

## DESALOJOS FORZOSOS Y PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

*Los desalojos no deben dejar a las personas sin hogar*

por Rolando E. Gialdino

### INTRODUCCIÓN

A. “Cuando un desalojo podría resultar en privar a una persona del acceso a una vivienda adecuada y exponerla al riesgo de la indigencia u otra violación de sus derechos protegidos por el Pacto, surge una obligación de examinar la proporcionalidad de la medida”, vale decir, surge el deber de las “autoridades competentes” de “garantizar que se lleve a cabo con arreglo a una legislación compatible con el Pacto y en observancia de los principios generales de razonabilidad y proporcionalidad entre el objetivo legítimo de desalojo y las consecuencias de este sobre las personas desalojadas”. Con esta afirmación de principios, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Comité DESC) examinó y resolvió, por la vía contenciosa prevista en el Protocolo Facultativo, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), dos casos: *Maribel Viviana López Albán y otros (López Albán)*<sup>1</sup> y *Rosario Gómez-Limón Pardo (Gómez-Limón Pardo)*<sup>2</sup>, ambos contra España, a la que condenó, relativos a la violación

---

<sup>1</sup> Comunicación n° 37/2018, 11/10/2019, E/C.12/66/D/37/2018. Maribel Viviana López Albán, ciudadana española, nacida el 28/8/1979, actuó ante el Comité DESC en su nombre y en el de cinco de sus hijos menores. Había sido demandada, ante un juzgado penal, por la entidad bancaria propietaria del apartamento que habitaba, por ocupación ilegal. La sentencia consideró que los hechos probados eran constitutivos de un “delito leve de usurpación” y que existía la eximente parcial de estado de necesidad pudiendo justificar de forma semiplena la acción antijurídica cometida por ella, ya que, según la documental aportada, contaba con unos ingresos mínimos con los que muy difícilmente podía subsistir la unidad familiar. La condena le impuso 44 euros de multa y la restitución de la posesión de la vivienda a su propietario. Los recursos contra ello resultaron infructuosos y, luego de diversas incidencias procesales, fue ejecutado el desalojo. Previo a ello, la actora requirió de diversos institutos estatales la provisión de vivienda alternativa, sin éxito. Con posterioridad al inicio de la comunicación había obtenido alojamiento en un albergue estatal, en dos habitaciones, con los miembros de la familia separados por sexo, al que no se podía acceder pasadas las 22 hs.

<sup>2</sup> Comunicación n° 52/2018, 5/3/2020, E/C.12/67/D/52/2018. Rosario Gómez-Limón Pardo, ciudadana española nacida el 24/8/1947, fue demandada por el propietario (persona física) de la vivienda que ocupaba a fin de que se diera por extinguido el contrato de arrendamiento. El Juzgado de Primera Instancia n° 86 de Madrid decidió acoger el reclamo y ordenó a la autora abandonar la casa. Producidas diversas incidencias procesales (entre estas la confirmación del fallo), y solicitudes de vivienda ante las autoridades administrativas, fue desahuciada. Alegó una violación del art. 11, PIDESC, ya que no contaba con una alternativa habitacional adecuada, y las que le fueron ofrecidas por las autoridades no eran adecuadas: el albergue pues solo era accesible durante la noche; la residencia, por cuanto no se le permitía entrar ni salir más allá de las 20 hs. Indicó, asimismo, que le había sido diagnosticado un cáncer y reconocido una discapacidad del 41 %.

del derecho a la vivienda adecuada del art. 11.1, PIDESC<sup>3</sup>. Derecho este que el Comité DESC calificó “fundamental” y “que constituye la base para el disfrute de todos los derechos económicos, sociales y culturales y está vinculado en su integridad a otros derechos humanos, incluyendo los del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. El derecho a la vivienda –añadió– se debe garantizar a todos, sean cuales fueren sus ingresos o su acceso a recursos económicos y los Estados partes deben tomar todas las medidas que sean necesarias para lograr la plena realización de este derecho, hasta el máximo de sus recursos disponibles” (López Albán, § 8.1; Gómez-Limón Pardo, § 8.1). Todo ello fue expresado en el cuadro de dos datos mayores: a. “[l]os desalojos forzosos son *prima facie* incompatibles con el Pacto y sólo podrían justificarse en las circunstancias más excepcionales” (López Albán, § 8.2; Gómez-Limón Pardo, § 8.2)<sup>4</sup>, y b. el deber de asumir el juicio de proporcionalidad “deriva de la interpretación de las obligaciones del Estado parte en virtud del artículo 2, párrafo 1, del Pacto, leído conjuntamente con el artículo 11, y de acuerdo con los requisitos del artículo 4” (Gómez-Limón Pardo, § 9.4)<sup>5</sup>. Cuadra acentuar que el Comité DESC constituye el intérprete “más autorizado” del PIDESC en el plano internacional<sup>6</sup>, y que este tratado cuenta con jerarquía constitucional (CN, art. 75.22, segundo párrafo).

B. En otra oportunidad hemos estudiado el instituto de los desalojos forzosos a la luz del PIDESC, y examinado el amplio y riguroso entorno de protección que establece tanto en el terreno sustantivo como en el adjetivo<sup>7</sup>. Por cierto, no estuvo ausente el recaudo de proporcionalidad de la medida de desahucio. Empero, la emergencia del Protocolo PIDESC (2008), su puesta en vigor (2013) y la jurisprudencia del Comité DESC a que

---

<sup>3</sup> Los dos pasajes anteriormente entrecomillados en el texto corresponden a Gómez-Limón Pardo (§ 9.4) y a López Albán (§ 8.2), respectivamente. Por razones de espacio, solo haremos breves referencias al caso *Mohamed Ben Djazia y Naouel Bellili c. España (Djazia y Bellili)*, comunicación n° 5/2015, 20/6/2017, E/C.12/61/D/5/2015.

<sup>4</sup> Para el Comité DESC “el término ‘desalojos forzosos’ se define como el hecho de hacer salir a personas, familias y/o comunidades de los hogares y/o las tierras que ocupan, en forma permanente o provisional, sin ofrecerles medios apropiados de protección legal o de otra índole ni permitirles su acceso a ellos” (*Observación general n° 7, El derecho a una vivienda adecuada (párrafo 1 del artículo 11 del Pacto): los desalojos forzosos*, 1997, § 3).

<sup>5</sup> Vide en general, GIALDINO, Rolando E., “Obligaciones del Estado ante el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales”, en *Revista IIDH*, San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, n° 37 (enero-junio 2003), p. 87, <http://www.corteidh.or.cr/tablas/R08066-3.pdf>.

<sup>6</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Asociación de Trabajadores del Estado s/acción de inconstitucionalidad*, Fallos 336:672, § 7 –2013–.

<sup>7</sup> GIALDINO, Rolando E., “Los desalojos y los derechos humanos”, en *La Ley*, 2010-B, p. 813, <http://habitarargentina.blogspot.com.ar/2010/07/los-desalojos-y-los-derechos-humanos.html>.

viene dando lugar, han posibilitado, si se quiere, ahondar o dar mayor precisión a los mentados marco y recaudo <sup>8</sup>. Sobre ello girará el presente trabajo.

## 1. HACIA EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

A. *Algunos requisitos*. No hay dudas en cuanto a que el principio de legalidad se impone en materia de desalojos: “se requiere que la medida esté prevista por la ley” (*López Albán*, § 8.3), tal como lo dispone, agregaríamos, el art. 4, PIDESC, para toda limitación de los derechos que este instrumento reconoce <sup>9</sup>. Mas, ello no entraña un recaudo solo formal <sup>10</sup>. Así, al antedicho requisito, se suman que la limitación debe: a. promover el bienestar general en una sociedad democrática; b. ser adecuada al fin legítimo mencionado; c. ser necesaria, en el sentido de que si existen varias medidas que puedan razonablemente obtener el fin de la limitación, se debería hacer uso de la que menos restringe el derecho (*Gómez-Limón Pardo*, § 9.4; medida de “último recurso”, *López Albán*, § 8.3; *Djazia y Bellili*, § 15.1). Finalmente: d. “los beneficios logrados por la limitación para promover el bienestar general deben superar los impactos sobre el goce del derecho limitado” (*Gómez-Limón Pardo*, § 9.4) <sup>11</sup>. Más aún: “[c]uanto más serio es el impacto en los derechos [...] protegidos por el Pacto, mayor escrutinio ha de prestársele a la justificación otorgada para tal limitación” (*idem*). Por ende: así como “las personas afectadas por la medida no deben quedar en una situación que constituya una violación de otros derechos del Pacto o de otros

---

<sup>8</sup> Sobre el citado Protocolo: GIALDINO, Rolando E., “Reconocimiento internacional de la justiciabilidad de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales”, en *La Ley* 2016-E.

<sup>9</sup> Esta norma prescribe: “[l]os Estados Partes en el presente Pacto reconocen que, en ejercicio de los derechos garantizados conforme al presente Pacto por el Estado, éste podrá someter tales derechos únicamente a limitaciones determinadas por ley, sólo en la medida compatible con la naturaleza de esos derechos y con el exclusivo objeto de promover el bienestar general en una sociedad democrática”.

<sup>10</sup> “[E]l Estado parte debe desarrollar un marco normativo que regule los desalojos de las personas de sus viviendas de acuerdo con una legislación compatible con el Pacto” (*Gómez-Limón Pardo*, § 9.5; asimismo: *López Albán*, § 8.2).

<sup>11</sup> Añádese, naturalmente, “que las personas afectadas tengan previamente acceso a un recurso judicial efectivo en que se pueda determinar que la medida está debidamente justificada, por ejemplo, en caso de que no exista un título legal de tenencia” (*López Albán*, § 8.3), o se configure un “impago persistente del alquiler o de daños a la propiedad alquilada sin causa justificada” (*Djazia y Bellili*, § 15.1). “El Estado tiene la obligación de [...] Asegurarse de que las personas objeto de una orden de desalojo puedan objetar la decisión o apelarla para que las autoridades judiciales examinen la proporcionalidad entre el fin legítimo perseguido y la medida y sus consecuencias sobre las personas desalojadas, así como su compatibilidad con el Pacto en todos los casos, incluyendo aquellos de ocupación sin título legal” (*López Albán*, parte resolutive, § 17.b; asimismo: *Gómez-Limón Pardo*, parte resolutive, § 14.a). “[U]na notificación inadecuada de una demanda de ejecución hipotecaria, que impida a la persona defender su derecho en ese procedimiento, implica una violación del derecho a la vivienda” (Comité DESC, *I.D.G. c. España*, comunicación n° 2/2014, 17/6/2015, E/C.12/55/D/2/2014, § 12.4).

derechos humanos o les exponga a ella” (*López Albán*, § 8.3; asimismo: § 9.1; *Djazia y Bellili*, § 15.1), así también el Estado parte, PIDESC, “tiene el deber de adoptar medidas razonables para proveer vivienda alternativa a las personas que puedan quedar sin techo como consecuencia de un desalojo, independientemente de si tal desalojo ocurre a instancia de las autoridades del Estado parte o de entidades privadas, como el propietario del inmueble” (*López Albán*, § 9.1; *Djazia y Bellili*, § 15.2). Es inevitable observar que, ya para 2011, con motivo de su visita a Argentina, la Relatora Especial en materia de vivienda había exhortado a nuestro país a la “adecuación de la legislación nacional con los estándares internacionales en materia de desalojo” y, en este contexto, recomendado “en particular la derogación de los artículos 680 bis y 684 bis del CPCCN, del artículo 238 del CPPN, y del Título V de la Ley 24441 así como la reforma del artículo 181 del Código Penal para evitar que sea utilizado para criminalizar a las personas sin hogar”<sup>12</sup>.

*Efecto horizontal indirecto / directo.* Téngase en cuenta que un desahucio por conclusión de un contrato de alquiler es, generalmente, un conflicto entre particulares – arrendador y arrendatario– en el que el desalojo no es impulsado directamente por las autoridades. Sin embargo, tal disputa entre particulares es regulada por el ordenamiento jurídico del Estado parte, el cual, en todos los casos, es el último responsable de asegurar que los derechos del PIDESC sean respetados, entre ellos, el derecho a la vivienda de los arrendatarios. Por tanto, aunque la disputa por la extinción del contrato de arrendamiento sea entre dos particulares, el Estado parte tiene la obligación, entre otras cosas, de garantizar que la medida de desalojo no sea contraria al art. 11.1, PIDESC (*Djazia y Bellili*,

---

<sup>12</sup> *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 a Argentina, A/HRC/19/53/Add.1, § 69.* La Relatora Especial “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 verosíblemente algunos supuestos acotados” (ídem, § 18, citas omitidas). Sobre otros cuestionamientos a los citados arts. 238 bis y 684 bis, *vide*: TEDESCHI, Sebastián, “Criminal and Procedural Codes. Argentina / Uruguay. Reform Efforts”, en *Bulletin on Housing Rights and the Right to the City in Latin American*, 2009, vol. 2, n° 4, p. 4 y ss.

§ 14.1; “no puede haber un derecho sin un recurso efectivo”, ídem, § 13.4). Los Estados partes, puntualiza esta última decisión, no solo tienen la obligación de respetar los derechos del PIDESC, “sino que también tienen la obligación de protegerlos, adoptando medidas para evitar la injerencia directa o indirecta de particulares en el disfrute de estos derechos. Si un Estado parte no toma las medidas adecuadas de protección de un derecho del Pacto, compromete su responsabilidad incluso si la acción que dio origen a la afectación del derecho fue impulsada por un individuo o una entidad privada. Por ello, aunque el Pacto establece esencialmente derechos y obligaciones entre el Estado parte y los particulares, las disposiciones del Pacto tienen una proyección en las propias relaciones entre los particulares. Un desahucio relacionado con un contrato de arrendamiento entre particulares puede entonces afectar los derechos del Pacto” (ídem, § 14.2) <sup>13</sup>. Son identificables en este pasaje las presencias, respectivamente, primero, del “efecto horizontal indirecto” de las normas de derechos humanos, que impone al Estado actuar en la esfera de las relaciones entre particulares, con el fin de resguardar a los individuos de violaciones de esos derechos que puedan inferirles actores no estatales. Y, segundo, del “efecto horizontal directo” (*Drittwirkung*) de dichas normas, por el cual estas resultan derechamente aplicables a los vínculos *inter privatos* <sup>14</sup>.

B. *¿En qué consiste el examen de proporcionalidad?* A juicio del Comité DESC, el examen de proporcionalidad consiste en someter la medida a un “balance” entre los beneficios que aporta al reclamante, por un lado, y las consecuencias o perjuicios que podría irrogar sobre los derechos de las personas desalojadas, por el otro. Para este último platillo ha de tomarse en cuenta, p.ej., la disponibilidad de vivienda alternativa adecuada, las circunstancias personales de los ocupantes y sus dependientes, y su cooperación con las autoridades en la búsqueda de soluciones adaptadas a ellos (*López Albán* § 11.7; *Gómez-Limón Pardo*, § 9.5). También, v.gr., si la persona a ser desalojada ocupaba la vivienda de buena fe o no (*López Albán* § 11.7). Empero, procede subrayar que, no obstante lo anterior, “el Estado parte violará el derecho a la vivienda adecuada si estipula que la persona que ocupa una vivienda sin título legal debe ser desalojada de forma inmediata sean cuales sean

---

<sup>13</sup> No es pues válido el argumento del Estado parte de que la presente comunicación plantea un conflicto exclusivamente entre particulares, sin relevancia frente al PIDESC (*Djazia y Bellili*, § 14.2).

<sup>14</sup> Vide GIALDINO, Rolando E., *Derecho Internacional de los Derechos Humanos: Principios, Fuentes, Interpretación y Obligaciones*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2013, ps. 42 y ss. y 520 y ss. (hay reimpresión 2014).

las circunstancias bajo las que la orden de desalojo sería ejecutada” (ídem; *Gómez-Limón Pardo*, § 9.5) <sup>15</sup>.

En cuanto al otro platillo de la balanza, habrá de contener los intereses que podrían verse afectados de la parte o persona que tiene derecho a que proceda el desalojo, v.gr., la necesidad del propietario de recuperar la posesión de la propiedad (*López Albán* § 11.5). Al respecto, el Comité DESC, en *López Albán*, tomó nota de que, para el Estado, “permitir la permanencia de la autora en la vivienda equivaldría a convalidar por la vía del derecho a la vivienda una conducta penalmente ilícita y una vulneración del derecho a la propiedad, según la legislación nacional, de la entidad propietaria” (§ 11.5). Empero, ante ello, el órgano formulará una advertencia de bulto: el derecho a la propiedad privada no es un derecho contenido en el PIDESC. Luego, si bien igualmente “reconoce el interés legítimo del Estado parte de garantizar la protección de todos los derechos existentes en su ordenamiento jurídico”, lo hace “en tanto esto no entre en conflicto con los derechos contenidos en el Pacto” (*López Albán*, § 11.5; *Gómez-Limón Pardo*, § 9.2). Se explica, de esta manera que, *inter alia*, será “inevitable distinguir entre las propiedades de individuos que requieren la propiedad como vivienda o para que les brinde su renta vital, y propiedades de entidades financieras o cualquier otra entidad” (*Gómez-Limón Pardo*, § 9.5; *López Albán*, § 11.5).

C. *COVID-19*. Valga agregar, para estos momentos de profundo dolor y desasosiego que estamos atravesando, que “durante una pandemia, en la cual las personas están llamadas a permanecer en sus viviendas para su protección y la de otros, los desalojos forzosos se vuelven aún más odiosos y pueden constituir una grave violación al derecho humanitario” <sup>16</sup>. La mayoría de las comunidades pobres, incluidas las comunidades marginadas, carece de viviendas adecuadas, y en los asentamientos informales y las viviendas colectivas –o las que no cumplen los requisitos de habitabilidad– el distanciamiento físico, que es lo que se pretende lograr con las órdenes de permanencia en

---

<sup>15</sup> Nótese que en los dos litigios *sub examine*, el Comité DESC admitió la existencia de “causa legítima” que podía justificar el desahucio: condena judicial de la autora por un delito leve de usurpación (*López Albán*, § 11.5); terminación del contrato de arrendamiento decidida por los jueces en un proceso sobre el que la autora no ha alegado que no se hubiesen respetado sus derechos procesales (*Gómez-Limón Pardo*, § 9.2).

<sup>16</sup> RAJAGOPAL, Balakrishnan (Relator Especial sobre una vivienda adecuada como elemento integrante del derecho a un nivel de vida adecuado y sobre el derecho de no discriminación a este respecto), “Ban evictions during COVID-19 pandemic, UN expert urges”, ACNUDH, Ginebra, 18/8/2020, <https://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=26170&LangID=E> (rec. 6/10/2020).

el hogar, resulta difícil de mantener. El distanciamiento físico, el aislamiento y el lavado de manos son imposibles para la mayoría de las comunidades pobres y marginadas económica y socialmente, que viven en viviendas inadecuadas sin acceso regular al agua y el saneamiento. Para las personas sin hogar, no hay ningún lugar donde esconderse del virus a menos que se les conceda acceso a una vivienda asequible que garantice la privacidad y el distanciamiento físico<sup>17</sup>. De ahí que, en el contexto del COVID-19, “no tener casa, carecer de espacio para el distanciamiento físico en espacios habitables hacinados o no tener un acceso adecuado al agua y el saneamiento se ha convertido en una ‘sentencia de muerte’, dictada predominantemente contra las comunidades pobres y marginadas”<sup>18</sup>. De estas palabras, válidas para buena parte del mundo, no escapa nuestro país.

D. *Comunidades indígenas*. Es del caso, asimismo, dejar constancia de la patente inactividad estatal que se ha configurado en torno del cumplimiento de los propósitos enunciados para noviembre de 2006 por la ley 26.160, tendente al relevamiento de las tierras que tradicionalmente ocupan las comunidades indígenas originarias del país, la cual, *inter alia*, suspendió por cuatro años la ejecución de sentencias, actos procesales o administrativos, cuyo objeto sea el desalojo o desocupación de dichas tierras. Inactividad, cuando no desinterés y desidia, que llevó a que resultara imprescindible prorrogar los plazos al respecto en tres oportunidades: hasta noviembre de 2013 (ley 26.554, de 2009), hasta noviembre de 2017 (ley 26.894, de 2013) y, últimamente, hasta noviembre de 2021 (ley 27.400, de 2017)<sup>19</sup>. Esta situación, por lo pronto, ha despertado la fundada inquietud de diversos órganos internacionales de derechos humanos<sup>20</sup>.

E. *El marco normativo*. En el presente orden de ideas, toda vez que el Estado parte, PIDESC, está comprometido a desarrollar un marco normativo que regule los desalojos de

---

<sup>17</sup> *La COVID-19 y el derecho a una vivienda adecuada: impactos y medidas futuras*, Informe del Relator Especial sobre una vivienda adecuada como elemento integrante del derecho a un nivel de vida adecuado y sobre el derecho de no discriminación a este respecto, Sr. Balakrishnan Rajagopal, 2020, A/75/148, § 9.

<sup>18</sup> Ídem, § 5.

<sup>19</sup> Hemos propiciado esta última prórroga ante el Senado de la Nación: *vide* “Debate abierto: en defensa de las tierras indígenas”, 21/9/2017, <https://www.youtube.com/watch?v=ehgfLwdMNkE&feature=youtu.be>.

<sup>20</sup> V.gr. el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial “está particularmente preocupado por el alto número de desalojos de los pueblos indígenas que se llevan a cabo a pesar de la vigencia de la Ley 26160, y particularmente por los incidentes con alto nivel de violencia contra comunidades indígenas, bien en procesos de desalojo o en protestas contra los mismos”, e insta a la Argentina a “[a]doptar todas las medidas necesarias para garantizar la protección de los pueblos indígenas frente a desalojos forzosos, garantizando el cumplimiento íntegro y efectivo de la Ley 26160” (*Observaciones finales: Argentina, 2017, CERD/C/ARG/CO/21-23, §§ 23 y 24.a; asimismo: §§ 20 y 21*). *Vide infra* nota 23.

las personas de sus viviendas de acuerdo con una legislación compatible con ese tratado, corresponde a dicho marco tanto establecer que las autoridades judiciales –u otras autoridades imparciales e independientes con el poder de ordenar el cese de la violación y de proporcionar un remedio efectivo– deberán evaluar la proporcionalidad de las solicitudes de desalojo, cuanto regular los criterios aplicables a ese fin (*Gómez-Limón Pardo*, § 9.5; *López Albán*, § 11.7) <sup>21</sup>. De ello se sigue que el Estado parte “violará el derecho a la vivienda adecuada si estipula que la persona cuyo contrato de arrendamiento se dé por terminado debe ser desalojada de forma inmediata sean cuales sean las circunstancias bajo las que la orden de desalojo sería ejecutada” (*López Albán*, § 11.7; *Gómez-Limón Pardo*, § 9.5). Otro tanto ocurrirá cuando la ocupación de la vivienda lo fuera “sin título legal” (*López Albán*, § 11.7; asimismo: § 17.a) <sup>22</sup>.

Ahora bien, el Comité DESC pone de manifiesto que encontrar que un desalojo no es una medida razonable en un momento concreto no significa “necesariamente” que no se pueda emitir una orden al respecto. No obstante –aclara– el principio de proporcionalidad puede requerir que la resolución se “suspenda” para evitar exponer a las personas desalojadas a situaciones de indigencia o a violaciones de otros derechos contenidos en el PIDESC (*Gómez-Limón Pardo*, § 9.6; *López Albán*, § 11.5). De tal suerte, la ejecución del desahucio es susceptible de estar condicionada a otros factores, v.gr., requerir a las autoridades administrativas para que intervengan en la asistencia de los ocupantes con el objeto de mitigar las consecuencias de la medida (*López Albán*, § 11.5, *Gómez-Limón Pardo*, § 9.6). De ahí la conveniencia de tal posposición mientras las autoridades competentes negocian con las personas afectadas sobre las diferentes alternativas que se

---

<sup>21</sup> Al respecto, en la parte resolutive de *López Albán*, el Comité DESC dispuso que el Estado “tiene la obligación de [...] Formular e implementar, en coordinación con las comunidades autónomas y hasta el máximo de los recursos disponibles, un plan comprehensivo e integral para garantizar el derecho a la vivienda adecuada de personas con bajos ingresos, de conformidad con la observación general núm. 4 [cit. *infra* nota 38]. Este plan deberá incluir los recursos, las medidas, los plazos y los criterios de evaluación que permitirán en forma razonable y verificable garantizar el derecho a la vivienda de esas personas” (§ 17.e).

<sup>22</sup> En 2011, la Relatora especial en materia de vivienda mostró “preocupación frente a la excesiva utilización de la fuerza por agentes estatales y agentes privados de seguridad empleados por el Estado durante los desalojos, en particular en contra de grupos vulnerables” (*Informe... cit. supra* nota 12, § 48). Previo a ello, *inter alia*, había “notado en particular una proliferación de causas penales por el delito de usurpación en las cuales suelen requerirse desalojos [...] y cómo en muchas ocasiones es el Gobierno mismo que impulsa estos procesos” (*idem*, § 43, citas omitidas).

encuentren disponibles (*Gómez-Limón Pardo*, § 9.6)<sup>23</sup>. Recordemos que “debe existir una auténtica oportunidad de consulta genuina y efectiva previa entre las autoridades y las personas afectadas” (*López Albán*, § 8.3; *Djazia y Bellili*, § 15.1)<sup>24</sup>.

G. *La omisión del examen de proporcionalidad*. Mas, retomando lo que hemos puntualizado anteriormente, lo decisivo en *Gómez-Limón Pardo* y en *López Albán*, y que llevó a un resultado favorable a las autoras, fue la sola omisión por las autoridades nacionales (en estos casos, autoridades judiciales) de llevar a cabo el necesario examen de proporcionalidad, dicho esto con prescindencia de los esfuerzos que hubiese hecho el Estado demandado para ofrecer a aquellas una vivienda alternativa, y más allá de la razonabilidad o irrazonabilidad con que estas asumieron la negociación: “el desalojo de la autora sin un examen de proporcionalidad por parte de las autoridades constituyó una violación de su derecho a la vivienda adecuada” (*Gómez-Limón Pardo*, §§ 9.3 y 7, y 11<sup>25</sup>; *López Albán*, §§ 11.7 y 14<sup>26</sup>)<sup>27</sup>.

---

<sup>23</sup> El Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial “está particularmente preocupado por el alto número de desalojos de los pueblos indígenas que se llevan a cabo a pesar de la vigencia de la Ley 26160, y particularmente por los incidentes con alto nivel de violencia contra comunidades indígenas, bien en procesos de desalojo o en protestas contra los mismos” (*Observaciones finales: Argentina*, 2017, § 23).

<sup>24</sup> “El Estado tiene la obligación de [...] Adoptar las medidas necesarias para asegurarse de que los desalojos que afecten a personas sin recursos para procurarse una vivienda alternativa sólo se ejecuten después de que haya habido una consulta genuina y efectiva con estas personas y de que el Estado parte haya realizado todos los pasos indispensables, hasta el máximo de sus recursos disponibles, para que las personas desalojadas tengan una vivienda alternativa, en especial en aquellos casos que involucran a familias, personas mayores, niños y/u otras personas en situación de vulnerabilidad” (*López Albán*, parte resolutive, § 17.d). Especial atención debe prestarse a los casos en que los desalojos afecten a mujeres, niños, personas mayores, personas con discapacidad, así como a otros individuos o grupos que sufran discriminación sistémica o estén en una situación de vulnerabilidad (*Djazia y Bellili*, § 15.2).

<sup>25</sup> “[A]unque el Estado parte alegue que la autora no actuó de forma razonable en tal negociación [sobre las diferentes alternativas que se encontraban disponibles] el hecho es que no se efectuó este examen de proporcionalidad del desalojo antes de decidir desalojar a la autora” (*Gómez-Limón Pardo*, § 9.6). “Al rechazar la solicitud de suspensión del desalojo, el Juzgado de Primera Instancia núm. 86 de Madrid no hizo un examen de proporcionalidad entre el objetivo legítimo del desalojo y sus consecuencias sobre la persona desalojada. La legislación del Estado parte tampoco ha ofrecido a la autora otro mecanismo con el que objetar la orden de desalojo, que debía ejecutarse de forma casi inmediata, de forma que otra autoridad hubiera podido evaluar la proporcionalidad del desalojo o de las condiciones en las que iba a llevarse a cabo” (ídem, § 9.3).

<sup>26</sup> “El Juzgado de lo Penal núm. 15 de Madrid hizo un examen de proporcionalidad entre el daño causado por la autora al cometer el delito de usurpación y el mal del que intentaba librarse mediante tal comisión, encontrando una eximente parcial por estado de necesidad. No obstante, este examen no se aplicó a la decisión en la misma sentencia de ordenar la restitución de la vivienda. La legislación del Estado parte tampoco ha ofrecido a la autora otro mecanismo judicial con el que objetar la orden de desalojo, que debía ejecutarse de forma casi inmediata, de forma que otra autoridad judicial hubiera podido evaluar la proporcionalidad del desalojo o de las condiciones en las que iba a llevarse a cabo” (*López Albán*, § 11.6).

<sup>27</sup> Aun cuando no repercutió en la solución de la controversia, el Comité DH señaló, en *Gómez-Limón Pardo*, que España, con posterioridad a los hechos del caso, dictó nueva legislación “destinada a que los jueces

Por cierto, insistimos, dicho examen debe ser efectuado por una autoridad judicial u otra autoridad imparcial e independiente, la cual ha de contar con el poder de ordenar el cese de la violación y de proporcionar un remedio efectivo (*Gómez-Limón Pardo*, §§ 9.4 y 14.a). Mucho y relevante es lo depositado en las manos del Poder Judicial por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos <sup>28</sup>.

## 2. VIVIENDA ALTERNATIVA O SUSTITUTIVA

A. *Políticas*. Retomando la temática de la vivienda alternativa, bueno es destacar que, sin perjuicio de que los Estados “pueden optar por políticas muy diversas” para lograr que los efectos del desahucio no conduzcan a las personas a carecer de vivienda (*López Albán*, § 9.2; *Djazia y Bellili*, § 15.3), cualesquiera fuesen las que escojan, “deben ser proporcionales a la necesidad de las personas afectadas”, a “la urgencia de la situación” y, desde luego, “respetar la dignidad” de aquellas, por manera que no por ser “alternativa” la vivienda puede dejar de ser “adecuada” (*López Albán*, §§ 9.2 y 9.3; *Djazia y Bellili*, § 15.3) <sup>29</sup>. “Cuando el desalojo esté justificado [...] las autoridades competentes deberán garantizar que se lleve a cabo con arreglo a una legislación compatible con el Pacto, incluido el principio de la dignidad humana enunciado en su preámbulo, y en observancia de los principios generales de razonabilidad y proporcionalidad (*Djazia y Bellili*, § 13.4). Con base en este último pasaje, se ha sostenido que las medidas adoptadas por un Estado

---

informen a los servicios sociales sobre el desalojo de personas en situación de vulnerabilidad” para que estos adopten medidas de resguardo (§ 9.8). La obligatoriedad de realizar un juicio de proporcionalidad en los procesos judiciales de desahucio, reiterada por el Comité DESC, parece haber encontrado cierta recepción jurisprudencial en el Tribunal Supremo de España (BENITO SÁNCHEZ, Juan Carlos, “Los pronunciamientos del Comité DESC sobre derecho a la vivienda relativos a España. Respuestas jurisprudenciales y legislativas”, en *Lex Social*, 2019, n° 2, p. 594).

<sup>28</sup> Vide GIALDINO, Rolando E., “El proceso judicial como techo para los sin techo. El juez, los desalojos forzosos y el derecho humano a la vivienda adecuada”, en *La Ley*, 2015-A.

<sup>29</sup> En *Gómez-Limón Pardo*, la autora era propietaria de una vivienda con su marido, del que estaba separada, en la que este residía y de la que tenía uso y disfrute exclusivo. Asimismo, la primera había sido objeto de violencia de género por parte de su cónyuge, tal como lo había relatado a su centro de salud y a los servicios sociales (§ 7.2). Surge del § 7.4 que la autora, por otro lado, alegó no haber solicitado la división de dicha propiedad por miedo a ser nuevamente víctima de violencia de género, mientras que el Estado parte consideró que podría haber solicitado tal división. La propiedad de esta vivienda propició también que la solicitud de vivienda de la autora a la Comunidad de Madrid fuera rechazada. La autora alega que esto se hizo en contradicción con la legislación vigente. “Sobre este punto, existe una diferencia entre la autora y el Estado parte sobre si una excepción al requisito de no contar con vivienda en propiedad se aplicaba a su caso”.

resultan compatibles con la dignidad humana solo cuando son razonables y proporcionales<sup>30</sup>.

A los ya hace tiempo consolidados requerimientos que rodean a una vivienda para calificarla de “adecuada”, reiterados escuetamente en *López Albán*, y que hemos estudiado en una investigación a la que remitimos<sup>31</sup>, aquel añade: “el derecho de los miembros de una familia a no ser separados” (§ 9.3)<sup>32</sup>. Acotaríamos que todo lo vinculado con la vivienda alternativa responde, por un lado, a un principio rector en la materia: “[l]os desalojos no deben dejar a las personas sin hogar”<sup>33</sup> y, por el otro, a uno de sus corolarios: “[d]ebe prohibirse el desalojo forzoso de las personas sin hogar de los espacios públicos y la destrucción de sus efectos personales. Las personas sin hogar deben ser protegidas en igualdad de condiciones con las demás de las injerencias en la vida privada y el hogar, dondequiera que vivan”<sup>34</sup>. Es asunto, en breve, de que los desalojados “no se vean privados de un lugar donde vivir”<sup>35</sup>; “queden sin vivienda” (*Djazia y Bellili*, § 15.2). Y esto es así aun en el supuesto de desahucios legalmente dispuestos<sup>36</sup>. “[S]i no disponen de recursos para una vivienda alternativa, los Estados partes deberán adoptar todas las medidas necesarias para que en lo posible se les proporcione otra vivienda, reasentamiento o acceso a tierras productivas, según proceda” (ídem), no olvidando que “al reasentar a personas o familias expulsadas o sin hogar, debería prestarse atención a la existencia de oportunidades

---

<sup>30</sup> KĘDZIA, Zdzisław (Dzidek), “Social rights protection under the ICESCR and its Optional Protocol – the role of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights”, en *Research Handbook on International Law and Social Rights* (C. Binder et al., eds.). Edward Elgar Publishing, Cheltenham/Northampton, 2020, p. 109.

<sup>31</sup> GIALDINO, Rolando E., “El carácter ‘adecuado’ de la vivienda en el derecho internacional de los derechos humanos”, en *Jurisprudencia Argentina*, número especial: Derecho Internacional de los Derechos Humanos (Gialdino, R.E., coord.), 2013-I.

<sup>32</sup> La obligación de los Estados parte de proveer, hasta el máximo de sus recursos disponibles, vivienda alternativa a las personas desalojadas que la requieran, “incluye la protección de la unidad familiar, particularmente cuando estas son las responsables del cuidado y educación de los hijos dependientes” (*Djazia y Bellili*, § 15.4; asimismo: § 17.7).

<sup>33</sup> *Directrices para la Aplicación del Derecho a una Vivienda Adecuada. Informe de la Relatora Especial sobre una vivienda adecuada como elemento integrante del derecho a un nivel de vida adecuado y sobre el derecho de no discriminación a este respecto* (Leilani Farha), 2019, A/HRC/43/43, Directriz n° 6, § 38.b, c/cita de Comité DESC, *Observación general n° 7*, cit. *supra* nota 4, §§ 10 y 13.

<sup>34</sup> Ídem, Directriz n° 5, § 33.c.

<sup>35</sup> Comité DESC, *Observaciones finales: Canadá*, 2006, E/C.12/CAN/CO/4 E/C.12/CAN/CO/5, § 63.

<sup>36</sup> *Informe del Relator Especial sobre una vivienda adecuada, como parte del derecho a un nivel de vida adecuado*, Sr. Miloon Kothari, E/CN.4/2004/48, 2004, § 16. Recuérdese la indicado *supra* nota 15.

de trabajo, escuelas, hospitales o dispensarios y medios de transporte en las zonas escogidas”<sup>37</sup>.

B. *Seguridad jurídica de la tenencia*. Paremos mientes en que el recaudo de “seguridad jurídica de la tenencia” ha de ser entendido en un sentido amplio, por cuanto comprende “el alquiler (público y privado), la vivienda en cooperativa, el arriendo, la ocupación por el propietario, la vivienda de emergencia y los asentamientos informales, incluida la ocupación de tierra”<sup>38</sup>. Si toda persona tiene el derecho a acceder a una vivienda adecuada, es consecuencia necesaria de ello que, de ya estar gozando de aquella (fuese adecuada o no), le asista entonces el derecho a la protección de ese goce: “[s]ea 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”<sup>39</sup>.

C. *Condicionamientos*. Desde otro ángulo, el Comité DESC admite que el acceso a viviendas alternativas es susceptible de estar condicionado legalmente a determinados recaudos, tales como los destinados a “proteger la propiedad privada y evitar las ocupaciones ilegales y de mala fe de inmuebles” (*López Albán*, § 10.1). Mas, con pleno fundamento realista, precisa inmediatamente: “[s]in embargo, las condiciones para acceder a los servicios sociales deben ser razonables y estar cuidadosamente diseñadas, no sólo para evitar posibles estigmatizaciones, sino también porque cuando una persona requiere una vivienda alternativa, su conducta no puede ser en sí misma una justificación para que el Estado parte le deniegue vivienda social. Además, la interpretación y aplicación por los tribunales y las autoridades administrativas de normas sobre el acceso a la vivienda social o al alojamiento alternativo deben evitar perpetuar la discriminación y estigmatización sistémicas contra quienes viven en la pobreza y ocupan, por necesidad o de buena fe, predios sin tener el título legal para hacerlo” (*idem*)<sup>40</sup>. En *López Albán*, p.ej., en el cual el

---

<sup>37</sup> Comité DESC, *Observaciones finales: Filipinas*, 1995, § 31; 2008, § 30.e.

<sup>38</sup> Comité DESC: *Observación general n° 4. El derecho a una vivienda adecuada (párrafo 1 del artículo 11 del Pacto)*, 1991, § 8.a; asimismo: *Observación general n° 7*, cit. *supra* nota 4, §§ 1 y 9.

<sup>39</sup> Comité DESC, *Observación general n° 4*, cit. nota anterior, § 8.a; el derecho a la vivienda “[d]ebe considerarse más bien como el derecho a vivir en seguridad, paz y dignidad en alguna parte” (*idem*, § 7). “El Comité recuerda que, para constituir una vivienda adecuada, una vivienda ha de proporcionar seguridad en su tenencia, lo que no era el caso de los albergues” (*López Albán*, § 13.2).

<sup>40</sup> “También, en la medida en que la falta de vivienda disponible y accesible se origina en la creciente desigualdad y en la especulación de los mercados de la vivienda, los Estados partes tienen la obligación de hacer frente a estas causas estructurales a través de una respuesta adecuada, oportuna y coordinada, hasta el

Estado parte no cuestionó que la familia de la autora necesitara vivienda social, el requisito insatisfecho por esta para poder ingresar al listado de solicitantes, consistió en no encontrarse ocupando una vivienda o inmueble sin título suficiente para ello y sin el consentimiento del titular. Empero, el Comité DESC juzgó que, aun cuando pueda estar destinada a reducir los casos de ocupación ilícita de viviendas, esa exigencia resultaba “incompatible” con el derecho a la vivienda, por cuanto “situaba [a la actora] en un *impasse*, al obligarla a vivir, junto con sus hijos, en un albergue temporal y compartido, o vivir en la indigencia, antes de poder ser solicitante de vivienda social”<sup>41</sup>. Consideró, además, “que esta restricción al acceso a vivienda social puede resultar en repercutir sobre niños las consecuencias de las acciones de sus padres” (*López Albán*, § 12.1 y 2; asimismo: § 14)<sup>42</sup>. Más todavía; el Comité DESC agregó que el Estado parte “tampoco ha justificado que no existan otras medidas con menor impacto sobre las personas para reducir las ocupaciones ilícitas, tal y como la reducción de viviendas inhabitadas” (*idem*, § 12.1).

D. *Vivienda alternativa permanente / temporal*. Ciertamente, supeditado a determinadas circunstancias, los Estados parte pueden mostrar que, a pesar de haber hecho todos los esfuerzos hasta el máximo de sus recursos disponibles, les ha sido imposible ofrecer una vivienda alternativa “permanente” a una persona desalojada que necesita esta última<sup>43</sup>. Ello torna posible el ofrecimiento “de un alojamiento *temporal* de emergencia

---

máximo de sus recursos disponibles” (*López Albán*, § 10.2). “El Estado tiene la obligación de [...] Adoptar las medidas necesarias para que todas las personas puedan acceder, en igualdad de condiciones, al parque de vivienda social, eliminando cualquier condición irrazonable que excluya a cualquier persona en riesgo de indigencia” (*idem*, parte resolutive, § 17.c).

<sup>41</sup> El efecto de rechazar a todos los solicitantes que fueran ocupantes sin un título legal, colocaba a estos en una situación de *Catch-22*, en la que debían elegir entre la ocupación ilegal o quedarse sin hogar (BENITO SÁNCHEZ, Juan Carlos, “The CESCR Decision in *López Albán v. Spain*: Proportionality of an eviction in cases of illegal occupation”, <https://medium.com/@jcbensan/the-cescr-decision-in-1%C3%B3pez-alb%C3%A1n-v-6a9351430fee>, rec. 8/10/2020).

<sup>42</sup> “[...] la exclusión de la autora del programa de vivienda social [por el motivo indicado en el texto], sin tomar en cuenta su situación de necesidad, perpetuaba su situación irregular y la abocaba a ser desalojada. Por tanto, el Comité considera que esta exclusión constituyó una violación [d]el Estado parte del derecho a la vivienda de la autora y sus hijos, contenido en el artículo 11 del Pacto” (*López Albán*, § 12.2). “En particular, el Estado debe eliminar la exclusión automática de las listas de solicitantes de vivienda de todas aquellas personas que se encuentren ocupando una vivienda por estado de necesidad, sin título legal” (*idem*, parte resolutive, § 17.c).

<sup>43</sup> Sobre la evaluación por el Comité DESC del empleo del “máximo de los recursos disponibles” por el Estado: GIALDINO, R.E., *Derecho Internacional...*, cit. *supra* nota 14, p. 574. Es de sumo interés la respuesta que, en este aspecto, dio el Comité DESC a España en *Djazia y Bellili*: “el Estado parte tampoco ha explicado al Comité las razones por las cuales las autoridades regionales de Madrid, por ejemplo el IVIMA [Instituto de la Vivienda de Madrid], vendieron parte del parque de vivienda pública a sociedades de inversión, reduciendo la disponibilidad de la misma, a pesar de que el número de vivienda pública disponible anualmente en Madrid

que no cumpla con todos los requisitos de una vivienda alternativa adecuada”. No obstante, incluso en estas hipótesis, diríamos excepcionales, “los Estados han de esforzarse por asegurar que el alojamiento *temporal* sea compatible con la protección de la dignidad humana de las personas desalojadas, cumpla con todos los requisitos de seguridad y *no se convierta en una solución permanente, sino en un paso previo a la vivienda adecuada*” (López Albán, § 9.4, itálicas agregadas).

---

era considerablemente inferior a la demanda, ni de qué forma esta medida estaba debidamente justificada y era la más adecuada para garantizar la plena efectividad de los derechos reconocidos en el Pacto. Por ejemplo, en 2013, el IVIMA vendió 2.935 casas y otras propiedades a una entidad privada por 201 millones de euros, justificando la medida en motivos de equilibrio presupuestario” (§ 17.5).