



Universidad Abierta Interamericana

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

SEDE BOULOGNE

CARRERA DE ABOGACÍA

Año 2022

**“Falta de Operatividad de los Instrumentos Normativos para la
Tutela Efectiva de la Vivienda Única de Ocupación Permanente.”**

Tutor: Dr. Pablo Santiago Corbalán

Alumno: Guillermo Esteban Lyons

Teléfono: (011) 6851-5913

Correo electrónico: guillermoelyons@gmail.com

Título al que aspira: Abogado

Localización: Sede Buenos Aires – Boulogne – San Isidro

Fecha de presentación: 02 de febrero de 2022

INDICE

RESERVA DE TEMA DE TESIS Y TUTOR	3
ACEPTACIÓN DE TUTORÍA.....	4
NOTA DEL TUTOR.....	5
LISTADO DE SIGLAS UTILIZADAS.....	6
RESUMEN.....	7
CAPÍTULO 1 – DISEÑO METODOLÓGICO.....	8
1. Título de la Tesis.....	8
2. Área Temática	8
3. Marco Teórico.....	8
3. Objetivos	11
4. Encuadre Metodológico	11
5. Planteo del Problema.....	12
6. Hipótesis.....	13
CAPÍTULO 2 – LA VIVIENDA. SU EVOLUCIÓN CONCEPTUAL, REGULATORIA Y PROTECTORIA.	14
1. Del Domicilio a la Vivienda	14
2. La Vivienda Única de Ocupación Permanente	17
3. Del “Bien de Familia” a la “Vivienda” y la “Vivienda Familiar”	18
4. La Vivienda como Derecho Humano.....	21
5. El Hogar de las Personas Como Bien Jurídico Protegido	23
6. Evolución del Marco Normativo Sobre la Protección de la Vivienda	23
7. La Vivienda Única y la Garantía Común de los Acreedores	40
8. Protección Jurídica de la Vivienda en el CCyCN	44
9. La Participación de los Menores en el Proceso de Venta, Embargo y Desalojo como Sujetos de Derecho.....	47
10. Conclusiones	49
CAPÍTULO 3 – CONSIDERACIÓN Y EVALUACIÓN DE LA OPERATIVIDAD DE LA PROTECCIÓN DE VIVIENDA EN EL DERECHO PÚBLICO PROVINCIAL	52
1. Introducción	52
2. La Protección de la Vivienda en la Provincia del Buenos Aires.....	52
3. La Protección de la Vivienda en la Provincia de Córdoba.....	65
4. La Protección de la Vivienda en la Provincia del Chaco	69
5. La Protección de la Vivienda en la Provincia de Formosa	75
6. La Protección de la Vivienda en la Provincia del Corrientes.....	79
7. La Protección de la Vivienda en la Provincia de Chubut.....	80
8. La Protección de la Vivienda en la Provincia de Río Negro.....	81
9. La Protección de la Vivienda en la Provincia de Salta	81
10. La Protección de la Vivienda en la Provincia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur	82
11. La Protección de la Vivienda en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.....	82
12. La Protección de la Vivienda en la Provincia de Santiago del Estero	83

13. Conclusiones	84
CAPÍTULO 4 – EVALUACIÓN DE LA OPERATIVIDAD DE NORMAS JURÍDICAS NACIONALES PROTECTORIAS DE LA VIVIENDA.....	87
1. La Falta de un Conocimiento Generalizado y de una Eficaz Difusión de las Normativas que Protegen la Vivienda Familiar	87
2. Diferencias entre la Inejecutabilidad de la Vivienda Familiar y la Emergente de la Afectación de la Vivienda	88
3. Sobre el Asentimiento Conyugal	92
4. Quiebra. Inejecutabilidad de la Vivienda Única. Improcedencia.....	95
5. Presunto Vacío Legal para la Efectiva Protección de la Vivienda Única y de Ocupación Permanente	100
6. Conclusiones	102
CAPÍTULO 5 - CONCLUSIONES	104
REFERENCIAS	106

Reserva de Tema de Tesis y Tutor

De: Miceli, Marilina marilina.miceli@uai.edu.ar
Asunto: RE: Reserva tema de tesis
Fecha: 3 de noviembre de 2020, 14:38
Para: Guillermo Lyons guillermoelyons@gmail.com
Cc: Cespedes, Viviana Elisabet Viviana.Cespedes@UAI.edu.ar



Tema registrado. Atte

De: Guillermo Lyons <guillermoelyons@gmail.com>
Enviado el: martes, noviembre 03, 2020 1:57 PM
Para: Miceli, Marilina <Marilina.Miceli@UAI.edu.ar>
Asunto: Reserva tema de tesis

ATENCIÓN: Este email proviene de un origen externo a la institución. No ingrese a links y tampoco abra archivos adjuntos en el mismo, salvo que Ud. conozca a la persona que se lo envía y sepa que el contenido es seguro.

Estimada Dra. Micelli,

Le escribo para reservar tema de tesis final de la carrera de abogacía que actualmente estoy cursando.

El título de la tesis será "*Falta de operatividad de los instrumentos normativos para la tutela efectiva de la vivienda familiar.*"

El tutor de la tesis será el Profesor Dr. Pablo Santiago Corbalán.

Saludos cordiales,
Guillermo Esteban Lyons
Legajo: B00013237-J1

Aceptación de Tutoría

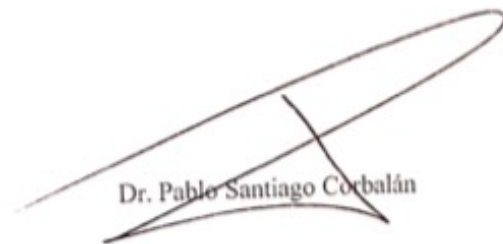
Boulogne, 31 de enero de 2022

Sr. Decano de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas
De la Universidad Abierta Interamericana
Dr. Marcos Córdoba

De mi mayor consideración:

Por la presente me dirijo a usted a los efectos de comunicarle que acepto desempeñarme como tutor del Trabajo Final del estudiante Guillermo Esteban Lyons de la localización Boulogne.

Lo saludo atentamente.



Dr. Pablo Santiago Corbalán

Nota del tutor

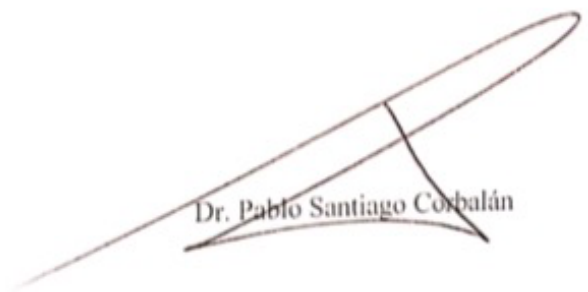
Boulogne, 31 de enero de 2022

Sr. Decano de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas
De la Universidad Abierta Interamericana
Dr. Marcos Córdoba

De mi mayor consideración:

Por la presente me dirijo a usted a los efectos de comunicarle que el estudiante Guillermo Esteban Lyons, perteneciente a la localización Boulogne, ha realizado el Trabajo Final de la carrera de Abogacía, el cual se titula "Falta de operatividad de los instrumentos normativos para la tutela efectiva de la vivienda única de ocupación permanente".

Lo saludo atentamente.



Dr. Pablo Santiago Corbalán

Listado de Siglas Utilizadas

CCyCN	Código Civil y Comercial de la Nación
CESCR:	Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (por sus siglas en inglés, Committee on Economic, Social and Cultural Rights). Es el órgano encargado de supervisar la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en los Estados que son parte de este
CN	Constitución Nacional
CPCCN	Código Procesal Civil y Comercial de la Nación
CSJN	Corte Suprema de Justicia de la Nación
LCQ	Ley de Concursos y Quiebras - Ley 24.522
NNA	Niños, niñas y adolescentes. Relacionado específicamente a la Convención de los Derechos del Niño (1989) y a la Ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes.
PIDESC	Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

Resumen.

El presente trabajo expone sobre cómo el sistema normativo y los operadores jurídicos no logran tutelar adecuadamente el derecho humano que tienen las personas a que no le agredan o despojen de lo que constituye su vivienda propia, ya adquirida, sobre la que obtuvo el derecho real sobre la misma conforme a la ley, y es única y de ocupación permanente. Se inicia con la presentación de los hitos más relevantes en materia social que permitieron la evolución del derecho a la vivienda adecuada, partiendo desde aquel inmueble destinado a vivienda, de carácter esencialmente patrimonial, su evolución normativa, hasta llegar a la vivienda como un derecho humano y cuya protección contra toda agresión tiene rango constitucional; para luego evaluar qué tan operativas son las normas nacionales y provinciales que tutelan la seguridad jurídica de la tenencia de la vivienda como derecho humano de vivir en seguridad, paz y dignidad en alguna parte.

Palabras clave: protección de la vivienda única y permanente · dignidad inherente a las personas · derechos humanos · operadores jurídicos

Capítulo 1 – Diseño Metodológico

1. Título de la Tesis

Falta de operatividad de los instrumentos normativos para la tutela efectiva de la vivienda única de ocupación permanente.

2. Área Temática

La disciplina jurídica a la cual pertenece el trabajo corresponde al Derecho Civil y Constitucional porque la tutela jurídica de la vivienda tiene raíces en derechos y garantías constitucionales y en las declaraciones, cartas, pactos y tratados internacionales ratificados por la República Argentina e incorporados en el art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional.

3. Marco Teórico

El presente trabajo se circunscribe a evaluar la operatividad de las normas dictadas para la protección de la vivienda una vez que ya se accedió a ella; es decir, cuando ya se es propietario o titular del derecho real sobre ese inmueble destinado exclusivamente a vivienda.

Se ha señalado con acierto que “El derecho a la vivienda es un tabú en el ámbito jurídico argentino. Son múltiples los fantasmas y mitos que sobrevuelan a los operadores jurídicos, magistrados y legisladores que quizás representen el mayor obstáculo para la protección de este derecho en el ordenamiento interno.” (Tedeschi, 2006); donde se confunde en un mismo plano de análisis conceptual el derecho a que el Estado garantice el acceso a la vivienda, con el Derecho Humano a la vivienda única y permanente —como se verá *infra*—; o cuando una misma vivienda, por un lado constituye la garantía común de los acreedores y por el otro es el espacio de intimidad familiar, donde vivir en seguridad, paz y dignidad. En suma, es un conflicto entre un Derecho Humano y derechos personales; que, cabe resaltar, no son la misma jerarquía de derechos.

El derecho al acceso a la vivienda es concomitante con el derecho a conservarla; caso contrario el primero sería un contrasentido. ¿Cómo puede ser que se asignen inconmensurables recursos económicos y humanos en pos de asegurar el acceso a una vivienda, para que, luego de haber accedido a ella, deje de ser un derecho humano y pase a ser un bien patrimonial que es garantía común de los acreedores?

En el imaginario colectivo, cuando una persona o familia tiene problemas económicos su primera preocupación es que pueden perder la “casa”. Si la vivienda es un derecho humano

tanto como la propia vida ¿porqué las leyes permiten que otras personas puedan legalmente arrebatarlas?

Se entiende que también existe una colisión entre el derecho a utilizar la vivienda única y permanente como garantía de operaciones comerciales o en contratos de fianza, y el derecho humano que es dicha vivienda.

Los fallos relacionados con embargos y ejecuciones de viviendas familiares son un insumo importante de la presente tesis, dado que en ellos está plasmada en forma fáctica la falta de operatividad de las leyes que protegen la vivienda única y la familiar; por la sencilla razón de que, en algunos de casos, los abogados intervinientes, el Juez de primera instancia o los jueces de la Cámara de segunda instancia¹, entendieron, cada uno a su turno, que una vivienda única donde vive una familia con niños no está protegida constitucionalmente como tal, sino que es más importante para la sociedad la vivienda como garantía común de los acreedores que como vivienda familiar. Inclusive, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha venido sosteniendo este último criterio en Fallos: "Banco del Suquía S.A. c/ Juan Carlos Tomassini" (325:428) y 332:1488, "Romero", donde resolvió la inconstitucionalidad del artículo 58 de la Constitución de Córdoba y de la ley local 8.067; que, al igual que la ley 14.432 de la Provincia de Buenos Aires, que dispone la inembargabilidad de la vivienda única sin requerir su afectación previa en el Registro de la Propiedad.

El denominador común de estos casos es la colisión de derechos: por un lado, el derecho a cobrarse una deuda ejecutando los bienes que son garantía común de los acreedores y por el otro el derecho que protege a la vivienda familiar. Es decir, la tutela del derecho a cobrarse una deuda mediante el embargo y posterior remate de una vivienda familiar es más importante y relevante para la sociedad que la situación de vulnerabilidad y desamparo a las que son sometidas las familias a las cuales les despojan su vivienda única donde reside la familia y es centro de vida de los niños, niñas y adolescentes.

Tratar el tema de la operatividad de artículos del Código Civil y Comercial de la Nación (CCyCN) exige mirar este ordenamiento y leyes especiales en su conjunto y en forma armónica con el bloque de constitucionalidad; donde este último:

“[...]es fuente de Derecho en dos sentidos: directa, a través de normas que se aplican en las relaciones jurídicas de Derechos Público y Privado; indirecta, modificando el

¹ Como el caso que originó el dictamen del procurador fiscal ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Víctor Abramovich, quien dictaminó a su turno la constitucionalidad del art. 2 de la Ley 14.432 de protección de la vivienda única de ocupación permanente de la Provincia de Buenos Aires (R, L E c/P, G A s/ejecutivo fallo)

‘espíritu informador del Derecho’ y cambiando los principios generales. Esta norma de reconocimiento fundamenta el resto del sistema y por eso se dice que hay principio de ‘supremacía constitucional’. En este sentido el resto del ordenamiento jurídico es ‘Derecho Constitucional aplicado’, puesto que en él se detecta el proyecto de vida común que la Constitución intenta imponer y representa a los valores sociales de vigencia efectiva [...]”. (Lorenzetti, 2014)

Es por ello que, al tratar el tema de la defensa y protección de la vivienda única y de ocupación permanente, se debe partir de que integra el conjunto de Derechos de Segunda Generación o Derechos Económicos, Sociales y Culturales y ha sido reconocido por el Art. 14 bis de la Constitución Nacional, por los tratados y las convenciones con jerarquía constitucional; que reconocen el derecho a la vivienda como uno de los derechos fundamentales de las personas relativas al resguardo del desarrollo humano y la seguridad social como garantía para un nivel de vida adecuado. Así lo entienden la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 25), la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. 11), la Convención Americana de Derechos Humanos, Pacto de San José de Costa Rica (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 Racial (art. 5º, inc. e, III), la Convención Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer (art. 14, inc. h) y la Convención de los Derechos del Niño (art. 27).

Por otro lado, toda vivienda que se construye se la hace con el propósito específico para que vivan personas humanas y familias en el sentido amplio que le da hoy el CCyCN. Si es así, toda vivienda única de ocupación permanente no puede ser ejecutada, porque hay una presunción que en la misma vive una familia o una persona a la que hay que proteger en su dignidad; porque una familia o personas que son desalojadas y quedan desamparadas, es el Estado el que finalmente debe protegerla y brindarles asistencia mediante sus organismos competentes y con los recursos de toda la comunidad.

Serán fuente de análisis las Convenciones Internacionales, el Código Civil y Comercial, los Códigos procesales, las leyes nacionales relacionados a la vivienda y las Constituciones provinciales y sus respectivas leyes que protegen la vivienda familiar. Asimismo, se recurrirá a la doctrina y, muy especialmente, a la jurisprudencia en la materia.

3. Objetivos

3.1 Objetivo General

Evaluar la operatividad del sistema de leyes sustantivas y adjetivas, nacionales y provinciales, que tutelan la protección de la vivienda única y permanente establecidas en las declaraciones, pactos y convenciones internacionales ratificados por la República Argentina y con jerarquía constitucional y la Constitución Nacional.

3.2 Objetivos Específicos

- Analizar la doctrina de autores de relevancia a los efectos de crear un contenido conceptual de vivienda familiar, la vivienda única y permanente y el objeto que se tutela.
- Analizar la normativa vigente en materia de protección de la vivienda familiar y de la vivienda única y permanente.
- Verificar si impera en los tribunales el criterio de que la vivienda familiar es parte del acervo patrimonial del demandado que constituye una garantía común de los acreedores y puede ser atacado, por sobre el derecho humano a la vivienda.
- Releva las jurisdicciones en las cuales la defensa de la vivienda familiar está receptada en su correspondiente constitución y en leyes especiales. En los casos afirmativos analizar su operatividad.
- Verificar las publicaciones de los diferentes Registros de la Propiedad de las distintas jurisdicciones a los efectos de evaluar la eficacia y pertinencia de la publicidad que realizan para comunicar a toda la población sobre la accesibilidad, facilidad, gratuidad y conveniencia de la protección de la vivienda familiar.

4. Encuadre Metodológico

A los efectos de poder cumplir con los objetivos propuestos en la tesis, la misma será descriptiva y explicativa.

Es descriptiva en tanto se pretende desarrollar una imagen o fiel representación de cómo se protege la vivienda única y de ocupación permanente y si esta protección cumple con los derechos y garantías establecidas en la Constitución Nacional y las declaraciones, pactos y convenciones internacionales ratificados por la República Argentina e incorporados a ella. En este caso la variable más importante son los fallos que concluyeron en remates de viviendas familiares o cuando se intenta su remate teniendo conocimiento de que vive una familia y la misma está protegida legalmente.

Asimismo, es explicativo porque se pretende conducir a un sentido de comprensión o entendimiento del fenómeno que termina vulnerando derechos y garantías constitucionales que protegen la vivienda única de ocupación permanente.

Por lo anterior, la técnica de recolección de datos será cualitativa y cuantitativa.

La fuente de recolección de datos será:

- La Constitución Nacional, declaraciones, pactos y convenciones internacionales ratificados por la República Argentina y las constituciones provinciales.
- Las normas nacionales y provinciales de protección de la vivienda única y familiar.
- Las publicaciones de doctrina sobre defensa de la vivienda familiar.
- La jurisprudencia relativas a ejecuciones de viviendas familiares o defensa de esta en general y que pueda aportar al objetivo de la tesis.
- Las reglamentaciones jurisdiccionales de los Registros de la Propiedad.

5. Planteo del Problema

Todos sabemos que el derecho a transitar es un derecho constitucional y nadie duda de él; y tampoco los operadores jurídicos lo ponen en dudas. Nadie duda de que por deudas ya nadie es privado de su libertad. Pero, sin embargo, muchos reciben notificaciones de embargo y citación de remate de su vivienda única y permanente, inclusive cuando es el hogar conyugal y donde también viven con sus hijos menores de edad; todo ello a pesar de que el derecho a la vivienda es un bien tutelado por el bloque de constitucionalidad y convencionalidad y que beneficia a las personas humanas en su individualidad. Si la vivienda única de ocupación permanente de una persona no está debidamente protegida, entonces tampoco lo está su dignidad.

A pesar de que la vivienda única de ocupación permanente es un Derecho Humano establecido en la Constitución Nacional, es el primer bien de una familia que se ataca judicialmente para cobrarse una deuda. En este sentido, sobre un inmueble destinado a vivienda no existe una presunción *iuris tantum* que es vivienda única de ocupación permanente, ni tampoco el solicitante debe debilitar esta presunción aportando las pruebas de que no es vivienda familiar única, y que el remate o el despojo de dicha vivienda no perjudica a ninguna persona ni la deja en la calle.

Del planteo del problema surgen las siguientes preguntas que guiarán la tesis:

- ¿Porqué a pesar de la letra de nuestra Constitución y de las declaraciones, pactos y convenciones internacionales ratificados por la República Argentina, los operadores jurídicos ven la vivienda familiar como un bien patrimonial que es garantía común de los acreedores y no como un derecho humano?

- ¿Son eficaces las normas reglamentarias que protegen la vivienda única como derecho humano que es? ¿Estas normas cumplen con la Constitución y en particular con el Pacto de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales?

6. Hipótesis

La hipótesis por confirmar o descartar, es que:

“Es necesario el dictado de nuevas normas reglamentarias de orden público, tanto del derecho sustantivo como del adjetivo, en la esfera nacional y provincial, para lograr una mejor operatividad de los instrumentos normativos que tutelan la vivienda única de ocupación permanente y la familiar.”

Capítulo 2 – La Vivienda. Su evolución Conceptual, Regulatoria y Protectoria.

SUMARIO: 1. Del Domicilio a la Vivienda. 2. La Vivienda Única de Ocupación Permanente. 3. Del “Bien de Familia” a la “Vivienda” y la “Vivienda Familiar”. 4. La Vivienda como Derecho Humano. 5. El Hogar de las Personas Como Bien Jurídico Protegido. 6. Evolución del Marco Normativo Sobre la Protección de la Vivienda. 7. La Vivienda Única y la Garantía Común de los Acreedores. 8. Protección Jurídica de la Vivienda en el CCyCN. 9. La Participación de los Menores en el Proceso de Venta, Embargo y Desalojo como Sujetos de Derecho. 10. Conclusiones.

1. Del Domicilio a la Vivienda²

Enseña Kemelmajer de Carlucci (Kemelmajer de Carlucci A. , 2020, pág. 147 y ss) que: [l]a tradicional noción de ‘domicilio’, regulada en todos los códigos decimonónicos, ha evolucionado a la más real y concreta de ‘vivienda’. Continúa señalando que “el pasado no significa que el concepto de domicilio no contenga aspectos constitucionales y convencionales altamente significativos, su inviolabilidad y la libertad de elegir residencia. Sin embargo, excepto visión constitucional; hoy, en cambio, la vivienda es considerada el espacio necesario para poder desarrollar derechos fundamentales como una verdadera red de normas”.

El art. 73 del CCyCN dice que “La persona humana tiene domicilio real en el lugar de su residencia habitual.” y su residencia habitual es donde se vive y establecen vínculos durables por un tiempo prolongado (inc. b) art. 2613 CCyCN). Pero en el caso de los niños, niñas y adolescentes la CSJN en el caso “V., M. c/ S. Y., C. R. s/ restitución internacional de niños” del 22/10/2021 ha dicho que:

Para ello resulta necesario, liminarmente, precisar el alcance del concepto de residencia habitual. Esta Corte Suprema ha señalado que la expresión residencia habitual que

² He tomado el título de KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, Perspectiva Contemporánea de la Protección de la Vivienda, en Revista de Derecho Privado y Comunitario 2020-2: Cuestiones patrimoniales del Derecho de Familias -II, Julio César Rivera... [et al] ed., Rubinzal- Culzoni Editores, Santa Fe, 2020.

utiliza el CH 1980³ hace referencia a “una situación de hecho que presupone estabilidad y permanencia, y alude al centro de gravedad de la vida del menor, con exclusión de toda referencia al domicilio dependiente de los menores” (conf. Fallos: 318:1269).

Es decir, la residencia habitual supone **estabilidad, permanencia y centro de gravedad del menor**; los que se logran en una vivienda que está en un lugar determinado donde se forjan los lazos afectivos y donde el centro de vida es un interés superior de los niños, niñas y adolescentes que se debe respetar.⁴ Las familias con niños, niñas o adolescentes que son desahuciados pierden mucho más que un lugar donde protegerse y vivir, ya que se les vulneran garantías y derechos constitucionales.

El domicilio es un atributo de la personalidad, y, si la vivienda es su domicilio, el perderla, la persona pierde uno de sus atributos. Si bien en la práctica las personas en estos casos utilizan como domicilio el de algún pariente o amigo, la realidad es que la pérdida de vivienda asociada al domicilio afecta su dignidad y a su libertad de elección.

O cuando en el art. 650 del CCyCN, señala “[...]En el indistinto, el hijo reside de manera principal en el domicilio de uno de los progenitores, pero ambos comparten las decisiones y se distribuyen de modo equitativo las labores atinentes a su cuidado.”, en este caso el domicilio se refiere a un lugar físico o sea a la vivienda, al centro de gravedad del menor o centro de vida.

También en los arts. 717 y 719 del CCyCN que hacen referencia al “último domicilio conyugal” hace referencia a una vivienda donde vivían los cónyuges.

Inclusive, en el art. 2621, del Título IV “Disposiciones de derecho internacional privado” aclara expresamente que “Se entiende por domicilio conyugal efectivo el lugar de efectiva e indiscutida convivencia de los cónyuges.”, es decir la vivienda de los cónyuges.

Finalmente se señala que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966) establece en su art. 17 que “1. Nadie 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 reputación. 2. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.” Nuevamente el domicilio a que se refiere el artículo transcrito se refiere a la vivienda y es ésta la que está vinculada a los derechos fundamentales de las personas.

³ Convenio de La Haya de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores (CH 1980) -aprobado por ley 23.857-

⁴ Inc. f) art. 3 de la ley 26.061 Ley de Protección Integral de los Niños, Niñas y Adolescentes.

Otro tanto sucede con el art. 18 de la Constitución Nacional el que establece que “[...]El domicilio es inviolable [...]”. La violación del domicilio esta penalmente tipificado en el art. 150 del Código Penal, correspondiente al Capítulo II: Violación de domicilio, Título V del Libro Segundo, el que dispone que: “Será reprimido con prisión de seis meses a dos años, [...], el que entrare en morada o casa de negocio ajena, en sus dependencias o en el recinto habitado por otro, contra la voluntad expresa o presunta de quien tenga derecho a excluirlo.”. El delito de violación de domicilio corresponde a los delitos contra la libertad individual. De allí que el tipo penal tiende a proteger una de las manifestaciones de esa libertad, esto es, el derecho a elegir quienes pueden entrar en el domicilio propio. Es decir, no se está en presencia de un delito contra la propiedad, pues al decir de Molinario y Aguirre Obarrio (Cfr. (Donna, 2011)), la ley penal no protege la porción de espacio ni la construcción material que constituyen la casa donde la persona habita, sino la libertad necesaria para el ejercicio de la soberanía doméstica del individuo.

En el mismo sentido señala Donna (Donna, 2011), citando a Núñez y Laje Anaya, que en el Código Penal, cuando se protege el domicilio, el bien jurídico protegido es el aspecto de la libertad relativo al ámbito material de intimidad personal exigido por nuestra concepción de hombre libre para desenvolver con tranquilidad y seguridad su personalidad y sus condiciones físicas, intelectuales y morales, solo o junto a su núcleo familiar, pero en un ámbito de intimidad libre de perturbaciones y de la injerencia de terceros, sean particulares o la propia autoridad pública.

[...]El ámbito de protección del derecho a la vida privada ha sido interpretado en términos amplios por los tribunales internacionales de derechos humanos, al señalar que éste va más allá del derecho a la privacidad. La protección a la vida privada abarca una serie de factores relacionados con la dignidad del individuo, incluyendo, por ejemplo, la capacidad para desarrollar la propia personalidad y aspiraciones, determinar su propia identidad y definir sus propias relaciones personales. El concepto de vida privada engloba aspectos de la identidad física y social, incluyendo el derecho a la autonomía personal, desarrollo personal y el derecho a establecer y desarrollar relaciones con otros seres humanos y con el mundo exterior. La efectividad del ejercicio del derecho a la vida privada es decisiva para la posibilidad de ejercer la autonomía personal sobre el

futuro curso de eventos relevantes para la calidad de vida de la persona. La vida privada incluye la forma en que el individuo se ve a sí mismo y cómo decide proyectarse hacia los demás, y es una condición indispensable para el libre desarrollo de la personalidad. [...]⁵

Si ello es así, las personas que no tienen viviendas no tienen un ámbito material de intimidad que le corresponde como hombre libre; tampoco un lugar donde desenvolver su personalidad ni de intimidad para entregarse a sus afectos. A pesar de ser tan importante este derecho a la protección del domicilio que está tipificado en el Código Penal; sin embargo, por otro lado, el CCyCN permite, en determinadas circunstancias, que las personas pierdan legalmente este ámbito material tan importante como es la vivienda propia, única y permanente.

Como se observa de lo anterior, el despojo de una vivienda está asociado al derecho a una vivienda digna, que está vinculado a otros derechos fundamentales, como son, no solo 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, y a tantos otros que, como la seguridad social y el derecho fiscal. (Kemelmajer de Carlucci A. , 2020)

2. La Vivienda Única de Ocupación Permanente

La vivienda a que se hace referencia en el presente trabajo se circunscribe a aquellas adecuadas, construidas en terreno propio, que son inmuebles por accesión, que es la única para aquellos que la habitan, que fue construida para vivienda y que se adquirió el derecho real cumpliendo con todas las normativas aplicables; es decir, las que están construidas en terreno propio y están debidamente registradas y tienen sus Escrituras inscriptas y en regla en el Registro de la Propiedad, que fueron obtenidas legalmente mediante su compra o por medio de subsidios o créditos hipotecarios ya cancelados o construidas por sus propias manos.

Justamente esa vivienda que

[...]tiene para el individuo un gran valor, no sólo patrimonial, sino esencialmente extrapatrimonial: en el plano material, le da amparo a su integridad física, pues lo protege de los peligros de la naturaleza y de las amenazas de los malvivientes; jurídicamente, es el espacio que garantiza la efectividad de los derechos de la

⁵ Ver párrafo 143 de la sentencia del 28/11/2012 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Artavía Murillo y otros (“Fecundación in vitro”) vs/ Costa Rica,

personalidad; en el plano moral, es el centro de la esfera de su intimidad, 'el santuario de su vida privada', etcétera. (Kemelmajer de Carlucci A. , 1995, pág. 99);

O como lo ha señalado el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CESCR) cuando opina 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 a vivir en seguridad, paz y dignidad en alguna parte [...]. (CESCR Observacion General N°4)

Cuando se hace referencia a vivienda familiar en el presente trabajo se debe interpretar a la vivienda de la persona cualquiera sea su familia; e inclusive si es de uso de una sola. Ello porque, aun cuando es habitada por una sola persona, es su hogar. Inclusive, existen muchas viviendas donde hoy son habitadas por una sola persona, que quedó sola porque lo que en su momento fue el lugar donde formó una familia, crio a sus hijos, hoy es un cónyuge o conviviente supérstite y sus hijos formaron familia en sus propias viviendas. Así, con el correr de los años, por el fallecimiento de uno de los cónyuges y la independización de los hijos, lo que fue una vivienda familiar, pasó a ser una vivienda unipersonal; pero sigue siendo la “vivienda familiar”.

En este sentido el CESCR advierte que

[...]el derecho a una vivienda adecuada se aplica para todos. [...], tanto las personas como las familias tienen derecho a una vivienda adecuada, independientemente de la edad, la situación económica, la afiliación de grupo o de otra índole, la posición social o de cualquier otro de esos factores. En particular, el disfrute de este derecho no debe estar sujeto, [...], a ninguna forma de discriminación. (CESCR Observacion General N°4)

3. Del “Bien de Familia” a la “Vivienda” y la “Vivienda Familiar”

En la Constitución del año 1957 se agrega el art. 14 bis, el que en su último párrafo establece que “*El Estado otorgará los beneficios de la seguridad social, que tendrá carácter*

de integral e irrenunciable. En especial la ley establecerá: [...]; la defensa del bien de familia; la protección económica familiar y el acceso a una vivienda digna.”

El “bien de familia” como institución fue normado mediante la Ley 14.394 de “Modificaciones al Régimen de los menores y de la Familia” en adelante “Ley de Bien de Familia” y que fuera promulgada en el año 1954 (actualmente derogada por la ley 26.994). Esta Ley disponía entre los artículos 34 al 50 el régimen de “bien de familia” y su protección jurídica especial, porque dicha locución se refiere a un inmueble donde vive una familia en los términos de dicha Ley.

Así en el art. 34 disponía que toda persona podía constituir en "bien de familia" un inmueble urbano o rural de su propiedad cuyo valor no exceda las necesidades de sustento y vivienda de su familia; y el art. 36 explicaba lo que se entendía por familia estableciendo que era la constituida por el propietario y su cónyuge, sus descendientes o ascendientes o hijos adoptivos; o en defecto de ellos, sus parientes colaterales hasta el tercer grado inclusive de consanguinidad que convivieren con el constituyente.

Es decir, no todo inmueble podía constituirse en “bien de familia” sino solo aquellos en que era una vivienda donde vivía el propietario con su cónyuge y sus hijos (tanto propios como adoptivos) o los padres de los primeros o algún pariente colateral hasta el tercer grado. En este sentido se ha dicho que “Familia y casa son dos realidades que aparecen inescindibles, porque allí donde hay una comunidad familiar debe haber un lugar físico donde los integrantes puedan vivir juntos” (Dossetti, 2007). La Ley de Bien de Familia se refería a esta comunidad familiar.

Por lo anterior, una vivienda donde vivía únicamente su propietario no podía inscribirse como “bien de familia”, pero si se casaba esa vivienda podía pasar a ser un “bien de familia” si es que la inscribía como tal, o en otras palabras toda vivienda familiar podía pasar a ser “bien de familia”. Por la inscripción, *ratio legis*, la vivienda familiar pasaba a ser “bien de familia” y así quedaba protegida según el mandato constitucional.

Si bien con la Ley de Bien de Familia la protección de la vivienda familiar era solo optativa, a pesar de ello resultó indudablemente un gran avance en su protección jurídica. Lamentablemente como la mayoría de las familias que vivían en viviendas propias no sabían sobre la inscripción de su vivienda como “bien de familia”, resultó que las viviendas familiares que estaban protegidas bajo dicho régimen eran mínimas comparados con el total de hogares que existían en la Argentina.

Cabe señalar que la Ley de Bien de Familia, tal cual estaba escrita, entendía que no todos los propietarios de viviendas familiares querían protegerla de los ataques de los eventuales acreedores con derechos suficientes para pedir su remate y ser desalojados. Al ser

así esta Ley no protegía la vivienda de todas las familias argentinas; solo de aquellas que así expresamente lo querían y realizaban los trámites de inscripción en el Registro de la Propiedad correspondientes, por lo que no se ajustaba al derecho establecido en el art. 14 bis de la Constitución Nacional ya que habría existido una contradicción.

De lo anterior surge que se le exige al Estado, y por consiguiente a toda la sociedad, un esfuerzo económico importante garantizando el acceso a la vivienda digna, procurando que todas las personas tengan un ámbito propicio y digno en el que vivir cada día; pero como la vivienda familiar única no es un “bien de familia” *per se*, entonces no estaba automáticamente protegida contra agresiones.

Sin embargo, cada vez que el Estado lograba que una familia accediera a la vivienda digna y si esta no era inscripta como “bien de familia” la podían perder. Si la perdían, el Estado nuevamente tenía que procurar el acceso a la vivienda a esa familia que ya la había conseguido pero que la perdió porque era garantía común de los acreedores u otra circunstancia.

Como se señaló, la Ley 14.394 fue derogada por la Ley 26.994 que promulgó el CCyCN, el cual en:

El Libro Primero (Parte General) del Título III (Bienes), Capítulo 3 (Vivienda), sustituye lo que hasta el momento se conocía con el nombre de ‘bien de familia’ y que se encontraba contenido en la ley 14.394. El cambio de denominación (‘bien de familia’ por tan solo el de ‘vivienda’) no es inocente, sino que responde a una exigencia (acceso y protección) en miras ‘a una sociedad multicultural, sobre la base de un paradigma no discriminatorio’, tal como se desprende de los Fundamentos del Anteproyecto. Se entiende que la vivienda es un derecho fundamental de toda persona con independencia de la estructura familiar en la que se encuentre inserto. Por tal razón, la vivienda no se protege en conexión con las relaciones familiares, sino en virtud de que ella es un derecho humano, de todos. (Pérez Pejcic, 2015, pág. 410)

El nuevo CCyCN instauró un nuevo régimen de protección de la vivienda y con “fundamento en el derecho humano que toda persona tiene a la vivienda y no en la protección de la familia” excediendo “el marco familiar y se transforma en un instituto independiente de la familia, aunque no ajeno a ella.” (Pérez Pejcic, 2015).

Asimismo, el CCyCN en los arts. 456 y 522, protege específicamente y en forma automática la vivienda familiar; donde la vivienda pasa a ser “vivienda familiar” si y solo si las personas que la habitan contraen matrimonio o a partir de la inscripción de la unión convivencial. Para el CCyCN una familia es solo aquella que se ajusta a algunos de los tipos establecidos por la ley. En este sentido se ha dicho que:

Las personas eligen de qué modo ejercer su derecho a formar una familia: o bien bajo el tipo matrimonial o a través de la conformación de una unión convivencial, con la morfología y requisitos exigidos por los arts. 509 y 510 del Código Civil y Comercial y, si bien la registración de las uniones convivenciales es exigida sólo a los fines probatorios (arts. 511 y 512 CCyCN), salvo, justamente, para obtener la protección de la vivienda familiar prevista en el art. 522 CCyCN. (Herrera & Pellegrini).

Así, se partió del “bien de familia” donde se establecía la protección únicamente de la vivienda habitada por una comunidad familiar, a la protección de la “vivienda” en el nuevo CCyCN; Código que, además, instituye la “vivienda familiar” la que sí intenta protegerla en forma automática estableciendo su inejecutabilidad, que no es suficiente en los términos exigidos en el PIDESC porque al permitir su embargo está sujeta a agresión, es decir, a la perturbación de los que la habitan.

4. La Vivienda como Derecho Humano

En el primer párrafo de la Observación General N° 4 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CESCR) establece que “De conformidad con el párrafo 1 del artículo 11 del Pacto⁶, los Estados Parte ‘reconocen 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’. Reconocido de este modo, **el derecho humano a una vivienda adecuada tiene una importancia fundamental para el disfrute de todos los derechos económicos, sociales y culturales.**” [énfasis añadido]

⁶ Artículo 11

1. 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, y a una mejora continua de las condiciones de existencia. Los Estados Partes tomarán medidas apropiadas para asegurar la efectividad de este derecho, reconociendo a este efecto la importancia esencial de la cooperación internacional fundada en el libre consentimiento.

Nuestra Constitución Nacional incorporó el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) con jerarquía superior a las leyes en el inciso 22 del artículo 75; por lo que en nuestro país la vivienda adecuada es un Derecho Humano.

En el párrafo 3 de la Observación general N° 4 señala que “Aun cuando existe una amplia variedad de instrumentos internacionales que abordan los diferentes aspectos del derecho a una vivienda adecuada⁷, el párrafo 1 del artículo 11 del Pacto es la más amplia, y quizás la más importante, de todas las disposiciones pertinentes.”

La Declaración Universal de los Derechos del Hombre, Resolución N°217 A(III) de la Naciones Unidas del 10 de diciembre de 1948, dispone que “Toda persona tiene derecho 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 [...]”(art. 25.1). En esta establece que “toda persona tiene derecho a un nivel de vida que le asegure [...] la vivienda [...]”; es decir no necesariamente debe ser parte de una familia –independientemente de la estructura familiar adoptada– para ser merecedora del derecho a una vivienda.

Por otra parte, la Asamblea General de las Naciones Unidas reconoce que “una vivienda adecuada y segura constituye un derecho humano básico y es esencial para la realización de las aspiraciones humanas” (A/RES/42/191, 1987). “Reconocido de este modo, el derecho humano a una vivienda adecuada tiene importancia fundamental para el disfrute de todos los derechos económicos, sociales y culturales.” (CESCR Observacion General N°4, 2014)

En este sentido, si bien se ha señalado que:

[...]la vivienda constituye uno de los derechos humanos fundamentales en nuestra Constitución, derecho que lo recepta el CCyCN; donde la protección de la vivienda ocupa un espacio relevante, reconociendo a toda persona el derecho a afectar su vivienda al régimen de exclusión de la agresión de los acreedores, equilibrando los intereses propios del tráfico jurídico con la necesidad de asegurar un espacio existencial. (Herrera & Pellegrini).

⁷ Véase, por ejemplo, el párrafo 1 del artículo 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el apartado iii) del párrafo e) del artículo 5 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, el párrafo 2 del artículo 14 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, el párrafo 3 del artículo 27 de la Convención sobre los Derechos del Niño, el artículo 10 de la Declaración sobre el Progreso y el Desarrollo en lo Social, el párrafo 8 de la sección III de la Declaración de Vancouver sobre los Asentamientos Humanos, 1976 (Informe de Hábitat: Conferencia de las Naciones Unidas sobre los Asentamientos Humanos (publicación de las Naciones Unidas, No de venta: S.76.IV.7, y corrección), cap. I), el párrafo 1 del artículo 8 de la Declaración sobre el Derecho al Desarrollo y la Recomendación No 115 de la Organización Internacional del Trabajo sobre la vivienda de los trabajadores, 1961.

Se señala que, como existe la posibilidad de que la vivienda sea atacada mediante un embargo y, además, para que la protección que otorga el CCyCN sea plenamente operativa, siempre debe existir un acto voluntario de afectación en Registro de la Propiedad correspondiente; lo cual no se ajusta al PIDESC ya que, como todo Derecho Humano, es inherente a la persona humana y no debería ser necesario un acto administrativo para que se confirme que una persona acepta dicho derecho. Por ejemplo, no se requiere de ningún acto administrativo para que el estado proteja el derecho a la vida.

5. El Hogar de las Personas Como Bien Jurídico Protegido

Las personas son titulares de los derechos individuales sobre los bienes que integran su patrimonio. En el caso particular de la vivienda (como construcción material que es), es objetivamente una cosa con un valor económico y por lo tanto es venal, está en el comercio. Pero cuando esta pasa a ser habitada por personas humanas, se generan otros bienes jurídicos, además del de la propiedad, que son particulares e inescindibles de su carácter de vivienda o habitación. La vivienda, al pasar a ser el lugar de habitación u hogar de las personas que la habitan, adquiere un valor propio, un valor instrumental, que sirve como presupuesto del ejercicio de otros derechos personales como a la privacidad, a la intimidad, a la protección de la dignidad de la persona y del hogar.

Mientras una vivienda está ocupada por una persona hay un hogar; una familia; una intimidad; una dignidad; niños, niñas y adolescentes a quienes proteger; un lugar donde vivir dignamente; en suma, un derecho humano que surge y se presenta reclamando que se lo proteja.

Si el derecho a acceder a una vivienda, o la garantía a ella, es un derecho humano, necesariamente y una vez que accedió, por carácter transitivo, su conservación es también necesariamente un derecho humano. Por ser así, los desalojos forzosos por la pérdida de vivienda única y de ocupación permanente ya adquirida, por cualquier razón que sea, constituyen una violación a un derecho humano.

6. Evolución del Marco Normativo Sobre la Protección de la Vivienda

Para abordar el marco normativo sobre la protección de la vivienda y donde la fuente de tal protección lo constituyen la Constitución Nacional y las declaraciones, pactos y convenciones internacionales ratificados por la República Argentina e incorporados a ella en su reforma del año 1994, entendemos pertinente iniciar su análisis de su evolución a partir del inicio del constitucionalismo y en el entendimiento que ello será útil para la verificación de la hipótesis que se plantea en la presente.

El llamado *constitucionalismo o movimiento constitucionalista* fue un proceso político-jurídico que en su versión inicial tuvo como objetivo establecer en cada Estado un documento legal – la constitución– procurando así racionalizar el poder político, creando la imagen del *gobierno de la ley* donde todo acto del Estado, para ser válido y legítimo, debe derivar de una competencia prevista en una constitución escrita. (Cfr. (Sagües, 1997, pág. 1))

6.1. Primera Etapa de Constitucionalismo Llamada Constitucionalismo Individualista y Liberal

El constitucionalismo de la primera etapa (siglos XVII, XVIII Y XIX) estuvo al servicio del tercer Estado o burguesía, que estaba compuesta por los comerciantes, industriales, profesionales, clase media alta, que, a partir del siglo XVII, triunfa sobre el primer Estado (el rey y la aristocracia) y el segundo Estado (el clero) (Cfr. (Sagües, 1997, pág. 3)).

Para afianzar su triunfo sobre la aristocracia, el rey y el clero, y para neutralizar los avances de otro importante grupo político en auge (el cuarto estado o proletariado: empleados, obreros y campesinos, clases medias bajas), el tercer estado o burguesía manejará una doctrina de autolegitimación filosófica, política, jurídica y económica (la ideología individualista y liberal), y propiciará la sanción de ciertas leyes supremas (las *constituciones*) destinadas a afianzar, de modo solemne y sólido, el nuevo estado de cosas. (Sagües, 1997, pág. 4)

Es decir, un nuevo estado de cosas que afianzara el poder de la burguesía sobre los otros tres poderes.

Las bases ideológicas fundamentales son las siguientes:

- a) Hobbes aporta la idea de *sociedad posesiva de mercado*. El hombre es básicamente malo: lobo para el hombre [...] [...]Una sociedad civilizada es aquella que sustituye el apetito primitivo de destrucción de todo hombre hacia su semejante, por el de acumulación ilimitada de riqueza. [...] Al estado le toca velar por el cumplimiento de los contratos.
- b) Locke subraya la presencia de derechos naturales, previos al Estado. Éste existe, sustancialmente, para asegurar a cada uno su propiedad (vida, libertad

y bienes de una persona). Como los hombres son libres, pueden vender su trabajo. Si esto pasa, el sirviente adquiere el derecho al salario, pero carece de tiempo y de cultura para actuar políticamente: no es correcto, entonces concederle el sufragio. En definitiva, todos son inicialmente libres e iguales, pero con el tiempo los asalariados pierden sus derechos políticos.

- c) La escuela fisiocrática francesa [...] añadirá la presencia de un “orden natural” [...] en la economía, que la regula armoniosamente. Los valores existentes en el mercado se balancean espontáneamente. Bueno es entonces que el Estado no se entrometa en ese terreno: [...] (“dejad hacer, dejad pasar, que el mundo va por sí solo”).
- d) Sièyès aporta la idea de *nación* como sujeto del poder *constituyente*. Todo país debe tener una constitución, dictada por la *nación*. La *nación* se integra básicamente, por el tercer estado o burguesía, puesto que el rey y el clero son, al lado de este tercer estado, una minoría ínfima [...]
- e) Para culminar la ideología individualista-posesiva, se recurre a la teoría de la representación política; no es bueno que el pueblo gobierne por sí mismo (Montesquieu). Lo correcto es que sean los representantes de la nación quienes dirijan el Estado, sin sujeción o mandato alguno (doctrina del *mandato libre*)
- f) A su vez, los ciudadanos son divididos en dos categorías: activos (quienes pueden votar) y pasivos (quienes carecen de derechos electorales). Los activos son aquellos que reúnen ciertas cualidades (dinero, sexo y cultura) para sufragar. Los pasivos-generalmente, pobres y asalariados: el cuarto poder – no pueden quejarse si se restringen o niegan sus derechos electorales, ya que el derecho a sufragar se enseña, no es un derecho de cada uno en

particular, sino de la nación en su conjunto, la que determina, entonces, quienes están habilitados o inhabilitados para concurrir a las urnas (Sagües, 1997, pág. 4 y 5).

De lo anterior surge claramente que el tercer Estado (la burguesía) instaló un sistema en el que se destaca (Sagües, 1997, págs. 5 a 7):

- a) La adopción de una constitución escrita para ese Estado que no podía alterarse, e inclusive, si se dictaba una ley contraria a ella (a los intereses de la burguesía) la ley sería inválida.
- b) “La constitución cumple, pues, el papel de *conservar* el sistema político jurídico por ella establecido”.
- c) “Se instaure constitucionalmente un orden económico individualista y liberal, declarándose a la propiedad como derecho *inviolable* [...] y hasta *sagrado*”.
- d) Instaure un nuevo orden político que tiene directrices aristocráticas que [...] anestesia al cuarto poder (proletariado).

Por lo tanto, se observa que surge un Estado mínimo, garante exclusivamente de la justicia, la seguridad y defensa, que no se entromete en el mercado y asegura la inviolabilidad de la propiedad privada en sentido amplio.

Este sistema político instaurado y el contexto histórico en que fue formulado generó un paradigma⁸ o una matriz político-ideológica de regulación jurídica.

La noción de paradigma de regulación jurídica es una construcción que intenta explicar un conjunto de soluciones técnico-jurídicas a partir de la asunción de una determinada teoría de las funciones que debe asumir el Estado, y de una teoría acerca de las vinculaciones entre individuo y sociedad (Abramovich & Courtis, 2014, pág. 48 y 49).

Abramovich y Courtis (Abramovich & Courtis, 2014, pág. 49) llaman a este modelo de regulación jurídica como modelo del “derecho privado clásico” y donde entre sus rasgos característicos se señalan:

- La unidad de análisis de la acción humana individual;

⁸ El uso de la noción de paradigma o matriz disciplinaria se toma de ABRAMOVICH, Víctor, COURTIS Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles* – 1ª reimpresión - Editorial Trotta S.A. – Madrid – 2014, y que los autores se inspiraron en la noción desarrollada por Khun para las ciencias naturales (cf. Th. S. Khun, *La estructura de las revoluciones científicas*, México, 1971.) Citado por los autores.

- Se presume la racionalidad del sujeto actuante, y su capacidad cognoscitiva y volitiva de lo que es mejor para él;
- Se postula que el mercado es el mejor mecanismo de creación de riqueza y de asignación de factores económicos;
- La sociedad se considera en equilibrio o en situación de estabilidad. [...];
- Las funciones que se asignan al Estado son el mantenimiento de un marco legal institucional confiable, que fomente la previsibilidad de las transacciones, la protección de la situación de equilibrio, y su restablecimiento en los casos en los que la modificación se haya producido través de mecanismos no permitidos.
- Traducidos a términos jurídicos, estos presupuestos generan:
 - La construcción de sujetos de derecho individuales;
 - La equivalencia de los sujetos de derecho, expresada en nociones tales como la igualdad formal ante la ley y la igualdad de las partes contratantes;
 - la consagración del principio de autonomía de la voluntad, y del contrato como mecanismo válido para intercambiar bienes y servicios; en un escalón similar, el establecimiento de factores personales y subjetivos de asignación de responsabilidad civil, tales como el dolo y la culpa;
 - la limitación de las funciones del Estado a la creación de reglas generales y abstractas (legislación), protección de los bienes jurídicos individuales y de las condiciones institucionales de equilibrio económico (seguridad, defensa) y al restablecimiento del equilibrio económico ante la producción ilícita de daño o el incumplimiento de lo pactado contractualmente (justicia civil) y, en los casos de afectaciones más graves, la imposición de sanciones penales individuales (justicia penal).

- el diseño de acciones procesales individuales, en las que la medida de la legitimación es la afectación individual de derechos (Pág. 50).

La elaboración técnica de las posiciones jurídicas individuales tradicionalmente denominadas derechos civiles responde a la necesidad de configurar jurídicamente un espacio autónomo de actuación, en el que la interferencia estatal en las decisiones adoptadas por los individuos sea mínima (Pág. 51).

En este sentido cabe recordar el art. 1197 del Código de Vélez, según el cual: “Las convenciones hechas en los contratos forman para las partes una regla a la cual deben someterse como a la ley misma.” Se ha dicho que “Este enunciado legal fue rotulado y ampliamente conocido como el principio de la ‘autonomía de la voluntad’, y constituyó la base contractual de derecho privado en nuestro país. [...]” (Esper, 2018, pág. 40). Lo acordado debía cumplirse sin miramientos ni excusas, consagrándose así el liberalismo contractual es su máxima expresión y la ausencia, o presencia mínima, de la intervención del Estado en aquello que las partes habían libremente concertado. (Esper, 2018)

De lo anterior se destaca que el modelo liberal presume la racionalidad de los sujetos actuantes, su capacidad para conocer de las leyes y de saber que es lo que más le conviene y que todos los contratos se realizaban en igualdad de condiciones o posición entre los contratantes, se presumía que nunca podía haber una parte más débil en un contrato.

6.2. La Constitución Nacional de 1853/60 y su Código Civil Decimonónico

Se podría argumentar que se adoptó una Constitución con una matriz ideológica de regulación jurídica de carácter liberal-individualista.

Se sostiene que todos los Códigos Civiles no son solo un producto técnico ya que se apoyan sobre dejar una cosmovisión y un programa político (Sozzo, 2019; y en este sentido Alberdi (Alberdi, 1887) oportunamente señaló que

“[...], las leyes civiles no son sino leyes orgánicas de las disposiciones de la Constitución nacional, que consagran derechos naturales en que se fundan la familia y la sociedad civiles; tales son las que se refieren al estado de las personas, á la propiedad, su goce y transmisión por sucesión y por convenio, y á la sociedad civil en general.”

Y refiriéndose al Código redactado por Vélez Sarsfield advierte Alberdi que

Es extraño, sin embargo, que el Ministro que mandó hacer el proyecto de Código, y el jurisconsulto que lo ha ejecutado, hayan olvidado ese apoyo obligado y necesario del Código Civil argentino, a punto de consultar para su formación todas las leyes del mundo extranjero, menos la ley fundamental de la República Argentina, de que el Código Civil debía surgir todo entero como de su fuente natural genuina. (Pág. 105)

Se observa en Alberdi la influencia de la escuela histórica del Derecho de Friedrich Karl von Savigny, y señalaba, además, que Vélez se basó en proyectos de Códigos que todavía no habían sido sancionados en sus respectivos países y que no se sabía si eran dignos de imitarse.

Por otra parte, Alberdi (Alberdi, 1887) advierte que

“[...]entre sus fuentes favoritas de doctrina para la composición de un proyecto de Código Civil argentino nos haría creer que el Doctor Vélez ha tomado en serio y como orden definitivo de su país, ese estado de cosas impropiamente llamado *Federación argentina*, el cual representa en política la idea opuesta y antagonista de lo que es un *Código* en materia civil. La idea de *Código Civil federal* es un contrasentido [...] Tal Código sería la negación implícita de Estados soberanos, que no existen propiamente, pues en realidad lo que se toma por tales Estados son *Provincias interiores de una nación*, como se llaman ellas mismas por las palabras de su *Constitución nacional* (Págs. 103 y 104).

Estas últimas reflexiones de Alberdi se manifiestan en las sanciones de las leyes 8.067 de la provincia de Córdoba y la 14.432 de la Provincia de Buenos Aires, ambas declarando la vivienda única y permanente como inembargables pero que fueron, a su turno, declaradas inconstitucionales por la CSJN.

Por lo anterior se podría decir que la cosmovisión y el programa político que dejó al Código Civil de Vélez fue el de un país con un orden económico esencialmente liberal e individualista, donde se privilegiaba y protegía el derecho sin restricciones a la propiedad, el libre mercado y en una sociedad que no existía el abuso de derecho, el enriquecimiento sin causa, la lesión, la imprevisión, el abuso del derecho, el resarcimiento del daño moral, tanto en la responsabilidad contractual, como la extracontractual ni la apelación a la "buena fe", como "standard" que debe regir todas las relaciones contractuales.

Moisset de Espanés (Moisset de Espanés, 1985, pág. 12) cita a Borda quien afirmaba [...]que la filosofía del Código de Vélez era ‘liberal, individualista y positivista’, y que la reforma efectuada mediante la Ley 17.711 la sustituye por la filosofía ‘social y cristiana’, propia de la ‘Populorum Progressio’, expresando que ‘el liberalismo positivista confundió ley con derecho; se interesó más por la seguridad que por la justicia; hizo del respeto de la libre voluntad un dogma que expresó con palabras singularmente duras y precisas. **Todo lo libremente querido es su himno; de esta regla debían derivarse y se derivaron los mayores abusos**’. [énfasis añadido]

Si bien cabe destacar que cuando se sancionó y se puso en vigencia el Código de Vélez más del 78% de la población era analfabeta⁹ y, sin embargo, era de cumplimiento obligatorio para la totalidad de los habitantes. Su estudio y aplicación impuso en los operadores jurídicos una visión de los derechos basados en principios esencialmente liberales e individualistas que perduran hoy en día, porque la mayoría de los juristas de renombre, miembros de la CSJN y los que redactaron el CCyCN se formaron con esa ideología. Es por ello por lo que a la mayoría de los operadores les cuesta asimilar los Derechos Sociales, Económicos y Culturales como derechos civiles; lo que dificulta la comprensión de que una construcción mientras sea utilizada como vivienda única y permanente, que, si bien es un bien venal, es esencialmente, y por, sobre todo, un derecho humano.

Alberdi también hace referencia a las enseñanzas de la escuela histórica del Derecho de Friedrich Karl von Savigny, cuya doctrina figura citada entre las fuentes del Código de Vélez, quien sostenía que el Derecho, lejos de ser una creación arbitraria del Estado, está condicionado históricamente porque es la manifestación necesaria del “espíritu del pueblo” (*Volksggeist*), del cual es expresión inmediata de la costumbre; y cita de este jurista que “Si se quiere promulgar un código útil, es necesario elegir la época en que la ciencia del derecho sea vigorosa y haya alcanzado su mas poderoso desarrollo. [...] Redactad un código en una época en que la ciencia es débil y pobre, vuestro trabajo inconsistente, será funesto al país. El código promulgado parecerá regir la administración de la justicia, y no la regirá... .” (Alberdi, 1887, pág. 87)

⁹ Del Primer Censo de la República Argentina de 1869 cuya versión en pdf se puede consultar en <http://www.estadistica.ec.gba.gov.ar/dpe/Estadistica/censos/C1869-TU.pdf>. El Censo señala “Instrucción. Según el Censo, en una masa de *un millón ochocientos mil habitantes*, 360.683 han asegurado saber leer, varones y mujeres; y 312.011 han asegurado saber escribir. Es de creer que la verdad sea más desconsoladora, siendo mucho menos los que realmente sabían una y otra cosa. Está establecido que el hecho, en este dato, es siempre un 30 por ciento menor de lo que dan los censos.”

El Código establecía que el error de derecho era inexcusable a pesar de que más del 78% de la población de la Argentina de esa época era analfabeta; por lo que no caben dudas de que ese Código fue redactado para una minoría burguesa -probablemente de la de Buenos Aires de esa época- que dominaba la economía y la política de ese período y teniendo mucho cuidado de no alterar dogmas defendidos por la Iglesia Católica.

6.3. El Constitucionalismo Social de Derecho

Paradójicamente, los tres ideales supremos del constitucionalismo liberal-individualista, enunciados al producirse la Revolución Francesa (*libertad, igualdad, fraternidad*), quedaron desvirtuados por aplicación del propio sistema jurídico-político que los proclamaba.

Las crisis sobre las libertades, de igualdad y de justicia generados por el sistema jurídico-político impuesto por las constituciones liberales generaron injusticias sociales que obligaron a adoptar un nuevo orden no individualista, que hasta el propio liberalismo termina por aceptar la necesidad de una reforma sistemática: el *neoliberalismo*. (Sagües, 1997, pág. 9)

A partir de estas crisis, en especial a comienzos del siglo XX, surge el Constitucionalismo social, a partir de la revolución mejicana de 1910 (que sanciona la Constitución de Querétaro de 1917) y alemana de 1918 (con la posterior Constitución de Weimar de 1919). Estas constituciones son consideradas como modelos paradigmáticos del nuevo “constitucionalismo social”. A lo anterior se debe agregar la creación de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), en el marco del Tratado de Versalles, adoptado en el ámbito de la Conferencia de Paz de París de 1919, firmado por los Aliados (vencedores) y Alemania (vencida).

Como un hito relevante en la cuestión de la seguridad social cabe destacar la Primera Conferencia Interamericana de Seguridad Social, celebrada en Santiago de Chile en el año 1942. De dicha conferencia se destacan los siguientes considerandos de la Resolución N°1 aprobada por dicha conferencia:

Considerando:

1.º Que la libertad y dignidad son atributos esenciales e inalienables de la personalidad humana.

2.º Que para gozar plenamente de las libertades fundamentales de pensamiento, expresión y actividad, todo hombre y mujer debe estar biológica y económicamente protegido frente a los riesgos sociales y profesionales, en función de una solidaridad organizada.

El derecho a la seguridad social fue reconocido como tal en la Declaración Universal de los Derechos Humanos que elaboró la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1948 y en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966.

Estos documentos tienen como eje la dignidad humana, y en la misma medida que se reconoce que la miseria es uno de los mayores atentados a la dignidad de las personas, la seguridad social ha sido en la sociedad actual el sistema más eficaz, y a la vez el más complejo, para remediarla.

Como se observa, surge un derecho social; pero este “[m]odelo del *derecho social* no es un modelo del derecho privado clásico, sino un modelo correctivo de lo que se consideran disfunciones de este último.” (Habermas, J., Facticidad y validez, citado por (Abramovich & Courtis, 2014, pág. 52))

“Lo que convierte al viejo sistema legal [el derecho privado clásico] en uno nuevo [el derecho social] es la manera de pensar sobre las relaciones del todo y sus partes, sobre las relaciones mutuas de los individuos, sobre el conjunto en que se establece a partir de allí; en síntesis, la manera en que se concibe el contrato social. Mientras el contrato clásico era analizado como una relación inmediata ente individuos autónomos y soberanos, de la cual surgía un Estado con poderes limitados a garantizar los contratos celebrados sin su concurrencia, en el concepto de contrato del derecho social el todo tiene una existencia propia independiente de las partes –ya no se trata del Estado, sino de la “sociedad”– y las partes nunca asumen obligaciones directamente, sin pasar por la mediación del todo. El término “socialización” designa esta forma de concebir las obligaciones, en la que el nexo entre uno y otro individuo siempre es mediado por la

sociedad que forman, la que juega un papel regulatorio, mediador y redistributivo.”

(Ewald, F., El concepto de derecho social, citado por (Abramovich & Courtis, 2014, pág. 52).

En el apartado 6.1. se detalló cómo con el constitucionalismo clásico surgió una matriz político-ideológica de regulación política con las características antes señaladas, Abramovich y Courtis (Abramovich & Courtis, 2014) destacan los siguientes postulados que informan del nuevo modelo de derecho social:

- la introducción en el análisis de la acción humana de la dimensión colectiva. [...]
- el señalamiento de límites a la racionalidad del sujeto actuante, y a su capacidad cognoscitiva y volitiva de los que es mejor para él. Estos límites estarían marcados por diversos factores: la constatación de motivaciones irracionales en los seres humanos, su voluntad cambiante, el efecto de presiones colectivas, la falta o carácter incompleto de la información disponible, la diferencia de poder de sujetos interactuantes, la necesidad, la coacción, etc.
- la generación de riqueza deja de ser el único factor de análisis de resultado económico. A ella se agregan otros factores, tales como la igualdad y la equidad, de manera que la intervención en el mercado puede justificarse a partir de otros valores;
- la sociedad se considera en estado de conflicto permanente [...]
- las funciones que se asignan al Estado se multiplican [...] (Pág. 53).

Se observa de lo anterior un cambio importante de la matriz político-ideológica instalado oportunamente por el tercer Estado (burguesía) y en el modelo de derecho privado clásico como se vio *surpra* en el apartado 6.1.

Por otra parte, se ha señalado que la fórmula “casi sagrada e inmaculada” a que hacía referencia el art. 1197 del Código de Vélez comentado *supra*

[...]se fue flexibilizando con el paso de los años, por influencia de muchos factores, hasta que la gran reforma del Código Civil producida en 1968 por la ley 17.711 consagró importantes institutos que morigeraron legislativamente el principio cuasi intocable que

preveía el art. 1197 del CC. Entre los hitos más relevantes se destacan: la facultad judicial de morigerar las cláusulas penales [...], la incorporación legislativa de la lesión subjetiva-objetiva y de la prohibición de ejercer abusivamente de los derechos [...], la consagración expresa de la buena fe con vastos efectos en el universo contractual [...] y el reconocimiento de la denominada teoría de la imprevisión [...] (Esper, 2018).

Del análisis de estos postulados se desprende que a pesar de la Constitución de 1957 con la incorporación del art. 14 bis y la promulgación de la Ley 17.711, el tipo de regulación jurídica del derecho privado clásico es el que imperó (inclusive parcialmente hasta nuestros días) en nuestro país por sobre el modelo de derecho social, ello dada las limitaciones que aun existen a la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales; ello a pesar de que “[...]dada su complejidad estructural, no existe derecho económico, social o cultural que no presente *al menos alguna* característica o faceta que permita su exigibilidad judicial en caso de violación.” (Abramovich & Courtis, 2014)

La inclusión de las declaraciones, pactos y convenciones internacionales de derechos humanos introducidos en la CN en la reforma del año 1994 actualmente rige en nuestro país un Estado Constitucional y Convencional de Derechos.

6.4. Derecho al Acceso a la Vivienda y el Derecho a la Protección de la Vivienda

En Argentina el interés por solucionar problemas habitacionales surge por primera vez para combatir la escasez de vivienda obrera a comienzos del siglo XX mediante la promulgación de la Ley Nacional N° 9677 “Vivienda Económica” del año 1915; mediante la cual se conformó la Comisión Nacional de Casas Baratas. Esta Ley fue derogada por el Decreto Ley 11157/45.

En 1921 se promulga la Ley 11.157 de Locaciones Urbanas, que fijaba el precio de las locaciones y suspendía los desalojos. El planteo de inconstitucionalidad del art. 1 de esta ley llegó a la Corte Suprema de Justicia, entre otros, por el caso “Ercolano c/Lanterini de Renshaw” (Fallos CXXXVI:161), donde la Corte sienta el precedente de cómo se debe interpretar cuando nos referimos al derecho “[...]de usar y disponer de su propiedad;[...]” del art. 14 de la Constitución Nacional, señalando que “Ni el derecho a usar y disponer de la propiedad, ni ningún otro derecho reconocido por la Constitución, reviste el carácter de absoluto. Un derecho ilimitado sería una concepción antisocial. Reglamentar un derecho es limitarlo, es hacerlo

compatible con el derecho de los demás dentro de la comunidad y con los intereses superiores de esta última.”

La Constitución del año 1949 reconoció la función social de la propiedad y también el derecho a la vivienda, pero solo en el marco del derecho al bienestar para los trabajadores, de la familia y de la ancianidad.

Aunque por medio de la reforma constitucional de 1957 estos cambios progresistas fueron eliminados, esta reforma introdujo el actual artículo 14 bis que reconoce explícitamente el derecho a una vivienda adecuada en el marco de los beneficios de la seguridad social otorgados por el Estado y exige que por ley se garantice el acceso a una vivienda digna.

El art. 14 bis establece en su primer párrafo que “El trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes [...], y dedica el segundo párrafo a las garantías de los gremios y concluye con un tercer párrafo señalando que *“El Estado otorgará los beneficios de la seguridad social, que tendrá carácter de integral e irrenunciable. En especial la ley establecerá: [...]; la protección integral de la familia; la defensa del bien de familia; la protección económica familiar y el acceso a una vivienda digna.”*

De la lectura del art. 14 bis y por los antecedentes detallados de la Constitución del año 1949, se advierte que está dedicado a la protección del trabajo y del trabajador; este último a través de los beneficios de la seguridad social, que incluye además de la protección biológica y económica frente a los riesgos sociales y profesionales, también establece, como consecuencia de lo anterior, la protección de la dignidad y libertad como atributos de la personalidad humana; la protección integral de la familia; la defensa del bien de familia; la protección económica familiar y el acceso a una vivienda digna. El acceso a la vivienda digna estaba referido a la protección del trabajador; era un derecho de todo trabajador poder acceder a la vivienda digna; y no para todas las habitantes.

Que el tercer párrafo del art. 14 bis estuvo inspirado en función del trabajo, lo que a nuestro criterio se desprende de las propias convicciones de los constituyentes del año 1957 y de los paradigmas jurídicos imperantes en esa época, lo que se observa en la siguiente exposición al tratar los fundamentos de los artículos incorporados:

El convencional Sr. Martella ‘Dentro de la política social, por ejemplo, el sanitario es uno de los aspectos más crudos a exhibir. El grado de sanidad de la población influye evidentemente sobre la capacidad del trabajo, a corto o largo plazo, y sobre el nivel de la producción y sobre la eficiencia del trabajo. La política sanitaria enlaza con la política

económica de la producción y actúa así de un modo indirecto sobre el nivel de los precios y la capacidad adquisitiva de la población, influye sobre la situación social y en el nivel de la población. ¿En qué medida se han venido movilizandolos recursos de la nación en este aspecto? ¿Que se ha hecho en favor del pueblo trabajador?’

Para este convencional la política social era necesaria para que el trabajador rinda más; y evidentemente se refería al trabajador asalariado. Claramente una política social solo para trabajadores asalariados.

El derecho al acceso a la vivienda establecido en el art. 14bis -con las reservas ya realizadas en cuanto a su fin y alcance– sería una obligación activa del Estado que lo puede hacer mediante la asignación de recursos específicos a la construcción de viviendas o establecer limitaciones o restricciones a la libre asignación de factores económicos por parte del mercado, de modo que promueva o favorezca el acceso de sectores de menores recursos a bienes tales como la vivienda o contraer créditos o empréstitos para tales fines.

La reforma constitucional de 1994 amplió el alcance del derecho a la vivienda y amplió el marco de su protección con la incorporación de los tratados, pactos y convenciones internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22). Aun cuando existe una amplia variedad de instrumentos internacionales que abordan los diferentes aspectos del derecho a una vivienda adecuada¹⁰, el párrafo 1 del artículo 11 del PIDESC es la más amplia, y quizás la más importante, de todas las disposiciones pertinentes.” (CESCR Observacion General N°4, 2014).

Luego de estas incorporaciones al texto constitucional el derecho a la vivienda del artículo 14 bis debe entenderse en consonancia con los artículos mencionados de los tratados internacionales de derechos humanos. El Artículo 75 inciso 22 de la

¹⁰ Véase, por ejemplo, el párrafo 1 del artículo 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el apartado iii) del párrafo e) del artículo 5 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, el párrafo 2 del artículo 14 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, el párrafo 3 del artículo 27 de la Convención sobre los Derechos del Niño, el artículo 10 de la Declaración sobre el Progreso y el Desarrollo en lo Social, el párrafo 8 de la sección III de la Declaración de Vancouver sobre los Asentamientos Humanos, 1976 (*Informe de Hábitat: Conferencia de las Naciones Unidas sobre los Asentamientos Humanos* (publicación de las Naciones Unidas, N° de venta: S.76.IV.7, y corrección), cap. I), el párrafo 1 del artículo 8 de la Declaración sobre el Derecho al Desarrollo y la Recomendación N° 115 de la Organización Internacional del Trabajo sobre la vivienda de los trabajadores, 1961. (CESCR Observacion General N°4, 2014)

Constitución Argentina es claro cuando establece que estos tratados tienen jerarquía constitucional, y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías reconocidos por la Constitución en su primera parte. Estos tratados están destinados a obligar a los estados no solo en la esfera internacional sino en su jurisdicción interna y gozan de las características del derecho internacional de los derechos humanos como normas *ius cogens*, es decir inderogables, imperativas e indisponibles. Estos convenios han establecido órganos de fiscalización del cumplimiento de los tratados que están autorizados a interpretar los alcances de los derechos protegidos. (Tedeschi, 2006).

Además, el derecho a una vivienda adecuada ha sido expresamente reconocido en varios textos legislativos locales, como se detallan en el Capítulo III.

Si bien el art. 14 bis dice “[...]la ley establecerá [...] el acceso a la vivienda digna.”; esa ley nunca se dictó por lo que no se ha dotado de una ley marco a este derecho. Sin embargo, se crearon distintos instrumentos para la implementación de políticas de accesos a la vivienda como por ejemplo el Decreto Ley 21.581 que creó el Fondo Nacional de la Vivienda (FONAVI)¹¹. El FONAVI pasó a integrar la Ley 24.464 que crea el “Sistema Federal de Vivienda” con el objetivo explícito de facilitar las condiciones necesarias para posibilitar a la población de recursos insuficientes, en forma rápida y eficiente, el acceso a la vivienda digna, conforme a lo previsto en el artículo 14 de la Constitución Nacional. (art. 1 de la Ley). Esta última ley se financia con impuestos a los combustibles.

Es importante destacar los cambios normativos ocurrido comparando el Decreto Ley 21.581 de FONAVI y la Ley 24.464. Si se comparan el artículo 4 de la primera y el 6° de segunda; se aprecia que el FONAVI establecía que los fondos se destinarían exclusivamente a financiar “La construcción de viviendas económicas para familias de recursos insuficientes” a

¹¹ El art. 3 de la Ley establece que el Fondo Nacional de la Vivienda se integrará con “[...]b) Una contribución del cinco por ciento (5 %) sobre las remuneraciones a cargo del empleador, cualquiera sea la condición y características del dador de trabajo, ya sea del ámbito público o privado, excluyéndose de esta obligación las representaciones diplomáticas y sus equivalentes debidamente reconocidos. c) Una contribución equivalente al veinte por ciento (20 %) de los importes que los trabajadores autónomos tributen como obligación previsional.[...]”. **Es decir, el FONAVI construyó viviendas con el esfuerzo y aportes de los trabajadores.** Y en su art. 4° establece que “Los recursos del Fondo Nacional de la Vivienda, serán destinados exclusivamente a financiar total o parcialmente, en las condiciones y formas que determinen las respectivas operatorias o normas particulares, todos o algunos de los siguientes rubros:

a) La construcción de viviendas económicas para familias de recursos insuficientes.

b) La ejecución de obras de urbanización, de infraestructura, de servicios, de equipamiento comunitario y otras complementarias destinadas al desarrollo de programas comprendidos en la presente Ley.
[...]”

[...]financiar total o parcialmente la compra y/o construcción de viviendas [...]”. Es decir, mientras que el FONAVI se creó para garantizar el acceso a la vivienda digna según el art. 14 bis de la Constitución Nacional, con la Ley 24.464, se lo desfinanció; porque ya no es para financiar la compra por parte del Estado para entregárselas a familias de recursos insuficientes, ahora es solo para financiar la compra o construcción; todo ello sin dejar de mencionar que con esta última Ley “estos recursos podrán utilizarse como garantía de préstamos y/o contraparte de financiamiento”.

En la práctica con esta última Ley 24.464 se acabó el FONAVI y la construcción masiva de viviendas como ocurrió, destinando sus recursos para otras necesidades de los Estados provinciales (como su utilización en gasto corriente y no en viviendas).

Si bien actualmente hay otros programas estatales como el PROCREAR, PROCREAR II, Casa Propia, etc., no tienen la masividad y facilidad de acceso como lo tenía el FONAVI.

Sin embargo, de nada sirve todo este esfuerzo de trabajadores, de los que pagan combustibles y del Estado, si no se protege adecuadamente la vivienda adquirida.

En tal sentido se ha dicho que:

En consecuencia, desde nuestra regla de reconocimiento constitucional, el Estado debe asegurar a toda persona la protección de la vivienda, protección que se materializa en dos momentos fundamentales: por un lado, en el acceso equitativo a una vivienda digna, es decir, a un hábitat adecuado para sí y/o su familia de modo tal que satisfaga sus necesidades mínimas y/o las de su núcleo familiar; y, por el otro, en el amparo de la vivienda digna ya obtenida, ya sea en propiedad o por cualquier otro medio legítimo (locación, usufructo, posesión, etc.). Se trata [...], en un primer caso, del derecho a la vivienda, como derecho de la persona nacido de la vital necesidad de poder disfrutar de un espacio habitable, suficiente para desarrollar su personalidad; y en un segundo supuesto, del derecho sobre la vivienda, como materialización concreta de aquél respecto de un bien determinado. [...] (Famá, 2011).

6.5. Una Iniciativa Privada que Vale la Pena Recordar en Materia de Acceso a la Vivienda

La escasez de vivienda “obrera” que dio origen a la Ley 9677 de “Vivienda Económica” fue producto también de la gran inmigración proveniente del viejo continente como consecuencia de las guerras mundiales.

[...]Vinieron al país a crecer; concepto que incluía formar una familia, educar a sus hijos y construir su casa propia. Algunos de ellos llegaron a tener más de una propiedad ocupando solo una de ellas. La finca excedente era dada en alquiler, preferentemente algún connacional que hubiera llegado al país posteriormente, con los mismos sueños y actitudes que su locador.

En algún momento del proceso locativo acordaron transformar el pacto en una compraventa. Todo lo que el locatario pagaba de allí en más ya no era en concepto de canon locativo sino de cuota en un nuevo contrato de compraventa. Esta transformación operaba también sobre los sujetos, quienes trataban de locador y locatario a convertirse en adquirente y vendedor (Cabrera, 2018, pág. 91).

Si bien estos contratos adolecían de informalidad absoluta, no por ello perdía fuerza la eficacia de lo pactado. Esto no era otra cosa que un contrato que hoy está tipificado como Leasing.

En 1995 se sanciona la ley 24.441 de “Financiamiento de la vivienda y la construcción”¹², donde Cabrera (Cabrera, 2018) advierte que:

[...]Con dicha creación, el regulador comete dos errores insalvables. Establece como medida de orden público, que en todo contrato de leasing la figura del dador debe recaer indefectiblemente sobre una entidad financiera. Por lo tanto, la relación creada en un ámbito de amistad y confianza entre los contrayentes pasó a teñirse de extrañeidad,

¹² Fideicomiso. Fiduciario. Efectos del fideicomiso. Fideicomiso financiero. Certificados de participación y títulos de deuda. Insuficiencia del patrimonio fideicomitado en el fideicomiso financiero. Extinción del fideicomiso. Contrato de "leasing". Letras hipotecarias. Créditos hipotecarios para la vivienda. Régimen especial de ejecución de hipotecas. Reformas al Código Civil. Modificaciones al régimen de corretaje. Modificaciones a la Ley de Fondos Comunes de Inversión. Modificaciones al Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Modificaciones al Régimen Registral. Modificaciones al Código Penal. Modificaciones a las leyes impositivas. Desregulación de aspectos vinculados a la construcción en el ámbito de la Capital Federal.

donde un banco confeccionaba un contrato con cláusulas predisuestas, con todo lo que ello implica, y el tomador adhería sin debida debatiir la conveniencia en que sometería a sus derechos. El otro yerro, fue la mutación normativa. La vieja ‘Locación con opción de compra’ pasó a llamarse ‘Leasing’; con la carga de connotaciones psicológicas que la denominación foránea provoca en los adquirentes de buena fe y a título oneroso en nuestras latitudes. La disposición provocó un espanto de tal envergadura en los posibles tomadores, que la figura, prácticamente dejó de existir [...].

Los parlamentarios también transformaron la seguridad, serenidad, ilusión y esperanza de antaño en desaliento e incertidumbre, para caer en el desánimo de la gente y el consiguiente desmoronamiento de la actividad. (Pág. 92).

[Énfasis añadido]

7. La Vivienda Única y la Garantía Común de los Acreedores

Como ya lo vimos extensamente, el derecho a la vivienda es un derecho social y humano. Derecho humano porque es inherente a la dignidad de la persona poder acceder a ella y social porque la sociedad a través del Estado debe de alguna manera garantizar su acceso; por lo que una vez adquirida pasa a ser un derecho humano y el Estado debe garantizar su inviolabilidad y preservación.

Tal y como lo ha definido el primer Relator Especial, “el derecho humano a una vivienda adecuada es el derecho de toda mujer, hombre, joven y niño a tener y mantener un hogar y una comunidad seguros en que puedan vivir en paz y con dignidad”.

Esta definición está en consonancia con los elementos fundamentales del derecho a una vivienda adecuada tal como se define en la Observación general No. 4 del CESCR, en la que señala:

Aun cuando la adecuación viene determinada en parte por factores sociales, económicos, culturales, climáticos, ecológicos y de otra índole, el Comité considera que, aun así, es posible identificar algunos aspectos de ese derecho que se deben tener en cuenta a estos efectos en cualquier contexto concreto. Entre ellos figuran los siguientes: a) Seguridad jurídica de la tenencia. [...] Sea cual fuere el tipo de tenencia,

todas las personas deben gozar de cierto grado de seguridad de tenencia que les garantice una protección legal contra el desahucio, el hostigamiento u otras amenazas. Por consiguiente, los Estados Parte deben adoptar inmediatamente medidas destinadas a conferir seguridad legal de tenencia a las personas y los hogares que en la actualidad carezcan de esa protección consultando verdaderamente a las personas y grupos afectados. [...] b) Disponibilidad de servicios, materiales, facilidades e infraestructura. [...] c) Gastos soportables. [...] d) Habitabilidad. [...] e) Accesibilidad. [...] f) Lugar. [...] g) Adecuación cultural. (Párrafos 8 y 9)

A pesar de que la vivienda es un derecho humano y que se debe garantizar su acceso y la seguridad jurídica de su tenencia, esta forma parte del patrimonio de una persona, el que está conformado por los bienes y cosas susceptibles de valor económico. La vivienda al ser una cosa material susceptible de valor económico está afectado al cumplimiento de sus obligaciones (art. 242 del CCyCN).

Por una parte, el art. 743 del CCyCN establece que los bienes presentes y futuros constituyen la garantía común de los acreedores, donde estos pueden exigir la venta judicial pero solo en la medida necesaria para satisfacer sus créditos; lo cual significa que se pueden embargar y ejecutar sus viviendas únicas y permanentes y desalojarlos; pero por otra parte los desalojos forzados son objetivamente incompatible con las exigencias del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales. (Observación General No 4, párrafo 18).

Finalmente se destaca que el CESCR establece en la Observación General No 7 sobre la redacción del artículo 11.1 del Pacto, que

[...] los desalojos no deberían dar lugar a que haya personas que se queden sin vivienda o expuestas a violaciones de otros derechos humanos. Y que cuando los afectados por el desalojo no dispongan de recursos, el Estado Parte deberá adoptar todas las medidas necesarias, en la mayor medida que permitan sus recursos, para que se proporcione otra vivienda, reasentamiento o acceso a tierras productivas, según proceda (Párr. 16).

En este aspecto la Argentina no cumple con art. 11 del PIDESC.

7.1. Un Derecho a la Propiedad y un Derecho Humano en Pugna

Por un lado, está el derecho a la protección de la vivienda familiar y por el otro el derecho a la propiedad que constituye el derecho al cobro de la suma adeudada; ambos con reconocimiento constitucional.

Estos dos derechos siempre van a estar en pugna hasta que no se reconozca e internalice en forma efectiva a la vivienda única y de ocupación permanente como derecho humano que es y dentro de lo que son los Derechos Sociales, Económicos y Culturales. La vivienda como derecho humano no está en la idiosincrasia o en la cultura de nuestra sociedad que está inmersa en un paradigma o matriz político- ideológico que responden al modelo jurídico del derecho privado como se detalló *supra*.

Estos diferentes paradigmas se pueden observar en el fallo en disidencia de la Dra. Carmen M. Argibay en la sentencia de la Corte Suprema de Justicia al resolver la causa “Rinaldi, Francisco Augusto y otro c/ Guzmán Toledo, Ronal Constante y otra s/ ejecución hipotecaria” (Fallos 330:855); en el cual donde los demás miembros del Tribunal en sus considerandos tomaron en cuenta la protección de la familia y de la vivienda familiar establecido en la Constitución y en las diferentes Convenciones incorporados a ella y sostuvieron que merecía protección la vivienda única y familiar; en cambio, la Jueza, en disidencia, señaló que

En relación con esto último, me veo en la necesidad de señalar que hay una grave contradicción interna en la concepción que encuentra un conflicto o ‘tensión’ entre el derecho del acreedor a ejecutar su garantía hipotecaria y el derecho del deudor a una vivienda digna. El inmueble que funciona como vivienda, también es un bien patrimonial con valor económico que puede ser utilizado por su dueño para obtener dinero, sea mediante su venta, sea ofreciéndolo como garantía de un préstamo; salvo que se encuentre registrado como bien de familia. Por ende, si un inmueble es un bien venal al momento de enajenarlo o afectarlo como garantía, también debe serlo al momento de entregarlo al comprador o al ejecutante de la garantía; en otros términos: si no había conflicto con el derecho a la vivienda en el momento de celebrar el contrato, tampoco puede haberlo en el momento de ejecutar sus disposiciones.

Si se aplica este argumento a la generalidad de los casos, inclusive, se podría despojar de la ropa que cubre a una persona si se la ejecutaran porque también es un bien venal; pero la ropa, como otros bienes, no se pueden ejecutar porque son bienes expresamente excluidos de la garantía común prevista en el art. 743 del CCyCN y en los códigos de rito; pero que no incluyen a la vivienda única y de ocupación permanente.

La jueza Carmen Argibay dejó claro que si no es bien de familia (se recuerda que es un fallo del 2007) no está protegida, posición que a nuestro entender no se ajusta al PIDESC y a las interpretaciones que hizo del mismo el CESCR a través de sus Observaciones generales que ampliamente se analizan en el presente. Sobre esa posición se podría argumentar que era un bien venal antes de la venta, pero al momento de ser habitada el derecho constitucional y convencional convierten a dicho bien en el mismo instante en que es ocupada en una vivienda familiar protegida y por lo tanto en un derecho humano.

7.2. Derecho a la Propiedad vs. Derecho a la Vivienda

En el fallo de la CSJN "Banco del Suquía S.A. c/ Juan Carlos Tomassini" (Fallo 325:428) uno de los argumentos de la quejosa por el fallo del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Córdoba fue que

[...]destaca que la cláusula constitucional relativa a una vivienda digna (art. 14bis, C.N.), reclama una instrumentación operativa, lo que significa proveer los planes respectivos y no asegurar un derecho individual a la vivienda a costa de los acreedores, más aún cuando la dignidad habitacional se puede alcanzar mediante derechos como la locación, el usufructo, etc., y no necesariamente la propiedad. Resalta la naturaleza sumamente general y programática de los preceptos internacionales citados en el fallo, los que no han modificado el reparto constitucional de competencias ni obligan a hacerlo mediante jurisprudencia o leyes locales, ni habilitan una conclusión favorable a la inembargabilidad, ni, finalmente, poseen un alcance que exceda lo previsto por el art. 14 bis de la Constitución Nacional. [...].

El argumento esgrimido por los abogados de la quejosa desconoce lisa y llanamente la vigencia de los derechos humanos y sociales, el PIDESC y las Observaciones generales del

CESCR, ya que resalta la naturaleza sumamente general y programática de los preceptos internacionales.

Este tipo de argumentos de los operadores jurídicos, el hecho de que la Corte Suprema de Justicia de la Nación no se pronunció particularmente sobre el tema de fondo en juego que son la vivienda como un derecho humano y el PIDESC y la ajenidad que el sistema jurídico demuestra sobre las consecuencias sociales que este tipo de decisiones llevan aparejado (desamparo, sin vivienda, invasión de la intimidad, violación de derechos de niños, niñas y adolescentes, etc.) demuestra la falta de operatividad de las leyes para la efectiva protección del derecho a la vivienda digna.

8. Protección Jurídica de la Vivienda en el CCyCN

El CCyCN contiene numerosas normas que tutelan la vivienda y que se encuentran dispersos a lo largo del Código, así se puede citar: la vivienda (art. 244 y ss.), habitación legal del conviviente supérstite (art. 527), la inejecutabilidad de la vivienda después de la celebración del matrimonio (art. 456 segundo párrafo CCyCN) o de la registración de la unión convivencial (art. 522 segundo párrafo CCyCN), habitación legal del cónyuge supérstite (art. 2383), indivisión de la vivienda por oposición del cónyuge supérstite (art. 2332), entre otras. (Cfr. (Badran, 2015, pág. 85)).

Específicamente el CCyCN destina el Capítulo 3 “Vivienda” del Título III – “Bienes”, a la afectación de la vivienda para su protección (arts. 244 al 256). De la lectura de los artículos de este Capítulo, se desprende que para que se pueda afectar una vivienda se deben cumplir determinados requisitos: tiene que estar destinado a vivienda y puede afectarse un solo inmueble edificado en su totalidad o no (art. 244, CCyCN); el inmueble afectado debe ser habitado en forma permanente por, al menos, un beneficiario (art. 247, CCyCN); estar ubicado en un territorio urbano o rural (art. 256, CCyCN); la afectación puede recaer sobre todo o parte de un inmueble (art. 244, CCyCN) y no puede ser objeto de mejoras o legados testamentarios, a menos que se favorezca a los beneficiarios (art. 250, CCyCN). Confrontar (Humphreys, 2020)

También, el artículo 245 del CCyCN establece que la afectación sea solicitada por todos los cotitulares conjuntamente, esto es, la decisión unánime de todos los condóminos; y son beneficiarios de la afectación el propietario constituyente, su cónyuge, su conviviente, sus ascendientes o descendientes; y en defecto de ellos, sus parientes colaterales dentro del tercer grado que convivan con el constituyente. (Cfr. Art. 246 del CCyCN).

Con el Código Civil y Comercial se reemplaza el régimen del bien de familia por el de vivienda, que es mucho más amplio en el sentido que ya no tiene solo como eje la protección

de la familia, sino también la persona individual; por lo que apunta a garantizar el derecho fundamental a la vivienda de toda persona independientemente de la estructura familiar adoptada.

Por otra parte, e independientemente de qué modo eligieron ejercer “[...] su derecho a formar una familia: o bien bajo el tipo matrimonial o a través de la conformación de una unión convivencial, [...] En cualquiera de los dos modelos familiares se establece la inejecutabilidad de la vivienda familiar por deudas contraídas después de la celebración del matrimonio (art. 456 segundo párrafo CCyCN) o de la registración de la unión convivencial (art. 522 segundo párrafo CCyCN), salvo que ambos cónyuges o miembros de la unión convivencial contrajeron la deuda de manera conjunta o asintió uno de ellos tal acto. (Herrera & Pellegrini)

Los arts. 456 y 522 del CCyCN consagran el principio general de la inejecutabilidad del inmueble que constituye 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 (Herrera & Lorenzetti, 2015).

Para Kiper (Kiper, 2018, pág. 245) la afectación del inmueble se caracteriza por ser optativa, esta también sería operativa por imperio de la ley para el caso de la vivienda familiar con posterioridad a la celebración del matrimonio o la inscripción de la convivencia. Asimismo, sería única ya que no se puede afectar a más de un inmueble, es imprescriptible y sus efectos son irrenunciables.

La vivienda familiar (art. 456 y 522 del CCyCN) y aún la afectación del inmueble destinado a vivienda (art. 244 del CCyCN) no está expresamente excluidos del artículo 744 del CCyCN, pero es claro que no pueden ser ejecutados en la medida que se cumplan las condiciones establecidas por la ley. Se ha sostenido (Sandoval, 2016) que esta protección es una excepción a la regla de que el patrimonio es garantía común de los acreedores (art. 743 CCyCN), toda vez que la vivienda familiar no está excluida expresamente en el art. 744 CCyCN) no importa que esta vivienda no sea garantía, ya que el inc. d, de este artículo excluye a los demás bienes declarados inembargables o excluidos por otras leyes.

Los arts. 456 y 522 protegen la vivienda familiar contra su ejecución, pero no la protegen contra embargo; al igual que cuando se afecta la vivienda según el art. 244 que el principal efecto de la afectación es que solo no es susceptible de ejecución (art. 249 CCyCN), por lo que, aun afectada e inscrita en el Registro de la Propiedad, puede ser embargada. El embargo es una forma de hostigamiento por lo que estos artículos no se ajustan a lo establecido en la Observación general N° 4 en relación con la seguridad jurídica de la tenencia que hace al

concepto de adecuación. En dicha observación el Comité del CDESCR estableció que “[...]Sea cual fuere el tipo de tenencia, todas las personas deben gozar de cierto grado de seguridad de tenencia que les garantice una protección legal contra el desahucio, el hostigamiento u otras amenazas. [...]”.

Una vivienda que está embargada es una vivienda cuya seguridad está amenazada. “En opinión del Comité, 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 a vivir en seguridad, paz y dignidad en alguna parte.”

Con una vivienda embargada, la familia pierde la paz y la seguridad.

Si bien hay autores que han sostenido que los artículos 456 y 522 del CCyCN es una reglamentación de los artículos 14 y 14 bis de la Constitución Nacional y de los tratados internacionales citados más arriba (Sandoval, 2016) se considera que es una reglamentación incompleta toda vez que permite que sea embargada y como ya dijimos este tipo de hostigamiento no cumple con lo establecido en el PIDESC y particularmente con la Observación general N° 4 del CDESCR; además de las observaciones que se formulan en el Capítulo 4 del presente trabajo.

Si bien la afectación protege contra los ataques de los acreedores, esta no es una protección absoluta ya que puede ser embargado y ejecutado por deudas de expensas comunes, tasas o contribuciones que graven directamente al inmueble; o por aquellas deudas que tienen su origen en la construcción o mejora realizada en la vivienda, y también por obligaciones alimentarias a cargo del titular a favor de sus hijos menores de edad, incapaces, o con capacidad restringidas. (Art. 249 CCyCN)

Entendemos que estas protecciones normativas que se detallaron no consideran adecuadamente algunos de los postulados del modelo de derecho social de regulación jurídica de la protección de la vivienda, porque no se toma en cuenta los límites de la racionalidad de los sujetos actuantes, ni sus capacidades volitivas y cognoscitivas, ni el interés superior de los niños, niñas y adolescentes que viven en esas viviendas ni la simple ignorancia de las mayorías de las leyes que nos gobiernan, dado por el simple hecho de que la mayoría de la población desconoce los artículos del CCyCN anteriormente analizados. El hecho fáctico que demuestra esta ignorancia por la mayoría de la población, y en particular por propietarios de vivienda, está en el reducido porcentaje de viviendas familiares u hogares que están inscriptos como bien de familia o están protegidos.

9. La Participación de los Menores en el Proceso de Venta, Embargo y Desalojo como Sujetos de Derecho.

Se considera que los niños, niñas y adolescentes que viven en una vivienda única y donde tienen su residencia habitual y centro de vida, tienen derechos a participar en las decisiones de sus padres que comprometen la seguridad de la vivienda e inclusive, en algunos casos, su venta. El consentimiento para tomar deudas que ponen en riesgo la vivienda no solo debe ser del cónyuge o conviviente, sino también de los hijos que forman la familia, porque tienen los mismos derechos para decidir sobre la seguridad de una vivienda que es un derecho humano.

Este tipo de decisiones de los padres que ponen en riesgo la residencia habitual de los niños menores, ponen en riesgo sus centros de vida, lo que es un interés superior del niño que se debe respetar. En el caso “V., M. c/ S. Y., C. R. s/ restitución internacional de niños” la CSJN aclaró una duda que existía en la doctrina acerca de lo que significa la residencia habitual de los niños pequeños, porque cuanto más pequeño es el niño es más difícil determinar las notas de estabilidad y permanencia que hacen a la residencia habitual. Sobre este particular había dos posturas: por un lado, la postura de considerar que la residencia habitual de niños muy pequeños se basaba en el consenso parental, es decir los padres en base a un consenso o un común acuerdo entre ellos establecían la residencia habitual de niños pequeños; y la otra, tenía que ver con la estabilidad y permanencia. En el caso señalado la CSJN tomó el criterio de la estabilidad y permanencia y no el del consenso parental, donde el consenso parental es irrelevante, porque cosifica a los NNA, lo que vulnera el interés superior del niño.

Por lo anterior, el cambio de residencia habitual por el acuerdo privado entre los padres sin la debida intervención de los niños, niñas o adolescentes constituye a nuestro parecer una injerencia arbitraria y vulnera el interés superior de los NNA; ello, además, porque no es una vivienda familiar únicamente de los cónyuges o convivientes. La normativa vigente que protege la vivienda familiar se ha olvidado de esa parte importante de la familia, como son los niños, niñas y adolescentes que habitan en forma permanente la vivienda familiar.

Además, la falta de participación obligatoria de los niños, niñas y adolescentes como parte del asentimiento de todo acto que pueda poner en riesgo la vivienda familiar, no cumpliría con la Convención de los Derechos del Niño (1989), ya que en el art. 27 inciso 3 establece que *“Los Estados Partes, [...] en caso necesario, proporcionarán asistencia material y programas de apoyo, particularmente con respecto a la nutrición, el vestuario y la vivienda.”*. [énfasis añadido] y con el inc. 1 del art. 16 cuando dice 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.”, toda vez que permite desafectar de la protección a la vivienda familiar con el asentimiento de los cónyuges o convivientes y nada dice en cuanto al asentimiento que también deberían dar los niños, niñas y adolescentes que viven en dicha vivienda, de quienes debería tomar en cuenta su interés superior.

En cuanto a la no participación de los niños en un proceso de desalojo es destacable el Fallo “Balint, Roberto Oscar y otra vs. F., G. A. y otros s. Desalojo”, SCJ, Buenos Aires; 18/11/2015; Rubinzal Online; 117577 RC J 7666/15, en donde la Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires, entre otros considerandos sostuvo que:

Constatado que la Asesora de Incapaces tuvo intervención en el proceso de desalojo luego del dictado de la sentencia de primera instancia que dispuso el desahucio, se hace lugar al recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley y se revoca la sentencia confirmatoria de la decisión de grado que desestimó el planteo de nulidad de todo actuado por falta de intervención del Ministerio Pupilar en su condición de representante promiscuo de las personas menores de edad, devolviendo los autos a la instancia de origen para que se integre la litis con la participación de la Asesora de Incapaces y de uno de los ocupantes que adquirió la mayoría de edad. Ello así, pues la Cámara ha cercenado el derecho de defensa de los niños para hacer valer la protección de la vivienda y su patrimonio, al limitar la participación del Ministerio Público a un rol meramente formal de intervención y supeditar su actuación a la defensa eficaz ejercida por los padres de los menores. Con el criterio de interpretación normativo seguido por la Alzada, que desconoce la representación dual como medida específica de compensación, se ha privado a los niños de esta defensa reforzada de la que son titulares conforme el abordaje específico previsto en la ley, la Constitución y los tratados internacionales. La Asesora de Incapaces ha puntualizado las defensas de las que se ha visto privada de hacer valer en representación de los menores, relacionadas con la posesión que los demandados ejercen en relación al inmueble y a la falta de legitimación para accionar por la vía del desalojo de la parte actora, quedando evidenciado de modo

acabado el cumplimiento del principio de trascendencia, extremo esencial en la pretensión nulitiva (art. 172, CPCC de la Provincia de Buenos Aires). A ello se suma la necesidad de materializar el derecho de los menores a ser oídos y a participar en todo proceso judicial con las garantías judiciales para asegurar una defensa adecuada.

Se considera que es un fallo que cumple con la Convención de los Derechos del Niño y la Ley 26.061 “Ley de protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes” ya que se tuvo en cuenta el interés superior de los niños; que en primera instancia no se los había considerado debidamente.

10. Conclusiones

De lo desarrollado en el presente capítulo se desprenden las siguientes conclusiones:

- 1) Del desarrollo efectuado en el presente punto se aprecia que se pasó de la no protección de la vivienda en el Código decimonónico hasta llegar a la protección automática de la vivienda de aquellas familias constituidas de acuerdo con la ley y a la posibilidad de proteger la vivienda única. A pesar de que la vivienda es un derecho humano, la protección de la vivienda única habitada por personas que viven solas o aquellas familias que no contrajeron matrimonio o no inscribieron la convivencia es optativa y con el agravante de que la existencia de dicha opción es conocida por una minoría de la población; ello a pesar de que lo primero que se busca embargar a un deudor es su vivienda.
- 2) La vivienda única y de ocupación permanente es un derecho real y a la vez un derecho humano; donde su despojo vulnera el derecho a una vivienda digna, que está vinculado a otros derechos fundamentales, como son, no solo 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, y a tantos otros que, como la seguridad social y el derecho fiscal.
- 3) En materia de protección de la vivienda se partió del “bien de familia” donde se establecía la protección únicamente de la vivienda familiar, para culminar en la protección de la “vivienda” en el nuevo CCyCN; Código que, además, instituye la “vivienda familiar” la que sí la protegería en forma automática estableciendo su inejecutabilidad

- 4) El concepto de vivienda evolucionó y pasó de ser un bien esencialmente patrimonial y un derecho real sobre una cosa inmueble, a ser considerada, además y fundamentalmente, como el espacio necesario para poder desarrollar derechos fundamentales como una verdadera red de normas, es el ámbito material de intimidad personal como hombres libres, el lugar donde desenvolvemos nuestra personalidad y capacidades físicas y económicas, el lugar de intimidad para entregarse a nuestras afecciones.
- 5) La vivienda es un derecho fundamental de toda persona con independencia de la estructura familiar en la que se encuentre inserto. Por tal razón, la vivienda no se protege en conexión con las relaciones familiares, sino en virtud de que ella es un derecho humano, de toda persona.
- 6) Los desalojos forzosos por la pérdida de vivienda ya adquirida por cualquier razón que sea constituyen una violación a un derecho humano. La vivienda única y permanente no debería constituir garantía común de los acreedores porque es contrario al PIDESC. Se plantea que hay una colisión de derechos cuando en realidad se debería legislar para que deje de ser garantía común de los acreedores; porque se entiende que no puede haber colisión entre una ley que establece que una vivienda es garantía común de los acreedores y un Pacto con rango constitucional como es el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, por aplicación del principio de supremacía.
- 7) El Estado invirtió e invierte grandes cantidades de recursos económicos para garantizar el acceso a la vivienda; pero la mayoría de los que accedieron pueden perderla legalmente.
- 8) Que está en la idiosincrasia de los legisladores y operadores jurídicos (inclusive en la mayoría de la población) que la vivienda familiar, a pesar de ser un derecho humano y tener un fin social, constituye el medio más débil y sensible para atacar a un deudor. Atacar u hostigar la vivienda familiar, es atacar la dignidad y la vida privada de sus ocupantes.; y se lo hace sin tener en cuenta que es un derecho humano.
- 9) No se ve reflejado en las normas actuales de protección de la vivienda que ésta es un Derecho Humano y que su protección en sentido amplio está dispuesta en la Constitución Nacional en al PIDESC.
- 10) Aquellas viviendas que constituyen la residencia habitual de menores, donde son el centro de vida de NNA, donde generaron sus vínculos afectivos por estabilidad y

permanencia, no están debidamente protegidas ni considerados por la normativa vigente.

Capítulo 3 – Consideración y Evaluación de la Operatividad de la Protección de Vivienda en el Derecho Público Provincial

SUMARIO: 1. Introducción. 2. La Protección de la Vivienda en la Provincia de Buenos Aires. 3. La Protección de la Vivienda en la Provincia de Córdoba. 4. La Protección de la Vivienda en la Provincia del Chaco. 5. La Protección de la Vivienda en la Provincia de Formosa. 6. La Protección de la Vivienda en la Provincia de Corrientes. 7. La Protección de la Vivienda en la Provincia de Chubut. 8. La Protección de la Vivienda en la Provincia de Río Negro. 9. La Protección de la Vivienda en la Provincia de Salta. 10. La Protección de la Vivienda en la Provincia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur. 11. La Protección de la Vivienda en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. 12. La Protección de la Vivienda en la Provincia de Santiago del Estero. 13. Conclusiones.

1. Introducción

En el presente capítulo se analizan las normativas solo de aquellas provincias que en su Constitución o en sus leyes receptaron el derecho al acceso a la vivienda digna y la protección de las viviendas familiares y/o unipersonal y/o única, de ocupación permanente. Es decir, aquellas que receptaron en sus normativas los derechos a la vivienda establecidos en el PIDESC y demás tratados con rango constitucional. Las provincias que no se consideran en el presente es porque en sus constituciones no hacen referencia al acceso o protección de la vivienda.

Se presentan además solo algunos fallos provinciales que son relevantes para la verificación de la hipótesis planteada y de algunos que llegaron a la Corte Suprema de Justicia de la Nación; los que ponen en evidencia el particular modo de pensar los PIDESC de todos los operadores jurídicos que intervinieron en dichos procesos.

2. La Protección de la Vivienda en la Provincia del Buenos Aires

La Constitución de la provincia de Buenos Aires establece en el art. 36 que [...] La Provincia promoverá el acceso a la vivienda única y la constitución del asiento del hogar como bien de familia: [...] Una ley especial reglamentará las condiciones de ejercicio de la garantía consagrada en esta norma.”

A la fecha la provincia no ha dictado la ley que reglamenta la garantía consagrada en la Constitución provincial, pero el 28/12/2012 promulga la Ley 14.432 “Ley de protección de vivienda única, y de ocupación permanente. (inembargable e inejecutable)” y entre sus

fundamentos¹³ se desprende que es una ley que tiene “por objeto asegurar la protección de un derecho humano fundamental como lo es la vivienda digna” y donde “la vivienda única y de ocupación permanente de los habitantes de la provincia de Buenos Aires, constituye el centro de protección de la presente ley” y se destaca “[...] la preservación de la vivienda como bien indispensable para el desarrollo familiar” y que se basa en el advenimiento del constitucionalismo social y la incorporación de los tratados internacionales de derechos humanos en el Bloque Constitucional Federal.

Es decir, esta ley está reglamentando a nivel provincial los tratados de derechos humanos, que tienen rango constitucional y son anteriores a ella. Llama la atención que cuando se la analiza en los fallos que se citan más adelante, pareciera que se trata de una ley ajena, nueva o extraña a la Constitución Nacional y a los derechos civiles vigentes; es como si se cerrara un telón para ocultar todo lo que está atrás de ella y que le da legalidad y legitimidad.

Particularmente la ley 14.432 de la provincia de Buenos Aires, que tiene por objeto la protección de la vivienda única, y de ocupación permanente, establece en su art. 2 que “[T]odo inmueble ubicado en la Provincia de Buenos Aires destinado a vivienda única, y de ocupación permanente, **es inembargable e inejecutable**, salvo en caso de renuncia expresa del titular conforme los requisitos de la presente Ley.” [resaltado añadido]

En el art. 3 establece que “[...]los inmuebles tutelados por la presente Ley deberán constituir el único inmueble del titular destinado a vivienda y de ocupación permanente, y guardar relativa y razonable proporción entre la capacidad habitacional y el grupo familiar, si existiere, conforme los parámetros que determine la reglamentación.” y donde “[...]se entenderá por grupo familiar al originado en el matrimonio o en las uniones de hecho incluyendo a los ascendientes y descendientes directos de alguno de ellos.”

Claramente es una norma que protege la vivienda única en forma automática sin la necesidad de afectación y además la protege contra cualquier perturbación ya que es inembargable; lo que se ajustaría a lo establecido en el PIDESC.

En consonancia con otras normativas relacionadas (como el art. 249 del CCyCN) el artículo 5 de esta Ley establece las deudas que no son alcanzadas por la garantía de la inembargabilidad e inejecutabilidad, entre ellas, las obligaciones alimentarias, el precio de la compraventa, construcción o mejora de la vivienda, los impuestos, tasas, contribuciones que graven la vivienda y las obligaciones con garantía sobre el inmueble que hubieran sido constituidas para compra, construcción o mejoras de la vivienda.

¹³ <https://normas.gba.gob.ar/documentos/02m9LcRV.html>

Por otra parte, la ley establece que la vivienda perderá el carácter de inembargable e inejecutable cuando no estuviere destinado a vivienda única, y de ocupación permanente o no existiere relativa y razonable proporción ente la capacidad habitacional y el grupo familiar, si existiere o se hubiere renunciado expresamente a dicha protección (arts. 6 y 9).

En cuanto a las condiciones de la renuncia expresa a la protección que otorga la Ley a la vivienda única se observa que, si bien exige que la misma sea hecha por escrito y firmada ante autoridad previa información veraz y completa del acto, entendemos que no es suficiente porque deberían participar el Ministerio Público de la Defensa mediante informe fundado y teniendo en cuenta la opinión de los niños, niñas y adolescentes que viven en la vivienda única.

Finalmente cabe señalar que la Ley nada indica sobre modificaciones al Código Procesal Civil y Comercial de la provincia en cuanto a los embargos. Si la Ley no introduce modificaciones a los embargos de viviendas únicas, las mismas se seguirán embargando salvo que el abogado defensor presente como eximente a esta ley la cual surge de los tratados internacionales con rango constitucional. Si el abogado no lo hace, la vivienda única se embarga y se remata a pesar de estar protegida por la Ley y la Constitución provincial. Es decir, toda ley que proteja la vivienda única y de ocupación permanente, debería incluir en su ordenamiento adjetivo restricciones a sus embargos.

2.1. Afectación en el Registro de la Propiedad

A pesar de que la Ley 14.432 de la provincia está vigente, la dirección Provincial del Registro de la Propiedad establece el procedimiento de afectación para la protección de la vivienda según lo establecido en el CCyCN, lo cual es contradictorio con la ley citada. Es decir, para que esté protegida la vivienda de las agresiones de los eventuales acreedores se la debe afectar en el Registro de la Propiedad, dando así por sentado que dicha ley no es operativa en términos prácticos.

En la página web¹⁴ del Registro de la Propiedad se brinda información detallada para la afectación de acuerdo con lo estipulado en el CCyCN.

2.2. Análisis de Jurisprudencia Relacionada

Con posterioridad a la sanción de la Ley provincial 14.432, se sucedieron una serie de casos judiciales, donde quienes eran deudores y garantes la invocaron para rechazar los embargos y ejecuciones; pero los tribunales de segunda instancia de la provincia de Buenos

¹⁴ <https://www.rpba.gov.ar/index.php?cajaI=guiaTramites/afectacion.php&cajaB=x>

Aires —en general— fueron unánimes en sus decisiones al considerar que las disposiciones establecidas en la presente ley estarían vulnerando normas de derecho común que en nuestro estado federal son competencias del Congreso Federal, según lo establecido en el artículo 75 inciso 12 de la CN.

2.2.1. Fallo “Rodríguez, Jorge A. c/ Paleo, Elda y/o otro s/ daños y perjuicios” (Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Azul, Sala I), fallo del 5/11/2015

Hechos:

El Sr. Rodríguez demandó por daños y perjuicios contra los Sres. Elda María Paleo, Agencia de Remis “Travel” y Ernesto Rubén Minaberrigaray, que le es favorable en primera instancia.

En los autos conexos caratulados “Rodríguez Jorge A. c/ Paleo Elda y/u otro s/ incidente de medidas cautelares. Expte. N° 32748”, con fecha 06.03.03 se ordenó un embargo para asegurar el crédito fijado por sentencia sobre la propiedad de Ernesto Rubén Minaberrigaray, propiedad esta que finalmente se decreta la venta en pública subasta.

Minaberrigaray promovió un incidente de levantamiento de embargo y exclusión de ejecución, y fundó su petición en los arts.1 a 9 de la ley provincial 14.432 porque era su vivienda única y permanente y su grupo familiar.

Los argumentos y la decisión judicial

En primera instancia se rechazó la petición, declarándose la inconstitucionalidad de la ley provincial 14432, ya que no se podía dejar de considerar el criterio sustentado por el Superior Tribunal Nacional en casos análogos.

El magistrado de primera instancia señaló que compartía lo resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa "Banco del Suquía S.A. c/ Juan Carlos Tomassini" (325:428), en la cual se declaró la inconstitucionalidad del artículo 58 in fine de la Constitución de la provincia de Córdoba y de su ley reglamentaria N° 8067, que abordan una temática similar a la ley 14432, y en el que se analizaron argumentos análogos a los expresados en esta causa, es decir, si tales normas invaden las facultades expresamente delegadas al Congreso Nacional por el artículo 75 inciso 12 de la Constitución Nacional, toda vez que resultan ser normas de fondo o de derecho común y que tratan una cuestión que se encuentra regulada por la ley 14394. Por ello, dado que el instituto del bien de familia se encuentra regulado por la ley nacional 14394 y ya la Corte Nacional ha declarado la inconstitucionalidad de una norma similar, procedió del modo indicado y rechazó el incidente de inembargabilidad e inejecutabilidad del inmueble.

De los párrafos anteriores se observa que el magistrado de primera instancia se centró en la inconstitucionalidad de la Ley provincial fulminando cualquier alternativa de éxito del reclamo ya que el mismo se basó únicamente en ella. Pareciera que el principio de congruencia que debe regir en todo proceso judicial como el de marras, justifica el hecho de que se ignoren o no se fije posición sobre los derechos humanos y sociales con rango constitucional que estaban en juego en la causa. Al restringir su análisis a inconstitucionalidad de una Ley y apartando el fondo de la cuestión que es la ejecución de la vivienda única de su núcleo familiar y el posterior desalojo del fallido en el juicio, se dejan de lado postulados del modelo de derecho social y en particular la dimensión colectiva de las acciones humanas. Además, como lo vimos supra la Ley de bien de familia esgrimida – la ley nacional 14394– no se ajusta a los estándares internacionales sobre protección de la vivienda; y tal es así que la misma fue derogada con el nuevo CCyCN, donde actualmente la vivienda matrimonial o convivencial está protegida automáticamente.

Entre los argumentos del Fiscal General se destaca el que advierte de los costos que implicaría tomar una decisión como la que pretende el incidentista, pues en caso de establecerse la inembargabilidad e inejecutabilidad de todos los inmuebles que se incluyen en las leyes mencionadas, se limitaría en gran medida el financiamiento para el sector privado, pues en todos los casos el comprador carecería de una garantía propia, así como también disminuiría sensiblemente el número de garantía reales ajenas.

Este argumento del Fiscal General pone en evidencia su formación jurídica que no toma en cuenta los derechos sociales y se basa además en afirmaciones dogmáticas y erróneas. Además de que pareciera que el Fiscal General no leyó el art. 5 de la Ley que se analiza, sino que además emite un juicio de valor al afirmar que se limitaría el financiamiento para el sector privado. Además, el Fiscal General se olvida de que al momento de producirse el accidente, la vivienda única, permanente y familiar era y es un derecho humano y, con el agravante de que en su análisis “económico” de la cuestión ignoró la Observación General N°7: “Derecho a una vivienda adecuada” (de fecha anterior al accidente) donde el CDESCR en el párrafo 16 señala que "los desalojos no deberían dar lugar a que haya personas que se queden sin vivienda o expuestas a violaciones de otros derechos humanos. Cuando los afectados por el desalojo no dispongan de recursos, el Estado Parte deberá adoptar todas las medidas necesarias, en la mayor medida que permitan sus recursos, para que se proporcione otra vivienda, reasentamiento o acceso a tierras productivas, según proceda". En este orden de idea el Fiscal General se olvidó que al permitir el desalojo sociabilizó la pérdida del fallido, porque después el Estado (o sea la sociedad) deberá procurarle otra vivienda.

Contra esta decisión, el codemandado interpuso recurso de apelación y en el año 2015, la Cámara Civil y Comercial de Azul se expidió. La Jueza preopinante, Dra. Comparato manifiesta entre otros los siguientes conceptos:

Que “[...]el régimen provincial de tutela ‘automática’ resulta ser más protector que aquel dispuesto en el orden federal.”

La Magistrada reconoce la ventaja de la tutela automática que otorga la ley que analiza, señalando que:

Asimismo, en distintos ámbitos se ha dicho que la norma provincial plasma sin duda un ejemplo de la progresividad de los Derechos Humanos. Concretamente el decreto provincial 547 reglamentario de la ley 14.432 reseñó las normas supralegales que protegen el derecho a la vivienda digna, mencionando que el proceso de constitucionalismo “ha sido profundizado, consolidado y expandido en el año 1994 con la incorporación de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos en el bloque constitucional federal (Constitución Nacional, artículo 75, inciso 22). [...]

En el párrafo anterior hace una acertada reseña que lamentablemente no la toma en cuenta a la hora de emitir su decisión, como si los tratados no fueran derechos subjetivos que las personas no puedan reclamar o a los que los jueces no estén obligados a la hora de impartir justicia.

[...]desde sus primeros pronunciamientos la Corte Suprema de la Nación Argentina ha resuelto que las relaciones entre acreedor y deudor sólo pueden ser objeto de la exclusiva legislación del Congreso de la Nación, en virtud de la delegación contenida en el art. 75 inc. 12 (antiguo 67, inc. 11) de la Constitución Nacional (Fallos: 322:1050, considerando 7º y sus citas). Y ello alcanza –obviamente- a la forma y modalidades propias de la ejecución de los bienes del deudor (Fallos: 271:140, último considerando). Más aún, cuando el máximo tribunal nacional examinó leyes que excluían del embargo a ciertos bienes (por razones que calificó “de humanidad”), consideró que las normas dictadas por el Congreso Nacional constituían, por la materia que regulaban y por el hecho de haberlas sancionado aquél, preceptos de fondo, o sustantivos, destinados a

regir las relaciones entre acreedor y deudor y, por consiguiente, normas generales del derecho civil establecidas en virtud del poder conferido por el artículo constitucional 75 inc. 11 (Fallos 138:240,244,245).

Sobre este párrafo cabe señalar que el derecho a la vivienda digna y su protección es un derecho humano reconocido por nuestro Estado de Derecho Constitucional y Convencional y no una mera razón de humanidad; y en el caso particular de la vivienda se olvida de que después de emitir un fallo que permita el remate y desalojo de la persona y su núcleo familiar, el Estado debe adoptar las medidas necesarias para que se le proporcione otra vivienda. Nuevamente este tipo de razonamiento tiende a sociabilizar los derechos patrimoniales de los acreedores cuando está en juego la ejecución de una vivienda única; y con el agravante de que antes de materializarse esas relaciones entre acreedor y deudor, que tanto defiende la Corte Suprema, ya estaban vigentes los derechos humanos y sociales que protegen la vivienda.

En estos casos debería regir el art. 8 Principio de inexcusabilidad del CCyCN que es claro al señalar que “la ignorancia de las leyes no sirve de excusa para su cumplimiento”. En este sentido, toda obligación de tipo personal que surge se debe tener en cuenta inexorablemente, que la vivienda digna es un derecho humano y social, y está protegida por la Constitución.

En otro párrafo señala que:

Al declarar la inconstitucionalidad del art. 58 “in fine” de la Constitución de la Provincia de la Provincia de Córdoba y de la ley reglamentaria 8067 señaló la Corte en “Banco del Suquía S.A. c/ Juan Carlos Tomassini” (325:428) –por mayoría- que “al atribuir la Constitución al Congreso la facultad de dictar el Código Civil, ha querido poner en sus manos lo referente a la organización de la familia, a los derechos reales, a las sucesiones, a las obligaciones y a los contratos, es decir a todo lo que constituye el derecho común de los particulares considerados en el aspecto de sus relaciones privadas. [...] Determinar qué bienes del deudor están sujetos al poder de agresión patrimonial del acreedor –y cuáles, en cambio, no lo están- es materia de la legislación común, y como tal, prerrogativa única del Congreso Nacional, lo cual impone concluir que no corresponde que las provincias incursionen en ese ámbito. Ese poder ha sido delegado

por ellas a la Nación al sancionarse la Constitución y esta distribución de competencias no podría alterarse sin reformar la ley fundamental.

Finalmente, la Corte enfatizó que:

[e]l Tribunal comparte los altos ideales de la protección integral de la familia y de la vivienda que han inspirado la sanción de normas impugnadas y que su jurisprudencia reiteradamente ha defendido al amparo de lo establecido en el art. 14 bis de la Constitución Nacional. Pero este criterio no significa –por lo que hasta aquí se expuso– que deba cohonestarse el camino que ha escogido la Provincia de Córdoba para alcanzarlos. El desarrollo y el progreso no son incompatibles con la cabal observancia de la Constitución Nacional porque – como señaló esta Corte en el caso de Fallos: 247:646– tan censurables son los regímenes políticos que niegan el bienestar de los hombres, como los que pretenden edificarlo sobre el desprecio o el quebranto de las instituciones” (CSJN, “Banco del Suquía c. Tomassini, Juan C, del 19.03.02; pub. en LL, 2003- B, 245).

Sobre este último párrafo valen las observaciones formuladas anteriormente, pero se destaca que la Corte no habría tomado en cuenta que:

- Ha omitido destacar los pactos y convenciones internacionales que también tienen rango constitucional y solo se remitió al art. 14 bis de la Constitución Nacional. La protección de la vivienda y la dignidad de las personas surgen de las declaraciones, pactos y convenciones internacionales y no del art. 14 bis.
- Desconoció los derechos humanos y sociales al reafirmar que los bienes del deudor están sujetos a la agresión patrimonial del acreedor, cuando la vivienda es un derecho humano protegido por los tratados internacionales, por lo que generalizar en el caso particular no sería procedente.
- Se olvidó que todo desalojo debe estar seguido de una actividad del Estado para proporcionarle otra vivienda. ¿De qué sirve desalojar para luego procurarle otra vivienda?
- No consideró que la vivienda única no es como cualquier otro bien material porque, como ya se señaló, al pasar a ser el lugar de habitación u hogar de las personas que

la habitan adquiere un valor propio, un valor instrumental, que sirve como presupuesto del ejercicio de otros derechos personales como a la privacidad, a la intimidad, a la protección de la dignidad de la persona y del hogar.

- Se olvidó que la vivienda es el derecho a vivir en seguridad, paz y dignidad en alguna parte [...]” (CESCR Observacion General N°4, 2014)

Señala además que con otra mirada distinta y a nuestro criterio más acertada otro antecedente en el que:

La Sala II de la Cámara de La Plata, en la causa “H.M c/ G.M.A s/ Cobro ejecutivo de alquileres”, con primer voto de la Dra. Patricia Bermejo, confirmó un pronunciamiento que suspendía la subasta ordenada en un juicio ejecutivo con fundamento en lo normado por la ley 14.432. Para así decidir los distinguidos camaristas consideraron que la disposición provincial resultaba “convencional” porque particularmente importaba una progresividad de los derecho humanos y consolidaba que las prerrogativas del legislador nacional no inhabilitan a las provincias a legislar ni a interpretar restrictivamente esta posibilidad; máxime, cuando precisamente el sentido del nuevo Código sustancial es ampliar las garantías en consonancia con las que emanan de la Carta Magna Federal y los Tratados Internacionales. Sobre el particular, allí se destacó que “conforme regula el nuevo artículo 242 del CCCN, si bien el patrimonio del deudor es la prenda común de los acreedores y sus bienes quedan afectados al cumplimiento de sus obligaciones, algunos de ellos, son excluidos legalmente de esta responsabilidad, resultandos inembargables, los que tiene lugar en consideración a razones de orden público, entendido éste como el conjunto de principios de orden moral, ético, político y económico. Este es el sentido que sostiene la mayor protección de los derechos, en este caso, el derecho a una vivienda.

Finalmente, resolvió rechazar el recurso de apelación deducido por la parte demandada y consecuentemente confirmar la sentencia apelada que declaró, en el caso, la

inconstitucionalidad de la ley 14.432 y denegó la inembargabilidad e inejecutabilidad del inmueble embargado.

Se observa del fallo y la jurisprudencia citada que tanto el abogado patrocinante de la apelante como los jueces no le han dado la relevancia y la vigencia efectiva que tienen los derechos humanos y sociales; los cuales tienen rango constitucional superior a las leyes.

Cabe destacar en este punto que pareciera que el abogado patrocinante de la apelante no tuvo en cuenta que el hecho ilícito que generó daños y las consiguientes obligaciones de reparar sucedieron en el año 2001 estando vigentes los tratados de derechos humanos y el PIDESC, todos con rango constitucional; y que, inclusive, un año antes la Asamblea General de las Naciones Unidas reconoce que “una vivienda adecuada y segura constituye un derecho humano básico y es esencial para la realización de las aspiraciones humanas” (A/RES/42/191, 1987) y además, que “el derecho humano a una vivienda adecuada tiene importancia fundamental para el disfrute de todos los derechos económicos, sociales y culturales.” (CESCR Observacion General N°4, 2014)

El abogado patrocinante de la apelante no tuvo en cuenta los Derechos Económicos, Sociales y Culturales con rango constitucional. Se olvidó de fundar su reclamo en todos los tratados internacionales de derechos humanos con rango constitucional que dieron origen, fundamento, legitimidad y legalidad a la ley que tomó para fundar su petición; e ignorando que “no existe derecho económico, social o cultural que no presente *al menos alguna* característica o faceta que permita su exigibilidad judicial en caso de violación.” (Abramovich & Courtis, 2014, pág. 47). Es decir, pareciera que no tenía incorporados los derechos civiles como derechos exigibles, y que la inclusión de los tratados internacionales de derechos humanos en la reforma de la Constitución del año 1994 actualmente rige en nuestro país un Estado Constitucional y Convencional de Derechos. Como consecuencia de la estrategia elegida, por el principio de congruencia, el fallo se centró en el análisis de inconstitucionalidad de la Ley 14.432. Como ya se vio supra, la vivienda hace a la dignidad de la persona que es un atributo inalienable de la personalidad.

Las mismas observaciones se pueden realizar a los fallos “Banco Mayo Coop. Ltda. - su quiebra c/ sucesores de Volpi, Carlos Alberto s/ cobro ejecutivo” Juzgado en lo civil y comercial No 2, Olavarría (Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Azul, Sala I), fallo 15/12/2015 y Fallo “Mazzone José Luis y otro/a c/ Barrionuevo Juan José y otro/a s/ ejecución hipotecaria” Juzgado en lo civil y comercial No 2, Tandil (Cámara de Apelaciones Civil y Comercial del Departamento Judicial de Azul, Sala I), fallo del 19/04/2016, que se pronunciaron con similares fundamentos.

2.2.2 Fallo “H.M c/ G.M.A s/ cobro ejecutivo de alquileres” (Cámara Segunda Civil y Comercial de La Plata, Sala 2) del 02/10/2015

A diferencia de lo resuelto en los casos anteriores, la Cámara Segunda en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial de La Plata ha decidido que la ley 14432, que regula la inembargabilidad e inejecutabilidad de la vivienda única y de ocupación permanente, cumple con los estándares constitucionales y convencionales.

Los hechos:

Interviene la Cámara para resolver un recurso de apelación contra la resolución del juez de primera instancia que ordenaba la suspensión de la subasta —decretada en un juicio de cobro ejecutivo de alquileres— respecto del bien inmueble de propiedad de la garante, con fundamento en lo normado por la Ley 14.432, destinada a proteger la vivienda única y permanente, al establecer que la misma es inembargable e inejecutable.

Las razones y la decisión judicial

En este caso la Jueza, Dra. Bermejo, luego de hacer una interpretación si sobre la ley 14.432 es aplicable al caso y de los antecedentes judiciales que han declarado la inconstitucionalidad de la citada ley (hace referencia al precedente “Banco del Suquía S.A. c/ Juan Carlos Tomassini s/ P.V.E. – ejecutivo -apelación recurso directo”, se expidió sobre la constitucionalidad de la norma con los siguientes argumentos:

Señala la Magistrada que

Uno de los horizontes desde los que se debe observar la validez de la ley 14.432 es desde la Convención Americana de Derechos Humanos, incorporada en nuestra misma Carta Magna federal.

Como refiere el Profesor y Juez de nuestra Suprema Corte provincial doctor Juan Carlos Hitters, al juzgar un caso debe buscarse la compatibilidad entre las normas locales y las supranacionales, no sólo 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 sólo 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”.

Son numerosos los instrumentos internacionales que contemplan el derecho a la vivienda, [...]. En consecuencia, la disposición provincial ahora cuestionada, es sin duda convencional. Ello, particularmente, por la misma progresividad de los derechos humanos.

El art. 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos focaliza sobre que los Estados Partes se comprometen a adoptar a nivel interno la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados.

Por consiguiente, cuando se analiza la Cláusula federal de la misma Convención, prevista en su artículo 28, tendiente a que sus disposiciones se cumplan en toda la extensión del territorio de los estados partes cuando ellos tengan una forma federal de gobierno, no pueden invalidar normativas que otorgan una protección más amplia por la circunstancia que no haya sido efectuada por el legislador pertinente. Asumida la responsabilidad internacional del Estado argentino, éste debe garantizar el progresivo ejercicio de los derechos humanos, evitando eludir la aplicación de una ley por cuestiones de competencia legislativa (Gasparini,

"Ejecución de la vivienda única: régimen legal de la provincia de Buenos Aires",
Publicado en: LLBA 2015, febrero).

Destaca además la magistrada en relación de la protección de la vivienda en el CCyCN
que:

En ese nuevo cuerpo jurídico, el legislador ha contemplado la protección de la vivienda familiar -ya sea conyugal o convivencial incluso- de diversas maneras. Una, dentro del marco de las decisiones que pueden tomarse dentro de la misma familia, exigiendo el asentimiento por el cónyuge o conviviente para ciertos actos -v.gr. los previstos en los arts. 250, 456 y sigs., 470, 522, entre otros-; otra, estableciendo la protección de la vivienda frente al ejercicio de derechos de terceros -arts. 244 a 256, CCCN-.

Es en este nuevo contexto que el artículo 244 expone que “Puede afectarse al régimen previsto en este Capítulo, un inmueble destinado a vivienda, por su totalidad o hasta una parte de su valor. Esta protección no excluye la concedida por otras disposiciones legales”.

Por ende, la previsión por el legislador nacional de otras normativas que puedan dictarse habilita a que las Provincias puedan hábilmente legislar sobre ello. Justamente, no habría que interpretar restrictivamente esta posibilidad -reconociéndoselo sólo, por ejemplo, al Congreso de la Nación- cuando el sentido del nuevo Código sustancial es ampliar las garantías, en consonancia con las que emanan de la Carta Magna federal y los Tratados Internacionales.

Conforme regula el nuevo artículo 242 del CCCN, si bien el patrimonio del deudor es la prenda común de los acreedores y sus bienes quedan afectados al cumplimiento de sus obligaciones, algunos de ellos, son excluidos legalmente de esta responsabilidad, resultando inembargables, lo que tiene lugar en consideración a razones de orden público, entendido éste como el

conjunto de principios de orden moral, ético, político y económico. [énfasis añadido]

Este es el sentido que sostiene la mayor protección de los derechos, en este caso, el derecho a una vivienda.

Como refiere Gil Domínguez “una vez que una persona alcanzó la situación de propietario de una vivienda adecuada como la máxima extensión posible de este derecho, ¿no es regresivo y absurdo que no se dote a dicha situación de la máxima tutela posible mediante los mecanismos más apropiados?” (Gil Domínguez, "Supremacía convencional, inembargabilidad e inejecutabilidad de la vivienda adecuada y derecho común: una mirada distinta". Publicado en Sup. Const., 18-2-14, 37, LL 2014 A, 324).

Cabe destacar que los dos fallos analizados “Rodríguez, Jorge A. c/ Paleo, Elda y/o otro s/ daños y perjuicios” (Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Azul, Sala I), fallo del 5/11/2015 y “H.M c/ G.M.A s/ cobro ejecutivo de alquileres” (Cámara Segunda Civil y Comercial de La Plata, Sala 2) del 02/10/2015, son de la misma fecha y tienen argumentos diametralmente distintos; señalando que el segundo de ellos tiene una visión social que cumple con los tratados internacionales con rango constitucional y es especial con el PIDESC.

3. La Protección de la Vivienda en la Provincia de Córdoba

La constitución de la provincia de Córdoba en su artículo 58 prevé que "Todos los habitantes tienen derecho a disfrutar de una **vivienda** digna [...] La vivienda única es inembargable, en las condiciones que fija la ley...".

De acuerdo con el art. 2 de la Ley 8067 (con las modificaciones introducidas por la ley 8998) “Inembargabilidad de la Vivienda Única” establece que “La presente ley es interpretativa de la naturaleza de la norma establecida en el artículo 58 de la Constitución Provincial”.

El propio título de la ley se ajusta a al artículo 17 del PIDESC el que establece que “1. Nadie 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 reputación. 2. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.”, ya que al establecer

que es una ley que establece la inembargabilidad protege contra todo injerencia o perturbación arbitraria sobre la vivienda única.

En el art. 1 de la ley establece “Considérase automáticamente inscrita de pleno derecho como bien de familia a partir de la vigencia de esta Ley, a los fines previstos en el artículo 58 de la Constitución Provincial, la vivienda única que cumpla con los requisitos establecidos en la Ley Nacional N° 14.394 y en la Ley Provincial N° 6074”.

El art. 3 establece las excepciones a esta protección que son coincidentes con leyes similares y con las establecidas en el art. 249 del CCyCN.

Cabe destacar el art. 5 que tiene disposiciones de tipo procesal estableciendo que “Previo a la instancia de ejecución, el actor deberá acreditar -ante el Juez que entiende en la causa- la titularidad dominial de dos o más inmuebles en el patrimonio familiar del deudor, integrado por éste, su cónyuge, descendientes e hijos adoptivos a cargo y menores en guarda[...]”, por lo que la inejecutabilidad de la vivienda se presume pero admite prueba en contrario y además establece que cualquiera sea el caso “el actor deberá comprobar que el deudor propietario ni su familia habitan el inmueble embargado.”; lo cual es una seguridad más ante el intento de ejecutar sobre vivienda. Cabe señalar que hubiera sido preferible, para cumplir acabadamente con el PIDESC que en vez de utilizar la locución “Previo a la instancia de ejecución.....” hubiera sido preferible la fórmula “Previo a la instancia de trabar embargo.....”

Por su parte el art. 8 establece que la ley es de orden público y ninguna persona puede alegar derechos irrevocablemente adquiridos.

Por otra parte, de acuerdo con la Observación general N° 4 de la CESCR, la vivienda adecuada debe considerarse más bien como el derecho a vivir en seguridad, paz y dignidad en alguna parte. Que se establezca la inembargabilidad como condición que se presume, y que dicha presunción sea de orden público, en toda vivienda, es cumplir con el objetivo de vivienda adecuada del PIDESC.

Finalmente cabe destacar que la Ley no agrega la vivienda única al art. 542 del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Córdoba, el que establece el listado de bienes inembargables. Tampoco agrega a dicho Código las condiciones establecidas en su art. 5.

3.1. Sobre Acciones del Registro de la Propiedad

Una publicación del gobierno de la provincia de Córdoba titulado “Registrar tu vivienda como ‘Bien de familia’ ahora es más simple” de fecha 07/01/2019”¹⁵ promociona que “El Registro General de la Provincia ofrece un nuevo servicio web, la posibilidad de que titulares únicos de inmuebles incorporen su vivienda a ‘Bien de familia’. De esta manera, la casa habitación de una persona no podrá ser rematada para saldar deudas posteriores a la afectación, ni utilizada como garantía.”.

Con este servicio se brinda la opción de tramitar la afectación vía web, reduciendo además los requisitos.

3.2. Análisis de Jurisprudencia Relacionada

Hubo dos fallos muy relevantes que plantearon la inconstitucionalidad de la Ley 8067 e inclusive del art. 58 de la Constitución de la provincia de Córdoba, que son los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación "Banco del Suquía S.A. c/ Juan Carlos Tomassini" (325:428) y “Romero” (332:1488). El primero de ellos fue el que sentó precedente para declarar la inconstitucionalidad de cualquier norma que promulguen las provincias con intención de darle una protección automática a todo inmueble que constituya vivienda única de una persona y de su núcleo familiar. Es por ese motivo que en otras partes de este trabajo se lo ha analizado y ellos nos remitimos.

3.2.1 Fallo de la CSJN “Romero, Carlos Ernesto c/Andrés Fabián Lema – recurso de casación e inconstitucionalidad” del 23/06/2009.

En este fallo, al igual que el en caso del “Banco del Suquía S.A. c/ Juan Carlos Tomassini” (325:428) la Corte Suprema sentenció que corresponde declarar la inconstitucionalidad del art. 58 de la Constitución de Córdoba y la ley local 8067 “Inembargabilidad de la vivienda única”, pues determinar cuáles de los bienes del deudor están sujetos al poder de agresión patrimonial del acreedor –y cuáles no– es materia de la legislación común, y, como tal, prerrogativa única del Congreso Nacional, por lo que no corresponde que las provincias incursionen en ese ámbito, pues ese poder ha sido delegado por ellas a la Nación al sancionarse la Constitución. Para así decidir se basaron en que compartían los fundamentos y dictamen de la Procuradora Fiscal.

¹⁵ <https://prensa.cba.gov.ar/economia/registrar-tu-vivienda-como-bien-de-familia-ahora-es-mas-simple/> , último ingreso el 18/05/2021.

En lo pertinente la procuradora se limitó a manifestar que:

La cuestión materia de recurso en los presentes actuados, guarda en lo pertinente sustancial analogía con la examinada en los autos “Banco del Suquía S.A. v Juan Carlos Tomassini” (Fallos: 325:428).

Sin perjuicio de ello, resulta relevante señalar que no obstante las decisiones de la Corte Suprema se circunscriben, como es obvio, a los procesos concretos que le son sometidos a su conocimiento, no cabe desentenderse de la fuerza moral que emana de su carácter supremo, sin verter argumentaciones que la contradigan, pues como V.E. tiene dicho dada la autoridad institucional de los fallos del Alto Tribunal en su carácter de supremo intérprete de la Constitución Nacional y las leyes, de ello se deriva el consecuente deber de someterse a sus precedentes (v. doctrina de Fallos: 315:2386 y sus citas).

Este fallo llega a la CSJN porque el Tribunal Superior de Justicia de la provincia de Córdoba resolvió anular un fallo de instancia anterior declarando la validez constitucional de la Ley 8067 (modificada por ley 8898) y del artículo 58 de la Constitución Provincial y protegiendo un inmueble de características modestas. Para así decidir, consideraron que existían nuevas razones para dar sustento a la modificación del criterio de la CSJN en el caso “Banco de Suquía” (Fallos: 325:428); señalando que esa evidencia nueva se refería a que por la situación económica se habían suspendido las ejecuciones hipotecarias y, además, “[...]que la “vivienda única” no puede ser mirada desde la óptica constitucional exclusivamente como propiedad, sino también como un derecho social garantizado concurrentemente por las normas constitucionales supranacionales, federales y locales.” , sin dejar de mencionar que “[...]la norma de la Constitución de la Provincia de Córdoba que estatuye que la vivienda única “es inembargable, en las condiciones que fija la ley” (art. 58 C. Pcial.), no resulta contraria con las normas federales que también establecen la defensa del bien de familia (art. 14 bis Constitución Nacional) ya que la inembargabilidad es una medida de protección.”

A toda esta visión esencialmente social, ajustada a la Constitución, las declaraciones, pactos y convenciones, que para la provincia de Córdoba tiene la vivienda única, la CSJN le contrapone una cuestión formal en cuanto a quién le corresponde legislar la materia y no avanza sobre los derechos humanos y sociales involucrados; por lo que termina revocando la sentencia

del TSJ de Córdoba, declarando la inconstitucionalidad del art. 58, in fine, de la Constitución de la Provincia de Córdoba y de la ley reglamentaria 8067 (modificada por ley 8998).

4. La Protección de la Vivienda en la Provincia del Chaco

La provincia del Chaco posee una abundante normativa referida a la defensa de la vivienda familiar y que la fue desarrollando paralelamente con las normativas nacionales referidas a la materia en estudio.

Se presentan también las leyes y disposiciones que están derogadas u obsoletas, con la intención visualizar el desarrollo que tuvo este tema a nivel provincial y su evolución, lo que pone de manifiesto el particular interés de esta provincia en materia de vivienda, tanto en el derecho a su acceso como a su preservación.

4.1. La Constitución de la Provincia del Chaco 1957-1994 (t.o.)

En el segundo párrafo del artículo 35, referido a la Familia, la constitución provincial establece que “[...]El Estado protege integralmente a la familia y le asegura las condiciones necesarias para su constitución regular, su unidad, su afianzamiento, el acceso a la vivienda digna y al bien de familia. [...]”

Como “bien de familia” las leyes y reglamentos locales, como se verá infra, lo asimila a la protección de inmueble utilizado como vivienda familiar, estableciendo su protección ante los ataques de los acreedores.

Asimismo, en el segundo párrafo del art. 59 de la Constitución provincial, referido a los Impuestos dice que “[...]Las leyes de carácter tributario propenderán a la eliminación o reducción de los impuestos que recaigan sobre los artículos y servicios de primera necesidad, sobre los ingresos de los sectores de menores recursos de la población y sobre la vivienda familiar.[...]” Es decir que a la vivienda familiar le otorga mayores protecciones ya que promueve la eliminación o reducción de los impuestos a los que estaría gravada la vivienda familiar.

4.2. Las Leyes Provinciales que Regulaban la Ley 14.394 de Bien de Familia

En el año 1954 el congreso Nacional sanciona la Ley 14.394 con el título “Modificaciones al Régimen de los Menores y de la Familia”; donde, como ya vimos, entre los artículos 34 y 50 establece un régimen para constituir como bien de familia inmuebles urbanos o rurales; y como consecuencia de ella en el año 1961 la provincia del Chaco sanciona la Ley

422 “Bien de Familia” que reglamentaba a nivel local la referida ley nacional 14.394, y en consonancia con el nuevo artículo 14 bis incorporado a la Constitución Nacional en el año 1957.

4.3. Ley 5052 de “Inembargabilidad inmueble que constituya vivienda única hogar familiar”

En el año 2002 se sanciona la Ley 5052 de “Inembargabilidad inmueble que constituya vivienda única hogar familiar”, la cual está vigente. La ley establece, en síntesis, que la propiedad inmueble única, afectada a la vivienda permanente, constitutiva del asiento del hogar familiar, es inembargable. Quedan comprendidos en los beneficios de la presente ley, los titulares que se hallaren conviviendo por unión de hecho, siempre que se cumplan los requisitos exigidos en la misma.

Esta ley en su art. 1 dispone “La propiedad inmueble única, afectada a la vivienda permanente, constitutiva del asiento del hogar familiar, es inembargable, en las condiciones que fija la presente ley.”; lo que constituye una gran diferencia con el CCyCN en sus artículos 456 y 522 que establece la inejecutabilidad, pero no la inembargabilidad. Si bien esta ley sería inconstitucional a la luz del fallo “Banco del Suquía S.A. c/ Juan Carlos Tomassini” (325:428) de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, no deja de ser importante porque es una provincia más que quiere ajustarse a los estándares internacionales en materia de protección de la vivienda única y de aquella que es hogar de la familia.

Sin embargo, en esta ley sigue estableciendo una condición de que el inmueble urbano no puede superar la valuación fiscal que establecerá la reglamentación, lo que no se ajustaría al PIDESC, ya que todo valor que se puede fijar no deja de ser subjetivo.

4.4. Disposiciones Técnicas Registrales Relacionadas

Con la sanción del CCyCN el Registro de la propiedad inmueble de la provincia del Chaco emite una serie de disposiciones a los fines de ajustar sus procedimientos administrativos para la afectación de la vivienda a la nueva legislación, de las cuales se destacan las siguientes Disposiciones Técnico Registral:

- La N° 01/2015: Mediante esta disposición el Registro de la Propiedad Inmueble de la provincia dispone que a partir del día 3 de agosto de 2015 se aplicarán “[...]los criterios de calificación establecidos en la presente, respecto de documentos que rueguen la protección de la vivienda familiar (arts. 244 a 256 Código Civil y Comercial) [...]”.
- La N° 40/2015.- Mediante esta disposición modifica los requisitos para la afectación de la vivienda, ajustando la normativa local al CCyCN.

- La N° 42/15. Mediante esta disposición, de fecha 3 de agosto de 2015, modifica los requisitos para la desafectación al régimen de protección de la vivienda, ajustando la normativa local al CCyCN.
- La N° 01/2016.- Dispone que, por lo establecido en el primer párrafo del art. 456 del CCyCN “Calificar en las escrituras de transferencia de inmueble, en las que él, los o uno de los propietarios, sea casado o conviviente, el asentimiento del cónyuge o conviviente, o en su defecto la expresión que el inmueble que se transfiere no es sede del hogar conyugal o convivencial, por las razones expuestas en los considerandos.” Es decir, establece un requerimiento adicional administrativo tendiente a garantizar que no se transfieran viviendas que puedan estar afectadas como vivienda de la familia y como medida de protección de esta última.
- La N° 02/2016. Es una disposición de tipo administrativo que dispone que si los documentos de afectación adolecen de defectos subsanables serán registradas de manera provisional o condicional; tendiente a dar validez al acto jurídico de protección de la vivienda por sobre el documento que pudiera adolecer de algún defecto.
- La N° 3/2017.- Con esta disposición se da mayor prelación al informalismo en cuanto a las exigencias de demostrar la convivencia estableciendo que “En caso que el beneficiario sea el conviviente no se deberá acreditar la inscripción de la convivencia (arts. 509 y 510 inciso e) del CCyCN)” bastando una manifestación con carácter de Declaración Jurada”.
- La N° 6/2017.- Dispone mayor informalismo es cuanto a la registración de la vivienda, permitiendo que no sea necesario dejar constancia de la afectación del título de propiedad respectivo, debiendo el Registro tomar razón de la afectación del inmueble al Régimen de Protección de la Vivienda (Arts. 244 y 55 del CCyCN) en el documento para cuya inscripción se presente al registrador, sea este material, judicial o administrativa.
- La N° 3/2018: Mediante esta disposición el Registro de la Propiedad dispone mantener, la afectación de la vivienda al régimen del Bien de Familia, o a la Protección de la Vivienda, siempre que continúen vigentes las razones que impulsaron a asignarle ese destino, para las escrituras en las cuales un condómino titular registral y beneficiario compra porciones condominiales a otros titulares registrales y beneficiarios del régimen de protección de la vivienda familiar.

Se observa en el desarrollo de estas Disposiciones administrativas la intención de ajustarse a lo establecido en el CCyCN en cuanto a la afectación de la vivienda a pesar de que hay una ley provincial vigente que establece su inembargabilidad sin la necesidad de su afectación, lo cual pone en evidencia que las autoridades provinciales no están muy convencidas de su propia Ley 5052 y que la vivienda única y de ocupación permanente no es un derecho humano.

4.5. Sobre Acciones del Registro de la Propiedad de la Provincia del Chaco

Sobre la protección de la vivienda familiar, el Registro de la Propiedad de la Provincia del Chaco presenta abundante información orientativa para el público en general.¹⁶

En la provincia del Chaco los requisitos para iniciar el trámite para afectar la vivienda en el régimen de protección es el siguiente y están en la página web anteriormente señalada:

- Título de propiedad (original).
- Acta de matrimonio (original y fotocopia).
- Partidas de nacimiento de los hijos (original y fotocopia).
- Última boleta del impuesto inmobiliario donde figure la valuación fiscal.
- Última boleta paga de Sameep o proveedor de agua que corresponda a su localidad.
- Inmuebles afectados a PROPIEDAD HORIZONTAL: Constancia del último pago de expensas

Sobre los requisitos se realizan las siguientes observaciones:

- El acta de matrimonio (original y fotocopia) no debería ser un requisito ya que toda persona cualquiera sea su estado civil, puede afectar su vivienda. En todo caso, podría ser un requisito exigible para la desafectación.
- Lo anterior vale con relación al requisito de las partidas de nacimiento de los hijos. ¿Cual sería el sentido de esta exigencia para persona que quiera afectar su vivienda y que tiene hijos mayores de edad y que ya no conviven con él?
- La valuación fiscal es irrelevante para el CCyCN ya que se puede afectar al régimen a cualquier propiedad independientemente de su valor y, además, el trámite es gratuito.
- Las deudas por el servicio de la empresa proveedora del servicio de agua por red no estaría contemplado en el CCyCN como deuda oponible para embargar la vivienda protegida.

Por lo anterior, se podría inferir que los requisitos exigibles para la afectación al régimen de protección de la vivienda no fueron actualizados de acuerdo con la normativa vigente, e inclusive de acuerdo con sus propias Disposiciones Técnicas Registrales.

El propio Registro advierte que la protección de la vivienda como bien de familia “[...], nunca llegó a arraigar en nuestras costumbres, tal vez por deficiencias de la ley 14.394, quizás por no haber tenido una adecuada difusión en la sociedad,” Es decir, el propio registro admite la falta de información sobre este tema, y, además, señala que nunca llegó a arraigarse como

¹⁶ https://www.rpi.chaco.gov.ar/seccion/bien_familia, último ingreso 18/1/2022.

costumbre en la provincia del Chaco, seguramente porque la cantidad de viviendas afectas y protegidas deben ser muy baja en relación con el total de los inmuebles destinados a viviendas.

Informa sobre las características de la protección de la vivienda (aunque haciendo referencia a Bien de Familia, término que el CCyCN no utiliza), donde señala que entre otros que con la afectación la vivienda es inembargable, lo cual es inexacto ya que el CCyCN no dice que el inmueble no pueda ser embargado, sino que “no es susceptible de ejecución” (art. 249, segundo párrafo), lo que no es exactamente lo mismo. Por ende, podría ser embargado, pero no subastado. (Kiper, Manual de Derechos Reales - Segunda edición Actualizada, 2018, pág. 245)

Llama la atención cuando bajo el título “¿Dónde se realiza el trámite?”, señala como primera alternativa la de recurrir a un escribano, cuando su participación se reduce a excepcionales oportunidades, como por ejemplo cuando el interesado no puede concurrir personalmente al Registro de la Propiedad. Este tipo de información atenta contra el informalismo, celeridad, economía, sencillez, eficacia y ausencia de costas a favor del administrado que debe primar en este tipo de trámite. Igual criterio utiliza al informar sobre la desafectación, al señalar en primer lugar al Escribano para la desafectación.

Asimismo, se observa falta de actualización cuando detalla los requisitos necesarios para la constitución como un Bien de Familia, porque: es protección de vivienda y no Bien de Familia; exige que tenga una familia cuando el CCyCN no lo exige; exige condiciones sobre el valor del inmueble. Esto requeriría de la debida actualización y sería esperable que estos requisitos no sean exigidos en la práctica actual.

Finalmente, llama la atención que el Registro diga que ante cualquier problema el público se tenga que dirigir a los Colegios Profesionales, al Departamento Inmobiliario Municipal, a las Organizaciones Privadas de Consumidores, a los Servicios Públicos de Protección a los Consumidores o al Defensor del Pueblo; cuando ante cualquier problema el organismo más idóneo y procedente sería el propio Registro de la Propiedad. Esto se contradice con el CCyCN y el propio Registro ya que el asesoramiento y trámite es gratuito y se trata de proteger la vivienda; protección que está tutelada por el Estado.

4.6. Análisis de Jurisprudencia Relacionada de la Provincia

4.6.1. “CSJN, Abujall, José Omar José Omar y Feu, Mario Gustavo c/ García, Erika Ruth y otros s/ juicio ejecutivo” del 11/06/2003

Dictamen del Procurador¹⁷:

¹⁷ Publicado en La Ley 2003-E, 916 – Cita online: AR/JUR/1623/2003

Resumen de los hechos: el dueño de la vivienda contrajo compromisos mediante la firma de pagarés en octubre de 1995 con fecha de vencimiento a partir del 30/04/1996. El 25 de noviembre del mismo año que firmó los pagarés constituye su vivienda como bien de familia.

Como en instancias inferiores coincidieron que la inscripción no era oponible, la demandada apeló al Superior Tribunal de Justicia de la Provincia del Chaco, quien hizo lugar al recurso de inaplicabilidad de la ley que protege la vivienda deducido por la parte demandada contra la resolución de la Sala Tercera de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de la ciudad de Resistencia, declarando que la doctrina legal sustentada por la CSJN, era aplicable a los hechos declarados en autos referido a que la inscripción del bien de familia en fecha anterior a la exigibilidad de la deuda constituida por pagarés cuya fecha de vencimiento era posterior a dicho acto.

Para el tribunal provincial el vencimiento es el momento a partir del cual se hace exigible la obligación cartular, determinando la oportunidad en que debe cumplirse la prestación dineraria. Agregó que el plazo de pago es el que prefija el vencimiento, es decir la exigibilidad de dichos títulos, por lo que a los fines del artículo 38 de la Ley 14.394, resultaba oponible la inembargabilidad que devenía de la inscripción realizada a tal fin.

Para el Procurador esta interpretación se aparta de la letra de la ley, ya que entiende que, contraída la deuda con anterioridad, aunque se haya instrumentado su vencimiento para una fecha posterior a la inscripción del bien de familia, debe proceder el embargo y la ejecución, ya que el hecho generador es anterior y los acreedores no pueden ser perjudicados por la afectación del bien realizada con posterioridad al origen de la deuda. La CSJN compartió el criterio del Procurador y falló en consecuencia.

Inicialmente cabe destacar que a la fecha de la firma de los pagarés estaba vigente la ley provincial 5052 la que declara inembargable aquellos inmuebles que constituyan vivienda única hogar familiar; es decir, que los demandantes sabían que en la provincia la vivienda no era garantía de los pagarés. A pesar de ello, la defensa de la demandada no nombró la norma citada ni los tratados de derechos humanos ni el PIDESC.

Del fallo se desprende que para todos los operadores jurídicos que intervinieron en el caso, consideran que prevalece el derecho del acreedor a cobrarse la deuda rematando la vivienda única del deudor por sobre el derecho humano a la vivienda del deudor y su núcleo familiar. Este es otro caso en que los operadores desconocen el derecho al acceso a la vivienda digna según el art. 14 bis de la Constitución Nacional, la vivienda como derecho humano, el PIDESC y que el CESCR en la Observación General N° 7: El derecho a una vivienda adecuada (1997), en el párrafo 16 señala que "los desalojos no deberían dar lugar a que haya personas

que se queden sin vivienda o expuestas a violaciones de otros derechos humanos. Cuando los afectados por el desalojo no dispongan de recursos, el Estado Parte deberá adoptar todas las medidas necesarias, en la mayor medida que permitan sus recursos, para que se proporcione otra vivienda.”.

5. La Protección de la Vivienda en la Provincia de Formosa

La Constitución de Formosa dedica varios artículos a la protección de la vivienda e importancia en la familia disponiendo que:

La Legislatura, al dictar las leyes de carácter tributario, propenderá a la eliminación de los impuestos que incidan sobre [...]la vivienda familiar propia de tipo económico” (art. 55); que La Provincia protege a la familia como célula base de la sociedad establecida, organizada y proyectada a través del afecto, facilitando su constitución y el logro de sus fines culturales, sociales y económicos. A este efecto: [...]3) Establecerá el bien de familia como institución social, cuyo régimen será determinado por ley, **sobre la base de la inembargabilidad de la vivienda familiar, sus muebles y los demás elementos necesarios para el trabajo intelectual o manual.**[...] 5) Preservará la estabilidad del vínculo afectivo familiar, y su intimidad.[...] (art. 68) y que “Todos los habitantes de la Provincia tienen el derecho a disfrutar de una vivienda digna, con sus servicios conexos y a la tierra necesaria para su asentamiento.[...] (art. 75)

No deja dudas sobre la relevancia que tiene la vivienda en la familia y la debida protección que las leyes le deben garantizar; pero lo hace sobre la base del concepto de bien de familia y no sobre la protección de la vivienda única y de ocupación permanente.

5.1. La Ley 1334 - Inembargabilidad

Ley 1334 Inembargabilidad. Que establece, “[...]conforme con las previsiones del artículo 68 inciso 3º) de la Constitución provincial, la inembargabilidad de la vivienda única consistente en un inmueble urbano o rural cuyo valor no exceda las necesidades del sustento o vivienda familiar.”, y en el art. 2 establece para esta ley se entiende por “[...]familia a los

efectos de esta ley, la constituida por el propietario/propietaria y su cónyuge, o su concubino/concubina, sus descendientes o ascendientes o hijos adoptivos, o, en defecto de ellos, sus parientes colaterales hasta el tercer grado inclusive de consanguinidad que convivieren con el constituyente.”, dándole un sentido amplio a dicha institución.

Asimismo, establece que; la inembargabilidad sólo podrá oponerse por deudas anteriores no exigidas y posteriores a la promulgación de la presente ley (art. 3); y que no procede cuando se traten de obligaciones originadas en impuestos, tasas y contribuciones de mejoras que graven directamente al inmueble objeto del embargo, hipotecas constituidas sobre el inmueble embargado con arreglo a las leyes de fondo, construcciones o refacciones realizadas en el mismo inmueble, saldo de precio de compra de la vivienda y expensas de administración y reparación, de acuerdo con lo previsto en el régimen de propiedad horizontal.

Finalmente contiene disposiciones procesales al disponer que la petición de cancelación de embargos que afectaren la vivienda única podrá formularse en cualquier estado del proceso judicial y que los magistrados no dispondrán la subasta de los inmuebles en causas en las que el demandado estuviere rebelde, sin una previa citación a una audiencia informativa, en la cual se impondrá a aquél del derecho que le asiste en virtud de la presente ley.

5.2. Sobre Acciones del Registro de la Propiedad de la Provincia del Formosa

La página web del Registro de la Propiedad tiene un enlace “Trámites” en el cual describe la Afectación al régimen de vivienda (ex Bien de Familia)¹⁸, brinda información al respecto y la dirección donde se realiza dicha afectación.

5.3. Análisis de Jurisprudencia Relacionada de la Provincia

5.3.1. Causa: “P., R.E. c/D. y F., J.D. s/Div. vinc. inc. ejec. honor. -Inc. levam. embargo-s/apelación” -Auto Interlocutorio N° 889/13- de fecha 19/06/3; voto de las Dras. Alicia Alvarenga, Silvia Teresa Pando, Viviana Karina Kalafattich.

Del fallo se rescata el voto de la Dra. Alvarenga, quien expresó:

La "vivienda única" no puede ser mirada desde la óptica constitucional exclusivamente como propiedad, sino también como un derecho social garantizado concurrentemente por las normas constitucionales supranacionales, federales y locales.

¹⁸ https://www.formosa.gob.ar/tramite/742/266/afectacion_al_regimen_de_vivienda_ex_bien_de_familia Último ingreso 18/01/2021.

La Ley No 1334 de la Provincia de Formosa que estatuye la inembargabilidad de la vivienda única, conforme con las previsiones del art. 68 inc. 3º de la Constitución Provincial, no resulta contraria con las normas federales que también establecen la defensa del bien de familia (art. 14 bis Constitución Nacional) ya que la inembargabilidad es una medida de protección.

Es decir, el hecho de que la Constitución local haya explicitado la medida de protección no implica contradecir las normas constitucionales que tengan un mayor espectro, en tanto ellas no detallan cuáles son los medios de protección y ha dejado librada esa cuestión a las leyes comunes.

Por otra parte, la Dra. Pando expresó:

El art. 68 inc. 3 C.P. que establece que el Estado provincial establecerá el bien de familia como institución social, cuyo régimen será determinado por ley sobre la base de la inembargabilidad de la vivienda familiar, no resulta contrario a las normas federales que también establecen la defensa del bien de familia (C. N. art. 14 bis), indicando a los fines de su protección la inscripción en el registro e la propiedad inmueble, mientras que en la normativa provincial se dispone su inembargabilidad; es decir, ambos institutos tienen diferentes modo de protección. En este punto véase que la inscripción registral del bien de familia se requiere ya que la vivienda objeto de este, no necesariamente debe ser única por lo cual se explica la necesidad de su conocimiento erga omnes. En cambio cuando lo que se protege es una única vivienda -como en autos- es la propia ley la que establece su inembargabilidad por lo cual existe presunción de conocimiento (art. 20 Código Civil) tal como señala el a quo. De esto se desprende que la situación por la cual se ampara la vivienda única -a nivel provincial- es captada por la propia reglamentación nacional respecto al bien de familia, si bien con diferencia de instrumentación, siendo éste un motivo más para sostener que no resulta inconstitucional la norma provincial cuando en definitiva legisla en igual sentido a la

norma nacional (cfr. en este sentido voto de la minoría del Tribunal Superior de Córdoba en causa “Banco del Suquía S.A. c/Riga Miguel Ángel, Recurso de casación” del 10 de febrero de 2010). Voto de la Dra. Pando.

De la lectura de estos votos se observa que hay opiniones fundadas de jueces que insisten que es procedente la inembargabilidad de la vivienda única y permanente y que se deben defender aquellas leyes provinciales que así lo determinen.

5.3.2. Causa: “Molina, Ramón Esteban c/González de Ríos, María de Luján s/Juicio ejecutivo -Inc. vivienda única Ley 1334/00 (González, María Luján)-” -Fallo No 18.250/17 de la Excma. Cámara en lo Civil y Comercial- de fecha 23/02/17; firmantes: Dres. Horacio Roberto Roglan, Judith E. Sosa de Lozina, Vanessa J. A. Boonman.

En este fallo¹⁹ se observa una posición contraria a la observada en el anterior comentado ya que no hace referencia a los derechos humanos y el PIDESC establecidos en la Constitución Nacional y se detienen solo en tecnicismo para concluir que no es aplicable la Ley 1334.

Para arribar a esta conclusión expresan en el fallo que:

En contraposición al derecho del deudor de proteger su vivienda, se encuentra el derecho del acreedor de cobrarse su crédito sobre determinados bienes de aquel, toda vez que el patrimonio del deudor es la garantía común para los acreedores. Teniendo en cuenta ello, resulta necesario analizar exhaustivamente el marco normativo aplicable a autos.

En tal labor, como primer medida, frente a la manifestación realizada por el recurrente en cuanto entiende inaplicable, por haber sido derogada, la Ley Nacional No 14.394 en virtud de la entrada en vigencia del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, resulta necesario aclarar que en autos se persigue el levantamiento de un embargo ejecutivo trabado sobre el inmueble en cuestión en el año 2014, con lo cual nos encontramos ante una relación ya constituida al tiempo en que la ley actual entrara en

¹⁹<http://www.jusformosa.gov.ar/jurisprudencia/fallos/FallosNovedosos/Civil%20y%20Comercial/Ley%20provincial%20de%20Inembargabilidad%20de%20Vivienda%20Única%3A%20Ley%20Nacional%20de%20Bien%20de%20Familia%20%2818.250-17%20CCyC%29/18250-17%20-%20SUMARIO.pdf>. Último ingreso 29/05/2021

vigencia, de lo que se desprende que la Ley Nacional 14.394 es plenamente aplicable al presente caso, pues de lo contrario se estaría vulnerando principios contenidos en el art. 7 del cuerpo normativo con el que el apelante pretende sustentar sus agravios.

No dejar de considerarse la Ley Registral Inmobiliaria No 17.801, que basa su razón de ser en la publicidad de las situaciones jurídicas con vocación registral; razón por la cual, en materia de bienes registrables es condición necesaria la inscripción para que la mutación jurídico-real inmobiliaria produzca sus efectos de oponibilidad a terceros, dado que “dicha inscripción registral reviste un carácter declarativo que permite poner en conocimiento erga omnes de aquella situación y hacerla oponible frente a los terceros interesados” (confr. 16.930/14 de este Tribunal), con lo cual debe inevitablemente concluirse que, de protegerse, como se pretende, en forma automática a la vivienda -en virtud de la Ley provincial 1.334/00- sin que exista inscripción registral alguna a tal efecto, vulneraría las Leyes Nacionales Nos. 14.394 y 17.801.

6. La Protección de la Vivienda en la Provincia del Corrientes

La Constitución de la provincia de Corrientes establece en su art. 39 que:

La familia es el núcleo primario y fundamental de la sociedad y goza de las condiciones económicas, culturales y sociales que propendan a su desarrollo y protección integral.

El Estado Provincial debe establecer políticas que faciliten su constitución y fortalecimiento, incluyendo el derecho al acceso y **la preservación de la vivienda familiar única como institución social**. Debe promover la asistencia familiar en lo que respecta a la vivienda, el empleo, el crédito y la cobertura social. [énfasis añadido]

De dicho artículo debe observarse que la Constitución manda al Estado Provincial a establecer políticas que incluyan el acceso y la preservación de la vivienda única como institución social.

Actualmente está vigente la Ley 2218 Bien de Familia con sus modificaciones, que es la que reglamenta a nivel provincial la Ley Nacional 14.394 y que establece que el Registro de

la Propiedad tendrá a su cargo la declaración de constitución y la consiguiente inscripción del bien de familia instituido por los arts. 34 al 50 de la mencionada ley; pero esta ley está lejos de reglamentar la protección de la vivienda como un derecho humano, por lo que no se ajusta al PIDESC.

6.1. Sobre Acciones del Registro de la Propiedad

La página web del Registro de la Propiedad²⁰ no tiene ningún enlace para realizar o que informe sobre la afectación de la vivienda por lo que la provincia no cumple con lo prescripto en el art. 253 del CCyCN ya que no está prestando asesoramiento o colaboración para los interesados; por lo que se supone que el porcentaje de viviendas afectadas debe ser muy bajo con relación al total que están en condiciones de afectarse.

Se observa que la provincia no informa adecuadamente a la población en general para que afecten la vivienda en los términos del CCyCN.

7. La Protección de la Vivienda en la Provincia de Chubut

La Constitución de la provincia establece en su art. 77 que “El Estado propende a que toda persona acceda a una vivienda digna, para sí y su familia, que incluye servicios sociales y públicos e integración con el entorno natural y cultural, quedando resguardada su privacidad. [...]. El acceso a la vivienda propia se promueve en todo el ámbito de la Provincia, sobre la base de la equidad y mediante regímenes adecuados a los distintos casos, con prioritaria consideración a los de menores recursos.

Cabe hacer notar que la Constitución no garantiza la inembargabilidad de la vivienda, solo promueve, en consonancia con el art. 14 bis el acceso a la vivienda.

En la página web de la dirección General del Registro de la Propiedad Inmueble²¹ se observa que solo se refiere a Bien de Familia e inclusive en el enlace referido se aprecia que el monto tope para inscribir como bien de familia es de \$800.000,- lo cual no se ajusta a lo establecido en el CCyCN. Con este tipo de información en la página oficial de la provincia se podría inferir que, salvo los abogados y otros habitantes en número muy reducido, el resto de la población desconoce que se pueda afectar la vivienda en los términos del art. 244 y ss. del CCyCN.

²⁰ <https://rpi.corrientes.gob.ar/inicio> Último ingreso 18/01/2022.

²¹ <http://www.chubut.gov.ar/portal/wp-organismos/rpi/2014/09/22/bien-de-familia-2/> Último ingreso 19/11/2021.

En el enlace²² referido exclusivamente a Bien de Familia dice “Quienes deseen afectar un inmueble al régimen de Bien de Familia podrán optar por realizar el trámite en una escribanía particular o realizarlo por vía administrativa en la sede del Registro”, lo que no se ajusta al art. 253 del CCyCN el que establece que la autoridad de aplicación debe prestar asesoramiento y colaboración gratuita a los interesados, lo cual es un deber de la autoridad de aplicación.

8. La Protección de la Vivienda en la Provincia de Río Negro

La Constitución de la provincia enmarca a la vivienda digna únicamente en relación de los derechos del trabajador en su art. 40 y no como un derecho humano de todos los habitantes de la provincia, por lo que no se ajusta a la Constitución Nacional que incorporó los tratados internacionales en el inc. 22 del art. 75 y en particular con el PIDESC.

En la página del Registro de la Propiedad Inmueble de la provincia²³ brinda información a la población sobre Protección de la Vivienda - Arts. 244 CCyCN y siguientes (ex Bien de Familia) transcribiendo lo dispuesto en el CCyCN.

9. La Protección de la Vivienda en la Provincia de Salta

En relación con la vivienda establece en su art. 35 que la provincia procura a los habitantes de la tercera edad la vivienda y en el art. 37 dispone que “Los poderes públicos facilitan el acceso de los sectores de menores ingresos a una vivienda digna y promueven la constitución del asiento del hogar como bien de familia.”

Del articulado referido se desprende que la vivienda se procurará solo a los habitantes de la tercera edad (sin definir a partir de qué edad) y a los sectores de menores ingresos (sin especificar qué ingreso es considerado menor) y, para estos últimos, solo promueve la constitución del hogar como bien de familia.

Para esta Constitución el derecho al acceso a la vivienda digna no es para todos sus habitantes, lo que no se ajusta a la Constitución Nacional y las declaraciones, pactos y convenios incorporados a ella con igual rango en el inc. 22 del art. 75 y en particular con el PIDESC.

Habría una discrepancia entre el segundo párrafo del art. 1 de la Constitución provincial y el art. 37 del mismo cuerpo legal, ya que la democracia social de derecho es para todos los habitantes y no solo para los sectores de menores ingresos. Se observa una visión sesgada de lo que es una democracia social de derecho.

²² <http://www.chubut.gov.ar/portal/wp-organismos/rpi/2009/07/24/bien-de-familia/> Último ingreso 19/11/2021.

²³ <https://rionegro.gov.ar/?contID=20645> Último ingreso 19/11/2021.

En la página de la Dirección General de Inmuebles de la provincia solo hay un enlace para bajar un formulario de inscripción titulado “Solicitud de Afectación al Régimen De Protección De La Vivienda Regulado En Los Artículos 244 y sgtes. del Código Civil y Comercial de la Nación (Ex Bien de Familia)”, pero no aporta más información para promover su inscripción, por lo que no se ajustaría al art. 253 del CCyCN el que establece que la autoridad de aplicación debe prestar asesoramiento y colaboración gratuita a los interesados.

10. La Protección de la Vivienda en la Provincia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur

La Constitución provincial establece que “Todo habitante tiene derecho a acceder a una vivienda digna que satisfaga sus necesidades mínimas y de su núcleo familiar. [...]” (art. 23) y que “Se reconoce el derecho a proteger una vivienda como bien de familia.” (art. 28), por lo que no se ajusta al PIDESC.

La Constitución provincial reconoce el derecho de todo habitante a acceder a una vivienda digna y el derecho a protegerla solo como bien de familia. Además, el derecho a proteger no es lo mismo que la protección automática; y con el agravante que la mayoría de la población desconoce este derecho.

En la página web del Registro de la Propiedad Inmueble²⁴ solo hay información de normativas, en la cual solo nombra a la Ley 14.394 de Bien de Familia que está derogada; por lo que no cumpliría con el art. 253 del CCyCN.

11. La Protección de la Vivienda en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Con relación a la constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires la vivienda se garantiza dentro del marco del derecho a la salud integral (art. 20), reconoce el derecho a una vivienda digna y un hábitat adecuado (art. 31), en lo referido a la igualdad entre varones y mujeres donde se debe facilitar el acceso a la vivienda a las mujeres que son único sostén del hogar (art. 38) y finalmente promueve el acceso a la vivienda a la juventud (art. 40); por lo que no es una Constitución que proteja la vivienda de acuerdo a lo establecido en el PIDESC, ni le da un tratamiento de derecho humano.

²⁴ <https://www.justierradelfuego.gov.ar/registro-propiedad-inmueble/#1474896140616-6a3eac12-9bba> Último ingreso 18/01/2022.

El Registro de la Propiedad Inmueble de la Capital Federal posee un vínculo específico para la afectación de la vivienda²⁵.

12. La Protección de la Vivienda en la Provincia de Santiago del Estero

Con relación a la protección de la vivienda en la constitución de la provincia de Santiago del Estero en el apartado específico, establece que (art. 37) “Todo habitante tiene derecho a acceder a una vivienda digna que satisfaga sus necesidades mínimas y de su núcleo familiar. [...] La vivienda única es inembargable de acuerdo con lo establecido en la ley.”

A su vez, mediante la Ley Provincial N° 6.317 de “Inscripción de Pleno Derecho como Bien de Familia de la Vivienda Única”, la que dispone en el primer párrafo de su artículo 1° que “Considérase automáticamente inscrita de pleno derecho como bien de familia a partir de la vigencia de la presente Ley, la vivienda única que cumpla con los requisitos establecidos en la Ley Nacional No. 14.394 y en la Ley Provincial No.3.177.”

Es una normativa vigente desde octubre de 1996, y que se ajusta parcialmente al PIDESC porque la protección automática es solo para viviendas familiares y no para toda vivienda única de ocupación permanente.

En cuanto a la jurisprudencia, la Cámara Civil y Comercial, 2ª Nominación, de Santiago del Estero resolvió que los artículos 1° y 2° de la ley 6317 de la Provincia de Santiago del Estero, que consideran a la vivienda única automáticamente inscrita como bien de familia cuando concurren los requisitos de la ley nacional 14.394 e impiden cualquier efecto retroactivo que pudiera afectar los derechos de terceros posteriores a su vigencia, no violentan el sistema constitucional, ni invaden materias propias del Estado federal como es el Derecho de fondo. Asimismo, se agregó, tampoco violentan el principio de que el patrimonio es la prenda común de los acreedores, pues se trata de una excepción limitada destinada a proteger el derecho a la vivienda. Por ello, se afirmó, la ley 6317 es constitucional desde que cumple el mandato programático contenido en el artículo 37 de la Constitución local, que establece su inembargabilidad en las condiciones que fije la ley. Esta última norma, se concluyó, puede ser reglamentada por una ley local como lo es la 6317 (CCCom. 2ª Nom. de Santiago del Estero, 25-6-2001, L. L. Noroeste, Año 6, N° 3, mayo de 2002, p. 913, fallo 914).

²⁵ protecciondelavivienda@dnrpi.jus.gov.ar Último ingreso 18/01/2022

13. Conclusiones

Se observa una gran vocación y convencimiento en cinco provincias de proteger la vivienda familiar de forma automática; tal como surge en el siguiente resumen:

1. Buenos Aires: promueve en su constitución la eliminación de obstáculos económicos sociales o de cualquier otra naturaleza que impidan el ejercicio del derecho a la vivienda y dictó la Ley 14.432 que establece que la vivienda única y de ocupación permanente es inembargable e inejecutable. **Se ajusta al PIDESC.**
2. Córdoba: donde en su artículo 58 prevé que "Todos los habitantes tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna [...] La vivienda única es inembargable, en las condiciones que fija la ley...", y donde además dictó la Ley 8067 de "Inembargabilidad de la vivienda única". **Se ajusta al PIDESC.**
3. Chaco: Ley 5052 de "Inembargabilidad inmueble que constituya vivienda única hogar familiar". **Se ajusta parcialmente al PIDESC.**
4. Formosa: Ley 1334 de Inembargabilidad, que es para vivienda familiar. **Se ajusta parcialmente al PIDESC.**
5. Santiago del Estero: Por art. 37 de su Constitución la vivienda única es inembargable y está reglamentada dicha disposición por la Ley 6.317. **Se ajusta al PIDESC.**

Cabe señalar que estas provincias se ajustan al PIDESC –o parcialmente como Formosa– representan casi la mitad de la población de la Argentina, aunque el Corte Suprema de Justicia de la Nación se ha pronunciado inicialmente con el fallo "Banco del Suquía S.A. c/ Juan Carlos Tomassini" (Fallos: 325:428) que todas estas protecciones promovidas por las provincias citadas, aunque se ajustan al PIDESC o sea a la Constitución Nacional, no son Constitucionales por no ajustarse al inc. 12) del art. 75 de la Constitución Nacional, pero nada dijeron sobre el inc. 22) de dicho artículo.

En el caso particular de la Ley 14.432 de la Provincia de Buenos Aires a pesar de que los jueces de Cámara destacan que la misma tiene "un fin loable, ya que amplía el marco protectorio de la vivienda familiar, acorde a los estándares constitucionales y convencionales." y que "más allá de la justicia de su contenido, o de la rectitud de la intención del legislador", la invalidan y declaran su inconstitucionalidad. Más allá de lo contradictorio del argumento esgrimido, pone en evidencia una resistencia injustificada a reconocer la vigencia de los derechos sociales con rango constitucional.

En marzo de 2019, Víctor Abramovich, Procurador Fiscal ante la Corte Suprema de Justicia,²⁶ opinó que el artículo 2 de la ley provincial 14432, que dispone que todo inmueble ubicado en la provincia de Buenos Aires destinado a vivienda única y de ocupación permanente sea inembargable e inejecutable, es constitucional al igual que sus normas reglamentarias.

En este contexto, consideró que la normativa reglamenta de manera directa el derecho a la protección de la vivienda familiar consagrado en el artículo 14 bis de la Constitución Nacional, que tanto la Nación como la Provincia pueden regular ese tema y que el legislador bonaerense no interfirió en facultades propias del Congreso Nacional. Además, entendió que la ley provincial no se opone a la nacional, sino que son compatibles.

Desde esa postura, la ley cuestionada estaría regulando materia referente a seguridad social, según surge del artículo 14 bis de la CN, y no materia de fondo.

Abramovich puntualizó que en el ámbito de la seguridad social hay materias cuya regulación se reserva a la Nación, pero existen otras que son de competencia concurrente de aquella y las provincias, como los actos de legislación y administración relacionados con los beneficios de la seguridad social en la esfera no contributiva para la cobertura de riesgos y contingencias que afectan condiciones básicas de existencia.

Sostiene además que existe un ámbito de reglamentación de medidas de protección social que es compartido entre la Nación y las provincias, en el que se insertan aquellas regulaciones que apuntan a asegurar las condiciones materiales mínimas para el desarrollo y la integridad de la familia, que comprende el resguardo de la propiedad de la vivienda, sede del hogar familiar, en el que se encuadra la ley provincial 14432.

Frente a las posturas divergentes desde los tribunales de segunda instancia, entendemos que, acorde al principio de progresividad de los derechos humanos²⁷, la ley 14432 de la provincia de Buenos Aires, la Ley 5052 de la provincia del Chaco, la Ley 8067 de la provincia de Córdoba, la Ley 1334 de la provincia de Formosa y la Ley 6.317 de la provincia de Santiago del Estero regulan, con mayor amplitud el derecho a la vivienda digna que la normativa establecida por el nuevo Código Civil y Comercial.

²⁶ Dictamen del Procurador Fiscal ante la Corte Suprema de Justicia, Dr. Abramovich. Recuperado de <https://www.fiscales.gob.ar/procuracion-general/dictaminan-que-es-constitucional-la-ley-bonaerense-que-protege-la-vivienda-unica-familiar/>

²⁷ Este principio implica el gradual progreso para lograr su pleno cumplimiento, es decir, que para el cumplimiento de tales derechos se requiere la toma de medidas a corto, mediano y largo plazo, pero procediendo lo más expedita y eficazmente posible.

Además, se considera que la protección de los derechos sociales, entre los que se encuentra la vivienda, no es exclusiva de la Nación, ya que fue conservada por las provincias, quienes, si bien no pueden legislar en desmedro de aquella, pueden ampliarla en el orden local.

Se entiende que cuando se trata de la protección y tutela de los derechos humanos, el legislador nacional debe fijar presupuestos mínimos y donde las provincias pueden fijar criterios más protectorios. En ese sentido, se entiende que el Estado debe mejorar progresivamente las condiciones de goce y ejercicio del derecho a la vivienda y, de acuerdo con las normas internacionales, no debe adoptar medidas, políticas y normas jurídicas mediante las cuales se empeore el derecho a la vivienda digna.

Finalmente, se considera que la inembargabilidad e inejecutabilidad de la vivienda única y de ocupación permanente debería estar establecida en la normativa sustantiva y adjetiva, para que opere de forma automática y sin necesidad de solicitud administrativa alguna, en beneficio de una persona y su comunidad familiar, excluyendo a ese inmueble de la prenda común de todos los acreedores.

Capítulo 4 – Evaluación de la Operatividad de Normas Jurídicas Nacionales Protectorias de la Vivienda

SUMARIO: 1. La Falta de un Conocimiento Generalizado y de una Eficaz Difusión de las Normativas que Protegen la Vivienda. 2. Diferencias entre la Inejecutabilidad de la Vivienda Familiar y la Emergente de la Afectación de la Vivienda. 3. Sobre el Asentimiento Conyugal. 4. Quiebra. Inejecutabilidad de la Vivienda Única. Improcedencia. 5. Presunto Vacío Legal para la Efectiva Protección de la Vivienda Única y de Ocupación Permanente. 6. Conclusiones

1. La Falta de un Conocimiento Generalizado y de una Eficaz Difusión de las Normativas que Protegen la Vivienda Familiar

En la ya citada publicación del gobierno de la provincia de Córdoba titulado “Registrar tu vivienda como ‘Bien de familia’ ahora es más simple” de fecha 07/01/2019²⁸ advierte que “Cabe aclarar que, actualmente, sólo unos 80 mil inmuebles están inscriptos en la “Afectación al Régimen de Vivienda” –o “Bien de familia”. Mediante la simplificación de los requisitos y la posibilidad de tramitarlo vía web en pocos minutos, se espera que 550 mil cordobeses que están en condiciones de inscribirse puedan hacerlo.” Según el Censo de 2010²⁹ la cantidad de viviendas en la provincia de Córdoba con “Moradores presentes” era de 978 553 y en el departamento Capital de 383.594; por lo que se asume que los 550 mil cordobeses a que refiere la publicación es solo del departamento Capital. La realidad es que, de acuerdo con estos datos, **en la provincia de Córdoba la cantidad de viviendas afectadas al “Régimen de Vivienda” no llegaba al 8% en el año 2019.**

Inclusive hoy, a pesar de que la Ley de Bien de Familia fue derogada, en la página web de la Dirección General del Registro de la Propiedad Inmueble de la Provincia del Chaco existe el enlace de “Bien de Familia”³⁰ donde detalla los requisitos para su trámite. Para el trámite de una Ley derogada y que por lo tanto configura un incumplimiento de dicho Registro al art. 253 del CCyCN el que establece que la autoridad de aplicación debe prestar asesoramiento y colaboración gratuitos a los interesados a fin de concretar los trámites relacionados con la

²⁸ <https://prensa.cba.gov.ar/economia/registrar-tu-vivienda-como-bien-de-familia-ahora-es-mas-simple/>, último ingreso el 18/05/2021.

²⁹ <https://datosestadistica.cba.gov.ar/dataset/censo-2010-resultados-definitivos>

³⁰ https://www.rpi.chaco.gov.ar/seccion/bien_familia, último ingreso 12/05/2021.

constitución e inscripción de la afectación de la vivienda en los términos del art. 244 y concordantes del CCyCN. Estas incongruencias e inadecuada información confunden al ciudadano que no es experto en derecho, tornando inoperativas las leyes que protegen la vivienda.

Sobre este aspecto se rescata de la página web del Registro de Propiedad de la Provincia del Chaco lo señalado por la directora del Registro Jurisdicción Resistencia, la Escribana Lilia Noemí DIEZ quien, en su artículo “¿Qué es Bien de Familia? ¿Para qué sirve? Copyright. 1998. Lilia Noemí Diez. ISBN N° 950-656-030-7” manifiesta: “**Durante los cuarenta y ocho años que lleva el bien de familia, nunca llegó a arraigar en nuestras costumbres**, tal vez por deficiencias de la ley 14.394, quizás por no haber tenido una adecuada difusión en la sociedad, probablemente porque la vocación de libertad de los argentinos nos impulsa instintiva, aunque injustificadamente, a no someternos a las fuertes restricciones a la libre disponibilidad que genera el ‘Bien de Familia’.”. [énfasis añadido]. En su comentario la Directora reconoce la falta de operatividad que el derecho a la protección del “Bien de Familia”.

Lo anterior son solo algunos ejemplos de lo que sucede en todo el país, lo que indica que cuando la protección es una opción legal que hay que conocer, nunca llegará esta información a toda la población. Ello implica que las normativas actuales no son operativas para protección efectiva de la vivienda en los términos del PIDESC y donde la protección automática surge como la más idónea para proteger un derecho humano.

2. Diferencias entre la Inejecutabilidad de la Vivienda Familiar y la Emergente de la Afectación de la Vivienda

La diferencia entre la inejecutabilidad de la vivienda familiar establecidas en los arts. 456 y 522 del CCyCN y la emergente de la afectación (art. 244 y ss. CCyCN) se traduce en que mientras la inejecutabilidad de la vivienda familiar procede, en principio, a pedido de la parte demandada mediante un pedido incidental al respecto y requiere, por tanto, que el Tribunal haga el lugar a la inejecutabilidad y ordene, consecuentemente, la exclusión del bien inejecutable; la inejecutabilidad, en caso de las viviendas afectadas, opera de forma automática y no requiere pedido alguno al respecto, por cuanto, al solicitarse la anotación preventiva de la subasta al Registro de Propiedad Inmueble correspondiente, este, por imperio del principio de rogación y el análisis de las constancias emergentes de los asientos registrales, de dónde surge la existencia de la afectación, rechazará la misma atento la inejecutabilidad establecida en el art. 249. (Badran, 2015, pág. 80 y 81).

La protección que otorga a la vivienda el CCyCN es solo para su ejecución, por lo que en todos los casos procederá el embargo si es solicitada por una de las partes; lo cual significa perturbar a la familia, a un derecho humano y no cumplir con la Observación General N° 4 del CDESCR.

A ello se suma el hecho de que por el principio de congruencia que rige en todo proceso civil y comercial “exige que el juez resuelva de acuerdo con las pretensiones y defensas esgrimidas por las partes en el proceso conforme con los hechos afirmados y probados por éstas.” Inclusive, “en segunda instancia, la Cámara tiene que resolver solamente las cuestiones de hecho y de derecho sometidas a la decisión del juez de primera instancia que hubiese sido materia de agravios (art. 271 y 277, Código Procesal Nacional)” pero puede “decidir sobre los puntos omitidos en la sentencia de primera instancia aún cuando no se hubiese pedido aclaratoria (art. 278 CPCCN)” (Arazi, 2018, pág. 198); por lo que en el caso de juicios donde está en juego la vivienda única, si el abogado que defiende a la demandada que está por perderla, no hace los reclamos o no presenta las pruebas pertinentes; por el principio señalado, al órgano decisor le está vedado arrimar prueba corroborante de la postura de cualquiera de las partes y no puede disponer medidas probatorias a fin de determinar si el inmueble embargado es su vivienda única y de ocupación permanente.

Si bien otro principio procesal, como el “Principio constitucional de igualdad”, inicialmente fue una de las grandes conquistas del siglo 18, se advirtió que esa aparente igualdad no era tal, pues no se podía tratar igual al desigual porque ello acentuaba esa desigualdad. La legislación debe contemplar el derecho de la parte más débil en un sistema de protección y es lo que se debe hacer en los casos particulares cuando está en juego la vivienda única y permanente de una persona y su núcleo familiar por circunstancias económicas adversas. Por este principio es que aparece así en el derecho procesal, el concepto de carga probatoria dinámica, según el cual debe probar el que están en mejores condiciones de hacerlo, generalmente la parte más fuerte de la relación procesal (Arazi, 2018, pág. 199).

Como se pudo observar en la mayoría de los fallos analizados, las familias a las que se les embarga la vivienda única y permanente siempre está en desventaja, por la simple y objetiva razón de que está por perder su vivienda única; porque lo van a desalojar junto a su familia donde en muchos casos hay niños y su suerte está atada a que el abogado que los defiende sepa que la vivienda familiar es inejecutable por imperio de la ley en el caso de vivienda familiar y que es un derecho humano establecido en la Constitución Nacional.

Así, como por el principio constitucional de igualdad que debe primar en todo proceso laboral se estableció el principio *in dubio pro operario*, se debería establecer en todo proceso de embargo y remate de vivienda el principio *in dubio pro planta prietate*.

Cabe señalar que con respecto a los desalojos la Relatora Especial del Consejo de Derechos Humanos, Asamblea General de las Naciones Unidas, informó que en Argentina

“[...] nota que no existe un instrumento jurídico a nivel nacional que incorpore los estándares internacionales en esta materia. Al contrario, en el marco de la crisis del 2001, y por medio de la Ley 24441, se modificaron los procesos de desalojo a nivel civil (Código Procesal Civil y Comercial de la Nación [CPCCN], arts. 680 bis y 684 bis) y penal (Código Procesal Penal de la Nación [CPPN], art. 238), y se estableció el Régimen especial de ejecución de hipotecas, que creaba —nuevas herramientas que colaboraron en hacer más expeditivos los lanzamientos y restar garantías judiciales para los desalojados. De hecho, en virtud de esta nueva legislación, en los casos de desalojos motivados en intrusión, en falta de pago o vencimiento del contrato, o en relación con el delito de usurpación, estos pueden requerirse como medida cautelar y previo al dictado de la sentencia. Adicionalmente, según dicho Régimen especial, el acreedor puede obtener el lanzamiento anticipado del inmueble y su subasta sin necesidad de intervención judicial. El ejecutado no tiene la posibilidad de interponer defensa, incidente o recurso alguno tendiente a interrumpir el lanzamiento anticipado ni la subasta, salvo que acreditare verosímelmente algunos supuestos acotados.”³¹

Por otra parte, señala Arazi (Arazi, 2018) que en el anteproyecto de Código Procesal Civil y Comercial de los doctores Augusto M. Morello, Isidoro Eisner, Mario E. Kaminker y Roland Arazi se contempla expresamente la denominada “justicia de acompañamiento o protección”, regulándola de la siguiente forma:

³¹ Informe de la Relatora Especial sobre una vivienda adecuada como elemento integrante del derecho a un nivel de vida adecuado, y sobre el derecho a la no discriminación en este contexto, Raquel Rolnik, Misión Argentina, Consejo de Derechos Humanos, Asamblea General de las Naciones Unidas, 2011.

En las cuestiones relativas a menores, incapaces, alimentarias, vivienda, de interés general o demás de la denominada justicia de acompañamiento o protección, los jueces observarán las siguientes reglas especiales:

1) Procurarán de la manera más adecuada que las partes lleguen a un acuerdo sobre todos o alguno de los puntos en conflicto; en su defecto pronunciarán de inmediato resoluciones mediante la cual solucionen provisionalmente aquello sobre lo que persiste el desacuerdo. Ello significará arbitrar de modo razonable y efectivo lo que la naturaleza del asunto y sus particulares circunstancias indiquen aconsejable, observando el criterio básico de proteger a la familia y sus integrantes, en especial de los menores y los más desprotegidos, de conformidad con las normas constitucionales y las de fondo, sin perjuicio de que cualquiera de las partes pueda plantear en el proceso correspondiente la cuestión resuelta en forma provisoria.

2) En las cuestiones sociales indicadas se podrán modificar la pretensión en la audiencia preliminar cuando resulte manifiestamente, que la carencia de información o asesoramiento han determinado omisiones con relación a derechos que asistan a las partes. En estos casos el tribunal otorgará a la contraparte oportunidad para la adecuada contestación; a tales únicos efectos podrá prorrogar la audiencia si las nuevas cuestiones son de hecho y no fue posible controvertirlas, sin previa información.

3) En estos procesos es deber de los jueces que ninguna exigencia administrativa o formal frustré la tutela efectiva de los derechos. Observarán los principios propios del debido proceso legal, sin perjuicio de adaptar, razonable y funcionalmente, el orden de sus desarrollos a la finalidad prioritaria de que la protección se materialice. (Pág. 200)

Se considera una propuesta superadora a lo actualmente existente en materia procesal lo que ayudaría a introducir en los casos de embargo y ejecución de viviendas únicas los postulados del PIDESC y proteger el derecho humano que es.

3. Sobre el Asentimiento Conyugal

“El CCyCN contiene normas de orden público aplicables a ambos regímenes patrimoniales matrimoniales (comunidad y separación de bienes), que tienen por objeto evitar que cualquiera de los cónyuges realice unilateralmente actos dispositivos (enajenación o gravamen) sobre la vivienda familiar y sobre sus bienes muebles indispensables. Sin importar cuál sea el régimen patrimonial elegido por los cónyuges (antes o después de la celebración del matrimonio), cualquier forma de disposición sobre los derechos de la vivienda familiar requiere del asentimiento del cónyuge no titular, siendo irrelevante la calificación del bien (puede ser propio, ganancial de titularidad exclusiva, personal e, incluso, de titularidad de un tercero) (Cursack, Dallaglio, Del Zoppo, Gatti, & Rey, 2016).

Los arts. 456 y 522 disponen la inejecutabilidad de la vivienda familiar por los acreedores de uno solo de los cónyuges por deudas contraídas después de la celebración del matrimonio, salvo que el otro cónyuge preste asentimiento manifestando su aprobación con el negocio que celebre el primero. El cónyuge que presta el asentimiento no se obliga ni responde por las deudas que origine el negocio. Cabe destacar que no presta el consentimiento el que es prestado por el cónyuge que es parte del contrato. Al prestar el asentimiento solo presta su conformidad con el negocio jurídico de su cónyuge.

Luego el art. 457 establece cuales son los requisitos de este asentimiento, estableciendo que “En todos los casos en que se requiere el asentimiento del cónyuge para el otorgamiento de un acto jurídico, aquél debe versar sobre el acto en sí y sus elementos constitutivos.”; donde la expresión “el acto en sí” hace improcedente el asentimiento general anticipado.

Al analizarse este artículo se ha dicho que:

“[...] esta norma se ubica en el marco del paradigma que tiene a la tutela de la *persona concreta* por sobre la idea de un sujeto abstracto y desvinculado de su posición vital. [...]” por lo que “[...]el asentimiento para con el acto jurídico no solo debe versar sobre el acto en sí, *sino sobre el contenido del acto* en términos de causa y de su objeto. Para ello, naturalmente, se impone un conocimiento efectivo del contenido que sólo se adquiere a través de la información y de la transparencia que le permitan al cónyuge que

asiente *valorar la conveniencia del acto*, particularmente en un contexto intrafamiliar (posición vital), en el cual pueden presentarse supuestos de ‘influencia injusta’ (la *undue influence* del *common law*) o de abuso de posición” (Herrera & Lorenzetti, 2015).

Cabe destacar que, en el caso de juicios ejecutivos, la falta de consentimiento no se puede presentar como excepción, tanto para el embargo como en la solicitud de nulidad de ejecución. En el caso particular de la solicitud de nulidad de ejecución, el art. 545 del CPCCN establece que dicha solicitud podrá fundarse únicamente en dos supuestos que no incluyen la falta de consentimiento; por lo que si ninguno de los operadores jurídicos intervinientes no toma debida nota que se va a ejecutar una vivienda familiar que se ajusta a lo normado en los arts. 456 y 522 del CCyCN que establecen su inejecutabilidad, la misma será rematada.

Inclusive entre los recaudos que debe adoptar el juez antes de ordenar la subasta (art. 576 CPCCN) no se incluye el pedido de informe sobre la vivienda a rematar es vivienda familiar.

Otro rasgo de la vivienda familiar, en los términos de los art. 456 y 522 del CCyCN, es que es embargable, por lo que no quedaría incluida dentro del inc. 3) del art. 219 del CPCCN sobre bienes embargables.

3.1. La Falta de Asentimiento

“La falta de asentimiento causa la nulidad relativa del acto jurídico por el que se transfiere la vivienda familiar. [...]El acto quedará subsanado por la caducidad del derecho, por la prescripción de la acción o por el asentimiento posterior.” (Cursack, Dallaglio, Del Zoppo, Gatti, & Rey, 2016)

En la práctica todas las nulidades deben sustanciarse lo que presenta una dificultad u obstáculo en la protección del cónyuge más débil; salvo que el asentimiento conyugal haya sido dado en forma anticipada y genérica, sin cumplir con los extremos consagrados en el artículo 457, donde en este caso el acto debería ser declarado nulo de oficio por el juez y sería inconfirmable.

Además, aunque se haya declarado judicialmente la nulidad del acto de disposición, no en todos los casos se volverá al estado en que se encontraba al momento de la celebración del acto inválido, ya que existen excepciones, como las plasmadas en el artículo 392 CCyCN, que se relaciona con los terceros subadquirentes a título oneroso y de buena fe.

Con respecto a lo que sucede cuando el cónyuge no dio su asentimiento, el artículo 456 CCyCN impone un plazo de caducidad de seis meses para el ejercicio del derecho del cónyuge

no titular que no dio el asentimiento para la disposición de la vivienda familiar, por lo que una vez cumplido este plazo sin haber exteriorizado fehacientemente la voluntad de ejercer sus derechos desaparece el derecho y el acto jurídico respecto del que se omitió el asentimiento queda subsanado.

Dicho lo anterior, transcurridos los seis meses previstos en la norma sin haber ejercido el derecho a pedir la nulidad del acto jurídico por el que se omitió el asentimiento, desaparece el derecho del cónyuge no titular y queda subsanado el acto. Pero si dentro del plazo estipulado se comienza a ejercer dicho derecho, lo que desaparece es la posibilidad de caducidad, comenzando a contarse el plazo de prescripción. Transcurrido dicho plazo, que por tratarse de nulidad relativa será de dos años (art. 2562, inciso a, CCyCN), el acto quedará subsanado por la prescripción. (Cfr. (Cursack, Dallaglio, Del Zoppo, Gatti, & Rey, 2016) (Humphreys, 2020)).

De ahí que se observa nuevamente que la norma no protege eficientemente a la vivienda, toda vez que la sola falta de asentimiento no es garantía suficiente para proteger la vivienda familiar, más aún cuando el cónyuge o conviviente titular de la vivienda la enajena sin conocimiento del otro.

3.2. ¿Y el Asentimiento de los Niños, Niñas y Adolescentes Convivientes?

Más allá de lo limitado que resulta la protección de la vivienda familiar en los términos planteados en los arts. 456 y 522 del CCyCN como lo vimos supra, se destaca que en este asentimiento no se ha tomado en cuenta la posición u opinión de los hijos NNA convivientes. En la mayoría de los casos estas viviendas familiares están habitadas por los cónyuges y sus hijos. Los NNA que forman el grupo familiar tienen derecho a opinar sobre la conveniencia o no de poner en riesgo la vivienda familiar por deudas que contraen sus padres que ponen en riesgo, además de la vivienda familiar, su centro de vida. Lo contrario sería cosificarlos.

La Convención de los Derechos del Niño (1989), establece en su Artículo 16.1: “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 por otra parte la Ley 26.061 de “Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes”, en su art. 2 establece que: “La Convención sobre los Derechos del Niño es de aplicación obligatoria en las condiciones de su vigencia, en todo acto, decisión o medida administrativa, judicial o de cualquier naturaleza que se adopte respecto de las personas hasta los dieciocho años de edad. Las niñas, niños o adolescentes tienen derecho a ser oídos y atendidos cualquiera sea la forma en que se manifiesten, en todos los ámbitos. **Los derechos y las garantías de los sujetos de esta ley son de orden público, irrenunciables, interdependientes, indivisibles e**

intransigibles.” [énfasis añadido]

Asimismo, la Ley 26.061 establece en su art. 3º que se entiende por interés superior de la niña, niño y adolescente la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley y debiéndose respetar su centro de vida que es el lugar donde las niñas, niños y adolescentes hubiesen transcurrido la mayor parte de sus vidas.

Como vimos, el CCyCN en sus arts. 456 y 522 solo exige el asentimiento del otro cónyuge para poner en riesgo o enajenar la vivienda familiar, sin considerar a los NNA quienes son sujetos de derechos y cuando existe la obligación de **orden público, irrenunciable e intransigible** de tomar en cuenta sus derechos a ser oídos y que su opinión sea tenida en cuenta, más aun cuando corra riesgo su centro de vida; que es el caso cuando se produce el desalojo de una familia por los malos negocios que hacen sus padres.

Entendemos como una injerencia en la vida privada de los NNA cuando sus padres ponen en riesgo la vivienda familiar que ellos habitan o inclusive el simple hecho de la venta de la vivienda sin el asentimiento debidamente informado de los NNA, porque en la mayoría de los casos las mudanzas afectan sus centros de vida y más aun cuando se trata de un desalojo.

Como se vio, la residencia habitual del niño no puede estar sujeta al consenso parental porque cosifica a los NNA y vulnera sus intereses superiores.

Por lo anterior, que la norma no requiera el asentimiento de los NNA que conviven en la vivienda familiar no se ajusta a la Convención de los Derechos del Niño (1989) ni a la Ley 26.061.

4. Quiebra. Inejecutabilidad de la Vivienda Única. Improcedencia

Se ha dicho que el principio de universalidad en su versión objetiva es una clara manifestación en el proceso concursal de un principio más general del derecho privado que es aquél según el cual el patrimonio del deudor es la prenda o garantía común de los acreedores (Gerbaudo, 2018, pág. 3 a 9); lo que significa que la universalidad de bienes que integran el patrimonio del deudor, sean muebles o inmuebles, presentes o futuros, constituyen la prenda o garantía común de sus acreedores.

En el ámbito concursal el principio de universalidad se consagra en el segundo párrafo del art. 1º de la Ley 24.522 de Concursos y Quiebras (LCQ) que reza que “El concurso produce sus efectos sobre la totalidad del patrimonio del deudor, salvo las exclusiones legalmente establecidas respecto de bienes determinados”.

La universalidad objetiva adquiere su principal consagración en el instituto del desapoderamiento dado que este como principal efecto patrimonial que trae consigo la quiebra alcanza a todos los bienes del deudor (Junyent Bas & Peretti, 2018, pág. 22).

La LCQ establece que la sentencia que declare la quiebra debe contener la orden de anotar la quiebra y la inhibición general de bienes del fallido en los registros correspondientes, una orden al fallido para que entregue sus bienes y la orden de realización de los bienes del deudor y la designación de quien efectuará las enajenaciones. (art. 88 LCQ)

Inmediatamente de dictada la sentencia el fallido queda desapoderado de pleno derecho de todos sus bienes existentes a la fecha de la declaración de quiebra. (arts. 106 y 107 de la LCQ). No obstante, esta disposición, el art. 108 de la LCQ brinda un listado de bienes excluidos del desapoderamiento, entre los cuales excluye a los bienes inembargables y demás bienes excluidos por otras leyes. (incisos 2) y 7) del art. 108 de la LCQ).

En relación a la vivienda única el CCyCN despliega su protección si se afecta voluntariamente la vivienda en los términos de los art. 244 y ss. y, por otra parte, automáticamente pasa a ser inejecutable cuando se contrae matrimonio (art.456) o cuando se inscribe la convivencia (art. 522 CCyCN); donde en ambos casos el CCyCN dispone que “La vivienda familiar no puede ser ejecutada por deudas contraídas después de la celebración del matrimonio, excepto que lo hayan sido por ambos cónyuges conjuntamente o por uno de ellos con el asentimiento del otro.”

Inclusive ya la hoy derogada Ley de Bien de Familia en su art.38 disponía que “El "bien de familia" no será susceptible de ejecución o embargo por deudas posteriores a su inscripción como tal, ni aún en el caso de concurso o quiebra, [...]”.

Ahora bien, aclarada la normativa vigente, la vivienda única, y en su caso la familiar, es inejecutable, por lo que quedaría excluida de su desapoderamiento una vez declarada la quiebra de su dueño y si el estado de insolvencia se produce por deudas contraídas con posterioridad a la afectación de la vivienda; sin dejar de mencionar que como lo establece el art. 249 del CCyCN en su último párrafo dispone que “En el proceso concursal, la ejecución de la vivienda sólo puede ser solicitada por los acreedores enumerados en este artículo.” (deudas por expensas comunes, impuestos, etc.).

A pesar de la claridad de las normas que protegen la vivienda única y familiar, a la mayoría de los operadores jurídicos y profesionales que intervienen en una quiebra les cuesta asimilar que la vivienda es un derecho humano y como tal siempre entrará en colisión cuando sea considerada como garantía común de los acreedores.

Un ejemplo de lo señalado en el párrafo precedente se desprende de la lectura del fallo de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Salta - Sala Primera del 10/11/2020, sobre el Expte. INC N° 5583/1 – “Rallin, Juan Alberto Antonio – incidentes” (elDial.com - AAC24C); donde el expediente llega a la Cámara en virtud del recurso de apelación interpuesto por el fallido en contra de la Resolución del Juez de la quiebra que rechazó el pedido de exclusión del inmueble que estaba afectado como bien de familia, porque este había dispuesto la desafectación y su enajenación.

En el desarrollo del fallo se observa que el Juez no sólo dispone la desafectación y su enajenación, sino que además esta vivienda nunca fue materia de desapoderamiento, fallando *ultra petita*, lo que hace presumir que los acreedores, el Síndico, el propio Juez y el enajenador se dedicaron a buscarles bienes ejecutables al fallido sin tomar en cuenta derechos constitucionales y convencionales del fallido; con el agravante de que, como lo dice en el fallo “[...] todos los acreedores falenciales tienen causa/origen posterior a la constitución del bien de familia, por lo que éste no es alcanzado por los efectos del período de sospecha, máxime cuando el crédito data del mes de febrero del año 1995, es decir es posterior a la constitución del bien de familia[...]

A pesar de lo anterior y en el marco de este expediente el Síndico señala “[...] que el pedido de exclusión del inmueble por parte del fallido lo fue en respuesta a la solicitud del enajenador designado en estos autos y que la actuación de la Sindicatura en estos autos se ajusta al cumplimiento de las obligaciones establecidas en la LCQ.”; es decir, desconocieron el bien de familia, la inejecutabilidad de la vivienda familiar y los derechos humanos involucrados en su protección.

Asimismo, en el fallo que se comenta se lee que:

[...] para resolver como lo hizo el magistrado de grado analizó el instituto de protección de la vivienda familiar, en particular se refirió al sistema establecido en el CCyCN y sostuvo que, si bien el artículo 244 del referido cuerpo legal menciona “cualquier inmueble destinado a vivienda”, resulta claro que se trata de una protección dirigida a viviendas dignas, mas no bienes suntuosos.

En este párrafo se entiende que hace una interpretación errónea de la norma vigente por parte del juez de grado, poniendo en evidencia el desconocimiento del PIDESC.

Y por otro lado la Cámara señala que

El nuevo régimen [...]no alude en ningún momento a “límites de valor” para afectar el inmueble al sistema de tutela. El artículo 34 de la ley 14.394 señalaba que se podía afectar como bien de familia un inmueble “cuyo valor no exceda las necesidades de sustento y vivienda de su familia, según normas que se establecerán reglamentariamente”. La supresión de los límites de valor en el nuevo régimen no obsta a que en caso de una afectación total de un inmueble lujoso, que supere las necesidades del titular o sus beneficiarios y que afecte legítimos derechos, sea procedente plantear la reducción de la protección a una parte del valor de la vivienda, y no su completa desafectación.

Es decir, el Juez de grado se basó en presunciones subjetivas y “[...]basados fundamentalmente en el valor y envergadura de este [...]” y no tuvo en cuenta los derechos humanos involucrados, y a tal extremo que la Cámara resalta en su fallo que “[...]el **Derecho a la Vivienda Digna no deriva de la registración, sino del hecho de ser un Derecho Humano, siendo por ende Inconvencional e Inconstitucional cualquier exigencia registral al que se pretenda subordinar su vigencia.**” [resaltado agregado]. Por estos y otros argumentos, para la Cámara no resultó suficiente el argumento del Juez de la quiebra para rechazar la exclusión de la vivienda por lo que hizo lugar al recurso de apelación interpuesto por el fallido y, en su mérito, revocó en todas sus partes la resolución recurrida y, en consecuencia, hizo lugar al pedido de exclusión de la masa de bienes el inmueble objeto de autos.

A nuestro entender, en el fallo que se comenta caben resaltar aspectos que son relevantes a la hora de su análisis y su adecuada contextualización para entender la gravedad de la no exclusión pretendida por el Juez de la quiebra, el Síndico y el ejecutante y que son: que el inmueble sale a remate siempre con base en el valor fiscal, el cual es muy inferior al valor de mercado y por otro la siempre atenta intervención de la famosa “Liga” que digitan los remates. Por lo anterior, el resultado del remate de la vivienda era, cuanto menos, incierto y no se sabe si hubiera podido satisfacer a la totalidad de los acreedores.

Se desea subrayar que tanto el Juez de la quiebra, el Síndico y el ejecutante son abogados matriculados en la provincia de Salta, **no guardaron fidelidad a la CN** y donde, además, el art. 8 del Código de Ética de dicha provincia dispone que:

Artículo 8.- Abogacía y Derechos Humanos: Es consustancial al ejercicio de la abogacía la defensa de los Derechos Humanos, entendidos como la unidad inescindible de derechos civiles y políticos, y derechos económicos, sociales y culturales, conforme los contenidos de la Constitución Nacional, y de las declaraciones, cartas, pactos y tratados internacionales ratificados por la República Argentina. [énfasis añadido]

En otro fallo se han tratado temas debatibles sobre la desafectación, como cuando una vez decretada la quiebra del titular la suerte del bien de familia está determinada por la existencia de algún acreedor verificado anterior a la pertinente inscripción registral. La consecuente inoponibilidad posterior a la desafectación torna imperativa la incorporación del inmueble a la masa de bienes afectados por la ejecución concursal; y, entonces, desafectado el inmueble del régimen de amparo en virtud de existir cuanto menos algún acreedor de causa o título anterior a la constitución del bien de familia sus efectos son extendidos para con todos o a favor de todos los acreedores verificados, sin desconocer la existencia de prestigiosas tesituras que defienden una u otra solución del entuerto puntual, lo cierto es que la postura -antes de ahora- adoptada por el Tribunal se apoya en la mayor parte de la doctrina que coincide en opinar que siendo la quiebra un proceso universal, habiendo acreedores anteriores y posteriores, desafectado el bien de familia el inmueble debe ingresar a la masa en beneficio de la integridad de los verificados.(Ver Yelín, Marcos s. Incidente de desafectación de Bien de Familia en: Larrarte Hnos. S.H. y otros s. Concurso preventivo (Hoy quiebra) /// Cám. Apel. Sala CC (Sala única hasta el 19/12/2007), Concordia, Entre Ríos; 13/02/2004; Dirección de Biblioteca y Jurisprudencia del Poder Judicial de Entre Ríos; 4728; RC J 6075/10).

Cabe destacar que este último fallo, del año 2007, se debería analizar a la luz del último párrafo del art. 249 del CCyCN transcripto supra.

Lamentablemente hay un caso como el de la Cámara Civil, Comercial, de Familia y del Trabajo de Marcos Juárez que decidió que corresponde rechazar el pedido de inejecutabilidad de la vivienda única efectuado por el cónyuge del fallido cuando, existiendo un pronunciamiento firme al respecto, el recurrente no dedujo previamente la correspondiente declaración de nulidad, consintiendo de tal forma el vicio del resolutorio (en el caso, por falta de citación) y quedó atrapado por los efectos de la cosa juzgada (CCCFam. y Trab. de Marcos Juárez, 10-12-2001, L. L. Córdoba, Año 19, N° 5, junio de 2002, p. 645, fallo 3732).

5. Presunto Vacío Legal para la Efectiva Protección de la Vivienda Única y de Ocupación Permanente

Se ha hecho una amplia referencia de los distintos criterios interpretativos referente a la efectiva protección de la vivienda única y de ocupación permanente, las distintas valoraciones que realizan los operadores jurídicos cuando están frente a la tensión que genera el enfrentamiento entre la garantía común de los acreedores y el derecho humano que es la vivienda.

La gran cantidad de disparidad de criterios que se observan en los distintos fallos analizados a la hora de confrontar un derecho humano contra el derecho a ejecutar una garantía común de los acreedores; se está ante distintos criterios de interpretación del Derecho Constitucional.

En el ciclo de conferencias de Maestros del Derecho, en la exposición de la Sra. Adelina Loianno sobre “¿Cómo interpretar el Derecho Constitucional?”³² aborda la problemática de la interpretación del Derecho y cuyos conceptos podrían ser de utilidad para entender la complejidad de este fenómeno que se presenta cuando por un lado la Constitución Nacional establece que la vivienda es un derecho humano y por el otro en el Código de fondo (con jerarquía inferior) es solo un bien patrimonial y forma parte de la garantía común de los acreedores.

Loianno señala inicialmente que no solo los jueces y abogados son intérpretes de la ley positiva, sino que también lo son los ciudadanos comunes y los legisladores y que existen, sobre un mismo texto o norma, varias interpretaciones distintas como lo hemos visto a lo largo del presente trabajo.

Para Loianno esta diferencia interpretativa se debe a que el derecho se mueve en tres planos: el de la norma escrita, el de la realidad o del comportamiento de la sociedad y el valorativo o axiológico.

La Constitución escrita no es tan clara para que todos interpretemos lo mismo, la vida se va desarrollando con distintas visualizaciones de lo quiere decir. Este es el plano de la norma.

El otro plano es el de la realidad, el cual es también un plano de interpretación, ya que cada época y circunstancia determina una determinada interpretación y cuando se va a aplicar a la realidad también ésta se mueve. La realidad esta compuesta por seres humanos y es un hecho inmanejable desde la norma jurídica, donde a veces el comportamiento social está dentro

³² Ver <https://uai.edu.ar/facultades/derecho-y-ciencias-pol%C3%ADticas/base-de-conocimiento/>

de la norma y otras veces completamente fuera de ella o porque se la quiere violar o directamente porque no se la entiende y así la sociedad se comporta de una manera totalmente discordante con lo que dice la norma jurídica.

Parafraseando a Loianno se podría decir que la cuestión se complica porque cuando la CN dice la vivienda es un derecho humano y está protegida de agresiones, la realidad ya nos indica que no es un derecho humano; la realidad es algo distinto, algo que se mueve. Se parte de que las normas son imperativos de conducta, pero la realidad es la vida y es dinámica y no tan prolija como la norma pretendió plantear.

El plano de la valoración o axiológico, porque la norma también tiene una valoración y responde a un determinado tiempo y realidad que quiso receptar lo que para una sociedad entiende como algo bueno o como algo malo. La valoración es lo que incide para que una sociedad, en un determinado momento, establezca una norma jurídica y es porque ella está volcando algo que para la sociedad es valioso.

Puesto así, pareciera que el derecho humano a la vivienda no es lo suficientemente valioso para la sociedad actual, porque no se lo ha volcado adecuadamente en el CCyCN.

La pregunta es ¿Cómo vemos el derecho humano a la vivienda hoy? Para ello hay que visualizar que las dificultades que tiene el derecho constitucional para ser cumplido no alcanzan con el derecho o la ley escrita, no alcanza con el comportamiento ni con la valoración, dado que los tres elementos están jugando a la vez. Hoy el derecho humano a la vivienda está solo en el plano normativo de la CN, está escrito en ella; pero no ha logrado ingresar debidamente al plano de la realidad o el comportamiento de la sociedad, ni el de la valoración adecuada de lo que ello significa.

Es como si entre los derechos y garantías constitucionales y el CCyCN existiera un vacío legal para llevar, en forma eficaz, a los tres planos, el hecho de que la vivienda es un derecho humano; ello a pesar de que en el Fallo “Halabi, Ernesto c/ P.E.N. - ley 25. dto. 1563/04 s/ amparo ley 16.986.” la CSJN ha señalado, refiriéndose a vacíos legales, que:

“Ese presunto vacío legal no es óbice para que los jueces arbitren las medidas apropiadas y oportunas para una tutela efectiva de los derechos constitucionales que se aducen vulnerados. Ha expresado el Tribunal al respecto que basta la comprobación inmediata de un gravamen para que una garantía constitucional deba ser restablecida por los jueces en su integridad, sin que pueda alegarse en contrario la inexistencia de una ley que la reglamente: las garantías individuales existen y protegen a los individuos por el solo

hecho de estar consagradas por la Constitución e independientemente de las leyes reglamentarias. En apoyo de tal afirmación, esta Corte sostuvo que ya a fines del siglo XIX señalaba Joaquín V. González: ‘No son, como puede creerse, las ‘declaraciones, derechos y garantías’, simples fórmulas teóricas: cada uno de los artículos y cláusulas que las contienen poseen fuerza obligatoria para los individuos, para las autoridades y para toda la Nación. Los jueces deben aplicarla en la plenitud de su sentido, sin alterar o debilitar con vagas interpretaciones o ambigüedades la expresa significación de su texto. Porque son la defensa personal, el patrimonio inalterable que hace de cada hombre, ciudadano o no, un ser libre e independiente dentro de la Nación Argentina’ (‘Manual de la Constitución argentina’, en ‘Obras completas’, vol. 3, Buenos Aires, 1935, núm. 82; confr., además, núms. 89 y 90). Los preceptos constitucionales tanto como la experiencia institucional del país reclaman de consuno el goce y ejercicio pleno de las garantías individuales para la efectiva vigencia del Estado de derecho e imponen a los jueces el deber de asegurarlas (confr. causa "Siri", Fallos: 239:459).” (Fallos 332:111, Consid. 15)

Se podría decir que esta jurisprudencia solo está en el plano de la letra escrita y no en los planos de la realidad o del comportamiento y del axiológico de la propia CSJN, si se tiene en cuenta los fallos "Banco del Suquía S.A. c/ Juan Carlos Tomassini" (325:428) y 332:1488, "Romero", porque en ambos estaba en juego la protección de la vivienda y las medidas apropiadas y oportunas para una tutela efectiva de los derechos constitucionales que se vulneraron.

6. Conclusiones

Para la mayoría de los ciudadanos, legisladores, abogados y operadores jurídicos en general, el derecho humano a la vivienda y su protección, y en particular cuando esta es asiento familiar, es única y permanente, es solo letra escrita que no llegó al plano de la realidad ni al axiológico, por lo que no es un valor positivo y que merece su apropiada atención; lo que hace presumir que las normas vigentes en la materia no son suficientes y, particularmente, no llegan al plano de la realidad cotidiana lo establecido en los Pactos y Convenciones con rango

constitucional. También puede suceder que el conocimiento sea generalizado, pero convicciones o valores personales hacen que los operadores no estén de acuerdo en que la vivienda única y de ocupación permanente sea inembargable e inejecutable.

La protección de la vivienda familiar en los términos planteados en los arts. 456 y 522, no se ajustan al PIDESC y tampoco lo harían el art. 244 y ss. de afectación de la vivienda, porque como bien lo señaló la **Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Salta**, en el fallo analizado en el punto 4 de este Capítulo, cuando expresó “[...]el **Derecho a la Vivienda Digna no deriva de la registración, sino del hecho de ser un Derecho Humano, siendo por ende Inconvencional e Inconstitucional cualquier exigencia registral al que se pretenda subordinar su vigencia.**”

En los códigos procesales no contemplan la denominada “justicia de acompañamiento o protección”, para que en las cuestiones de vivienda los jueces observen reglas especiales como el criterio básico de proteger a la familia y sus integrantes, en especial de los menores y los más desprotegidos, de conformidad con las normas constitucionales y las de fondo, donde prevalezca el derecho a la vivienda única y permanente frente a otras pretensiones y donde ninguna exigencia administrativa o formal frustre la tutela efectiva de este derecho.

Capítulo 5 - Conclusiones

A los efectos de verificar la hipótesis oportunamente formulada, y de acuerdo con las ya formuladas en los Capítulos anteriores, se plantean las siguientes conclusiones:

1. Se desprende claramente que la vivienda única de ocupación permanente de una familia no está considerada en la normativa que la tutela, como un Derecho Humano, sino como un bien meramente patrimonial que es garantía común de los acreedores. No se cumple con los Pactos y Convenciones que tienen jerarquía constitucional y que son complementarios de los derechos y garantías reconocidos en la primera parte de la Constitución Nacional.
2. Para la mayoría de los ciudadanos, legisladores, abogados y operadores jurídicos en general, el derecho humano a la vivienda y su protección, y en particular cuando esta es asiento familiar, es única y permanente, es solo letra escrita que no llegó al plano de la realidad ni al axiológico, por lo que no es un valor positivo y que merece su apropiada atención; lo que hace presumir que las normas vigentes en la materia no son suficientes y, particularmente, no llegan al plano de la realidad cotidiana lo establecido en los Pactos y Convenciones con rango constitucional. También puede suceder que el conocimiento sea generalizado, pero convicciones o valores personales hacen que los operadores no estén de acuerdo en que la vivienda única y de ocupación permanente sea inembargable e inejecutable.
3. Se plantea que hay una colisión de derechos cuando en realidad se debería legislar para que deje de ser garantía común de los acreedores; porque se entiende que no puede haber colisión entre una ley que establece que una vivienda es garantía común de los acreedores y un Pacto con jerarquía constitucional como es el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, por aplicación del principio de supremacía. Inclusive, la Constitución Nacional en su art. 14 bis establece como principio rector la protección de la vivienda familiar y no que sea una garantía para los acreedores.
4. Mientras la vivienda única de ocupación permanente y familiar continúe considerándose como un bien patrimonial que es garantía común de los acreedores, las normativas que se dictaron, y eventualmente se dicten para protegerla, no serán suficientes.
5. No se ve reflejado en las normas actuales de protección de la vivienda que ésta evolucionó y pasó de ser un bien esencialmente patrimonial y un derecho real sobre una cosa inmueble, a ser considerada, además, y fundamentalmente, como el espacio necesario para poder desarrollar derechos fundamentales como una verdadera red de normas; donde la vivienda es el ámbito material de intimidad personal como hombres libres, el lugar donde

desenvolvemos nuestra personalidad y capacidades físicas y económicas, el ámbito donde se desarrolla nuestra vida privada, el lugar de intimidad para entregarse a nuestras afecciones, que es un Derecho Humano y que su protección en sentido amplio está dispuesta en el PIDESC, que integra los derechos y garantías establecidos en la primera parte de la Constitución Nacional.

6. Hay cuatro provincias que dictaron leyes que se ajustan al PIDESC y que representan casi la mitad de la población de la Argentina. Aunque fueron declaradas inconstitucionales por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, pone en evidencia que existe una valoración positiva en nuestro país de proteger en forma automática la vivienda única y de ocupación permanente.
7. La protección de la vivienda familiar en los términos planteados en los arts. 456 y 522 CCyCN, como extensamente se analizó, no se ajustan al PIDESC y tampoco lo harían los art. 244 y ss. del CCyCN de afectación de la vivienda. El derecho a la vivienda es intrínseco a la dignidad humana y no tiene sentido que su debida protección deba ser un acto voluntario del propietario ya que la dignidad humana no es voluntaria, es intrínseca a las personas. Estas normas no se ajustan al PIDESC.
8. Se entiende que la normativa no ha atendido debidamente esta colisión de derechos; porque vivienda única de ocupación permanente no puede ser a la vez un Derecho Humano y también garantía común de los acreedores.
9. En los códigos procesales no contemplan la denominada “justicia de acompañamiento o protección”, que en las cuestiones de vivienda los jueces observen reglas especiales como el criterio básico de proteger a la familia y sus integrantes, en especial de los menores y los más desprotegidos, de conformidad con las normas constitucionales y las de fondo, donde prevalezca el derecho a la vivienda única y permanente frente a otras pretensiones y donde ninguna exigencia administrativa o formal frustré la tutela efectiva de este derecho.

Finalmente, se puede concluir que se confirma la hipótesis del presente trabajo ya que se ha demostrado que es necesario el dictado de nuevas normas reglamentarias de orden público, tanto del derecho sustantivo como del adjetivo, para lograr una mejor operatividad de los instrumentos normativos que tutelan la vivienda única de ocupación permanente y la familiar, y así ajustarse a lo dispuesto en las declaraciones, pactos y convenciones incorporados a nuestra Constitución Nacional.

Referencias

- A/RES/42/191, E. m. (11 de diciembre de 1987). *Naciones Unidas*. Obtenido de Página principal de las Naciones Unidas: <https://www.un.org/es/documents/ag/res/42/list42.htm>
- Abramovich, V., & Courtis, C. (2014). *Los derechos sociales como derechos exigibles - 1ª reimpresión*. Madrid: Trotta S.A.
- Alberdi, J. B. (1887). *Obras completas - Tomo VII*. Buenos Aires: La Tribuna Nacional.
- Arazi, R. (2018). *Derecho procesal civil y comercial: Tomo I, 4ª ed. ampliada y actualizada*. Santa Fe: Rubinzal - Culzoni.
- Badran, J. P. (2015). *Protección de la vivienda familiar*. Córdoba: Ediciones Lerner.
- Cabrera, O. (2018). *Contratos en especial - 1ª edición para el alumno*. CABA: OSLO.
- CESCR Observación General N°4. (2014 de diciembre de 2014). *Naciones Unidas - Derechos Humanos – Oficina del Alto Comisionado*. Obtenido de https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=9&DocTypeID=11
- Cursack, E. M., Dallaglio, J. C., Del Zoppo, C. L., Gatti, L. I., & Rey, M. L. (2016). Régimen jurídico del asentimiento en el Código Civil y Comercial. Medio de protección de la familia y del patrimonio de la comunidad matrimonial. *Revista del Notario*: 926.
- Donna, E. A. (2011). *Derecho Penal, Parte Especial. Tomo II-A, 2ª ed. act.* Santa Fe: Rubinzal - Culzoni.
- Dossetti, María Introduzioni, en Dossetti María (a cura di), *La famiglia en la casa I diritti sulla casa*, La Tribuna, Piacenza, 2007, citado por Kemelmajer de Carlucci, Aída, *Perspectiva Contemporánea de la Protección de la Vivienda*, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario 2020-2: Cuestiones patrimoniales del Derecho de Familias -II*, Julio César Rivera... [et al] ed., Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2020.
- Esper, Mariano, en *Código Civil y Comercial de la Nación y normas complementarias. Análisis Doctrinal y jurisprudencial. Tomo 3C*, Dirigido por BUERES, Alberto. 1ª Ed., Buenos Aires, Hammurabi, 2018.
- Famá, María Victoria. LA PROTECCIÓN JURÍDICA DE LA VIVIENDA UNIPERSONAL: "CONSTITUCIÓN DEL BIEN DE FAMILIA A FAVOR DEL TITULAR DE DOMINIO SIN FAMILIA", Tomo: 2011 1 Bien de familia. *Revista de Derecho Privado y Comunitario* - Cita: RC D 694/2013 -Rubinzal Culzoni
- Gerbaudo, G. E. (2018). *Introducción al derecho concursal*. Buenos Aires: Astrea.
- Herrera, M., & Lorenzetti, R. L. (2015). *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado Tomo III*. Santa Fe: Rubinzal - Culzoni Editores.
- Herrera, M., & Pellegrini, M. V. (s.f.). *Colectivo Federal de Derecho de Familia*. Obtenido de Colectivo derecho de familia: http://www.colectivoderechofamilia.com/wp-content/uploads/2015/06/MH_MVP-La-protección-a-la-vivienda-familiar-en-el-nuevo-Código-Civil-y-Comercial.pdf

- Humphreys, E. (2020). Los registros de los bienes y las cuestiones familiares. En H. Alegría, & J. Mosset Iturraspe, *Revista de Derecho Privado y Comunitario - Cuestiones patrimoniales del Derecho de Familia -I* (pág. 744). Santa Fe: Rubinzal - Culzoni.
- Jalles, J. M. (2015). *Del bien de familia a la protección de la vivienda*. La Ley Nº 22.
- Junyent Bas, F., & Peretti, M. V. (2018). Incidencia del Código civil y Comercial de la Nación en el régimen concursal. *Revista del Código Civil y Comercial*.
- Kemelmajer de Carlucci, A. (1995). *Protección jurídica de la vivienda familiar*. Buenos Aires: Hammurabi.
- Kemelmajer de Carlucci, A. (2020). Perspectiva contemporánea de la protección de la vivienda - Reacción Jurisprudencial. En R. J. al.], *Revista de Derecho Privado y Comunitario 2020-2: Cuestiones patrimoniales del derecho de familia* (pág. 728). Santa Fe: Rubinzal - Culzoni Editores.
- Kiper, C. (2018). *Manual de Derechos Reales - Segunda edición Actualizada*. Santa Fe: Rubinzal - Culzoni Editores.
- Lorenzetti, R. L. (2014). *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado Tomo I*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni Editores.
- Moisset de Espanés, L. (1985). Balance de las reformas introducidas al Código Civil por la ley 17.711, a los diez años de su vigencia. *Revista Notarial de Córdoba Nº 49*.
- Pérez Pejcic, G. (2015). En M. Herrera, & S. Caramelo Gustavo & Picasso, *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado - Tomo I*. Buenos Aires: Infojús.
- Sagües, N. P. (1997). *Elementos de derecho constitucional: Tomo I, 2ª ed. actualizada y ampliada*. Buenos Aires: Astrea.
- Sandoval, C. A. (2016). *Inejecutabilidad de la vivienda familiar*. Buenos Aires: La Ley - Thomson Reuters.
- Sozzo, G. (2019). *Derecho privado ambiental: el giro ecológico del derecho privado - 1ª ed. rev.* Santa Fe: Rubinzal - Culzoni.
- Tedeschi, S. (2006). El derecho a la vivienda a diez años de la reforma de la Constitución. En B. y. Abramovich, *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos en el ámbito local*. Buenos Aires: CELS.