el que incluye -como se señalara- el de habitación destacándose que si bien "lo habitual es fijar la obligación alimentaria en prestaciones económicas, traducidas en un monto determinado y periódico..También se autoriza a satisfacer los alimentos es especie. El alimentante...puede hacer cargo del pago de determinados gastos….o proveer de casa habitación...configura una novedad relevante el admitir expresamente que los alimentos se pueden abonar en especie, como ya lo había admitido -o negado, según las circunstancias- la doctrina y la jurisprudencia. Puede notarse una suerte de flexibilización en este aspecto, que resulta de observar la realidad social y general, en que es posible que algún progenitor sólo pueda proveer alimentos en especie, o parcialmente en especie"[628].

Asimismo es mencionada la vivienda al momento de fijar judicialmente las compensaciones económicas (art. 442 inc. f) [629] aclarándose si el bien es propio o ganancial y la existencia -en el caso de ser arrendado- de quien asume el pago del canon locativo [630]. (Lo mismo ocurre en el caso de las uniones convivenciales conforme se

627 LORENZETTI, Ricardo Luis, *Código Civil...*, comentado por HERRERA, Marisa, Tomo III, op. cit., p 415.

628 KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída; HERRERA, Marisa; LLOVERAS, Nora, *Tratado de Derecho de Familia según el Código Civil y Comercial de 2014*, comentado por LLOVERAS, Nora, ORLANDI, Olga; TAPIV, Gabriel, Santa Fe, Editorial Rubinzal Culzoni, 2014, Tomo IV, p 160.

629 "Respecto de los alimentos, la diferencia está dada en que la compensación económica surge del quiebre matrimonial y sólo se encuentran legitimados los cónyuges para reclamarla, y se persigue evitar el desequilibrio económico causado por el divorcio", GHERSI, Carlos; WEINGARTEN, Celia, C*ódigo Civil*..., comentado por BATTAGLIA, María Cristina, Tomo II op. cit., p 407.

630 "Considerar los patrimonios de las partes exige tener en cuenta que la vivienda familiar puede ser de uno de los cónyuges y estar ocupada por el otro. Considerando que la vivienda es una de las principales y más costosas necesidades que una persona tiene que afrontar, el Código ordena tener en cuenta esta situación a la hora de fijar la compensación", ALTERINI, Jorge Horacio, *Código Civil* ...BASSET, Ursula -Directora del Tomo-, Tomo III, op. cit., p 250.

estipula en el art. 525 del CCyCN para determinación judicial de la compensación económica siendo coherentes con lo que fuera introducido para el supuesto de disolución del matrimonio).

2. Vivienda y Divorcio. Atribución del uso de la vivienda. Efectos. Cese.

En el Capítulo 8 "Disolución del matrimonio" del Código Civil y Comercial, Sección Tercera se establecen los efectos del Divorcio. Se prevé en el artículo 443 la regulación de lo relativo a la atribución del uso de la vivienda, diseñando postulados que permiten y orientan a los fines de ese cometido. En ese aspecto debe señalarse que "la vivienda constituye un derecho humano que cuando involucra a la familia se entrecruza con otro derecho como lo es la protección integral de la familia. En el caso de divorcio, la cuestión a determinar será cuál de los cónyuges le será atribuido el uso, quien será reconocido como titular de un derecho de uso que tiene una naturaleza especial. Nos encontramos ante un derecho de uso temporal, además de ser un derecho personalísimo, que no puede enajenarse ni transmitirse por ningún título. La atribución de este derecho requiere en principio que uno o ambos cónyuges sean titulares de un derecho (propiedad, locación, usufructo, etc.) que les faculta al uso o goce de la vivienda familiar, pues si ésta se disfruta sin título (precario), "difícilmente la atribución del uso será defendible frente al tercero titular que podrá ejercitar las acciones que correspondan...en el caso de que el matrimonio habite una vivienda locada, el cónyuge no locatario tiene derecho a continuar en la locación hasta el vencimiento del contrato, manteniéndose, por una razón lógica frente al locador, el obligado al pago y las garantías que primitivamente se constituyeron en el contrato (art. 444)...no existe preferencia para ninguno de los cónyuges, solución que resulta coherente con el principio constitucional de igualdad de los cónyuges receptado explícitamente en el artículo 402 y con los criterios que surgen de la ley 26618 de matrimonio igualitario….podría pensarse que el uso de la vivienda familiar sería del cónyuge titular, sin embargo, el legislador ha entendido que el no titular también tiene derecho a que se le reconozca un derecho sobre la vivienda que fue el hogar familiar por razones

fundadas"[631].

En el espíritu de la legislación y la normativa se destaca que los intereses familiares son los que prevalecen en esta atribución de uso de la vivienda sobre los intereses individuales y ello es así en tanto la existencia previa del vínculo matrimonial. Se protege la comunidad de vida conformada y en el caso de no haber hijos "el tema se dirime mediante la decisión judicial, valorando los intereses a proteger y las particulares circunstancias del caso….si la vivienda es un bien propio de alguno de los cónyuges y no hay hijos, en principio, quedará a disposición de su titular. Empero ello, pueden existir circunstancias particulares que justifiquen la excepción a esta regla y, así, esa protección especial, a veces, se mida en la diferencia de capacidad económica, especialmente, por la diferencia de ingresos económicos o por la diferencia de patrimonio, o bien sea teniendo como pauta el estado de salud, siempre por aplicación de otro principio como lo es el de solidaridad como acontece en materia alimentaria...Otras circunstancias a tener en cuenta...pueden ser el trabajo desempeñado en la vivienda por uno de los cónyuges o el estado de salud en ausencia de hijos comunes o cuando sean independientes; la atribución a uno y otro de los cónyuges no se puede prorrogar, salvo casos excepcionales, de forma indefinida, por cuanto el derecho de uno entraría en colisión con los legítimos derechos del otro...corresponderá al juez, en cada caso en particular, estar a las circunstancias de hecho de la causa para determinar a cuál de los cónyuges se le atribuye el uso del inmueble que fuera la sede del hogar conyugal" [632].

El derecho a la vivienda ingresa conjuntamente con el derecho de propiedad en relación al inmueble donde el núcleo familiar se asienta. La normativa toma como vector el principio de la solidaridad familiar y la protección del interés familiar y es justamente en virtud del mismo donde se protege la vivienda familiar, sin que ello implique el desmedro de los derechos del titular del inmueble. Es por ello que, esta atribución de uso no implica la constitución de un derecho real, estableciéndose en el

631 LORENZETTI, Ricardo Luis, *Código Civil...* , comentado por HERRERA, Marisa Tomo II, op. cit., p 771.
632 LORENZETTI, Ricardo Luis, *Código Civil...* , comentado por HERRERA, Marisa Tomo II, op. cit., p, 772.

Digesto los casos en que procede y su limitación temporal. De este modo la tensión que pudiere existir entre ambos derechos continúa con el respeto de "ética de los vulnerables" reiterando al Jurista Lorenzetti, que impregna la codificación [633].

Por ello, la atribución puede recaer tanto sobre un bien propio, o ganancial, en condominio entre cónyuges o, incluso, que se trate de un inmueble alquilado, de titularidad de un tercero ajeno a la relación matrimonial "...para que proceda la atribución del uso de la vivienda familiar resulta indispensable que al menos uno de los cónyuges titularice de algún modo un derecho a tal uso: es ese derecho el que se atribuye a uno de los dos cónyuges. La cuestión de la naturaleza jurídica de la atribución del uso de la vivienda familiar genera un amplio debate, tanto el Derecho Comparado como en la doctrina nacional...se encuentra estrechamente relacionada con las circunstancias fácticas que rodean cada situación. Por lo tanto, quien decide su procedencia es quien se encuentra en mejores condiciones de valorar y evaluar tanto su duración como los efectos, pues habrá que analizar en cada caso cuál es la intensidad legítimamente aceptable de la afectación a los derechos del titular del inmueble de vivienda familiar"[634] [635] [636].

---

633 La actual codificación tiene en cuenta en forma primigenia para la atribución de la vivienda, al cónyuge a cargo del cuidado personal de los hijos, fundado en el interés superior del niño "incluso, también en los casos supuestos de cuidado personal compartido. En este último supuesto la noción que adquiere relevancia es el de la vulnerabilidad, es decir, atribuirle la vivienda al cónyuge que está imposibilitado o tiene mayor dificultad para poder proveerse de una vivienda. Esto es así ya que las medidas de tutela personal en el Derecho de Familia no pueden resolverse en forma aislada, sino que están muchos veces íntimamente relacionadas con ciertas circunstancias familiares, como en el supuesto de la atribución del hogar conyugal y quién es el cónyuge/progenitor que se queda a cargo del cuidado de los hijos o que está en peores condiciones para obtener una vivienda...El Derecho Español...entiende que el uso de la vivienda familiar corresponde al cónyuge al cual se le confía la guarda y la custodia de los hijos, siendo éste un criterio decisivo de atribución...A través de esta norma se trata de favorecer la protección de los hijos, a quienes les cabe una protección especial de conformidad con la Convención de los Derechos del Niño y legislaciones afines como la ley 26061...se ha entendido que uno de los fundamentos por los cuales se prefiere en la atribución de la vivienda al cónyuge que se queda a cargo del cuidado personal de los hijos es el principio del estatuto, es decir, de que los hijos permanezcan viviendo en el mismo hogar, manteniendo las mismas condiciones de vida que gozaban cuando sus padres convivían", LORENZETTI, Ricardo Luis, *Código Civil...* , comentado por HERRERA, Marisa Tomo II, op. cit., p 775-776.

634 KEMELMAJER de CARLUCCI; HERRERA, Marisa; LLOVERAS, Nora -Directoras-, *Tratado de Derecho de Familia según el Código Civil y Comercial de 2014*, comentado por PELLEGRINI, María Victoria, Santa Fe, Rubinal Culzoni, 2014, Tomo I, p 515-516.

635 "A falta de acuerdo, cualquiera de los cónyuges puede pedir al juez la atribución de la vivienda familiar. El hecho de que el otro cónyuge sea propietario del inmueble no es obstáculo para la atribución de la vivienda...la principal pauta de atribución es a favor de quien tenga a su cargo el cuidado de los

Las situaciones fácticas unidas a las pautas valorativas contenidas en la Codificación para otorgar dicha atribución incluyen situaciones de diversas índoles que asumen el respeto de la subsistencia de la obligación alimentaria por ejemplo en el caso de hijos mayores que pueden continuar a tenor de lo dispuesto en el art. 663 del CCyCN, o se encuentren en una situación de vulnerabilidad 637 638. Pueden señalarse

---

hijos...nuestro sistema se distingue porque permite al juez valorar todos los elementos que pueden resultan relevantes para la atribución...la norma también exige que se ponderen otros factores como la situación económica de los cónyuges, su estado de salud y su edad sin establecer una relación jerárquica entre las distintas pautas. También se señala como pauta de atribución los intereses de otras personas que integran el grupo familiar", ALTERINI, Jorge Horacio, *Código Civil* ...BASSET, Ursula -Directora del Tomo-, Tomo III, op. cit., p 253.

636 "En la actualidad se observa una preocupación creciente en cuanto a la protección que merecen todas las personas que por particulares circunstancias se encuentran en estas condiciones, el aumento de la dependencia intrafamiliar derivada tanto del aumento de los ancianos dependientes, como también de otras situaciones de vulnerabilidad debidas a una enfermedad, discapacidad o accidente de algún miembro de la unidad familiar. Es un punto fundamental que no era observado antes y constituye un real acierto en una norma que con carácter tutelar brinda solución a las diferentes situaciones que presenta cada grupo familiar", RIVERA, Julio César; MEDINA, Graciela -Directores-, *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado,*comentario VELOSO, Sandra F., Buenos Aires, Editorial La Ley, 2014, Tomo II, p 93.

637 En el comentario a un fallo emanado de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires de fecha 04/09/2015 "S.D. v. D.,, M. N. s/ tenencia de hijos", con el objetivo de armonizar los derechos en tensión se tuvo en cuenta "la protección de la vivienda familiar, representada por la elección de un lugar que contemple mejores condiciones habitacionales, priorizando el superior interés de los menores involucrados, valorizando los principios de autonomía progresiva y centro de vida, fueron los conceptos analizados en la sentencia, brindando una solución integral a todos los miembros de la familia", LYNN, María Elizabeth: "La protección de la vivienda en el Código Civil y Comercial de la Nación" en *Derecho de Familia Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, Directoras: GROSMAN, Cecilia; LLOVERAS, Nora; KEMELMAJER de CARLUCCI, Aídda; HERRERA, Marisa, 2016-II, Buenos Aires, Editorial Abeledo Perrot, 2017, p 113.

638 Por sentencia de fecha 7 de octubre de 2015, también la Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires "hizo lugar a una medida cautelar solicitada por dos hijos adolescentes -mediante la representación principal de la asesora de incapaces- consistente en la atribución provisional de la vivienda que había constituido el hogar familiar, para trasladarse y convivir allí con su padre con quien ya convivían- debiendo la madre -que hasta ese momento seguía ocupando la vivienda- retirarse en el plazo de treinta días desde la notificación. Dicha sentencia dispuso… dejar sin efecto provisionalmente la cuota alimentaria que la madre abonaba...el Tribunal analizó la urgencia de lo planteado, la naturaleza de los derechos en juego; la normativa constitucional, nacional y local aplicable y la eficacia del proceso para dar una respuesta judicial en tiempo útil, pero ello en estrecha relación con: a) las condiciones de habitabilidad y disponibilidad de servicios de ambos inmuebles; b) el mantenimiento de statu quo de la convivencia con el padre; c) el centro de vida de los adolescentes, reconocido legalmente tanto en nuevo Código Civil y Comercial y d) la ausencia de argumentación de la madre con relación a las razones del pedidos de su hijos...se delinearon...los efectos de la atribución de la vivienda familiar a través de un plazo razonable para el retiro de la madre de la vivienda familiar y el cese de toda cuota alimentaria que la madre estuviere abonando, ...también se previó la vigencia transitoria de la atribución de la vivienda familiar", MORENO, Gustavo: "El interés superior y el Derecho a la vivienda del niño con relación a la atribución de la vivienda familiar" en *Derecho de Familia Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, Directoras: GROSMAN, Cecilia; LLOVERAS, Nora; KEMELMAJER de CARLUCCI, Aídda; HERRERA, Marisa, 2016-II, Buenos Aires, Editorial Abeledo Perrot, 2017, p 129

otros supuestos que se consideran para determinar la atribución de la vivienda: el cuidado personal repartido de los hijos (art. 96 prima el criterio de decisión judicial), cuidado personal compartido alternado o indistinto639, en los supuestos de violencia familiar 640, otra pauta es el estado de salud y edad de los cónyuges, teniendo como horizonte el principio de protección al más débil.

Los efectos de la atribución de uso de la vivienda se encuentran establecidos en el art. 444 del CCyCN, estableciendo su necesaria inscripción registral para producir efectos erga omnes y consignado que "se prevé que el juez, a petición de parte interesada, pueda disponer una renta compensatoria por el uso del inmueble a favor del cónyuge a quien no se le atribuyó la vivienda, que no pueda ser enajenado sin el acuerdo expreso de ambos contrayentes y aunque no pueda ser partido ni liquidado el inmueble propio o ganancial en condominio de los cónyuges….la vivienda familiar objeto de protección es única, por lo que si existen varias, una sería la principal y por ello la sometida a la protección legal. Si son dos viviendas en diferentes localidades, una será vivienda familiar y la otra vivienda de la familia, pero no la habitual….durante el tiempo que dure la medida, el cónyuge titular del dominio se encuentra privado o limitado en su facultad de goce, mas no de la posibilidad de llevar a cabo actos dispositivos sobre la vivienda, para los cuales deberá contar no obstante, con el asentimiento de su excónyuge. Mientras que para quien resulte beneficiario con la adjudicación de uso, los efectos estipulados...le proporcionan seguridad en el mantenimiento de la situación jurídica creada...El Código...mantiene la restricción a la enajenación de la vivienda familiar sin la conformidad del otro cónyuge, sea

639 "cuando los progenitores se reparten de forma equitativa el tiempo de convivencia con los hijos y se alternan en el cuidado de los menores, una solución puede ser la atribución del uso y disfrute de la vivienda familiar a los hijos, lo que conlleva que los padres se alternen también en el uso de la vivienda, siempre y cuando esta situación no provoque inconvenientes, problemas o fricciones que vayan en contra del interés del niño...como también acontece con la obligación alimentaria que establece el artículo 666, se debería tener en cuenta si los recursos de los cónyuges son no equivalentes y, en ese caso, qué cónyuge está en mejor condición para poder afrontar los gastos provenientes de otra vivienda, por aplicación del principio de solidaridad familiar", LORENZETTI, Ricardo Luis, *Código Civil...* , comentado por HERRERA, Marisa Tomo II, op. cit., p 778.

640 "si bien se ha resuelto que tiene preferencia para mantenerse en el hogar conyugal aquel cónyuge que permaneció viviendo en el mismo, esta preferencia claramente cede cuando el que se fue lo hizo para protegerse ante situaciones claras de violencia", LORENZETTI, Ricardo Luis, *Código Civil...* , comentado por HERRERA, Marisa Tomo II, ibidem, p 778.

copropietario o no. De este modo, la atribución del uso de la vivienda familiar observa varias diferencias y mejoras que en el sistema anterior, con el único objetivo de que sea una herramienta real en pos de la efectiva protección de la vivienda...La atribución del uso de la vivienda no sólo puede ser acordada sino también peticionada por el cónyuge que por diversas circunstancias necesite seguir viviendo en el hogar conyugal….el Código...prevé la posibilidad de que el juez establezca una renta compensatoria por el uso de la vivienda….se permite de manera expresa que el inmueble no sea enajenado sin el acuerdo de ambos cónyuges"[641] [642].

En cuanto a la titularidad del bien donde se erige la vivienda familiar, sea de carácter propio o ganancial no afecta el interés familiar lo que motiva al igual que lo dispuesto en el art. 471 del CCyCN que el juez pueda denegar la solicitud de partición (en igual sentido art. 506 del CCyCN). No obstante debe señalarse que en el caso del "cónyuge titular de parte indivisa, en condominio con un tercero de carácter propio o ganancial...para que proceda la atribución del uso de la vivienda familiar se debe tratar de un inmueble sobre el cual uno o ambos cónyuges es titular, sea propio o ganancial, y aún en condominio entre ellos. Ello, en tanto es necesario tener en cuenta las normas propias del condominio, pues el tercero copropietario es ajeno a la relación matrimonial"[643] [644].

---

641 LORENZETTI, Ricardo Luis, *Código Civil... ,* comentado por HERRERA, Marisa Tomo II, op. cit., p 782-786.

642 "Se amplía...el criterio de protección asentado en la redacción del art. 1277 del Cód. Civil prevista para el caso de los bienes gananciales, o propios donde estuviere radicado el hogar conyugal y hubiere hijos menores de edad o incapaces...Una nueva modalidad de amparo, hacia la vivienda de la familia, la da el último apartado del artículo, que brinda la posibilidad, al cónyuge no locatario, de continuar en la locación del inmueble que fuera asiento del hogar conyugal, hasta el vencimiento del contrato, manteniéndose el obligado al pago y las garantías que primitivamente se constituyeron en el contrato" RIVERA, Julio César; MEDINA, Graciela -Directores-, *Código Civil...*,comentario VELOSO, Sandra F., Tomo II, op. cit., p 94.

643 KEMELMAJER de CARLUCCI; HERRERA, Marisa; LLOVERAS, Nora -Directoras-, *Tratado de Derecho de Familia – según el Código Civil y Comercial de 2014...,* comentado por PELLEGRINI, María Victoria, Tomo I, op. cit., p 512-521.

644 "Por ejemplo, un inmueble es de titularidad de dos hermanos, A y B por mitades. La hermana (A) cede el uso del mismo a los fines de que su hermano (B) se instale allí con su cónyuge y familia. Al cabo de unos años, B se divorcia de su cónyuge C, y es C quien obtiene la atribución de uso de la vivienda familiar -en condominio entre A y B-. Pues bien, A se encuentra en condiciones de obtener la división del inmueble, pues no resulta procedente la atribución de uso de la vivienda familiar y rigen en plenitud las previsiones legales respecto del condominio (arts. 1997). Así si el tercero copropietario habría cedido el uso exclusivo del inmueble en común a uno o ambos cónyuges, en razón del matrimonio y sin

Por último el art. 445 del Digesto establece el cese del derecho de atribución del uso de la vivienda familiar en tanto considera que no puede perpetuarse indefinidamente a fin de que no se configure abuso del derecho[645].

3. Vivienda y Uniones Convivenciales. Atribución y cese. Pacto de convivencia.

La vivienda familiar es objeto de protección y regulación en el Código Civil y Comercial de la Nación que hace propio el fenómeno de la constitucionalización del derecho privado y conforme al bloque supralegal que reconoce al derecho a la vivienda como derecho fundamental humano, incluye el diseño de los núcleos familiares respecto de los cuales se encontraba en deuda, puesto que sólo contemplaba a la familia

---

haber celebrado contrato alguno, una vez finalizado el matrimonio tiene la posibilidad de avanzar en la partición. Es decir, no procede la atribución de uso, ni siquiera convenida en forma privada entre los cónyuges... La protección a la vivienda familiar tiene alcances entre los cónyuges pero no puede perjudicar el derecho de propiedad de un tercero ajeno a la relación matrimonial. e) El inmueble de titularidad de un tercero, al cual le fue cedido y sobre el que se encuentra vigente una atribución. La atribución del uso implica para el titular del inmueble una privación o limitación a su derecho a uso y goce del bien, pero ello no altera la titularidad, por lo tanto, no le impide realizar actos de disposición sobre el mismo. La misma restricción al derecho a uso y goce del bien se traslada al nuevo titular del bien, aun siendo un tercero ajeno a la relación matrimonial, y por el mismo plazo que se hubiere dispuesto. Sin embargo, tal disposición requiere del consentimiento del cónyuge beneficiario. Es el caso, por ejemplo, en que un tercero adquiere un inmueble, para cuya adquisición ambos cónyuges prestan su consentimiento, pero sobre el cual se ha dispuesto una atribución de uso, que mantiene su vigencia aun frente al tercero adquirente...Nuevamente, no impide su embargo o subasta, pero con la atribución, puede resultar oponible a cualquier adquirente. Esta cuestión guarda conexión la inejecutabilidad del inmueble que conforma la vivienda familiar por deudas contraídas con posterioridad al matrimonio, dispuesta por el artículo 456 del Código pues es una norma tuitiva de la vivienda familiar durante el matrimonio. Una vez disuelto, si bien provoca la finalización de esta protección, en caso de ser atribuido su uso a uno de los excónyuges, la inscripción de la sentencia torna oponible dicha atribución -al menos frente a los acreedores posteriores a la misma-, logrando así garantizar el uso de la vivienda, conforme la finalidad tuitiva de la norma. Es decir, durante la vigencia del matrimonio, los posibles acreedores del cónyuge titular de la vivienda familiar no cuentan con tal bien como garantía de sus acreencias (art. 456). Producido el divorcio, tampoco los acreedores posteriores a la inscripción registral de la sentencia que homologa el convenio o acuerda la atribución del uso del inmueble a uno de los cónyuges", KEMELMAJER de CARLUCCI; HERRERA, Marisa; LLOVERAS, Nora -Directoras-, *Tratado de Derecho de Familia*, comentario PELLEGRINI, María Victoria, Tomo I, op. cit., p 512-521.

645 "el Código debe establecer los límites a esta atribución que, cuando dicho uso se lo asigna al cónyuge no titular, implica una clara limitación al dominio pleno. De esta manera, y más allá del acuerdo al que puedan arribar los excónyuges, el Código enumera los supuestos de cese de la atribución del uso de la vivienda familiar, la cual puede operar de pleno derecho como acontece cuando vence el plazo estipulado por el juez o a pedido de parte, por el cambio de circunstancias o cuando se presentan los mismas causas de gravedad que el Código señala para la declaración de indignidad", LORENZETTI, Ricardo Luis, *Código Civil...* , comentado por HERRERA, Marisa Tomo II, op. cit., p 793.

matrimonial.

El Código Civil y Comercial atento al criterio protectorio de la vivienda familiar y más allá del vínculo jurídico o fáctico que constituya al núcleo familiar, en su dimensión de asunción de múltiples formas de familia, establece en su normativa -al igual que lo hace frente al divorcio y disolución del vínculo jurídico- la tutela de la vivienda familiar, en su artículo 526 consignando la atribución de uso de la misma, debiéndose tener presente que se trata de uniones convivenciales registradas en tanto la posible afectación de derechos de terceros [646] [647] [648]. Así, "registra dos aspectos en el

646 "Si bien no aclara a qué inscripción se refiere, es decir si se trata de la inscripción de la unión convivencial en el Registro de Uniones Convivenciales o si la inscripción debe ser ante el Registro de la Propiedad Inmueble a los fines de inscribir ese bien como vivienda familiar. Entendemos que debiera decir que se trata de la inscripción en el Registro de la Propiedad Inmueble, cuyo fundamento está vinculado a la restricción de disponer del bien inmueble y los muebles indispensables de ésta. De no ser así sería de muy compleja práctica hacer efectivo el espíritu de la norma y la intención del legislador, con el fin de proteger la vivienda familiar", GHERSI, Carlos; WEINGARTEN, Celia -Directores-, *Código Civil y Comercial*, comentado por MAGGIO, Lorena, Buenos Aires, Editorial Nova Tesis, 2014, Tomo II p 523.

647 En relación al Código derogado se reflexionaba "En cuanto a la protección de la vivienda familiar, nuestra normativa nacional carece de un sistema de amparo efectivo para las parejas convivientes..al respecto la jurisprudencia ha dicho que la norma del art. 1277 es de aplicación analógica al caso de ruptura de la convivencia de hecho cuando la vivienda es de propiedad común...en el proyecto de ley denominado "Régimen jurídico de las Uniones de Hecho" presentado en 1997… se disponía la atribución del hogar tras la separación a favor de aquél de los convivientes que tuviera la tenencia de los hijos...y se establecía que el conviviente propietario que deseara poner fin a la convivencia debía notificar al otro en forma fehaciente su voluntad de obtener la desocupación de la vivienda, quien contaba con el plazo de un año para abandonarla a computar desde dicha notificación, salvo que existieran causas graves que ameritaran la exclusión del hogar del otro conviviente...a modo de ejemplo, el art. 11 de la ley catalana Nro. 10/1998 de "Uniones de Pareja", sancionada el 15 de julio de 1998, establece que el conviviente de la vivienda común no puede llevar a cabo ningún acto de disposición sobre el inmueble sin el consentimiento del otro o la autorización judicial supletoria...", GIL DOMINGUEZ, Andrés; FAMA, María Victoria; HERRERA, Marisa; *Derecho Constitucional de Familia*...op. cit., p 102-106.

648 "el art. 456 párr. 2do. del Código Civil y Comercial señala que la vivienda familiar no puede ser ejecutada por deudas contraídas después de la celebración del matrimonio, excepto que lo haya sido por ambos cónyuges conjuntamente o por uno de ellos con el asentimiento del otro. En igual línea, el art. 522, párr. 3ro, dispone que la vivienda familiar no puede ser ejecutada por deudas contraídas después de la inscripción de la unión convivencial, a excepción que hayan sido contraídas por ambos convivientes o por uno de ellos con el asentimiento del otro...para que la unión convivencial goce de la protección de la vivienda familiar se exige que se encuentre inscripta...será necesario que cumplimente los recaudos previstos en el art. 510 CCiv y Com., esto es: a) que los dos integrantes sean mayores de edad, no existiendo la dispensa de edad como en el caso del matrimonio; b) no esté unidos por vínculos de parentesco en línea recta en todos los grados, ni colateral hasta el segundo grado; c) no esté unidos por vínculos de parentesco por afinidad en línea recta; d) no tengan impedimento de ligamen ni esté registrada otra convivencia de manera simultánea; e) mantengan la convivencia durante un período no inferior a dos años y ambos soliciten la inscripción en el Registro que corresponda a la jurisdicción local (art. 511 Cciv y Com)", JUNYENT BAS, Francisco; GIMENEZ, Sofia: "La tutela de la vivienda..." op. cit., p 141.

Código:...se protege mediante la exigencia del asentimiento de ambos convivientes para disponer de los derechos sobre la vivienda familiar y sus muebles indispensables, con autorización judicial supletoria en caso de resultar prescindible la disposición y a condición de no resultar comprometido el interés familiar. La inobservancia de la norma registra la concesión de una acción de nulidad, con un breve plazo de caducidad -seis meses-. En segundo lugar, se establece la inejecutabilidad de la vivienda familiar por deudas contraídas con posterioridad a la inscripción de la unión convivencial, salvo que hubieran sido contraídas por ambos convivientes o con el asentimiento del conviviente no deudor"[649].

Se prevé para la atribución de uso de la vivienda en favor de uno de los convivientes el cuidado de los hijos menores o con capacidad restringida[650] [651] discapacidad, acreditar extrema necesidad de vivienda e imposibilidad de procurarla en forma inmediata (se observan similitudes con el régimen consagrado en la disolución del vínculo jurídico si bien puede resultar más débil, en el caso del matrimonio puede no estar sujeta a plazo), ello en el caso de no haberse pactado. También se permite en el artículo 527 del CCyCN invocar el derecho real de habitación gratuito y temporal para el conviviente supérstite [652] [653].

649 LORENZETTI, Ricardo Luis, *Código Civil... ,* comentado por HERRERA, Marisa Tomo III, op. cit., p 356.

650 "la norma proyectada no aclara si los hijos deben ser comunes o no. En todo caso aplica la regla general del artículo 658 del Código Civil y Comercial, que establece la obligación alimentaria en cabeza de ambos progenitores, y subsidiariamente, debe correlacionarse la hipótesis con el artículo 676 del Código Civil y Comercial, que regula los alimentos por el padre afín, frente a la ruptura de la unión" KEMELMAJER de CARLUCCI; HERRERA, Marisa; LLOVERAS, Nora -Directoras-, *Tratado de Derecho de Familia según el Código Civil y Comercial de 2014*, comentario LLOVERAS, Nora; ORLANDI, Olga; FARAONI, Fabián, Tomo II, op. cit, p 198.

651 "no se aclara si esos hijos deben ser comunes o no. Creemos que puede atribuírsela cuando existan hijos de uno solo de ellos, siempre que sean menores, o con capacidad restringida o discapacidad y se encuentre bajo el cuidado de quien solicita esta atribución y hayan convivido con la pareja formando parte del núcleo familiar", RIVERA, Julio César; MEDINA, Graciela, -Directores-, *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, comentado por ROVEDA, Eduardo Guillermo; GIOVANNETTI, Patricia S., Buenos Aires, Editorial La Ley, 2014, Tomo II, p 296.

652 "para su operatividad, el artículo exige determinados recaudos. Quien reclama el derecho de habitación debe carecer de una vivienda propia, que además sea habitable. Tampoco debe contar con otros bienes suficientes...que le permitieran el acceso...a una vivienda independiente. El derecho aquí reconocido es gratuito, con lo cual los herederos no pueden reclamar el pago de canon locativo alguno al exconviviente, pero a diferencia del régimen matrimonial no es vitalicio (ver art. 2383)...no deben afectarse derechos de terceros con relación a dos perspectivas. Por un lado, a la apertura de la sucesión -muerte del conviviente- el inmueble no debía hallarse en condominio con otras personas -cuyo derechos

Conforme lo estipula el artículo 515 del CCyCN es claro que si bien se puede pactar la atribución de uso de la vivienda familiar a través de los pactos de convivencia, esta autonomía de la voluntad de los convivientes resulta operativa siempre que no contradiga el orden público, ni tampoco afecte el principio de igualdad ni los derechos fundamentales de cualquiera de los convivientes [654]. A ello puede sumarse y a modo de ejemplo, que lo pactado resulte insuficiente al momento de la atribución del uso de la vivienda y al "concluir la unión convivencial, es el otro quien se encuentra comprendido en alguno de los supuestos establecidos en el art. 526….los jueces deberán resolver aquí con independencia de lo oportunamente pactado en virtud de las necesidades de vivienda insatisfecha que pueda tener el ex conviviente que la reclame"[655]

4. Regulaciones de relevancia en el Código Civil y Comercial de la Nación Argentina como supuestos protectorios de la vivienda familiar.

4. a) Exigencia de asentimiento del cónyuge o del conviviente para enajenación y restricción para su embargabilidad (art. 456 y 522 del CCyCN).

La exigencia de la conformidad del cónyuge es establecida por el Digesto a fin de conferirle validez a determinados actos. En lo que atañe a este estudio el art. 456 del

---

se verían afectados directamente con el reconocimiento de este derecho-. Por otra parte, el reconocimiento de este derecho estrictamente de asistencia y fundado en la razón de la convivencia anteriormente establecida y por razones de solidaridad, no puede afectar los intereses legítimos de los acreedores del causante, a quienes le es inoponible...el derecho de habitación se extingue si el conviviente acreedor del mismo inicia una nueva relación convivencial o celebra matrimonio, como también si desaparecen las causas fundantes del derecho", LORENZETTI, Ricardo Luis, *Código Civil...* , comentado por HERRERA, Marisa Tomo III, ibidem, p 363.

653 "Art. 527 CCyCN: "Atribución de la vivienda en caso de muerte de uno de los convivientes. El conviviente supérstite que carece de vivienda propia habitable o de bienes suficientes que aseguren el acceso a ésta, puede invocar el derecho real de habitación gratuito por un plazo máximo de dos años sobre el inmueble de propiedad del causante que constituyó el último hogar familiar y que a la apertura de la sucesión no se encontraba en condominio con otras personas. Este derecho es inoponible a los acreedores del causante. Se extingue si el conviviente supérstite constituye una nueva unión convivencial, contrae matrimonio, o adquiere una vivienda propia habitable o bienes suficientes para acceder a ésta".

654 "La previsión del artículo 515 del Código Civil y Comercial se encuentra vinculada a lo establecido en los artículos 344 y concordantes del Código Civil y Comercial que puntualizan las condiciones especialmente prohibidas por la ley en materia de actos jurídicos", KEMELMAJER de CARLUCCI; HERRERA, Marisa; LLOVERAS, Nora -Directoras-, *Tratado de Derecho de Familia...* comentario LLOVERAS, Nora; ORLANDI, Olga; FARAONI, Fabián, Tomo II, op. cit., p 106.

655 MEDINA, Graciela -Directores-, *Código Civil...*, comentario ROVEDA, Eduardo Guillermo; GIOVANNETTI, Patricia S., Tomo II, op. cit., p 296.

CCyCN consagra "el principio general de la inejecutabilidad del inmueble que constituyera la vivienda familiar por las deudas que hubieran sido contraídas tras la celebración de las nupcias, exceptuándose a aquellas adquiridas por los cónyuges en forma conjunta, o por uno de ellos contando con la debida aprobación del restante"[656]. Se aclara que el asentimiento se requiere respecto de aquel cónyuge que no es parte en el acto jurídico y se lo exige en tanto se busca -si bien implica una restricción en la libre disposición que se tiene en relación al patrimonio- atento a la especial protección de la vivienda familiar. "El Código prohíbe la disposición de los derechos sobre la vivienda familiar y de los muebles indispensables de ella sin la conformidad previa del miembro de la pareja no contratante, exigiéndose también aquélla para trasladar a esta última categoría de bienes por fuera de la morada en la que habita el matrimonio...el negocio concluido sin el asentimiento conyugal se encuentra afectado por una nulidad relativa, siendo que la sanción impuesta por la ley se encuentra pensada en la protección del cónyuge que no participare en el acto cuestionado...el vicio podrá ser saneado por la confirmación del acto y por la prescripción de la acción"[657] [658] [659]. Si bien el principio es

656 LORENZETTI, Ricardo Luis, *Código Civil...* , comentado por HERRERA, Marisa Tomo III, op. cit., p 44.

657 LORENZETTI, Ricardo Luis, *Código Civil...* , comentado por HERRERA, Marisa Tomo III, op. cit., p 45.

658 "Se ha ampliado la protección de la vivienda familiar que trata la legislación anterior, ya que la nueva normativa se aplica a todos los regímenes patrimoniales. La primera parte del art. 456 del CCCN dispone "Ninguno de los cónyuges puede, sin el asentimiento del otro, disponer de los derechos sobre la vivienda familiar, ni de los muebles indispensables de ésta, ni transportarlos fuera de ella..." Cabe señalar que se ha mejorado la redacción anterior al hacer ahora referencia al "asentimiento" y no al consentimiento, porque se trata una expresión precisa que refleja claramente la intervención que le corresponde al cónyuge no propietario. Disponer de los derechos sobre la vivienda incluye no sólo los actos de enajenación, sino también constituir derechos reales o de garantía sobre el inmueble familiar. Se amplía la protección a los muebles indispensables de la vivienda y a la imposibilidad de transportarlos fuera de ella sin el correspondiente asentimiento. Ha quedado clarificada la sanción que corresponde cuando un acto se ha otorgado sin la conformidad conyugal porque ahora se expresa que será la nulidad del acto y la restitución de los muebles. La acción de nulidad debe ser interpuesta dentro del plazo de seis meses de haber reconocido el acto de disposición los derechos sobre la vivienda o sobre sus muebles indispensables, o para requerir su restitución. Este plazo comienza a computarse desde que el cónyuge que debía prestar su asentimiento conoció el acto, pero nunca podrá plantearse después de los seis meses de la extinción del régimen patrimonial. No se ha previsto la forma en que debe instrumentarse el asentimiento, aunque cabe suponer que deberá tener la misma que se requiere para el acto principal al que accede. Tampoco se ha determinado el tiempo en que tiene que ser otorgado y ninguna duda cabe cuando se lo ha expresado en forma anterior o simultáneamente con el acto principal. A lo que cabe agregar la posibilidad de la convalidación posterior, ya en forma expresa o bien tácita por la inacción cuando se ha dejado transcurrir el plazo de seis meses desde que conoció el acto sin requerir su nulidad. También se

la inejecutabilidad de la vivienda familiar, en el caso de deudas contraídas por ambos cónyuges en forma conjunta o contando con el respectivo asentimiento se admite la excepción en forma restrictiva.

En relación a las uniones convivenciales "en similar redacción, el art. 522 del CCyC establece que ninguno de los convivientes puede, sin el asentimiento del otro, disponer de los derechos sobre la vivienda familiar, ni de los muebles indispensables de ésta, ni transportarlos fuera de la vivienda. El requisito para que prospere la protección es que la unión se haya inscripto oportunamente ante el registro que corresponda...Si el acto de disposición se celebra sin el asentimiento del conviviente no titular, o la pertinente autorización judicial, puede ser demandado de nulidad"[660] [661]. A ello puede

---

encuentra protegida la vivienda familiar, en principio respecto de la acción de los acreedores de los cónyuges posteriores a la celebración del matrimonio. Esta solo podrá ser ejecutada cuando la deuda haya sido contraída por ambos cónyuges o por uno de ellos con el asentimiento del otro. Se ha determinado el contenido del asentimiento, circunstancia que había motivado discrepancias doctrinarias. De acuerdo con el art. 457 del CCCN el asentimiento debe versar sobre el acto en sí y sus elementos constitutivos. Por ese motivo, ...(el) asentimiento...debe recaer sobre cada acto en particular. Pero además, deberá contener los elementos esenciales del acto, como por ejemplo, el precio, su forma de pago, las garantías que pueden otorgarse, los plazos para entrega de la posesión y otorgar la escritura y las restantes modalidades que pueden existir en dicha operación. En caso de no contar con esos elementos, el asentimiento carecerá de eficacia jurídica. Dicha conformidad podrá ser otorgada por un mandatario del cónyuge que deba prestarlo siempre que cuente con facultades expresas identificado los bienes a que se refiere (art. 375 inc b). Puede suceder que no se pueda obtener el asentimiento del cónyuge no propietario o que éste se niegue a otorgarlo. Esto tendrá a lugar cuando el cónyuge esté ausente, sea incapaz, esté imposibilitado transitoriamente de expresar su voluntad o cuando la negativa sea injustificada...En estos supuestos el cónyuge propietario se encuentra habilitado para requerir la autorización judicial supletoria. En esta presentación deberá expresar y acreditar las razones por las que no se puede obtener el asentimiento o exponer los motivos que hacen necesaria y justifican la operación. El juez, previa intervención que debe darle el otro cónyuge, por si o por medio de su representante, para que exponga las razones por las que no puede o por las que niega el asentimiento, deberá resolver teniendo en cuenta el interés familiar. En caso de negar la venia supletoria, el acto no podrá otorgarse, pero si hace lugar a la autorización requerida el acto complementado con la decisión judicial es perfectamente válido y como tal, oponible al otro cónyuge. Va de suyo que no podrá surgir obligaciones personales a cargo del cónyuge que no dio el asentimiento. Sin embargo, es posible que sea obligado a cumplir con determinadas consecuencias del acto, como por ejemplo, entregar la posesión libre de ocupantes", AZPIRI, Jorge O., *Incidencias del Código Civil y Comercial Derecho de Familia*, Buenos Aires, Editorial Hammurabi 8tava reimpresión marzo 2016, p 88-89.

659 "imposibilita la disposición de los derechos sobre la vivienda y que esta prohibición es más amplia que el impedimento a disponer de la vivienda, ya que implica que además de no poderse disponer de la propiedad tampoco se puede disponer del contrato de locación o del derecho de uso y habitación sin el asentimiento conyugal o conviviente", RIVERA, Julio César; MEDINA, Graciela, -Directores-, *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, comentado por MEDINA, Graciela, Buenos Aires, Editorial La Ley, 2014, Tomo II, p 121.

660 KOWALERO, Andrea; SCOCOZZA, Romina: "Inejecutabilidad de la vivienda. Algunas reflexiones sobre la vivienda familiar y su protección en el Código Civil y Comercial de la Nación",

sumarse una situación más y es la relativa "al establecimiento de ciertos límites en la posibilidad de terceros de ejecutar el cobro de sus deudas sobre el bien sede del hogar familiar mientras dure la convivencia...excluye de esta garantía a la vivienda familiar siempre que se cumplan determinadas condiciones: que la deuda haya sido contraída con posterioridad a la registración de la unión convivencial, que no hay sido contraída por ambos integrantes de la unión o que, contraída por uno de ellos, no cuente con el asentimiento del otro"[662].

4. b) Supuestos de atribución preferencial en la partición de la comunidad de los cónyuges (art. 499 del CCyCN).

El art. 499 del CCyCN consigna la posibilidad de atribución preferencial en relación a uno de los cónyuges, en líneas generales y frente a la partición de la comunidad, en las hipótesis de: el establecimiento comercial, industrial o agropecuario "por él adquirido o formado que constituye una unidad económica, o la vivienda por él ocupada al tiempo de la extinción de la comunidad. Estos bienes pueden exceder la parte del solicitante en la misma con cargo de pagar la diferencia en dinero al otro cónyuge o a sus herederos, con facultad del tribunal de concederle plazos para el pago si ofrece suficientes garantías. Al igual que lo previsto por artículo 2375 del Código Civil y Comercial, la posibilidad de un resultado antieconómico de los bienes del acervo habilita la adjudicación preferencial a uno o varios de los copartícipes"[663].

Derecho de Familia Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia Nro. 80, Directoras: GROSSMAN, Cecilia; LLOVERAS, Nora; KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída; HERRERA, Marisa, Buenos Aires, Editorial Abeledo Perrot, 2017, p 154.

661 "Este amparo sólo se mantiene durante la vida en común, salvo lo dispuesto por los arts. 526 y 527. Para que la protección de la vivienda sea efectiva es preciso que la unión convivencial haya sido inscripta, porque así lo dispone la primera parte del art. 522. En caso contrario, es decir, cuando se trate de una simple convivencia o cuando no se la pueda considerar unión convivencial por no cumplirse con los requisitos del art. 510 o cuando aun cumpliéndolos no se hubiera inscripto no habrá amparo sobre la vivienda", AZPIRI, Jorge O., *Incidencias del Código Civil y Comercial Derecho de Familia*, op. cit, p 133.

662 LORENZETTI, Ricardo Luis, *Código Civil...* , comentado por HERRERA, Marisa Tomo III, op. cit., p 342.

663 KEMELMAJER de CARLUCCI; HERRERA, Marisa; LLOVERAS, Nora -Directoras-, *Tratado de Derecho de Familia en el Código Civil y Comercial de 2014*, comentado por MEDINA, Graciela I,Tomo I, op. cit., pág. 865.

La norma regula lo relativo a la partición de la comunidad, tratando de que la distribución sea lo suficientemente equitativa para ambos cónyuges, y en este sentido se inclina por la aplicación de una justicia integral en la adjudicación particional así, "la atribución preferente de ciertos bienes a alguno de los cónyuges, fundado en algunas razones que el legislador considera que ameritan darle un trato diferencial en la adjudicación...introduciendo otros criterios relevantes para que la partición sea equitativa"664 665.

4. c) Objeto de medidas provisionales (art. 721, inc. a del CCyCN).

En el diseño adoptado en la Codificación "se regula en un Título especial -VIII, arts. 705 a 723- cuestiones relativas a las acciones de estado de familia: todas las normas proyectadas en cuatro capítulos, se observan redactados a la luz del derecho procesal constitucional de la familia. Entre ellas, el principio de tutela judicial efectiva, que comprende el acceso a la justicia, el de economía y el de celeridad procesal, recogiéndose así el valor y entidad que se otorga a este principio en las 100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia en condiciones de vulnerabilidad, todo en relación directa con los principios de inmediación, buena fe, lealtad procesal, oficiosidad y oralidad...Se prevén por separado las normas sobre las acciones de estado de familia,

664 LORENZETTI, Ricardo Luis, *Código Civil... ,* comentado por HERRERA, Marisa Tomo III, op. Cit., 254.

665 "La vivienda es otro de los bienes respecto de los cuales el artículo 499 establece la posibilidad de solicitar la atribución preferencial, lo que puede requerirse si aquella hubiera estado ocupada por dicho cónyuge al tiempo de la extinción de la comunidad. Esto supone la extinción de la comunidad por causa de muerte de uno de los esposos, o que el otro cónyuge hubiera desocupado el inmueble antes de dicha extinción, puesto que, de otra manera, parece problemática la admisión de preferencia alguna. Salvo que se considerara aplicable el artículo 2382, ubicado en el capítulo sobre los modos de hacer la partición de la herencia, que dispone que si la atribución preferencial es solicitada por varios copartícipes que no acuerdan en que les sea asignada conjuntamente, el juez la debe decidir teniendo en cuenta la aptitud de los postulantes para continuar la explotación y la importancia de su participación personal en la actividad...La atribución preferencial que resulta del artículo 499 nos hace asimismo recordar de alguna manera —aunque lejanamente y con un alcance distinto al de dicha norma, que supone la atribución de la vivienda en propiedad— a la disposición establecida en la última parte del antes citado artículo 53 de la ley 14.394, que contemplaba la posibilidad, por parte del cónyuge supérstite, en el caso de "la casa habitación construida o adquirida con fondos de la sociedad conyugal formada por el causante, si fuese la residencia habitual de los esposos", de oponerse a la división del bien por un término máximo de diez años", SAMBRIZZI, Eduardo Antonio, *Tratado de Derecho de Familia*, Buenos Aires, Editorial La Ley 2da. Edición actualizada, 2018, Tomo IV, e book.

(art. 712 y ss), las reglas de competencia para diversos procesos (art. 716 y ss.), las medidas provisionales relativas a las personas y a los bienes (art. 721 y ss)"[666]. En lo que interesa a este estudio, el artículo 721 del CCyCN dispone: "Medidas provisionales relativas a las personas en el divorcio y en la nulidad de matrimonio. Deducida la acción de nulidad o de divorcio, o antes en caso de urgencia, el juez puede tomar las medidas provisionales necesarias para regular las relaciones personales entre los cónyuges y los hijos durante el proceso. Puede especialmente: a) determinar, teniendo en cuenta el interés familiar, cuál de los cónyuges ha de continuar en el uso de la vivienda familiar y, previo inventario, qué bienes retira el cónyuge que deja el inmueble...".

Las medidas cautelares en el marco del proceso de familia[667], implican en líneas generales reducir el conflicto, en correlato con la urgencia propia de la medida y su naturaleza, a fin de obtener una tutela anticipada, lo que implica acreditar extremos necesarios entre ellos la urgencia en relación al daño cierto e inminente, la introducción de la demanda de divorcio o nulidad y siempre que los cónyuges no hubieren arribado a acuerdo. Dentro de estas medidas se encuentra la atribución provisional del uso de la vivienda a uno de los cónyuges que implica la salida del otro. "Si la protección es requerida por uno sólo de los cónyuges, para que la misma se otorgue sin oír al restante,

666 KRASNOW, Adriana -Directora-, *Tratado de Derecho de Familia. Una introducción al estudio del Derecho de Familia*, comentado por LLOVERAS, Nora; SALOMON, Marcelo, "Derecho Constitucional de Familia", Buenos Aires, 2015, Editorial La Ley, Tomo I e book.

667 "se afirma que hay autores que admiten un aspecto cautelar a estas, otros que pese a admitir también dicha fachada pero le añaden un alcance más extenso de estas medidas, basándose esencialmente en su eficacia plena durante el tiempo de su vigencia. Y son, Prieto Castro, Guasp, Herce, entre otros, los que de modo directo acercan las medidas provisionales a las cautelares, reconociendo a las primeras puntos de contacto con las segundas, pese a advertir que su significado es más profundo y de mayor alcance material y tuitivo. En este sentido puede concluirse en que la doctrina aproxima o equipara medidas provisionales y medidas cautelares, con diferente énfasis; mientras que parte de la doctrina entiende que existe una cierta naturaleza cautelar en las medidas provisionales, otra las considera próximas a éstas o de naturaleza familiar, lo que ha provocado su asociación a las medidas cautelares por parte de la doctrina, otra las considera próximas a éstas o de naturaleza mixta, entendiendo la mayoría de la doctrina procesalista que son claramente cautelares haciéndose en ocasiones referencia a las medidas provisionales comprendiéndolas, sin lugar a dudas ni previo análisis, dentro de las medidas cautelares...Las medidas provisionales no tienen como única función mantener la situación establecida antes del procedimiento, ni procurar la efectividad de la sentencia, sino que también han de llenar en lo posible el vacío que se produce durante la conflictiva familiar, disponiendo una tutela anticipada en ciertos casos indispensable ante la situación familiar, y si nos regimos por conceptos poco flexibles se podría considerar que no se trataría de medidas cautelares en esos casos...", JIMENEZ, María Eugenia, "Medidas provisionales y procesos urgentes en el proceso de familia" en *Revista de Derecho de Familia y de las Personas,* La Ley Buenos Aires 2018, e book.

la persona solicitante habrá de ser contundente en la acreditación del peligro que invoca. No es suficiente la mera posibilidad, sino que deberá acreditarse un grado superior a esa instancia. Caso contrario, y en virtud de la igualdad de derechos entre los miembros de la pareja, el pedido podrá sustanciarse por un breve plazo, o el juez requerir la intervención interdisciplinaria, según fuese el motivo invocado para obtener la tutela pretendida...el cambio de situación matrimonial de los padres no debe perjudicar a los hijos en lo que refiere a tener cubiertas sus necesidades habitacionales, ya que el derecho a la vivienda sigue formando parte del derecho alimentario de éstos aunque hayan variado las circunstancias familiares"[668]

4. d) Regulación sobre legados alimentarios (art. 2509 del CCyCN).

En el Capítulo 5 del Código Civil y Comercial refiere a los "Legados" consignado en art. 2494 "Normas aplicables. El heredero está obligado a cumplir los legados hechos por el testador conforme a lo dispuesto en este Código sobre las obligaciones en general, excepto disposición expresa en contrario de este Capítulo". Es así, que en el artículo 2509 del CCyC referido al legado de alimentos, en lo que interesa, puede comprender lo relativo -entre otros- la vivienda, siendo su destinatario o beneficiario las personas menores de edad o con capacidad restringida en atención a la letra del articulado ("hasta que alcance la mayoría de edad o recupere la capacidad"). En ese aspecto se sostiene que "el causante puede determinar la extensión de su liberalidad mediante la asignación de determinada cantidad de bienes que componen la cuota. Así es que puede indicar qué cantidad y qué tipo de alimentos se le proveerán al beneficiario en el plazo que él indique...puede también tan sólo indicar que le lega alimentos a la persona que él determine mientras persista su falta de aptitud para procurárselos, y con la extensión temporal que resulta de su exclusiva voluntad"[669]. Se trata de una

668 LORENZETTI, Ricardo Luis, *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, comentado por HERRERA, Marisa, Santa Fe, Editorial Rubinzal Culzoni, 2015, Tomo IV, p 649.
669 LORENZETTI, Ricardo Luis, *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado* comentado por CORDOBA, Marcos M., Santa Fe, Editorial Rubinzal Culzoni, 2015, Tomo XI, p 155.

liberalidad, en la que prevalece la voluntad del testador [670].

4. e) Indivisión forzosa (art. 2330, 2331 y 2332 del CCyCN).

En el Código derogado no se admitía la indivisión forzosa temporaria en materia sucesoria, si bien mediante leyes complementarias se introdujo la posibilidad de indivisión temporaria ya sea por el causante -a su propuesta-, por los herederos o por protección al cónyuge. Sin ingresar a los antecedentes del Código derogado como también a las solventes posiciones doctrinarias que se pronunciaban en contra y a favor, teniendo en consideración matices diversos como la mayor actividad productiva y cuidado que se desprenden de la propiedad exclusiva, o las dificultades en el mantenimiento de la comunidad en sus copartícipes, etc.; lo cierto es que la actual normativa le otorga al testador la facultad de imponer a sus herederos -incluídos los legitimarios-, la indivisión forzosa de la herencia por un plazo de hasta diez años, dejando a salvo la facultad judicial de autorizar la división en caso de circunstancias graves o razones de manifiesta utilidad. Se trata de una indivisión forzosa impuesta por vía testamentaria, más allá de que también la actual normativa permite a los coherederos conformar un pacto de indivisión. Pero a su vez, y en lo que se quiere remarcar, es en el caso de los derechos que tiene el cónyuge supérstite frente a la vivienda. "Corresponde considerar si cuando la ley se refiere a otra vivienda para sus necesidades atiende exclusivamente a condiciones edilicias o habitacionales, pues uno de los requisitos para el otorgamiento del derecho es que el bien haya sido residencia habitual de los cónyuges al tiempo de fallecer el causante. Ello indica claramente que en consideración de que la habitualidad en la residencia importa un orden de valoración diverso al de las condiciones edilicias, se refiere a una cuestión de arraigo en la habitación, que posee valor afectivo, y por ello debe concluirse que al imponer la ley la suficiencia para sus necesidades refiere a este arraigo o ese afecto; pues si el legislador no lo hubiese

670 Un sector de la doctrina ha divido las fuentes alimentarias entre legales y convencionales, ubicando dentro de esta última a los legados de alimentos; MOLINA de JUAN, Mariel F: "Alimentos a los hijos en el Código Civil y Comercial" en *Sup. Esp. Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Familia Filiación y Responsabilidad Parental*, 20/05/2015, 147.

considerado como necesidad no lo hubiera impuesto como requisito...Ocurre que en algunos casos uno de los cónyuges ha fundado un emprendimiento productivo durante la vigencia plena de los efectos matrimoniales regidos por la participación y la administración y disposición de tal unidad le corresponde, sin perjuicio de la ganancialidad….el legislador prevé la solución mediante la facultad otorgada a quien puede oponerse a la inclusión en la partición de lo que constituye una unidad económica en cuya explotación ha participado activamente. En ello el artículo 2332 legitima al cónyuge y el 2333 al heredero que antes de la muerte del causante haya participado activamente en la explotación de la empresa"[671] [672].

4. f) Atribución preferencial en la instancia de partición (art. 2381, inc. a del CCyCN).

El art. 2381 del CCyCN establece: "Atribución preferencial de otros bienes. El cónyuge sobreviviente o un heredero pueden pedir también la atribución preferencial: a) de la propiedad o del derecho a la locación del inmueble que le sirve de habitación, si tenía allí su residencia al tiempo de la muerte, y de los muebles existentes en él". Encuentra también su fundamento en lo expuesto en el apartado anterior. Ello así, puesto que protege al cónyuge supérstite y se integra a la estructura jurídica del artículado señalado, en tanto "el cónyuge u otro heredero pueden hacer valer la habitación que hayan ejercido respecto de determinado bien; el haber usado bienes

671 LORENZETTI, Ricardo Luis, *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, comentado por CORDOBA, Marcos M., Tomo X, op. cit., p 595-596.

672 La incorporación al derecho positivo de este supuesto de indivisión fue calificada como "una creación", con "amplio fundamento de equidad" y también como la "más razonable". Uno de los perfiles es la oposición por el cónyuge supérstite con relación a un establecimiento o participaciones sociales existentes en el acervo hereditario ya porque le pertenecen o los explota, y el otro es el atinente a la vivienda ganancial que era la residencia habitual de los cónyuges al tiempo de fallecer el causante. Si la oposición a la indivisión por el cónyuge deriva en que ejercite un uso exclusivo sobre los bienes indivisos, parece razonable que se lo compense si alguno de los herederos lo reclama y desde el momento en que lo haga (art. 2328, Código Civil y Comercial). El derecho del heredero requirente es armónico con el otorgado al condómino en el art. 1988 e incluso con el art. 484 para la indivisión que sobreviene a la extinción del vínculo matrimonial", ALTERINI, Jorge Horacio; ALTERINI, Ignacio Ezequiel; ALTERINI, María Eugenia, *Tratado de los Derecho Reales*... Tomo II op. cit.

muebles con fines productivos o el haber explotado emprendimientos. Es decir, el valor de los actos precedentes..."[673]. La singularidad de lo normado asume una solución "original y útil al rescatarse el valor que se le adjudicaba a los actos precedentes a la muerte de quien transmite"[674]. En igual sentido "el artículo 2380 también se contempla la posibilidad por parte del cónyuge sobreviviente (como también de un heredero) de pedir la atribución preferencial en la partición, con cargo de pagar el saldo si lo hay, del establecimiento agrícola, comercial, industrial, artesanal o de servicios que constituye una unidad económica, en cuya formación participó. En caso de explotación en forma social, también puede pedir la atribución preferencial de los derechos sociales, si ello no afecta las disposiciones legales o las cláusulas estatutarias sobre la continuación de una sociedad con el cónyuge sobreviviente o con uno o varios herederos; el saldo debe pagarse al contado, excepto acuerdo en contrario (art. 2380, segunda y tercera partes)"[675].

4. g). Derecho real de habitación del cónyuge supérstite y conviviente sobreviviente (arts. 2383 y 527 in fine del CCyCN).

En el Capítulo 2 del Código Civil y Comercial de la Nación Argentina "Modos de hacer la partición", el artículo 2383 consagra el Derecho real de habitación del cónyuge supérstite, sosteniendo que "el cónyuge supérstite tiene derecho real de habitación vitalicio y gratuito de pleno derecho sobre el inmueble de propiedad del causante, que constituyó el último hogar conyugal, y que a la apertura de la sucesión no se encontraba en condominio con otras personas. Este derecho es inoponible a los acreedores del causante". Se lo regula en el mismo sentido en el artículo 527 del Digesto referido a la atribución de la vivienda en caso de muerte de uno de los convivientes: "El conviviente supérstite que carece de vivienda propia habitable o de

673 LORENZETTI, Ricardo Luis, *Código Civil...* , comentado por CORDOBA, Marcos M., Tomo X, op. cit., p 724.
674 LORENZETTI, Ricardo Luis, *Código Civil...* , comentado por CORDOBA, Marcos M., Tomo X, ibidem, p 723.
675 SAMBRIZZI, Eduardo Antonio, *Tratado de Derecho de Familia*..., Tomo IV, e book.

bienes suficientes que aseguren el acceso a ésta, puede invocar el derecho real de habitación gratuito por un plazo máximo de dos años sobre el inmueble de propiedad del causante que constituyó el último hogar familiar y que a la apertura de la sucesión no se encontraba en condominio con otras personas. Este derecho es inoponible a los acreedores del causante. Se extingue si el conviviente supérstite constituye una nueva unión convivencial, contrae matrimonio, o adquiere una vivienda propia habitable o bienes suficientes para acceder a ésta".

El fundamento del derecho real del cónyuge supérstite es asistencial y tuitivo, en tanto se trata de preservar y conservar la habitación que en vida fue sede del hogar conyugal (proyecto de vida en común) frente a requerimiento de terceros, herederos o legatarios en el marco de la partición[676]. Es un derecho gratuito, que dura desde que se obtiene hasta el fin de la vida, sin que exista en la reglamentación cláusula de caducidad (como existía en la anterior codificación) [677].

676 "Este fundamento asistencial ha inspirado las consideraciones de las XIX Jornadas Notariales Bonaerenses realizadas en Pergamino Provincia de Buenos Aires en 1975, en las Primeras Jornadas Científicas de la Magistratura Argentina, efectuadas en Tucumán también en 1975 y en la IV Jornadas Santafecinas de Derecho Civil llevadas a cabo en Mendoza en 1976", LORENZETTI, Ricardo Luis, *Código Civil...* , comentado por CORDOBA, Marcos M., Tomo X, op. cit., p 726.

677 (En el Código derogado) "Se trataba de un derecho real de origen legal... y se discutía si operaba *ipso iure*... o bien si era necesaria la iniciación de los trámites sucesorios para su reconocimiento...Las XX Jornadas Nacionales de Derecho Civil de 2005, celebradas en Buenos Aires, declararon a través de la comisión 4 que debía "superarse toda duda acerca de la adquisición del derecho de habitación del cónyuge supérstite por mera virtualidad de la ley". Para la procedencia de este instituto entonces se requería en primer lugar que al momento de la muerte del causante existiese tan sólo un inmueble habitable como integrante del haber hereditario. Ese único inmueble habitable, además, debía haber sido el hogar conyugal y no superar en cuanto a su estimación el monto máximo que establecía la ley 14.394 para la afectación de un bien al régimen de bien de familia. A su vez, debían concurrir a la sucesión otras personas con vocación hereditaria o en su carácter de legatarios, en tanto si así no ocurría no tenía sentido brindar esta protección, siendo que el cónyuge supérstite sería quien únicamente tendría derecho sobre la cosa. Este derecho real se establecía en forma vitalicia y gratuita, y encontraba su válvula de escape en caso que el supérstite contrajere nuevas nupcias, solución que mereció severas críticas de la doctrina en tanto conformaba una especie de impedimento a contraer matrimonio. No sería igualmente el único modo de extinción de este derecho, en tanto lo mismo ocurriría, a guisa de ejemplo, con la muerte del habitador, su renuncia al derecho, la pérdida o destrucción de la cosa, etc... El Proyecto de 1998 si bien la esencia de este derecho real se respetaba en el Proyecto en su artículo 2336, se vislumbraban algunas diferencias sustanciales, en tanto no se establecía la necesidad de concurrencia a la sucesión de herederos o legatarios junto con el cónyuge supérstite aunque descartando que si no existiere tal concurrencia se generaría la imposibilidad jurídica de este instituto y se eliminaba la referencia al tope cuantitativo y su remisión a las normas de la ley 14.394 en lo tocante al régimen de bien de familia. Por su parte, se añadía que no sólo el contraer nuevas nupcias funcionaba como causal de extinción del derecho, sino que lo mismo ocurría en caso de concubinato por parte del beneficiario, por lo que acreditado éste se podía solicitar el cese del derecho. Asimismo, se disipaba todo tipo de duda respecto a la fuente de este derecho, en tanto el artículo

Respecto a la naturaleza jurídica del mismo, en modo sucinto, se lo considera desde distintos sectores de la doctrina como derecho hereditario en tanto se asume que el cónyuge supérstite concurre a la sucesión en su calidad de heredero como condición fundamental para el ejercicio del mismo. Otro sector lo vincula a una carga legal impuesta a los herederos en beneficio del cónyuge y también como "*iure propio*, derecho propio. Se considera que el derecho del cónyuge supérstite nace con la muerte del causante. No lo recibe por herencia ni integra la masa hereditaria y, por ende, no se incluye en la partición ni se calcula su valor para fijar la legítima o para calcular las porciones hereditarias. Este derecho le es otorgado al cónyuge por su calidad de tal, ya como heredero, ya por su vocación a la ganancialidad, y por ello es un derecho propio de él, por no formar parte de la herencia que se transmite, naciendo en el mismo momento de la muerte del cónyuge, pues si éste lo tuviere en vida se extinguiría por efecto de su muerte, dado que es instransmisible"[678] [679] [680] [681].

En consonancia con lo expuesto y en relación al anterior Código derogado, exponía con claridad la Dra. Kelmemajer de Carlucci "Las tesis que intentan explicar el nacimiento de esta desmembración legal del dominio son diversas: un sector considera que se trata de un derecho que se transmite *vía successionis* (para algunos, a título de herederos, otros, de un legado legal); otros sostienen que...sólo se trata de establecer si

---

2062 expresaba que el derecho real de habitación no podía constituirse por mero efecto de la ley, con excepción del caso del derecho real de habitación del cónyuge supérstite", ALTERINI, Jorge Horacio; ALTERINI, Ignacio Ezequiel; ALTERINI, María Eugenia, *Tratado de los Derecho Reales...* Tomo II op. cit.

678 LORENZETTI, Ricardo Luis, *Código Civil...* , comentado por CORDOBA, Marcos M., Tomo X, op. cit., p 727.

679 Vid. su correlato con los artículos 1887, 1890, 1894 y 1984 del CcyCN.

680 "Este derecho real mantiene sus caracteres de vitalicio y gratuito para el cónyuge supérstite, aunque por expresa imposición del código, es inoponible a los acreedores del causante, teniendo estos últimos preferencia para el cobro (arg. arts. 2316 y 2359). Por último, se elimina como causal de extinción de este derecho real la contracción de nuevas nupcias o bien el vivir en concubinato, a diferencia de lo que preveía el Código velezano y el Proyecto de 1998, y que como dijéramos había sido catalogado como un castigo al matrimonio", ALTERINI, Jorge Horacio; ALTERINI, Ignacio Ezequiel; ALTERINI, María Eugenia, *Tratado de los Derecho Reales...* Tomo II, op. cit.

681 "Si bien es cierto que el CCyCN mantiene el derecho real de habitación del cónyuge supérstite en el art. 2383, dicha prerrogativa se relaciona con la protección que se brinda al cónyuge supérstite y no con la indivisión de bienes en condominio; es más, una de las condiciones de procedencia de este derecho es que a la época de la apertura de la sucesión el inmueble no se encontraba en condominio con otras personas. En un caso se da prioridad a valores morales, en el otro a factores económicos", GURFINKEL de WENDY, Lilian N., *Derechos Reales*, Buenos Aires, Editorial Abeledo Perrot, Segunda edición actualizada de acuerdo al nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, 2015, Tomo I e book.

este derecho es parte de los bienes o parte de la herencia, calificándolo de carga legal; no faltan quienes lo sindican como un derecho *sui generis*. Por mi parte, he adherido a quienes piensan que el derecho real de habitación creado por ley 20798 nace en cabeza del cónyuge, como consecuencia de la muerte, pero desvinculado de los principios que rigen el derecho de sucesiones y, consecuentemente de la calidad de heredero; los principales argumentos de estas posiciones son los siguientes: a) Nadie duda sobre la finalidad asistencial que guió al legislador cuando introdujo este derecho. La ley no se propone regular la transmisión de los derechos, ni está inspirada en razones pecuniarias, sólo persigue la protección de la vivienda del cónyuge supérstite, incluso en desmedro de los derechos de propiedad que competen a los herederos. b) Si todos los bienes que conforman el acervo son gananciales, el cónyuge nada hereda, por lo que no reviste la calidad de heredero. Sin embargo, ello no le impide invocar el derecho real de habitación. También es necesario aclarar que el derecho real de habitación del cónyuge, a diferencia de la figura regulada por el art. 53 de la ley 14394, no configura un caso de indivisión forzosa. Señala acertadamente Luis Moisset de Espanes que la partición hereditaria se realizará sin ningún obstáculo, tanto sobre el resto de la masa de bienes, como respecto al inmueble mismo afectado por el derecho de habitación. Lo que ocurre es que habrá sobre el inmueble una desmembración legal del dominio"[682].

En el caso de la unión convivencial, este derecho real de habitación [683] se

682 KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída, *Protección jurídica de la vivienda familiar*, op. cit, p 323.

683 "Un primer problema respecto a esta novedosa figura surge de la propia redacción del artículo en análisis, en tanto de su lectura pareciera desprenderse que el conviviente tiene la facultad de invocar este derecho, a diferencia de lo que ocurre en el caso previsto en artículo 2383 en donde se observa que el cónyuge supérstite tiene este derecho desde el mismo momento del fallecimiento del causante. Creemos que una interpretación armónica nos llevará a pensar que este derecho real también produce una adquisición de pleno derecho, en tanto el artículo 1894 del Código Civil y Comercial lo establece como uno de los casos de adquisición legal de un derecho real. Surge aquí una nueva discrepancia doctrinaria en torno a si resulta necesaria la petición en el juicio sucesorio para su obtención – pese a que deba ejercerlo dentro de los dos años a partir de la apertura de la sucesión – frente al ejercicio de la partición cuando los legitimados pretendan hacerse con el inmueble, o bien si es necesario peticionar u oponer su derecho en el sucesorio funcionando a petición de parte. Para que este derecho real sea viable, es necesario que se establezca sobre un inmueble de propiedad del causante que hubiere constituido el último hogar convivencial, y que el mismo no se encuentre en condominio con terceros distintos a los convivientes. Además, no es menester la concurrencia de personas con vocación hereditaria, siendo esto intrascendente en tanto el conviviente no la tiene...acá sí se exige que el conviviente supérstite carezca de vivienda propia habitable o de bienes que aseguren su acceso a ésta, replicando las notas que hemos

encuentra regulado sólo por dos años, reconociendo su existencia la misma finalidad asistencia y de tuición que el anterior.

5. Epílogo

El Capítulo III del Código Civil y Comercial diseña bajo el Título Vivienda el régimen de afectación de la misma, asumiendo como sustrato el derecho a la vivienda como humano y fundamental. En el juego armónico de la normativa dispuesta en la codificación, en el art. 244 de dicho Digesto se aclara que "esta protección no excluye la concedida por otras disposiciones legales". Es en este último sentido, en que en el presente acápite se hace un muestreo (sin que sea exhaustivo) de normativa contenida en la codificación que involucra al Derecho a la Vivienda en el ámbito de disposiciones del Derecho de Familia, que -en algunos casos- se acercan a los márgenes de los Derechos Reales. En ese aspecto, no puede soslayarse que añadirle el calificativo familiar -a la vivienda-, es justamente porque contempla la finalidad de proteger la casa habitación en la que se desarrolla el núcleo afectivo y que la legislación tiene como objetivo primero, cuidar y preservar. En ese aspecto puede notarse como en el orden de los alimentos, la vivienda es un concepto que lo integra, en tanto se trata de una pauta que ingresa dentro del derecho-deber de asistencia y que es tenido en cuenta judicialmente no sólo para su cuantificación sino también para su cese, destacándose como novedad de la codificación la prestación alimentaria en especie pudiéndose

---

reflejado al referirnos al derecho real del cónyuge supérstite, encontrando su fundamento en el mentado abuso del derecho...El derecho establecido es gratuito, mas limitado en el tiempo, por un plazo máximo que no podrá exceder de dos años, y tampoco podrá ser opuesto a los acreedores del causante. En el caso del derecho de habitación del conviviente supérstite se prevé aquella válvula de escape contenida en el artículo 3573 bis del derogado Código Civil para el cónyuge, en tanto si el supérstite contrae una nueva unión convivencial o matrimonio, se extingue el derecho consagrado, lo que importa replicar los argumentos que se vertieron anteriormente. Al igual que lo que sostuvimos al referirnos al derecho real de habitación del cónyuge supérstite, creemos que este derecho contiene una protección oblicua en relación a la vivienda, y apunta más a la persona del conviviente supérstite. El conviviente encuentra la protección del hogar convivencial, como se establece en los Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial, y aquella protección surge de la nota asistencial que subyace de la idea que trae aparejada la norma, pero aquella protección realmente está apuntada a la persona, quien se ve desvalida frente a la muerte de su conviviente", ALTERINI, Jorge Horacio; ALTERINI, Ignacio Ezequiel; ALTERINI, María Eugenia, *Tratado de los Derecho Reales...* Tomo II, op. cit.

configurar con la casa habitación.

La regulación que se efectúa en lo que hace al uso de la vivienda como sede del hogar conyugal frente al divorcio, permite inferir que no se trata de un nuevo derecho, siendo independiente del derecho de propiedad, sino que se trata de un derecho de uso otorgado a alguno de los cónyuges en el cual incidirá para su concesión la existencia de titularidad de un derecho anterior (de propiedad, locación, usufructo, etc.) para el goce del mismo, prevaleciendo judicialmente el criterio del interés familiar, la solidaridad familiar y el criterio vector del Digesto en cuanto a la "ética de los vulnerables" que en definitiva hace concluir que es en cada caso concreto conforme a sus circunstancias particulares cómo se define esta atribución de uso[684]. Se legisla también sobre su cese, teniendo en cuenta que puede ocasionar una limitación al dominio.

Las uniones convivenciales comparten también en forma análoga la situación de la atribución de uso de la vivienda y si bien se exige la inscripción de las mismas en tanto la posible afectación de derechos de terceros, las similitudes son palmarias. No obstante, se destaca la existencia de pactos de convivencia entre los propios convivientes afincados en la autonomía de la voluntad[685] , y sin afectar el orden público ni el principio de igualdad[686] ni los derechos fundamentales de los convivientes,

684 "A los problemas derivados de la vulnerabilidad no se los puede solucionar solamente con respuestas legales o jurisprudenciales porque están involucrados estereotipos, patrones socios culturales y situaciones de pobreza económica social que deben ser combatidos con políticas públicas y cambios culturales. No obstante lo antedicho, creemos que desde el derecho se puede contribuir a evitar la discriminación mediante procesos idóneos que permitan el dictado de sentencias eficaces para hacer efectivos sus derechos fundamentales", BASSET, Ursula; FULCHIRON; Hugues; BILAUD-GARON, Christine y LAFFERIERE, Jorge N.; Coordinadores: GONZALEZ, Eliana M.; MARTINEZ Alcorta, Julio A.; TETARD, Stessy y MILLERIOUX, Guillaume -Directores- , *Tratado de la vulnerabilidad*, comentado por MEDINA, Graciela: "Vulnerabilidad, control de constitucionalidad y reglas de prueba. Las "categorías sospechosas": una visión jurisprudencial", Buenos Aires, Editorial La Ley, 2017, e book.

685 "...el primero de esos principios generales que le son propios y singulares es el de la autonomía de la voluntad, motor primigenio de la gestación de relaciones jurídicas entre particulares. A él le sigue, como pauta limitativa necesaria en su ejercicio –y así lo perfila claramente el artículo 21 del mismo Código Civil argentino- el orden público, "noción tan vaga como fundamental", al decir de Josserand. Y finalmente cierra el elenco –sin que ello implique una pauta limitativa o de numerus clausus- el equilibrio de las prestaciones o de los intereses privados, en el cual la morigeración axiológica de los potenciales desajustes que el libre juego de esa autonomía de la voluntad pudiera generar nace no ya del propio sistema normativo, sino de la activa participación del juez como figura preponderante en la heterocomposición de los intereses en conflicto…", SAUX, Edgardo Ignacio, *Estudios de Derecho Civil en su Parte General*, Santa Fe, Centro de Publicaciones de la UNL, 2002, p 11-13.

686 "la igualdad ante la ley se refiere a los recursos impersonales; se trata de que todos tengan igualdad de puntos de partida en la carrera de la lucha por la vida. Ello plantea a su vez dos opciones. La

permiten que justamente se pacte esta atribución.

Hasta aquí se señaló como se desenvuelve el derecho a la vivienda en el ámbito familiar y como el mismo se protege frente a las disoluciones familiares, ya que es en los momentos críticos cuando se ponen de manifiesto los presupuestos legales del marco protectorio. No obstante, las pautas y fines de la Codificación actual subrayan el desempeño del Derecho de la Vivienda en su plenitud en su integración a la vida familiar.

También diferentes supuestos legales exigen -teniendo siempre presente que el objetivo es la protección de la vivienda familiar-, determinadas conductas y elementos fácticos como lo es en el caso del asentimiento del cónyuge o del conviviente para enajenación y restricción para su embargabilidad (art. 456 y 522 del CCyCN), la atribución preferencial en la partición (art. 499 del CCyCN), que siempre presuponen preservar la vivienda familiar. Lo mismo acontece frente a la adopción de medidas provisionales que involucren la vivienda familiar (art. 721 inc a del CCyCN), los legados alimentarios (art. 2509 del CCyCN), los supuestos de indivisión forzosa (art. 2330, 2331 y 2332 del CCyCN), la atribución preferencial en la instancia de partición (art. 2381, inc. a del CCyCN). Por último en lo que refiere al derecho real de habitación del cónyuge supérstite y conviviente sobreviviente (arts. 2383 y 527 in fine del CCyCN) si bien se ha sostenido que se trata de un derecho propio asumiendo la mirada sólo respecto del cónyuge o conviviente supérstite, ello es así puesto que la legislación sólo persigue la protección de la vivienda sea del conviviente o cónyuge supérstite, frente a la concurrencia de otros herederos o terceros. Se insiste es la vivienda familiar la que se

---

igualdad de oportunidades puede ser formal, sin tener en cuenta a los condicionamientos previos al ejercicio de un derecho, o bien se puede pensar en una "igualdad real de oportunidades y de trato" (art. 75 inc 23 Const. Nac.). La igualdad real de oportunidades no se opone a otra opción que sería irreal. De lo que se trata es de advertir que una disposición que sólo se ocupe de señalar que los ciudadanos son iguales ante la ley, pero se desentiende los obstáculos que tienen para llegar a serlo, es ineficaz. La igualdad real se refiere entonces a remover los obstáculos al "pleno goce y ejercicio de los derechos" (art 75 inc. 23 Const. Nac.). Esta remoción implica el dictado de reglas institucionales que estén destinadas a la remoción de obstáculos. Estas reglas a su vez consagran desigualdades. De modo que el problema que se plantea es sí es legítimo o no promover algunos grupos en desmedro de otros para lograr una igualdad real de oportunidades y en su caso, con qué criterios se lo hace. El establecimiento de reglas institucionales de remoción de obstáculos impeditivos de la igualdad real requiere de: -establecimiento adecuado de los términos de comparación; -que no sea discriminatorio; -que sea eficiente; -que se refiere al acceso a los bienes", LORENZETTI, Ricardo Luis, *Las Normas fundamentales*...op. cit., p 450.

continúa protegiendo, con las singularidades que conlleva la casuística

Lo reseñado, si bien breve, trata de poner la relevancia en la vivienda familiar como bien jurídico tutelado y es a través de la actual Codificación, en el juego armónico de las regulaciones reseñadas, sumado a los principios en los que se subsume el Digesto, que se expone el Derecho a la vivienda, el cual asume su protagonismo como derecho humano fundamental.

CONCLUSIONES

A fin de exponer las conclusiones arribadas en el presente estudio, debe señalarse que se demostró como la persona humana en su continuo desarrollo implica que el mismo se produce dentro del estado, al cual se inserta como miembro y elemento basal, asumiéndose la paradoja de conformar el ser estatal una realidad distinta y objetiva de la persona humana. Esta realidad estatal permite el desenvolvimiento de la persona como ser social en la comunidad de vida, que bien recibida deviene en solidaridad. Así tanto el estado como la persona son productos de la naturaleza que asumen al bien común como ideal humano. No obstante ello, el estado modelado a través de una forma política propia que reconoce en su principio de orden las diferentes funciones que se configuran en instituciones, asociaciones, que se realizan dentro de él -como orden político- no somete a la persona, sino que suma a su perfección, en tanto la existencia del estrecho vínculo entre el bien individual de la persona y el bien común como fin y causa última. Es decir, el bien común aparece como el ordenamiento racional de los fines del actuar particular para su logro, y en este orden de fines, la prudencia política encauza la acción colectiva humana en un sistema de leyes.

Habiendo despejado, a través de lo estudiado, el camino relativo a la ley natural como unidad en sí misma que permite que el estado de indigencia o necesidad en que la persona nace, sea superado en forma individual como colectiva en su impulso hacia el bien público, y de la cual derivan las leyes humanas; se admiten que los preceptos naturales que *per se* son generales e indeterminados necesiten del derecho positivo o consuetudinario para su eficacia. Es así que la ley natural, en primer orden, converge hacia el mismo género de bien común que las leyes positivas, en segundo orden, y este bien común se realiza bajo la forma del bien común político, siendo en su aspecto formal realizable promocionando al bien individual propio de la persona y el común reflejado en el orden social.

Aclarado ello el derecho interviene y hace posible ese bien común, en tanto racionaliza las relaciones sociales. Así, el derecho no se encuentra centrado sobre el bien propio sino en relación al del otro “goza con respecto a su derecho del privilegio

del *dominium*. Y como consecuencia de que posee ese derecho, tiene el poder racional, o bien de conservar lo que su semejante tiene la obligación de respetar, o bien de volver a entrar en posesión de lo que aquél tiene el deber de cederle... El derecho, objeto delimitado por las prescripciones de la ley, es inviolable y por eso mismo, implica necesariamente obligación por parte del deudor. Como contrapartida de su inviolabilidad es exigible, y, por eso mismo, entraña en su beneficiario unas prerrogativas inalienables"[687]. Así en la persona humana que somete su razón o juicio a las reglas de la prudencia individual, mueve su voluntad a cumplir los dictados de la ley y al obedecer a esta, asume dar a cada uno su derecho. En esa línea se explicitó como las leyes deben contener una dirección hacia el bien común, en tanto hay un imperativo de la razón, lo que incide en la persona en tanto guiará en la actuación por el sendero de la prudencia y la justicia y esta última es la que implanta el instituto de solidaridad e imprime en el comportamiento humano las medidas que requieren.

La persona continúa siendo el eje, como sujeto y término de la relación jurídica, centro y núcleo de las relaciones tanto interpersonales como con el estado y sujeto de derechos humanos en tanto parte de ella, configurando la existencia de un derecho internacional que según la antigua Roma tenía como anclaje la *ratio naturalis* y que asume una dimensión universal.

Las distintas visiones de los movimientos históricos que a su vez transmitieron concepciones filosóficas diversas fueron expuestas a fin de su comprensión y dimensión, los que dieran origen a diferentes instrumentos internacionales, pero significando la permanente presencia de la existencia de los derechos humanos con contenido concreto. Es así que los derechos humanos, asumen un carácter de universal y absoluto y como tales son exigibles e inviolables y ello encuentra su raíz en el propio concepto de derecho natural, como fuente de poderes y prerrogativas inalienables. Así abrieron su camino a través del derecho positivo y son de reconocimiento en las cartas fundacionales de los Estados, lo que permite neutralizar posibles avances estatales contra los derechos individuales y la materialización de los derechos humanos con carácter operativo.

687 LACHANCE, Louis, *El derecho y los derechos...*, op. cit., p 198.

En el abordaje del derecho de propiedad se constató su configuración como un derecho natural, recogido en el derecho positivo; regulando su ejercicio en relación a las cosas exteriores como a las conclusiones que derivan de sus relaciones. Es por ello que primeramente y filosóficamente se configura al derecho de propiedad como un derecho absoluto en tanto no admitiría su limitación; pero desempeñándose siempre en razón del bien común, dentro del cual se desenvuelve. Y en ese aspecto, encuentra la función social su lugar, subrayándose el protagonismo de la misma como constitutivo de su esencia. Ello también es puesto de relevancia por la Doctrina Social Católica, en su reiteradas exhortaciones a través de documentos eclesiales en su defensa del derecho de propiedad, como derecho natural y humano, reivindicando el carácter natural de las posesiones privadas, el acceso a la apropiación del capital, de los medios de producción y su carácter inviolable, destacando la condición de primera necesidad de su respeto y resguardo, remarcando la función social de la propiedad, sin que ingrese en colisión con "el destino común de los bienes", lo que también ha sido puesto de relevancia.

En el plano internacional respecto del derecho de propiedad, genéricamente no hubo contradicciones en que el mismo formaba parte de los derechos de la persona humana y su inviolabilidad mereció un ingreso sin objeciones en las cartas magnas de los Estados, suscribiendo consensos en cuanto a su contenido y a su esencia de derecho humano fundamental.

En esa línea, como se hizo referencia primeramente, el orden político virtuoso dirigido al bien común se construye por y para la comunidad, en pos no sólo de su subsistencia sino de su crecimiento, y reconoce la existencia del dominio de la persona sobre bienes terrenales, sin que pueda negársele atento a su propia naturaleza, la propiedad de los mismos, en tanto la existencia de un dominio natural que la persona ejerce sobre los bienes individuales, que a su vez, señala la existencia de posesiones privadas conforme a la naturaleza del hombre, y el reconocimiento de ello depende de la paz social que a través de los ordenamientos jurídicos permita ser operativa. Este presupuesto, se patentiza justamente, a través del ordenamiento positivo argentino, que si bien el Digesto velezano derogado concebía al derecho de propiedad en términos económicos, la actual codificación trasciende dicha esfera, en su concepción de la

persona como sujeto y objeto de toda regulación, siendo allí donde el derecho de propiedad subyace como derecho natural de toda relación jurídica, más allá del vínculo con los bienes e incluso se extiende a aquella propiedad común en el respeto de la propiedad indígena, incorporándose como un derecho subjetivo operativo, dentro de la dimensión ética de la dignidad de la persona.

Por su parte el derecho a la vivienda, es significativo el reconocimiento de su existencia, reflejándose en los instrumentos internacionales de Derechos Humanos, ocupando un lugar de desvelo y protección en el ámbito jurídico internacional. Ello también encuentra su lugar en el ámbito de la Constitución Nacional Argentina que en su artículo 14 bis lo reconoce refiriéndose al derecho a la vivienda ("el acceso a la vivienda digna"). Y en ese aspecto cabe detenerse en tanto, la dimensión que adquiere el derecho a la vivienda implica el necesario accionar del estado para su satisfacción. Vuelve a escena que es el orden político y su delineamiento quien estará implicado en la satisfacción de este derecho en tanto el débito del derecho subjetivo en el derecho a la vivienda remite a la persona como sujeto de la obligación estatal, de dar, hacer y proteger en tanto sujeto activo que exige su satisfacción, sin que se pueda dubitar que el bien común incluye el desenvolvimiento de este derecho en su plenitud. Y en ese sentido, es imprescindible reiterar que y en palabras de San Juan Pablo II, la vulneración del derecho a la vivienda "se trata de un serio obstáculo al desarrollo económico y social y al logro de las condiciones mínimas necesarias para una vida humana digna. En verdad se está violando un derecho humano fundamental"[688].

A lo expuesto se le añade que el marco histórico del constitucionalismo social en el devenir de las grandes contiendas mundiales, se destaca el acontecer en la trama de las convenciones internacionales la urgencia de definir con mayor precisión los derechos humanos fundamentales que habían sido objeto de vulneración, y en ese recorrido histórico los regímenes democráticos exhiben en sus actas constitutivas derechos humanos que siempre mantuvieron su vigencia como lo es el de vivienda, pero que ante las transgresiones sufridas implicaron su incorporación en dichos instrumentos.

688 SAN JUAN PABLO II, *¿Qué has hecho de tu hermano sin techo? La Iglesia ante la carencia de vivienda*...op.cit.

Esa línea, la cual fue explicitada en el cuerpo de este estudio, nació la denominación derechos sociales y albergó doctrina que incluía al derecho a la vivienda en ese estamento. Lo inquietante, no era la asunción del derecho a la vivienda en esa categoría de derecho social sino que a los derechos incluidos en ese estamento se los estimaba con un contenido indeterminado y por lo tanto, convenientemente se los eximía -en algún sentido- de exigibilidad. Ello así, se sostuvo y se demostró que su contenido excede a dicha calificación en tanto responde a un bien y a una necesidad fundamental para la vida de cada ser humano, que impide quedar excluído de un orden político que conlleve un sistema de valores que asume la dignidad humana como crisol de derechos.

El Código Civil y Comercial Argentino, en relación al derecho a la vivienda ha incorporado un régimen de afectación protectorio y superador en relación al antiguo régimen de Bien de Familia, abarcando este derecho en su totalidad, destacando su regulación tanto en relación a la persona en su individualidad como al núcleo familiar que conforma. Asimismo la mención de diferentes institutos jurídicos en su correlato y juego armónico con el mismo, revelan su significado, contenido y exigibilidad. Si bien, este avance jurídico es notable y de superior confección en tanto obedece y da respuesta a las necesidades de la sociedad actual, se considera que podría indicarse como de "lege ferenda" normativa que en forma indubitable permita en relación al ente estatal, la ejecutabilidad del mismo en función de las características singulares de los casos que acontezcan con los recaudos atinentes que permitan accionar el engranaje público para su satisfacción. Ello en tanto (vale reiterar), lo que "La reforma de 1994 trajo como consecuencia la rematerialización de nuestra Carta Magna, imponiendo la reasignación de conceptos construidos a partir de viejos paradigmas, la configuración de un nuevo orden simbólico en torno de los derechos humanos...el Código introduce una profunda innovación al receptar la constitucionalización del Derecho Privado, estableciendo una comunidad de principios entre la Constitución, el Derecho Público y el Derecho Privado...introduce normas destinadas a plasmar una ética de los vulnerables, constituyendo una de esas manifestaciones la protección de la vivienda como derecho

fundamental"[689] y abundando en lo reseñado (lo que ya fuera citado) "El "bloque de constitucionalidad" (que además requiere del intérprete el necesario "test de convencionalidad" del derecho interno para evaluar su efectiva adecuación a ese contexto garantista nuclear no disponible), integrado por la Constitución y por los tratados internacionales sobre derechos humanos, se manifiesta en 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"[690].

La reflexión es continua, como lo expusiera San Juan Pablo II "Hasta los mismos pueblos más desarrollados presentan el triste espectáculo de individuos y familias que se esfuerzan literalmente por sobrevivir, sin techo o con uno tan precario que es como si no se tuviera"691. Frente a la violación de un derecho humano fundamental "Responder de modo adecuado a este problema exige el desarrollo de una voluntad política concertada, así como de una conciencia de la responsabilidad colectiva de todos, particularmente de los cristianos, para el futuro de la sociedad" [692].

Lo expuesto, en breve síntesis, pretende dar respuesta a las hipótesis planteadas, en las que se encuentran la jerarquía por igual de ambos derechos: derecho de propiedad y derecho a la vivienda, sin que los mismos se confundan, habiéndolos reseñados en su alcance y contenidos, compartiendo el sustrato del bien común que los unifica y asumiendo la categoría -por ser la persona humana su sujeto- de Derechos Humanos Fundamentales. Si bien es claro, que este estudio no agota la temática, sujetándose a la limitación formal que cumplimenta el presente trabajo, no escapa que existen tanto material como reflexiones que fueron surgiendo en esta investigación que podrían integrar el mismo, pero que en pos del respeto a su extensión no han sido incorporadas.

689 LORENZETTI, Ricardo Luis, *Código Civil*...comentado por FLAH, Lily y AGUILAR, Rosana I., Tomo I, op cit., p 817.
690 SAUX, Edgardo Ignacio, *Globalización y constitucionalización…*. op. cit.
691 SAN JUAN PABLO II, *Sollicitudo rei socialis*, Carta Encíclica Al cumplirse el vigésimo aniversario de la *Popularum Progressio*...op. cit.
692 SAN JUAN PABLO II, *¿Qué has hecho de tu hermano sin techo? La Iglesia ante la carencia de vivienda*...op.cit.

BIBLIOGRAFÍA

ABRAMOVICH, Víctor; COURTIS, Christian, *La protección judicial de los derechos sociales*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009

ABRAMOVICH, Víctor; COURTIS, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Trotta, 2002

ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, C. Bernal Pulido, trad Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales 2.ª ed, 2008

ALEXY, Robert, *Una defensa de la fórmula de Radbruch*, website: https://ruc.udc.es/dspace/bitstream/handle/2183/2109/AD-5-4.pdf?sequence=1

ALLENDE, Guillermo L., *Panorama de derechos reales*, Buenos Aires, Editorial La Ley, 1967

ALTERINI, Jorge Horacio, ALTERINI, Ignacio; ALTERINI, María Eugenia, *Tratado de los Derechos Reales*, Buenos Aires, 2018, Editorial La Ley e book

ALTERINI, Jorge Horacio, *Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético*, Buenos Aires, Editorial La Ley, 2015

ALVAREZ GARDIOL, Ariel, *Manual de filosofía del derecho*, Buenos Aires, Editorial Juris, 1998 website: https://aulavirtual4.unl.edu.ar/pluginfile.php/6877/mod_resource/content/1/manual-de-filosofia-del-derecho%20Alvarez%20Gardiol.pdf

ÁLVAREZ, Clara, *Lecciones de Historia del Constitucionalismo*, Madrid, Marcial Pons, 1999

AÑAÑOS MEZA, María Cecilia: "La doctrina de los bienes comunes de Francisco de Vitoria como fundamentación del dominio en el Nuevo Mundo" en *Persona y Derecho,* Volumen 68 – Año 2013, pág. 103-137 103 website: www.revistas.unav.edu

ARANGO RIVADENEIRA, Rodolfo; "Derechos Sociales" Capitulo 47 en

Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho Volumen 2 Universidad Autónoma de México Instituto de Investigaciones acerbo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM en website: https://idcar.com.ar › wp-content › uploads › 2021/10PDF

AREAN, Beatriz, *Bien de familia*, Buenos Aires, Editorial Hammurabi, 2001

ARENDT, Hannah, *La condición humana*, traducido por R. Gil Novales, Barcelona, Paidós, 1993

ARIANNA, Carlos A., *Protección de la vivienda: introducción a los debates pendientes*, en TR LALEY AR/DOC/3173/2018

ARISTOTELES, "Libro quinto, capítulo VII Distinción de lo natural y de lo puramente legal en la justicia social y en el derecho civil y político", *Moral a Nicómaco*, website: www.filosofia.org

ARISTOTELES, *Política*, Buenos Aires, Ediciones Terramar, 2014

ARMAGNAGUE, Juan F., *Curso de Derecho Constitucional Argentino y Comparado*, Buenos Aires, Editorial La Ley, 2009

AZPIRI, Jorge O., *Incidencias del Código Civil y Comercial Derecho de Familia*, Buenos Aires, Editorial Hammurabi 8tava reimpresión marzo 2016, 2016

BADENI, Gregorio, *Manual de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Editorial La Ley, 2011, e book

BADENI, Gregorio, *Tratado de derecho constitucional*, Buenos Aires, Editorial La Ley, 2006

BALLESTEROS, Alfonso, *Hannah Arendt: La pérdida de la propiedad privada en los orígenes del capitalismo*, website: https://revistas.unav.edu

BELLOC, Hilaire, *El estado servil*, Traducción de Bruno Jacovella, Buenos Aires, Editorial La espiga de oro, 1945

BELLOC, Hilaire, *La restauración de la propiedad*, Traducción Alfredo Walker,

Buenos Aires, Editorial Poblet, 1949

BELLUSCIO, Augusto César: "El matrimonio en el proceso de reformas", *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Director: ALEGRIA, Héctor; MOSSET ITURRASPE, Jorge, "Proyecto de Código Civil y Comercial", Santa Fe, Editorial Rubinzal Culzoni, 2013

BELLUSCIO, Augusto César, *Manual de Derecho de Familia*, Buenos Aires, Editorial ASTREA, 2002

BERNAL GOMEZ, Beatriz: "El derecho en la Edad Media Europea", Capítulo Quinto en *Historia del Derecho* publicado en Biblioteca jurídica virtual del Instituto de Investigaciones jurídicas de la UNAM website: https://justiciararamuridotorg.files.wordpress.com/2017/01/hist-del-derecho-b-bernal-gomez.pdf

BERRY, Christopher J., *Hume y la inflexibilidad de la justicia: propiedad, comercio y expectativas*, website: www.revistas.unav.edu

BIDART CAMPOS German, *Constitución y Derechos Humanos Su reciprocidad simétrica*, Buenos Aires, Editorial EDIAR, 1991

BIDART CAMPOS, Germán J., *Doctrina Social de la Iglesia y Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Ed. Ediar. 2003

BIDART CAMPOS, Germán y ALBANESE, Susana, *El valor de las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, JA 1999-II-357

BIDART CAMPOS, Germán, *La filosofía de los derechos humanos en la Constitución de 1853-1860*, ED 106-822

BIDART CAMPOS, Germán, *Teoría general de los Derechos Humanos*, México, Ed. Universidad Autónoma de México, 1989

BIDART CAMPOS, Germán, *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, Buenos Aires, Editorial EDIAR, 1992

BIRDART CAMPOS, Germán, *El panorama de los derechos humanos a fin de siglo*, en JA 80° aniversario

BOBBIO, Norberto, *Derecha e izquierda*, Madrid, Santillana-Taurus, cuarta edición, 1995

BORDA, Guillermo A, *Manual de Derechos Reales*, Buenos Aires, Lexis Nexis Abeledo – Perrot,2003

BOSSERT, Gustavo A. - ZANNONI Eduardo A., *Manual de Derecho de Familia*, Buenos Aires, Astrea, 1990

BUENO, Susana, "Grecia. La vivienda, el diseño interior y su legado a occidente", en *Reflexión Académica en Diseño y Comunicación Nº IV Grecia. La vivienda, el diseño interior y su legado a occidente*, website: https://fido.palermo.edu

BUERES, Alberto J. -Director-, *Código Civil y Comercial de la Nación y normas complementarias*, Buenos Aires, Editorial Hammurabi, 2017

BUERES, Alberto J. -Director-, Coordinación COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén, *Código Civil y Comercial de la Nación y normas complementarias, Análisis doctrinal y jurisprudencial*, Editorial Buenos Aires, Hammurabi, 2016

CALVO COSTA, Carlos A. -Director-, *Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado y anotado con jurisprudencia*, Buenos Aires, Editorial La Ley, 2018, e book

CAMERON, Rondo; NEAL, Larry, *Historia económica mundial*, Miguel Ángel Coll Rodríguez (trad.), España, Editores Alianza Edición 4, 2005

CANCADO TRINDADE, Antonio Augusto, *Derechos de solidaridad*, website: https://www.corteidh.or.cr/tablas/a11993.pdf

CARAMELO, Gustavo, *El derecho a una vivienda adecuada según la Corte Suprema Argentina*, en JA 2012-III-577

CARRASCO, Valeria y JUANES, Norma, El derecho a la vivienda adecuada como

derecho humano fundamental en *Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, Nro. 2017 (80 Jun.)

CASTRO MITAROTONDA, Fernando, *Protección de la vivienda en el Código Civil y Comercial de la Nación* en RDF 89, 10/05/2019, 13

CATECISMO DE LA IGLESIA CATOLICA, Editorial Librería Juan Pablo II, República Dominicana, 1992

CHIAVASSA, Eduardo – DI TULLIO, José Antonio: "Beneficiarios del bien de familia" en *Revista de Derecho Privado y Comunitario, Bien de Familia 2011 – 1*, Santa Fe, Editorial Rubinzal Culzoni. 2011

CIURO CALDANI, Miguel A., *Los acuerdos internacionales en la reforma de la Constitución Nacional*, en JA 1995-I-816

CIURO CALDANI, Miguel Angel, *Los derechos humanos en el trialismo*, ED 129-955.

COAUTTI, Carlos, *Derechos Humanos*, Buenos Aires, Editorial Universidad, 1995

CORONEL AVILA, Yeisson: "Derechos de propiedad en la antigua Grecia. Un análisis desde las instituciones") publicado en *Revista de Cultura Jurídica*, España, Colección Ius Fugit, Zaragosa, 2018

COSSARI, Leandro; COSSARI, Nelson A., *Algunas cuestiones pendientes sobre la protección de la vivienda en el Código Civil y Comercial de la Nación*, en LL 2020-E-615-616

DE FAZIO, Federico L., "Teoría Jurídica de los derechos sociales", en *Teoría Jurídica de los Derechos Sociales* - CONICET Digital website: https://ri.conicet.gov.ar

DE FAZIO, Federico, *El concepto estricto de los derechos sociales fundamentales*, website: revistas.uexternado.edu.co

DI PIETRO, Alfredo, *Derecho Privado Romano*, Buenos Aires, 3era. Edición, 2014, e book

DRIGO, Caterina, *Anales de Derecho. La protección de los derechos fundamentales en el espacio europeo y los diversos estándares posibles de protección: el caso del reconocimiento de la dimensión social del derecho a la vivienda por parte del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, website: https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/574707

DWORKIN, Ronald, *Los Derechos en Serio*, Barcelona, Editorial Ariel, 1989

EKMEKDJIAN, Miguel Angel, *El derecho a la dignidad y el orden jerárquico de los derechos individuales en los pactos internacionales de derechos económicos, sociales y culturales y de derechos civiles y políticos, aprobados por ley 23313*, ED 119-937

ENCICLOPEDIA DE LA RELIGION CATOLICA, Dalmau y Jover, S. A., Barcelona 1951

ENGELS, Federico, *El Origen de la Familia, la Propiedad Privada y el Estado*, Argentina, El Cid Editor, 2003 website: https://elibro.net/es/ereader/sibuca/

ETCHICHURY, Horacio, *Igualdad desatada. Los derechos sociales en la Constitución argentina* (tesis), Córdoba, Universidad Nacional de Córdoba, 2013, website: https://rdu.unc.edu.ar consultado en fecha 12/11/2021

FAMA, María Victoria, "La protección jurídica de la vivienda unipersonal" en *Revista de Derecho Privado y Comunitario, 2011-1*,Santa Fe, Editorial Rubinzal Culzoni, 2011

FAYT, Carlos S., *Los derechos sociales en la Constitución Nacional*, en La Ley 2008-A , 779

FERRER, Francisco A. M; MEDINA Graciela, *Código Civil Comentado*, Santa Fe, Editorial Rubinzal Culzoni, 2011

FINNIS John, *Ley Natural y Derechos Naturales*, Buenos Aires, Editorial Abeledo Perrot, 2000

GALIANA SAURA, Angeles, "La vivienda como objeto de estudio desde el derecho: la vivienda como derecho humano y la cátedra UNESCO sobre vivienda" en *Hábitat y Sociedad* (issn 2173-125X), n.º 10, noviembre de 2017, pp. 129-144 website: http://dx.doi.org/10.12795/HabitatySociedad.2017.i10.08

GARASINO, Darío F., *La influencia del bloque de constitucionalidad sobre el derecho de propiedad inmueble*, en SJA 02/10/2013 , 3, JA 2013-IV

GARCIA CAMINO, Iñaqui, *La vivienda medieval: perspectivas de investigación desde la arqueología*, website: https://dialnet.unirioja.es

GARGARELLA, Roberto y MAURINO, Gustavo, *Vivir en la calle. El derecho a la vivienda en la jurisprudencia del TSJC*, website: http://www.derecho.uba.ar

GATTI, Edmundo, *Propiedad y Dominio. Terminología. Concepto doctrinario. Definición legal*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1996

GAYO, *Instituta de Gayo*, traducción al español, Madrid, Edición Imprenta de la Sociedad Literaria y Topográfica, edición fotográfica facsimilar del original perteneciente al fondo bibliográfico de la Biblioteca de la Facultad de Derecho de la Universidad de Sevilla, 1845

GHERSI, Carlos – WEINGARTEN, Celia, Directores, *Código Civil. Análisis jurisprudencial. Comentado, concordado y anotado,* Buenos Aires, Editorial jurídica Nova tesis, 2014

GHERSI, Carlos Alberto, *La dignidad como principio general del Derecho*, LA LEY 08/08/2014 , 1; LA LEY 2014-D , 1054

GIALDINO, Rolando E., *El carácter adecuado de la vivienda en el derecho internacional de los derechos humanos* website: https://biblioteca.corteidh.or.cr/documento/66526

GIL DOMINGUEZ, Andrés, *Estado constitucional de derecho, políticas públicas y derecho de acceso a una vivienda digna*, en LA LEY 28/05/2012 , 8, LA LEY 2012-C , 385

GIL DOMINGUEZ, Andrés, FAMA, María Victoria y HERRERA, Marisa, *Derecho Constitucional de Familia*, Buenos Aires, Ediar, 2012

GIMENEZ, María Eugenia, "Medidas provisionales y procesos urgentes en el proceso de familia" en *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, La Ley Buenos Aires

2018 e book

GIRAD, Paul F., Manuel, *Élémetaire de Droit Romain*, París, Arthur Rousseau Éditeur, 1898

GODDARD, Adame J., *Derecho civil y romano: culturas y sistemas jurídicos comparados*, México, D.F., Instituto de Investigaciones Jurídicas – UNAM, 2006, p 85, website: https://elibro.net/es/ereader/sibuca/

GONZALEZ, Marcos OP, *Reflexiones sobre el orden político virtuoso*, texto inédito.

GRANERIS, Giuseppe, *Contribución tomista a la filosofía del derech*o, Buenos Aires, Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1977

GUASTAVINO, Elías P., *Derecho de Familia Patrimonial Bien de Familia*, Buenos Aires, La Ley 2010

GURFINKEL de WENDY, Lilian N., *Derechos Reales*, Buenos Aires, Editorial Abeledo Perrot, Segunda edición actualizada de acuerdo al nuevo Código Civil y Comercial de la Nación 2015, e book

HABERMAS, Jürgen, *Derecho natural y revolución*, trad D.J. Vogelmann, Buenos Aires, Teoría y Praxis, Sur, 1966

HERNANDEZ, Héctor H., *La justica en la Teoría Ecológica del Derecho*, Buenos Aires, Editorial Abeledo Perrot, 1992

HERRENDORF, Daniel Esteban, *Las corrientes actuales de la filosofía del Derecho*, Buenos Aires, Editoria EDIAR, 1990

HERVADA, Javier: "Problemas que una nota esencial de los derechos humanos plantea a la Filosofía del Derecho" en *Escritos de Derecho Natural*, Pamplona EUNSA, 1986

HOPENHAYN, Martín, *Derechos sociales, deudas pendientes y necesidad de un nuevo pacto social*, Notas de Población número 85, CEPAL, Santiago de Chile, 2007

IÑIGO, Delia B., *Bien de familia y convivencias de pareja*, en Lexis Nexis Nro.

JUNYENT BAS, Francisco y GIMENEZ, Sofía, "La tutela de la vivienda en el Código Civil y Comercial" *en Revista de Derecho de Familia* Nro. 80 julio, Buenos Aires, Editorial Abeledo Perrot, 2017

JUNYENT BAS, Francisco, IZQUIERDO, Silvina, "La protección de la vivienda familiar. Alcance e integración en el derecho, con especial énfasis en material concursal" en *Revista de Derecho Privado y Comunitario, Bien de Familia*, Editorial Rubinzal Culzoni, Santa Fe 2011

JUSTINIANO, *Cuerpo del Derecho Civil Romano*, a doble texto, traducido al castellano del latino, publicado por los hermanos Kriegel, Hermann y Osenbrügen, con las variaciones de D. Ildefonso L. García del Corral, Segunda Parte Código, Jaime Molinas Editor, Barcelona, 1885, Edición facsímil numerada editada por Editorial Lex Nova, S.A., Valladolid, 1988

KALINOWSKI, Georges, *Concepto, Fundamento y Concreción del Derecho*, Buenos Aires, Editorial Abeledo Perrot, 1982

KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, "Bien de familia y Registro de la propiedad inmueble" en *Revista de Derecho Privado y Comunitario 2011 – 1, "Bien de Familia"*, Santa Fe, Editorial Rubinzal Culzoni, 2011

KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, "La vivienda en el Proyecto de Código Unico de 1998", *Revista de Derecho de Familia*, Buenos Aires, Editorial Abeledo Perrot, 2001

KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, "Nuevas reflexiones sobre la protección jurídica de la vivienda familiar" en *Protección Jurídica de la Persona. Homenaje al Dr. Julio César Rivera*, Coordinador GRAZIABILE, Darío J., Buenos Aires, Editorial La Ley, 2010

KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, *Código Civil y leyes complementarias*, dirigido por ZANNONI, Eduardo, Buenos Aires, Astrea, Tomo 10, 1998

KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, *Protección jurídica de la vivienda familiar*, Buenos Aires, Editorial Hammurabi,1995

KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída; HERRERA, Marisa; LLOVERAS, Nora: *Tratado de Derecho de Familia según el Código Civil y Comercial de 2014*, Santa Fe, Editorial Rubinzal Culzoni, 2014

KEMELMEJAR DE CARLUCCI, Aída, "Perspectiva contemporánea de la protección de la vivienda. Reacción jurisprudencia" en Re*vista de Derecho Privado y Comunitario, Cuestiones patrimoniales del Derecho de las Familias 2020-2*, Santa Fe,Editorial Rubinzal Culzoni, 2020

KOWALERO, Andrea; SCOCOZZA, Romina: "Inejecutabilidad de la vivienda. Algunas reflexiones sobre la vivienda familiar y su protección en el Código Civil y Comercial de la Nación", *Derecho de Familia Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia Nro. 80*, Directoras: GROSSMAN, Cecilia; LLOVERAS, Nora; KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída; HERRERA, Marisa, Buenos Aires, Editorial Abeledo Perrot ,2017

LACHANCE, Louis, *El concepto de Derecho según Aristóteles y Santo Tomás*, Título original: Le concept de Droit selon Aristote et S. Thomas, traducción de Fernando N. A. Cuevillas, Revisor de Traducción, Prbro. Dr. Julio Menvielle, Talleres gráficos de Domingo E. Taladriz, Buenos Aires, 1953

LACHANCE, Louis, *Humanismo político. Individuo y Estado en Santo Tomás de Aquino*, Traducción de Jorge Cervantes y Juan Cruz Cruz, Pamplona, España, Editorial EUNSA Ediciones Universidad de Navarra S.A, 2001

LACHANCE, Louis, *Los derechos y los derechos del hombre*, Título original: Le droit et les droits de l'homme, versión española realizada por Luis Horjo Liria para todos los países de habla castellana, Madrid, España, Editorial Rialp, 1979

LLOVERAS, Nora y DURAN, Valeria, "La protección de la vivienda desde el derecho y la psicología" en *Revista de Derecho de Familia* Nro. 80 Julio 2017, Buenos Aires,

Editorial Abeledo Perrot, 2017

LLOVERAS, Nora, DURAN, Valeria, *La protección de la vivienda desde el derecho y la psicología*, publicado en TR LALEY AR/DOC/3765/2017

LORENZETTI, Ricardo – KRAUT, Alfredo Jorge, *Derechos humanos: justicia y reparación*, Buenos Aires, Editorial Sudamericana, 2011

LORENZETTI, Ricardo Luis, "Garantías sustantivas y procesales" en *Teoría de la decisión judicial – Fundamentos de Derecho*, Santa Fe, Editorial Rubinzal Culzoni, 2006

LORENZETTI, Ricardo Luis, *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, Santa Fe, Editorial Rubinzal Culzoni, 2014

LORENZETTI, Ricardo Luis, *Las normas fundamentales de derecho privado*, Santa Fe, Editorial Rubinzal Culzoni, 1995

LORENZETTI, Ricardo Luis, *Justicia Colectiva*, Santa Fe, Editorial Rubinzal Culzoni, 2010

LORENZETTI, Ricardo, "El derecho privado como protección del individuo particular", en *Revista de Derecho Privado y Comunitario, Revista Privado en la reforma constitucional*, Santa Fe, Editorial Rubinzal Culzoni, 1994

LOZANO CORBI, Enrique, *Orígen de la propiedad romana y sus limitaciones*, website: Dialnet-OrigenDeLaPropiedadRomanaYDeSusLimitaciones-229689.pdf

LYNN, María Elizabeth: "La protección de la vivienda en el Código Civil y Comercial de la Nación" en *Derecho de Familia Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, Directoras: GROSMAN, Cecilia; LLOVERAS, Nora; KEMELMAJER de CARLUCCI, Aídda; HERRERA, Marisa, 2016-II, Buenos Aires, Editorial Abeledo Perrot, 2017

MACHO CARRO, Alberto, *La pérdida de la vivienda habitual en la doctrina del TEDH: una injerencia extrema en el derecho al respeto del domicilio*, website: https://revistas.um.es

MANILI, Pablo Luis, “El bien de familia desde el punto de vista del Derecho Constitucional” en *Revista de Derecho Privado y Comunitario Bien de Familia*, Santa Fe, Editorial Rubinzal Culzoni, 2011

MANILI, Pablo Luis, *Manual de Derechos Humanos*, Buenos Aires, Editorial La Ley, 2017, e book

MANILI, Pablo Luis: “El bien de familia desde el punto de vista del Derecho Constitucional”, *en Revista de Derecho Privado y Comunitario: Bien de Familia 2011-1*, Santa Fe, Editorial Rubinzal Culzoni, 2011

Marcos Rodolfo O.P., *Filosofía Moral Cristiana*, Convento de Santo Domingo de Santa Fe, 2016

MARITAIN, Jacques, *La persona y el bien común*, Traducción de Leandro de Sesma Buenos Aires, Ediciones Desclée de Brouwer, 1948

MARITAIN, Jacques, *Los derechos del hombre y la ley natural*, Trad H. F. Miri, Buenos Aires, La Pléyade, 1972

MASSINI – CORREA, Carlos I, *El Iusnaturalismo Actual*, Buenos Aires, Editorial Abeledo Perrot, 1996

MASSINI CORREAS, Carlos I, *Derechos Humanos y consenso*, ED 122-976

MASSINI CORREAS, Carlos I., *Algunas precisiones sobre derechos y derechos humanos consideraciones sobre las ideas de John Finnis*, ED 121-863

MASSINI CORREAS, Carlos I., *Filosofía del Derecho. El derecho y los derechos humanos*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1994

MASSINI CORREAS, CARLOS I., *Realismo y derechos humanos: una cuestión controvertida*, Universidad de Mendoza website: https://www.um.edu.ar/ojs2019/index.php/RUM/article/view/159

MAX-NEEF, Manfred; ELIZALDE, Antonio; HOPENHAYN, Martín, *Desarrollo a escala humana Opciones para el futuro*, Madrid, 2010,

website:http://habitat.aq.upm.es

MCHANGAMA, Jacob, *El derecho a la propiedad en los instrumentos internacionales de Derechos Humanos*, website: http://www.eleutera.org/el-derecho-a-la-propiedad-en-los-instrumentos-internacionales-de-derechos-humanos/

MEDINA, Graciela y PANDIELLA, Juan Carlos, "Bien de familia y subrogación", en *Revista de Derecho Privado y Comunitario -Bien de Familia- 2011-1*, Santa Fe, Editorial Rubinzal Culzoni, 2011

MEDINA, Graciela, *Protección constitucional de la vivienda familiar con especial referencia a las modernas constituciones provinciales*, en La Ley online 0029/000440

MEINVIELLE, Julio, *Crítica de la concepción de Maritain sobre la persona humana*, Buenos Aires, Ediciones Nuestro Tiempo, 1948 website: http://www.liberius.net › livres › Critica_de_la_co

MEINVIELLE, Julio, *El comunismo en la revolución anticristiana*, Buenos Aires, Ediciones Theoria, 1961

MEINVIELLE, Julio, *Prólogo y Comentarios a la Carta Encíclica del Sumo Pontífice Juan XXIII "Pacem in Terris,* con la colaboración del Dr. Jorge Labanca, website: formacioncatolicahoy.org/296-centro-estudios-padre.castellani.html

MENDEZ COSTA, María Josefa, *Código Civil Comentado Derecho de Familia Patrimonial*, Santa Fe, Editorial Rubinzal Culzoni, 2004

MENDEZ COSTA, María Josefa, *Los principios jurídicos en las relaciones de familia*, Santa Fe, Editorial Rubinzal Culzoni, 2006

MENVIELLE, Julio, *Conceptos fundamentales de la economía*, Buenos Aires, Editorial Nuestro Tiempo,1953

MESSINEO, Francesco, *Derecho Civil y Comercial. Manual de Derecho Civil y Comercial,* Doctrinales Generales, Buenos Aires, Ejea, 1979

MOISSET DE ESPANES, Luis, *Protección de la vivienda familiar*, en JA 2006-III-

1354-1355

MOLINA de JUAN, Mariel F: “Alimentos a los hijos en el Código Civil y Comercial” en *Sup. Esp. Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Familia Filiación y Responsabilidad Parental*, 20/05/2015, 147

MONTEJANO, Bernardino (h), *Curso de Derecho Natural*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2da. Edición, 1977

MONTEJANO, Bernardino, *Ideología, racionalismo y realidad*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1981

MORENO, Gustavo: “El interés superior y el Derecho a la vivienda del niño con relación a la atribución de la vivienda familiar” en *Derecho de Familia Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, Directoras: GROSMAN, Cecilia; LLOVERAS, Nora; KEMELMAJER de CARLUCCI, Aídda; HERRERA, Marisa, 2016-II, Buenos Aires, Editorial Abeledo Perrot, 2017

MUNTAÑOLA THORNBERG, Josep, *La arquitectura como lugar (Ediciones UPC, 1998), 57*, website: http://home.fa.utl.pt/~al7531/pedidos/livros/Muntanola-Thornberg-La-Arquitectura-Como-Lugar.pdf

NINO, Carlos Santiago, *Etica y Derechos Humano. Un ensayo de fundamentación*, Buenos Aires, Editorial Paidos, 1989

NINO, Carlos, *Fundamentos de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1992

OLGIATI, Francesco, *El Concepto de Juridicidad en Santo Tomás de Aquino*, Pamplona, Ediciones Universidad de Navarra, S. A., 1977

OLIVER LALANA, Angel Daniel, *El derecho secreto y la fórmula Radbruch. Es la publicidad un criterio definitorio del derecho?*, Anuario de filosofía del derecho, Nro. XIX, Universidad de Zaragoza, enero de 2002

ORGAZ, Alfredo, *Personas individuales*, Córdoba, Assandri 2da. Edición, 1961

ORGAZ, Alfredo, *Reflexiones sobre los derechos humanos*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1961

PANDIELLA MOLINA, Juan Carlos, "Vivienda protegida", en *Revista de Derecho Privado y Comunitario, "Proyecto de Código Civil y Comercial –I*, Santa Fe, Editorial Rubinzal Culzoni, 2012

PERALTA MARISCAL, Leopoldo: "Algunas cuestiones en torno a la difícil convivencia entre la quiebra y el bien de familia" en *Protección jurídica de la persona. Homenaje al Dr. Julio César Rivera*, Buenos Aires, Editorial la Ley, 2010

PERELMAN, Chaim, *"Peut-on fonder les droits de l´homme*", en *Droit, Morale et Philosophie*, París,Ed. L.G.D.J., 2da Ed., 1976

PETIT, Eugene, *Tratado elemental de derecho romano*, traducido de la novena edición francesa por José Ferrández González, Buenos Aires, Albatros, 1961

PIEPER, Josef, *Las Virtudes Fundamentales*, Madrid, Editorial RIALP, 1980

PISARELLO Gerardo, *El derecho a la vivienda: constitucionalización débil y resistencias garantistas*, website: https://dialnet.unirioja.es

PIZZOLO, Calogero, *El derecho a una vivienda adecuada: una obligación estatal impostergable*, en DFyP 2010 (octubre)

QUIROGA LAVIE, Humberto; BENEDETTI, Miguel Ángel y CENICACELAYA, María de las Nieves, *Derecho Constitucional Argentino*, Santa Fe, Editorial Rubinzal Culzoni, 2001

RADBRUCH, Gustavo, *Filosofía del Derecho*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1952

RAMIREZ, Santiago, *El derecho de gentes*, Madrid, Ediciones Estudio, 1955

RAWLS, John, "El constructivismo kantiano en la teoría moral" en *Justicia como equidad materiales para una teoría de la justicia*, trad. Rodila, Madrid, Tecnos, 1986

RAWLS, John, *Teoría de la Justicia*, Buenos Aires, Editorial Fondo de Cultura

Económica, 1993

RIVERA, Julio César, *Instituciones de derecho civil. Parte General*, Buenos Aires, Abeledo Perrot 5ta. Edición, 2010

RIVERA, Julio César – MEDINA, Graciela -Directores; ESPER, Mariano -coordinador- comentado *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, Buenos Aires, Editorial La Ley, 2014

RIVERA, Julio César, "El Derecho Privado Constitucional" en *Revista de Derecho Privado y Comunitario N° 7*, Santa Fe, Editorial Rubinzal Culzoni, 1994

RIVERA, Julio César, "La constitucionalización del Derecho Privado en el Proyecto de Código Civil y Comercial" en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Santa Fe, Editorial Rubinzal Culzoni, 2012

RIVERA, Julio César, CROVI, Daniel -Directores-, Derecho Civil Parte General, Buenos Aires, Editorial Abeledo Perrot 2da. Edición 2019, e book

RODOTÀ, Stefano, "Il corpo giuridificato" in Tratado di Biordiritto, diretto da Sefano Rodotà – Paolo Zatti, Il goberno del corpo, Baud Jean Pierre, Il caso della mano rubata traducción de L. Colombo, Giuffrè, Milano, 2010

RODOTÀ,Stefano, *El terrible derecho. Estudios sobre la propiedad privada*, Madrid, Civitas 1981

RODRIGUEZ, Gerardo Fabián y RIGUEIRO, Jorge, *Manual de Historia Medieval Siglos III a XV*, Grupo de Investigación y Estudios Medievales – Centro de Estudios Históricos - Facultad de Humanidades- Universidad Nacional de Mar del Plata, Mar del Plata, 2015

RODRIGUEZ, Santos Patricia, *El humanismo político y jurídico de Louis Lachance* Madrid, Fundación Universitaria Española, 2008

ROITMAN, Horacio – CHIAVASA, Eduardo: "Bien de familia, vivienda única y quiebra" en *Revista Bien de Familia 2011- 1*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2011

RUFINO, Marco A., *La "vivienda digna" en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, ED, 10/8/2012, Nro. 13.056

RUGIERO PEREZ, Ana, *Aspectos teóricos de la vivienda en relación al habitar*, Revista invi N° 40, Mayo 2000, Volumen 15: 67 a 97 website: https://revistainvi.uchile.cl/index.php/INVI/article/view/62111/66176

SABSAY, Daniel A. -Dirección-, MANILI, Pablo L -coordinación-, *Constitución de la Nación Argentina*, Buenos Aires, Editorial Hammurabi, 2009

SACHERI, Carlos A., *El orden natural*, Buenos Aires, Ediciones del Cruzamonte. 5ta. Edición, 1980

SAGÜÉS, Néstor Pedro, *Derechos y contraderechos (A propósito de la violencia urbana)*, ED 186-831

SAGÜÉS, Néstor Pedro, *Dignidad de la persona humana e ideología constitucional*, JA 1994-IV-904

SAGÜÉS, Néstor Pedro, *Elementos de derecho constitucional*, Buenos Aires, Editorial Astrea, 2001

SAGÜÉS, Néstor Pedro, *La interpretación judicial de la constitución*, Buenos Aires, Editorial LexisNexis, 2006

SAGÜÉS, Néstor Pedro: "Los tribunales constitucionales como agentes de cambios sociales" en *El Derecho Privado Constitucional Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 1994

SAGÜÉS, Nestor, *De la Constitución Nacional a la Constitución Convencionalizada*, en JA 09/10/2013

SALAS, Acdeel Ernesto; TRIGO REPRESAS, Félix, *Código Civil Anotado*, Buenos Aires,Editorial Depalma, 1974

ALSINA ROCA, José Mar., *Los derechos del hombre y su violación en el mundo de hoy. La palabra del Papa Wojtyla Incuidas sus intervenciones en Irlanda y EE.UU*.,

Selección e Introducciones de, Presentaciones del Cardenal Primado de España, Barcelona Ediciones Acervo 2da. Edición, 1979

SAN JUAN PABLO II, *Centesimus Annus*, En el centenario de la Rerum Novarum, 1 de septiembre de 1999, website: www.vatincan.va

SAN JUAN PABLO II, *Laborem exercens*, Sobre el trabajo humano en el 90 aniversario de la Rerum Novarum, 14 de septiembre de 1981, website: www.vatincan.va

SAN JUAN PABLO II, *Sollicitudo rei socialis*, Al cumplirse el vigésimo aniversario de la *Popularum Progressio*, 30 de diciembre de 1987, website: www.vatincan.va

SANDEL, Michael, *Filosofía pública. Ensayos Ensayos sobre moral en política*, Barcelona, España, Penguin Random House Grupo Editorial, 2020, e book

SANDEL, Michael, J*usticia hacemos lo que debemos*, España, Editorial Debate 3era. Edición, 2015

SANTO TOMAS DE AQUINO, *Suma Teológica*, website: //hjg.com.ar

SAUX, Edgardo I., *Globalización y constitucionalización. Algunas proyecciones en el Derecho Privado de los contratos, singularmente en el Código Civil y Comercial Argentino de 2015*, en SJA 18/05/2016 , 34

SAUX, Edgardo Ignacio, *Estudios de Derecho Civil en su Parte General*, Santa Fe, Centro de Publicaciones de la UNL, 2002

SAUX, Edgardo Ignacio, *La subrogación real como principio general en el Derecho Privado Patrimonial*, Santa Fe, Editorial Rubinzal Culzoni, 2013

SAUX, Edgardo Ignacio, *Tratado de Derecho Civil parte general*, Santa Fe, Editorial Rubinzal Culzoni, 2018

SOLANA DUESO, José, *Estoicismo y Política: Líneas de confrontación*, Rev. Filos. 17, Salamanca, Ediciones Ediciones Universidad de Salamanca Azafea, 2015

SOLARI, Nestor, *Protección constitucional de la familia*, LL 2002-E, 1113

SUAREZ BLAZQUEZ, Guillermo: "Orígenes del Derecho de propiedad en Roma: Mancipium – Nexus", en *Passagens. Revista Internacional de História Política e Cultura Jurídica*, Rio de Janeiro, Vol. 8, no.1, janeiro-abril, 2016

SUMO PONTIFICE BENEDICTO XVI, *Caritas in Veritate*, Sobre el desarrollo humano integral en la caridad y en la verdad, 19 de junio de 2009, website: www.vatincan.va

SUMO PONTIFICE FRANCISCO, Exhortación Apostólica Postsinodal "Querida Amazonía", 2 de febrero de 2020, website: www.vatincan.va

SUMO PONTIFICE FRANCISCO, Fratelli Tutti, Carta Encíclica Sobre la fraternidad y la amistad social, 3 de octubre de 2020, website: www.vatincan.va

SUMO PONTIFICE FRANCISCO, *Laudato Si*, Sobre el cuidado de la casa común, 24 de mayo de 2015, website: www.vatincan.va

SUMO PONTIFICE JUAN XXIII, Mater et Magistra, Carta Encíclica sobre el reciente desarrollo de la cuestión social a la luz de la Doctrina Cristiana, 15 de mayo de 1961,website: www.vatincan.va

SUMO PONTIFICE JUAN XXIII, Pacem in terris, Carta Encíclica sobre la paz entre todos los pueblos que ha de fundarse en la verad, la justicia, el amor y la libertad, 11 de abril de 1963,website: www.vatincan.va

SUMO PONTIFICE LEON XIII, *Rerum Novarum*, sobre la situación de los obreros, 15 de mayo de 1891, website: www.vatincan.va

SUMO PONTIFICE PABLO VI, *Popularum Progressio*, Carta Encíclica a los obispos, sacerdotes, religiosos y fieles de todo el mundo y a todos los hombres de buena voluntad sobre la necesidad de promover el desarrollo de los pueblos, 26 de marzo de 1967, website: www.vatincan.va

SUMO PONTIFICE PIO XI, *Divini Redemptoris*, Carta Encíclica Sobre el comunismo ateo, 19 de mayo de 1937, website: www.vatincan.va

SUMO PONTIFICE PIO XI, *Non abbiamo bisogno*, Carta Encíclica acerca del

fascismo y la acción católica, 29 de julio de 1931, website: vatican.va

SUMO PONTIFICE PIO XI, *Quadragesimo anno*, Carta Encíclica sobre la restauración del orden social perfecta conformidad con la ley evangélica al celebrarse el 40° aniversario de la Encíclica Rerum Novarum, 15 de mayo de 1931, website: www.vatincan.va

SUMO PONTIFICE Pío XII, *Radio mensaje de navidad*, 24 de diciembre de 1942, website: www.vatican.va

SUMO PONTIFICE BENEDICTO XVI, *Caritas in Veritate*, Carta Encíclica Sobre el desarrollo humano integral en la caridad y en la verdad, 19 de junio de 2009, website: www.vatincan.va

TOBIAS, José, *Tratado de Derecho Civil Parte General*, Buenos Aires, Editorial La Ley, 2018, e book

TORRENT, Armando, *Manual de Derecho Privado Romano*, Zaragoza, Edisofer, 2002

TORRES LACROZE, Federico, *El bien común en la doctrina tomista. Aplicaciones prácticas*, Universidad Nacional del Litoral, 1953, website: http://hdl.handle.net/11185/3631 consultado el 30/07/2020.

TRUYOL Y SERRA, Antonio, *Historia de la filosofía del derecho y del estado Del renacimiento a Kant*, Madrid, Editorial Universidad Textos, Alianza Editorial, Tomo II, 1982

TRUYOL Y SERRA, Antonio, *Historia de la filosofía del derecho y del estado. De los orígenes a la baja edad media*, Madrid, Décima Edición Alianza Editorial, 1991, Tomo I

URT, Arthur F., "Iusnaturalismo y iuspositivismo en la sistemática de las doctrinas jurídicas", MASSINI CORREAS,Carlos I. compilador-, *El iusnaturalismo actual*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1996

VALENCIA AGUDELO, Germán Darío, *El derecho de propiedad: del más sagrado de los derechos a mera garantía institucional. Un recorrido desde el viejo*

contractualismo al nuevo constitucionalismo latinoamericano, Revista Electrónica Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad de Antioquía, Número 11, Año 4, ISSN 2145-2784, setiembre- diciembre de 2012

VENTURA, Gabriel: "Afectación de la vivienda, art. 244, Código Civil y Comercial de la Nación" en *Revista interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia*, Nro. 80, Buenos Aires, Editorial Abeledo Perrot, 2017

VIGO, Rodolfo L, *Interpretación constitucional*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1993

VIGO, Rodolfo L., *Los principios jurídicos -Perspectiva jurisprudencial*, Buenos Aires, Eidiciones Depalma, 2000

VIGO, Rodolfo, *Filosofía del Derecho*, Editorial Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe, 1993

VILLEY, Michel, *El Derecho Perspectiva Griega, Judía y Cristiana*, Buenos Aires, Editorial Ghersi, 1978

VILLEY, Michel, *Philosophie du Droit*, París, Dalloz, T.I., 1975

ZANNNONI, Eduardo A., *Derecho Civil. Derecho de Familia*, Buenos Aires, Astrea, 3a. Ed. actua. y ampl., 1998

ZANNONI, Eduardo A., *Derecho Civil - Derecho de Familia*, Buenos Aires, Editorial ASTREA, 1998

ZAVALA, Gastón A., "Subrogación de vivienda. Interpretación del régimen en el contexto jurídico", en *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, Nro. 2018 (octubre)