



El Derecho de los Niños, Niñas y Adolescentes frente al desalojo ¿Cómo concretar una Tutela Judicial Efectiva?

DRA. MARÍA CELESTE ROSSO | Jueza de 1^{er}a Instancia en lo Civil y Comercial de Distrito N° 1
y del Registro Público de Comercio de la 3era Circunscripción Judicial, Venado Tuerto (SF).

myf

256





Introducción

La intención de este trabajo es compartir la reflexión, a partir de la investigación, que he debido hacer frente a la difícil situación de resolver: fijar fecha de subasta en una ejecución hipotecaria luego de que en el inmueble se constatará que viven niñas, niños y/o adolescentes, y que fueran declarados intrusos por así corresponder.

Por un lado, el derecho, indudable, del actor –con sentencia firme– título hábil para ejecutar y cobrar; y por el otro, la problemática de una familia sin vivienda digna, ya que siendo declarados intrusos en el inmueble sería inminente su lanzamiento.

Así las cosas, dado tal conflicto, fue importante analizar: ¿cómo en nuestro ordenamiento jurídico podría encontrarse la forma de armonizar los derechos en juego? y ¿qué roles asumen frente tal problemática los distintos poderes del Estado?

Conflicto de derechos. Conflictos de principios. Situaciones de vulnerabilidad

En nuestro sistema jurídico actual tenemos normas para resolver los casos traídos a decisión, y como veremos normas en sentido amplio, no ya reglas estáticas y rígidas que nos marquen una decisión sino que de forma mucho más



flexible, se nos permite la ponderación de los principios involucrados en el caso, merituando, e interpretando razonablemente y de manera armónica con todo el ordenamiento, buscando así la solución del conflicto sin vulnerar los derechos de las partes en juego.

Dentro de los innumerables derechos admitidos y promovidos por nuestro ordenamiento son múltiples las situaciones en las cuales se verifican conflictos entre ellos, y así por ejemplo el caso emblemático que resulta de analizar, resulta ser el ya referido en la introducción: la situación de inminente desalojo de niños, niñas y adolescentes, que como grupo vulnerable el Estado Constitucional de Derecho, sin dudas debe tutelar y proteger, pero que también debe tutelar y proteger al acreedor hipotecario que obteniendo sentencia favorable firme y consentida, tiene derecho a cobrar la suma que le es debida, y garantida con el inmueble ocupado por la familia intrusa.

Sentado ello, en primer lugar se analizarán las normas relativas frente a aquellos conflictos de derechos, que como veremos terminan armonizándose.

Normativas involucradas. Derecho a la vivienda y derechos del niño

Dentro de los derechos en juego la vivienda, podemos referirla como el lugar de refugio que necesitan las personas para protegerse, resguardarse de las inclemencias del tiempo, preservar su intimidad, y en la mayoría de los casos, representa el lugar de asentamiento no solo de personas individuales sino de núcleos familiares, estructuras básicas del cuerpo social. Es una necesidad humana básica, como el alimento, el abrigo o el descanso.

Al respecto, y más específicamente sobre el derecho a la vivienda y los niños, la Corte Suprema de Justicia de la Nación¹ ha sostenido que nuestra Constitución Nacional ha reconocido que el Estado debe otorgar los beneficios de la seguridad social, «que tendrá carácter integral e irrenunciable», y en especial se previó que la ley establece el acceso a una vivienda digna (artículo 14 bis, tercer párrafo, tributario en este punto del artículo 37 de la Constitución de 1949).

Y a su vez, la reforma de 1994 refor-

zó el mandato constitucional de tutela para situaciones de vulnerabilidad como la que surge por ejemplo cuando el inmueble ocupado por niñas, niños o adolescentes no lo es legítimamente, ya que según el primer párrafo del artículo 75 inciso 23 el Congreso debe «legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen...el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de niños...».

Esta norma –según la CSJN– «... está dirigida específicamente al legislador federal, debe igualmente servir de pauta de orientación para toda autoridad estatal en su ámbito de competencia, que deberá además contemplar –por expreso mandato constitucional– el diseño de un régimen de seguridad social, especial e integral para proveer a la protección del niño en situación de desamparo, desde el embarazo hasta la finalización del período de enseñanza elemental...»²

A ello podemos agregar diversos instrumentos internacionales que destacan el derecho a la vivienda, como el art. 25 de la Declaración Universal

de los Derechos Humanos (1948) que reconoce el derecho de toda persona humana a «un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios.»

También el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales dice que los Estados partes «reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso la alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia», y asumen el compromiso de tomar «medidas apropiadas para asegurar la efectividad de este derecho, reconociendo a este efecto importancia esencial de la cooperación internacional fundada en el libre consentimiento.»

Y a su vez en el caso de los niños, este derecho está reforzado por la Convención sobre los Derechos del Niño (aprobada por la Asamblea General en su resolución 44/45 el 20 de noviembre de 1989, entro en vigor el 2 de septiembre de 1990) que en el párrafo 1, artículo

16, reza que: «ningún niño será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y a su reputación». Y el párrafo 3, del artículo 27 se estipula que los Estados partes «de acuerdo a las condiciones nacionales y con arreglo a sus medios, adoptarán medidas apropiadas para ayudar a los padres y a otras personas responsables por el niño a dar efectividad a este derecho y, en caso necesario, proporcionarán asistencia material y programas de apoyo, particularmente con respecto a la nutrición, el vestuario y la vivienda.»

En idéntico sentido la Declaración de los Derechos del Niño, (proclamada por la Asamblea General en su resolución 1386 XIV del 29 de noviembre de 1959).

Así verificamos todas normas previstas por nuestra CN, y por los Tratados Internacionales a ella incorporados que dan una base legal amplia para resolver los conflictos teniendo en cuenta que está no solo reconocido el derecho del niño a la vivienda digna sino que hay obligación del Estado, por compromiso internacional a proporcionárselas a quienes

se encuentren en situación de desempleo y vulnerabilidad.

Pero, si bien es relativamente sencillo haber concretado la primer parte, es decir la adhesión a los tratados, la implementación en el sistema jurídico de leyes que declaren de manera contundente este derecho, el problema es que las mismas se cumplan, que se vean plasmadas en la realidad, en la cotidianidad.

Por eso, la Corte sostuvo que «la primera característica de esos derechos y deberes es que no son meras declaraciones, sino normas jurídicas operativas con vocación de efectividad»... «la Constitución en cuanto norma jurídica reconoce derechos humanos y para que éstos resulten efectivos y no ilusorios, el llamado a reglamentarlos no puede obrar con otra finalidad que no sea la de darles todo el contenido que aquélla les asigne; precisamente por ello, toda norma que debe garantizar el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos³⁾ y garantizar: significa mucho más que abstenerse sencí-

llamente de adoptar medidas que pudieran tener repercusiones negativas»; según indica en su Observación General N° 5 el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que constituye el intérprete autorizado del Pacto homónimo en el plano internacional y cuya interpretación debe ser tenida en cuenta ya que comprende las «condiciones de vigencia» de este instrumento que posee jerarquía constitucional en los términos del art. 75 inc.22 de la Constitución Nacional⁴.

Es decir entonces que las normas que verificamos tutelan el derecho a la vivienda digna, son normas que imponen una efectiva obligación de hacer, normas operativas con vocación de efectividad, pero como veremos esa operatividad no es directa sino derivada, según lo explica nuestro más Alto Tribunal, por eso es de analizar:

El papel del Legislativo. Compromiso del Ejecutivo

En este sentido, explica el Dr. Ricardo Lorenzetti en su obra ya citada ut supra la respuesta a las preguntas: esa

tutela constitucional y supraconstitucional al derecho a la vivienda...¿quiere decir que todos podemos reclamar una casa?, ¿qué tipo de casa?, ¿debería tener elementos especiales para una persona enferma?, ¿puede darse una suma de dinero en lugar de una casa?, ¿y si se gasta esa suma y se vuelve a la calle, hay que volver a darla?, ¿Quiénes pueden pedir una vivienda: los habitantes del país, los extranjeros?...así plantea: «...supongamos que una ciudad o un país reconoce el derecho a una vivienda y las personas que viven en otras ciudades se mudan para obtenerlo, ¿no quebrarían el presupuesto municipal o incluso el nacional?»

Continúa: «...el gobernante de una ciudad o de un país podría decidir darles vivienda a todos los ciudadanos que la pidan, pero entonces tendría que aumentar los impuestos para poder satisfacer ese derecho. En ese caso, habría numerosos ciudadanos que cuestionarían esa decisión argumentando que ellos se tuvieron que pagar su casa y aportar para las de los demás. El problema se agravaría si, como es probable, los ciudadanos dijeran que no tienen dinero para pagar esa carga.»

La conclusión es que una solución indi-

vidual, cuando es aplicada a una multitud de casos, presenta complejos problemas de equilibrio, y puede provocar una crisis presupuestaria o aun el enojo de muchos que la consideren injusta. Por esta razón es que no es posible que un juez imponga su opinión a los demás de modo general: se necesita de un debate democrático.

Este es el fundamento de la opinión de la Corte,⁵) que dice:

«La mencionada operatividad de los derechos tiene un carácter derivado en la medida en que se consagran obligaciones de hacer a cargo del Estado. Este grado de operatividad significa que, en principio, su implementación requiere una ley del Congreso o una decisión del Poder Ejecutivo que provoque su implementación. Ello es así porque hay una necesidad de valorar de modo general otros derechos, como por ejemplo la salud, las prestaciones jubilatorias, los salarios y otros, así como los recursos necesarios.»

En esos supuestos, sigue expresando la Corte: «...hay una relación compleja entre el titular de la pretensión, el legitimado pasivo directo que es el Estado y el legitimado pasivo indirecto que es el resto de la comunidad que, en defi-

nitiva, soporta la carga y reclama otros derechos. Por esta razón esta Corte no desconoce las facultades que la Constitución les asigna tanto al Poder Ejecutivo como al Poder Legislativo local, en el ámbito de sus respectivas competencias, para implementar los programas o alternativas destinadas a hacer operativo el derecho a la vivienda y al hábitat adecuado. Es incuestionable que no es función de la jurisdicción determinar qué planes concretos debe desarrollar el gobierno. Por eso, todo ello significa que las normas mencionadas no consagran una operatividad directa, en el sentido de que, en principio, todos los ciudadanos pueden solicitar la provisión de una vivienda por vía judicial.»

Así nos describe el Superior Tribunal qué función le compete a los Poderes Ejecutivos y Legislativos en base a aquella normativa que rige, pero ¿cuál es entonces el rol del poder judicial?

Rol del Poder Judicial

La Corte dijo: «...que la tercera característica de los derechos fundamentales que consagran obligaciones de hacer a

cargo del Estado con operatividad derivada es que están sujetos al control de razonabilidad por parte del Poder Judicial.» Es la facultad de control, de verificar que hay un límite, en aquellas leyes que se dicten y decisiones que se tomen. Por eso lo razonable en estos casos está relacionado con el principio que manda «desarrollar las libertades y derechos individuales hasta el nivel más alto compatible con su igual distribución entre todos los sujetos que conviven en una sociedad dada, así como introducir desigualdades excepcionales con la finalidad de maximizar la porción que corresponde al grupo de los menos favorecidos.»⁶

Estos principios de igualdad democrática y de diferencia con finalidad tutiva de los sectores excluidos deben ser respetados por quienes deciden políticas públicas. En el campo de las reglas normativas, ello significa (de acuerdo al autor citado) que hay una garantía mínima del derecho fundamental que constituye una frontera a la discrecionalidad de los poderes públicos. Para que ello sea posible, debe acreditarse una afectación de la garantía, es decir, una amenaza grave para la existencia misma de la persona. Estos requisitos

se dan en aquellos casos en los cuales se verifique una situación de desamparo absoluto por no estar los niños en una vivienda legítimamente ocupada. La razonabilidad significa entonces que, sin perjuicio de las decisiones políticas discrecionales, los poderes deben atender a las garantías mínimas indispensables para que una persona sea considerada como tal en situaciones de extrema vulnerabilidad.

Esta interpretación permite hacer compatible la división de poderes, la discrecionalidad política del Poder Ejecutivo y del Congreso, con las necesidades mínimas de los sectores más desprotegidos cuando estos pueden llegar a padecer las consecuencias de las decisiones judiciales que habrán de tomarse en casos difíciles. Y los denominamos difíciles porque se plantea aquel conflicto de derechos al que nos referíamos *ut supra*.

El fundamento es claro: los poderes ejecutivos y legislativos tienen la facultad de dictar las decisiones que consideren convenientes siempre que sean razonables, en el sentido de que se aseguren garantías mínimas. Tal como

ya expresamos en el punto anterior.

Y los jueces, deben exigir el cumplimiento cuando esas garantías mínimas están afectadas en un caso particular y, además, hay una vulnerabilidad extrema, la cual se da en situaciones que afecten el derecho a la vivienda digna por parte de niños, niñas o adolescentes.

Casos

Juzgado en lo Civil y Comercial de la Primera Nominación Judicial de Venado Tuerto. Auto 693 del 04/06/2014 «G. I. c/ A. D. R. s/ Ejecución de sentencia».

Hechos. En un caso de ejecución de sentencia el actor reclamó que se fijara fecha de subasta de un inmueble habitado por el demandado, que de acuerdo a lo informado por el Sr. Oficial de Justicia al realizar el mandamiento de constatación, era conviviente con sus hijos menores de edad. Y advirtiendo que ello podía acarrear implicancias disvaliosas con respecto al derecho a la vivienda de los sujetos vulnerables que integraban el grupo se

determinó la aplicación al caso del criterio que establece la necesidad de dar debida intervención a la Dirección Provincial de la Niñez, como órgano competente de acuerdo a las leyes 26.061 y 12.967, para que con efectivo conocimiento de la problemática descripta pudiera abocarse a la misma y dando realidad a los paradigmas sentados por dicho plexo normativo se pudiera continuar con la ejecución de sentencia, sin que ello implicara vulnerar los derechos de los niños que habitaban la referida vivienda.

Holding. En este caso esencialmente al resolver se buscó dar tutela judicial efectiva a ambas partes, ponderando los derechos en juego. Así, se consideró que la legitimación del niño ocupante del bien cuya ejecución pretende el actor es similar a la de los demandados, por lo que es aconsejable admitir su intervención a través de sus representantes. Y que, como, se podría ver afectado el abanico de derechos fundamentales de los que goza el niño, los que tienen rango constitucional, resultando comprendidos de modo más directo el acceso a una vivienda digna y el derecho a un nivel de vida adecuado,

deben ser específicamente admitidos, atento que el interés superior del niño en los términos en que lo ha delineado la CSJN conduce a reconocer al menor como sujeto de derecho conceptualmente diferenciable de otros que intervengan en el proceso por lo que su interés y la exigencia constitucional del debido proceso exigen una tutela diferenciada que atenderán sus representantes legales y promiscua. Que corroborada la existencia de menores convivientes en el grupo familiar que habita el inmueble que pretende ser subastado por el actor, correspondió dar debida participación al Ministerio Público de Menores y si esa participación se omitía, lo actuado sería pasible de nulidad.

Y esa protección también se basó en el principio de la protección integral de la vivienda contenido en el art. 14 bis de la Constitucional que conjuntamente con todo el plexo de derechos incorporados a partir de los Tratados Internacionales ya reseñados precedentemente exige poner en conocimiento fehaciente de las instituciones estatales encargadas de promover los derechos reconocidos, por ejemplo la fecha y ho-

ra del lanzamiento a los fines que puedan actuar en consecuencia.

Así, entonces se definió la función que pueden y deben desempeñar los representantes del Ministerio Pupilar en los procesos de desalojo, o en tareas preparatorias de subasta, –como el caso reseñado– ya que la tarea se endereza a verificar que los niños y adolescentes no se vean privados de su derecho a una vivienda que, en primer término, debe serles proporcionada por sus padres y demás obligados alimentarios y, ante la imposibilidad de estos de garantizarles tal derecho, recurrir a las autoridades administrativas competentes.

Y siguiendo con ese razonamiento se consideró importante aclarar que si bien el actor deberá tolerar la restricción en su derecho (de propiedad) –y ver diferido en el tiempo la fijación de la pretendida fecha de subasta, con fundamento en las garantías aludidas– es decir, contar en autos previo a seguir adelante con la ejecución con el diligenciamiento del oficio ordenado, que era darle la referida intervención a la Municipalidad en el área de acción

social y niñez, no es en ese proceso de ejecución civil donde podrá solucionarse el problema de la vivienda del niño, sino que solamente será ese caso el disparador de las gestiones judiciales o extrajudiciales para reclamarlo a los obligados a satisfacerlo, frente a los poderes competentes en tales cuestiones. Y efectivamente, si bien luego de varios meses se concretó la alternativa habitacional para el demandado y sus hijos y el actor pudo concretar la realización de su derecho.

Otros pronunciamientos al respecto

Juzgado de Distrito en lo Civil y Comercial de la Décima Nominación Judicial de Rosario. Dr. Oroño, Auto 3035 del 13 de Septiembre de 2013.

Hechos. En un proceso de ejecución hipotecaria con sentencia firme y consentida, frente a la fijación de fecha de subasta se presenta la demanda en representación de sus hijos menores (quienes ocupan el inmueble en cuestión) y requiere que conforme a la Convención Internacional de los Dere-

chos del Niño, y ante la inminencia de la subasta los niños sean escuchados. Luego en la referida audiencia solicitan un plazo para intentar una solución al conflicto, hacen referencia a la cercana del colegio al que asisten, que ciclo lectivo está por terminar en un par de meses y demás circunstancias que mencionan. Efectuado dicho planteo, la parte actora se opone en razón de que ellos son ancianos con problemas de salud y también la ancianidad es protegida por Tratados Internacionales. Frente a dicho debate el Juez de la causa resuelve: ordenar la suspensión de la subasta, fijándose una audiencia (siete días posteriores a la resolución) a fin de analizar las distintas alternativas posibles para la solución integral del conflicto, entre las cuales –aclarar expresamente–: se encuentra obviamente incluida la designación de nueva fecha de subasta.

Holding. En este caso, el magistrado al resolver aclara y especifica, 1.- por un lado que se admitió la celebración de la audiencia solicitada por los menores pero que ello no implica que sean parte procesal en la causa, y que su intervención ha sido al solo efecto de

ser escuchados por la autoridad que entiende en un conflicto cuyos resultados consideran que podrían perjudicar su proyecto de vida. Con aplicación de la ley 26.061 nacional y su homóloga provincial 12.967.

Además, 2.- En relación a los derechos invocados por los actores, también coincide en que la Declaración Universal de los Derechos Humanos no sólo marca la necesidad de proteger a los menores, sino también hace una referencia similar a la ancianidad, y en especial por el estado de salud que invocan. Y se aclara que ninguna duda cabe que no puede pretenderse que los actores carguen sobre sus espaldas la protección integral de los menores, la cual caería en primer lugar sobre los respectivos progenitores, subsidiariamente en sus abuelos, y en ausencia de los mismos, de otros familiares directos, y siempre de manera indirecta sobre el Estado.

Y por último, para sellar los considerandos del decisorio, 3.- marca la posible compatibilización entre las pretensiones, especificándose que podría llevarse en otra nueva fecha la subasta y ya establecerse que la desocupación sea concretada en diciembre cuando

concluyen las clases. Admitiendo que eso en definitiva implica resolver en base al interés superior del niño.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil Sala H - Caso «Dupou, Hebe Noemí c. Del Balle, Roberto Leonardo y otros s/ Desalojo»⁷

Hechos. La defensora de menores dedujo apelación en contra de la sentencia de grado que ordenara el desalojo de un inmueble por vencimiento de contrato, fundado su agravio en que el a quo decidió en contra del principio de subsistencia y conservación de la vivienda digna y la protección integral de la familia contenido en el artículo 14 bis de la Constitución Nacional. La Alzada confirma, en lo sustancial, la sentencia recurrida.

Holding. Para así resolver el Tribunal Revisor aclaró que: 1.- resulta improcedente el agravio de la defensora de menores referente a que la sentencia que hace lugar al desalojo del inmueble donde habitan menores de edad contraría el principio de subsistencia y conservación de la vivienda digna y

la protección integral de la familia contenido en el artículo 14 bis de la Constitución Nacional, toda vez que con la puesta en conocimiento del Consejo de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes del GCBA y de la Asesoría General Tutelar del Ministerio Público del Poder Judicial de la CABA se cumplimentó con la obligación que emana de la Resolución DGN N° 1119/08, empero a fin de evitar la eventual puesta en riesgo de la situación habitacional de los menores de edad, se deberá notificar a las instituciones mencionadas la fecha y hora del lanzamiento a los fines que consideraran pertinente. Y además, 2.- Que la función que pueden y deben desempeñar los representantes del Ministerio Pupilar en los procesos de desalojo se endereza a verificar que los niños y adolescentes no se vean privados de su derecho a una vivienda que, en primer término, debe ser proporcionada por sus padres y demás obligados alimentarios y, ante la imposibilidad de estos de garantizarles tal derecho, recurrir a las autoridades competentes.

Juzgado de Primera Instancia de Cir-

cuito de la Primera Nominación de Rosario. Resolución 1721 del 4/06/09 - «Hijos de Miguel Naidich SACI s/Ocupantes de Ituzaingó 60 bis s/Desalojo»⁸

Hechos. Estando firme una sentencia que ordenaba el desalojo de 86 personas, entre los que se encontraban 45 niños, 3 mujeres embarazadas y 3 discapacitados, el funcionario policial actuante ante la dramática complejidad de la ejecución del lanzamiento realiza el planteo ante el magistrado, buscando prevenir los inconvenientes «naturales» que acarrea un desalojo de tal magnitud. Frente a ello el magistrado suspende con carácter preventivo y por un plazo de ciento ochenta días la ejecución de la sentencia de desalojo; pero asimismo ordena: «con carácter preventivo al Superior Gobierno de la provincia Santa Fe y a la Municipalidad de Rosario que por intermedio de los organismos competentes proceda: A) Arbitrar los medios necesarios y adecuados para la reubicación de las familias afectadas por la orden judicial de lanzamiento dictada en los presentes y en forma previa a la ejecución de la misma, en un todo de acuerdo al compromiso asumido por sus funcionarios y

en cumplimiento de las prescripciones constitucionales vigentes, sin perjuicio de las astreintes que se habrán de imponer a la persona del funcionario remiso y en beneficio de la actora, para el caso en que las personas a desalojar no gocen de la adecuada protección social, conforme a lo expuesto en los considerandos del presente decisorio. B) Adoptar las medidas necesarias al efecto de evitar la incorporación de mejoras edilicias en las construcciones asentadas en el predio y/o la incorporación de nuevas personas ocupantes en el lugar. 3) A los fines precedentes, librese oficio al Sr. Gobernador de la provincia de Santa Fe, y al Sr. Intendente de la Municipalidad de Rosario, con transcripción íntegra de la presente. González.»

Holding. Que, en un primer punto (1) es interesante como refiere que a pesar de que conforme el texto del art. 524 del Código de Procedimientos Civil y Comercial el juez no podría suspender el lanzamiento por un plazo mayor a quince días, si no cuenta con la aceptación de la parte actora, salvo que el demandado tuviera derecho a un plazo mayor, destacada doctrina procesal concibe que los magistrados pueden

y deben, llegado el caso, fraguar los moldes procedimentales necesarios para preservar los derechos prometidos por los textos de la Constitución Nacional, del Código Civil y del Código de Comercio, citando al Dr Peyrano y, los llamados «instrumentos operativos procesales» que contribuyen a proporcionar argumentación allí donde no se encuentran respuestas adecuadas en los textos legales.⁹

Que, por otro lado (2) también aclaró que con el contexto de la situación fáctica descrita la ejecución inmediata de la sentencia de desalojo sería de realización imposible dentro de los «estándares» que prescribe el Derecho Internacional Humanitario, y cita todas las normas, tratados internacionales de aplicación al caso. Y que en el presente trabajo ya apuntáramos en párrafos anteriores. Y además, tal como ya lo consideramos se refiere a que dicha normativa constituyen un mandato vinculante que genera obligaciones jurídicas para los Estados. Y por ello concluye que previo a disponerse el lanzamiento, se adopten por el mismo los recaudos mínimos y necesarios que eviten que su cumplimiento genere consecuencias más gravosas para

las familias desalojadas, en especial el grupo más vulnerable integrados por niños y personas discapacitadas, quienes se ven inmersos en una realidad a la que no contribuyeron.

Asimismo como punto, (3) podemos referir que alude a la necesaria protección del derecho de propiedad que la parte actora tiene sobre el inmueble; ya que esa es la cuestión neurálgica-medular con la cual comenzamos este trabajo. El aparente conflicto al que se expone a este derecho de propiedad, en definitiva al igual que el derecho a la vivienda, también cuenta con protección de raigambre constitucional (art. 17 CN) y debe ser ponderado en la magnitud que la CSJN determinó, desde el caso «*Ercolano c/Lanteri*», del 28/4/22.¹⁰

En este tópico, el Supremo Tribunal parte de premisas tales como que un derecho de propiedad ilimitado sería una concepción antisocial; la limitación del ejercicio de los derechos individuales es una necesidad derivada de la convivencia social y, citando jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos, agregó: «Que todo aquel que dedica su propiedad a un uso debe someterse a su contralor, para el bien común, en la extensión del interés que ha creado.»

Y por otro lado, (4) apoya también lo resuelto en la situación de que «el órgano jurisdiccional puede y debe, oficiosamente, emitir órdenes judiciales (aun respecto de terceros ajenos al proceso civil respectivo) cuando la sustanciación de un proceso le ha dado la oportunidad de tomar conocimiento de que es probable que un daño ya acaecido se repita (o agrave) en detrimento de sujetos identificados o no»¹¹. Refiriéndose así a lo que conocemos como mandato preventivo, que parte de la premisa de un juez que se anticipa a lo que puede ocurrir según el orden normal y corriente de las cosas, y procura que el quebrantamiento jurídico que se cierne no se concrete.¹²

Que, en este sentido mediante el mandato preventivo se relaciona con controlar que el Estado en el orden provincial y municipal aproveche en forma efectiva el plazo otorgado para cumplir sin más el compromiso asumido en los tratados internacionales incorporados a nuestra Constitución, aquellos derechos fundamentales que son normas jurídicas operativas con vocación de efectividad. Es decir, se debe buscar asegurar que previo al desalojo o la

subasta por ejemplo se hagan efectiva las obligaciones que las normas humanitarias de rango constitucional le imponen; y así viabilizar la ejecución de lo ordenado en el caso, sin afectar dichos derechos.

Que, ello así puede establecerse porque el Estado debe ponerse al servicio de la ejecución de las resoluciones judiciales. Aclaró «...Si la administración de justicia fracasa, la seguridad jurídica puede ser reemplazada por la irracionalidad y por la imprevisibilidad, con las graves e irreparables consecuencias que tales hechos pueden significar para la vida de una sociedad...»

Conclusión

Surge claro que el derecho a la vivienda, y especialmente el derecho a la vivienda digna a favor de sujetos vulnerables, como son los niños, las niñas y los adolescentes, derechos humanos fundamentales que consagran obligaciones de hacer a cargo del Estado con operatividad derivada, estando sujetos al control de razonabilidad por parte del Poder Judicial.

Ello significa que, sin perjuicio de las decisiones políticas discrecionales, los poderes deben atender a las garantías mínimas indispensables para que una persona sea considerada como tal en situaciones de extrema vulnerabilidad, y reivindicada su dignidad en esas situaciones.

Y como vimos en los casos reseñados, cuando el Poder Judicial toma conocimiento que su decisión implicará, por ejemplo con la ejecución del lanzamiento, la vulneración de derechos, tales como el derecho a la vivienda de niños, niñas o adolescentes, no pueden desentenderse de dichas consecuencias, así lo expresa el Sr. Presidente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación¹³ y la jurisprudencia de la CSJN: «...los jueces al sentenciar debemos atender a las consecuencias de las decisiones.»

Y entonces, ¿qué hacer? interrelacionar la solución de ese caso «difícil» con las llamadas obligaciones positivas del Estado Constitucional respecto de sus ciudadanos, con miras a la protección de sus derechos, obligaciones emergentes del bloque de consti-

tucionalidad determinado por la regla del artículo 75 inc. 22 de la CN, especialmente en consonancia con el art. 2º de la Convención Americana de DDHH.

El imperio de dicha norma nos impone a los magistrados la procura –en todos los casos– del mayor estándar posible de protección de los derechos en juego. Y dar efectiva intervención a los otros poderes en esa situación, y más específicamente como lo resolvieron los casos reseñados, involucrando, con comunicación específica, segura, clara y contundente a la Defensora de Niñas, Niños y Adolescentes, al Área de Acción Social relativa a los derechos en juego para que de manera conjunta puedan abocarse a resolver la problemática abordada.

En esos casos lo que se ve es que los jueces más allá de considerar el marco normativo, doctrinario y jurisprudencial deben atender a las consecuencias de sus decisiones, es una muestra de razonabilidad del poder judicial dar cuenta al órgano competente lo que está aconteciendo y lo que va a ocurrir, con el efectivo lanzamiento de los niños que ocupan sin derecho,

sin legitimidad una vivienda, puesto que ello –esa ocupación ilegítima– no les está asegurando el derecho a la vivienda digna. Y entonces en esos supuestos –excepcionales– deberán sin duda darse mayores plazos razonables para concretar el lanzamiento, aunque excedan los límites previstos por la ley adjetiva.

Y en este sentido, tal como reseñamos, el mismo autor procesalista Jorge W. Peyrano concibe «...que los magistrados pueden y deben, llegado el caso, fraguar los moldes procedimentales necesarios para preservar los derechos prometidos por los textos de la Constitución Nacional, del Código Civil y del Código de Comercio. Así es que jueces verdaderamente comprometidos con el deseo de dar a cada uno lo suyo diseñan los llamados «instrumentos operativos procesales» que contribuyen a proporcionar argumentación allí donde no se encuentran respuestas adecuadas a los textos legales.¹⁴

Y asimismo la scj Nacional viene propiciando la necesidad de hacer justicia en el caso particular, evitando que la aplicación mecánica o indiscriminada de la norma conduzca a prescindir de

la preocupación por arribar a una decisión objetivamente justa para el caso concreto.¹⁵

En definitiva, con una sentencia firme que ordene el desalojo de una vivienda en la cual se encuentran niños, habiendo tramitado el mismo con participación, aunque no estrictamente como parte procesal, de los mismos, con sus representantes legales y promiscuos con activa participación del Ministerio Público de Menores, el juez ha de considerar en cada caso concreto en qué medida el actor en el proceso deberá tolerar la restricción a su derecho en el marco del juicio y con fundamento en las garantías ya aludidas. Y aunque también debe quedar bien en claro que no será en este trámite donde podrá solucionarse el problema de la vivienda del niño, pero sí será ese caso el disparador de las gestiones judiciales o extrajudiciales para reclamarlo a los obligados a satisfacerlo. Y el magistrado, entonces, con la sentencia firme deberá tomar los recaudos necesarios para minimizar los perjuicios que el desahucio generalmente conlleva guardando en lo que sean aplicables al caso pautas tales como: dar un pla-

zo suficiente y razonable de notificación con anterioridad a la fecha prevista para el desalojo o la subasta; prever la presencia de funcionarios estatales en el acto de desahucio en especial de equipos de organismos especializados en la protección de derechos de la niñez, no ejecutarlos en circunstancias climáticas muy desfavorables o de noche y ofrecer recursos jurídicos si fueran necesarias gestiones o reclamos administrativos o judiciales.

Ello así se concluye porque la misma Corte Suprema de Justicia de la Nación aclara que el derecho a la vivienda, es el derecho a la vivienda digna, a la vivienda legítimamente ocupada, y por tanto en casos como los analizados lo que corresponde es dar la debida intervención a la autoridad competente sin que puedan los ocupantes de la misma, invocar el derecho de los niños a la vivienda para legitimar una ocupación porque sería colocar la responsabilidad de dar vivienda a los niños en terceros a costa de su propio derecho (los actores) y siendo esa en cambio la obligación del ESTADO TODO.

Y desde el ángulo de los instrumentos

con los que se cuenta, es muy interesante de destacar lo que ya reseñáramos *ut supra* sobre las normas en sentido amplio, porque la variedad de fuentes, lejos de complicar la dilucidación del caso, obligan a que el intérprete haga un esfuerzo adicional en aras de lograr aquella operatividad de los derechos involucrados y vulnerados en la causa¹⁶ (*vide*).

Y para ello la respuesta está, según lo recomienda la CSJN, en que desde el Poder Judicial se dé la pertinente intervención al área de asistencia social del Estado así expresa: «...*las circunstancias requieren la intervención urgente de equipos de asistencia social de los que dispone el Estado local, que aseguren al niño la atención y el cuidado que su condición precisa, preservando su salud y su integridad física, sin que importe... para el estado una inversión extraordinaria...*»¹⁷

Vemos entonces, como la Corte Nacional da las pautas para concretar una tutela judicial efectiva del derecho a la vivienda digna de niños, niñas y adolescentes y esa respuesta tiene su base en la interpretación generosa en mate-

ria de operatividad de derechos económicos, sociales y culturales. Gracias a ese esfuerzo consagra la justiciabilidad de este tipo de cuestiones, en tanto se presenten determinadas circunstancias que precisa y sin que ello vaya en desmedro de la separación de poderes, ya que reconoce en la materia la competencia básica de los órganos legislativo y ejecutivo quienes deben establecer las leyes y políticas que permitan que dicha categoría de derechos no se transforme en ilusoria.¹⁸

Por tanto, los casos difíciles reseñados al comienzo de este trabajo, deben ser solucionados con las normas dadas por nuestro ordenamiento jurídico actual, que incluye principios y valores, derechos consagrados por tratados internacionales que generan obligaciones en cabeza del Estado, con respuestas que superen los controles de constitucionalidad y convencionalidad. Y las decisiones que se mostraron, sólo da la una bocanada de esperanza para esos casos puntuales, respuestas individuales que deben, al ser trasladada a los demás poderes del estado determinar la puesta en marcha de decisiones que permitan dar soluciones

definitivas a los problemas derivados de la pobreza que asolan a una porción de nuestra población. En la coordinación, la determinación por parte de los poderes legislativos y ejecutivos de normas jurídicas operativas con vocación de efectividad que promuevan y tutelen los derechos humanos y a su vez el referido control de razonabilidad por parte del Poder Judicial, ya que sin perjuicio de la discrecionalidad con que aquella función puede ser ejercida, deben los jueces verificar el respeto y la atención de las garantías mínimas e indispensables para que una persona sea tutelada cuando se encuentra en situaciones de extrema vulnerabilidad. ■

CITAS

¹ Vide caso «Q.C.S.Y. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo» citado por el Dr. Ricardo Lorenzetti en su obra «*El Arte de ha-*

cer justicia», pág. 171.

² C.S.J.N. «Q.C. S.Y. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo».

³ Fallos 327:3677; 332:2043.

⁴ Fallos 332:709.

⁵ LORENZETTI, RICARDO: «*Teoría de la Decisión Judicial. Fundamentos de Derecho*», Rubinzal-Culzoni.

⁶ RAWLS JOHN, *A Theory of Justice*, Harvard, 1971.

⁷ Publicado en AR/JUR/82126/2012.

⁸ Revista Zeus 2009-III.

⁹ PEYRANO, JORGE W.: «Acerca de los instrumentos operativos procesales», E.D., T. 211, pág. 916.

¹⁰ Fallos: 136:170.

¹¹ PEYRANO, JORGE W.: «La acción preventiva», Ed. L.N. - A.P., Buenos Aires 2004, pág. 22.

¹² PEYRANO, JORGE W.: *idem* 9, pág. 16.

¹³ En *Teoría de la decisión judicial* p. 399, citando a Sagüés, Derecho Procesal Constitucional. Recurso extraordinario, 2° ed., Astrea, Buenos Aires, 1989, pág. 370.

¹⁴ PEYRANO, *idem* 9.

¹⁵ J. A., 1981-11-61; E.D. 91- 266.

¹⁶ SABSAY, DANIEL A., «El acceso a la vivienda digna en un fallo de la CSJN».

¹⁷ Considerando 16° del voto de la mayoría en autos «Q.C., S.Y. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo» interesante caso en el que se revoca la decisión del STJC.

¹⁸ SABSAY, DANIEL A., *idem* 14.