

Doctrina

El derecho a la vivienda, desalojos forzados y personas vulnerables



Rolando E. Gialdino

Abogado. Doctor (UBA). Profesor titular en Derecho Internacional de los Derechos Humanos en carreras de grado y posgrado en diversas universidades nacionales y extranjeras.

SUMARIO: I. Introducción.— II. Obligaciones estatales.— III. Discriminación. Extranjeros.— IV. Derecho a la vivienda adecuada. Derecho de propiedad. Otras prestaciones.— V. La legislación. Financiarización de la vivienda.

I. Introducción

La compatibilidad de un desalojo con el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC o Pacto), requiere que esa medida: a. esté prevista por la ley, la cual ha de resultar, a su vez, acorde con el Pacto; b. promueva el bienestar general en una sociedad democrática; c. sea proporcionada al fin legítimo invocado; d. resulte necesaria, esto es, si hay más de una medida que logra razonablemente el mismo objetivo, corresponde utilizar la que se muestre menos restrictiva para el derecho considerado. En breve: cuanto mayores sean los efectos de la limitación sobre los derechos protegidos por el PIDESC, más escrupulosa habrá de ser la justificación del desahucio.

Son palabras, las antedichas, del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Comité o Comité DESC), expuestas por la vía contenciosa en la decisión del caso "Lorne Joseph Walters c. Bélgica" ("Walters") (1), y que, en buena medida, tuvo ocasión de reiterar en sustancia en el más reciente "Yaureli Carolina Infante Díaz c. España" ("Infante Díaz") (2). Es sabido que, después de largos años y fatigosos trámites, el PIDESC comenzó a contar, a partir de 2008, con un Protocolo Facultativo que establece el mentado procedimiento contencioso, en cierta forma análogo al que ya acompañaba, pero desde 1966, al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Polí-

ticos (3). Añadamos, por lo pronto, que es precisamente el *derecho a la vivienda adecuada* el que ha venido dando lugar hasta el presente, de manera ininterrumpida y casi excluyente, a la producción jurisprudencial del Comité, ya comenzada el 17 de junio de 2015 con "I. D. G. c. España".

Y continúan los recordados precedentes, cuando indican que, a la par de lo anterior, corresponderá que sean tomados en cuenta, *ex. gr.*, la situación personal de los ocupantes y de las personas a su cargo y, centralmente, la posibilidad de todos estos de tener un *alojamiento alternativo adecuado*. Es decisiva esta última condición, por cuanto, según lo hemos asentado en otra oportunidad, resulta inadmisibles que como secuela de un desalojo una persona quede sin hogar o pueda ser víctima de otras violaciones de derechos humanos (4). Cuando el desalojado no pueda subvenir a sus necesidades, el Estado debe, por todos los medios apropiados y poniendo en ello hasta el máximo de sus recursos disponibles, asegurar que a aquel le sean ofrecidas otras opciones de vivienda, reasentamiento o acceso a tierras productivas, según sea el caso (5).

En otros términos: el Estado se encuentra comprometido a adoptar todas las medidas que resulten razonables para reubicar a las personas que, por motivo del desahucio, queden sin hogar, independientemente de si la medida fue tomada por iniciativa de las autoridades públicas o de una entidad pri-

vada, p.ej., el propietario (6). De ahí que resulte fundamental hacer una distinción entre la propiedad de una persona que necesita vivir en la vivienda en juego u obtener un ingreso vital de esta, y la propiedad de entidades financieras o de cualquier otra naturaleza. Luego, el Estado infringirá el derecho a una vivienda adecuada si dispone que la persona cuyo contrato de arrendamiento finaliza deba ser desalojada de inmediato, independientemente de las circunstancias en las que se cumpla la orden de expulsión (lo cual entraña que medie una verdadera consulta de las autoridades a las personas concernidas, *vide infra* nota 11). Por cierto, la apreciación de la proporcionalidad de la medida ha de estar en manos del Poder Judicial o de otra autoridad "imparcial e independiente con competencia para poner fin a la violación y otorgar una reparación efectiva" ("Walters", § 9.3).

Nos detendremos particular pero no exclusivamente, en las antedichas decisiones, no sin advertir, eso sí, que ambas mantienen no solo la aludida línea jurisprudencial, sino también la doctrina que el órgano enunciará en dos de sus documentos mayores destinados a nuestro derecho: *Observación general n° 4. El derecho a una vivienda adecuada (párrafo 1 del art. 11 del Pacto)*, de 1991, y, en especial, *Observación general n° 7. El derecho a una vivienda adecuada (párrafo 1 del art. 11 del Pacto): los desalojos forzados*, de 1997. Es estas condiciones, las presentes líneas pueden ser

consideradas una suerte de revisita a nuestros más extensos y comprensivos trabajos en la materia (7), alguno de estos publicado en estas mismas columnas (8). Y no olvidemos dos datos primordiales: el Comité DESC es el "intérprete más autorizado en el plano internacional" del PIDESC (9), y este es instrumento con jerarquía constitucional (art. 75.22, segundo párrafo, Constitución Nacional [CN]).

Por último, en esta introducción, es preciso señalar, aunque más no sea brevemente, los hechos de los dos antecedentes. Walters, nacido en 1945, belga, alquilaba una vivienda en Bruselas desde 1994. En agosto de 2017 fue notificado de la decisión del propietario del departamento, un particular, de rescindir el contrato de locación, previo pago de una indemnización equivalente a seis meses de alquiler, y con seis meses de preaviso, según la ley aplicable ("Walters", § 8.2). Al cabo de algunas resoluciones judiciales que postergaron la fecha del desalojo, este se produjo en octubre de 2018, después de lo cual el inmueble fue puesto nuevamente en alquiler, pero a un precio más alto. Ubicado en casa de unos conocidos, Walters se inscribió en el organismo de vivienda social al que informó que sus necesidades se correspondían con un departamento de 80 m² con una pequeña terraza, más solo recibió propuestas para espacios de tránsito u hogares para personas adultas mayores, lo cual entendió inadecuado a sus necesidades (idem, § 8.4).

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(1) Comunicación n° 61/2018, 12/10/2021, E/C.12/70/D/61/2018, §§ 10.1 y 9.3 y 4.

(2) Comunicación n° 134/2019, 27/2/2023, E/C.12/73/D/134/2019, § 7.8.

(3) *Vide* GIALDINO, Rolando E., "Reconocimiento internacional de la justiciabilidad de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales", en LA LEY, 2016-E. Argentina ratificó el Protocolo Facultativo PIDESC en 2011.

(4) GIALDINO, Rolando E., "Desalojos forzados y principio de proporcionalidad, Los desalojos no deben

dejar a las personas sin hogar", en *La defensa*, 2020, n° XLVIII. <http://www.ladefensa.com.ar/desalojos-forzados-y-principio-de-proporcionalidad.html>.

(5) "Walters", § 10.1, *c*/cita de Comité, *Observación general n° 7. El derecho a una vivienda adecuada (párrafo 1 del art. 11 del Pacto): los desalojos forzados*, 1997, § 16. A este pasaje también hace referencia la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en *Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina*, fondo, reparaciones y costas, 6/02/2020, Serie C N° 400, § 329, nota 323.

(6) El Estado parte debe demostrar que ha examinado las circunstancias del caso y que, si bien ha tomado todas las medidas razonables y ha actuado con el máximo de los recursos disponibles, no ha podido garantizar el ejercicio del derecho al alojamiento de la persona ("Walters", § 10.1).

(7) *Vide* GIALDINO, Rolando E.: "Los desalojos y los derechos humanos", en LA LEY, 2010-B, p. 813; "Desalojos forzados y principio de proporcionalidad, Los desalojos no deben dejar a las personas sin hogar", *ob. cit. supra* n. 4; "El proceso judicial como techo para los sin techo.

El juez, los desalojos forzados y el derecho humano a la vivienda adecuada", en LA LEY, 2015-A.

(8) *Vide* 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. <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r31646.pdf>.

(9) CSJN, "Asociación de Trabajadores del Estado s/ acción de inconstitucionalidad", Fallos 336:672, § 7 y su cita—2013—.

Actualidad

Actualidad en Jurisprudencia Penal y Procesal Penal 3/2023

Horacio J. Romero Villanueva

Jurisprudencia

Nulidad de condena

Abuso sexual agravado de un niño. Desconocimiento del interés superior del niño. Derecho del niño víctima a ser oído. CS, 29/08/2023. - G., G. E. s/ abuso sexual agravado por la convivencia y el parentesco causa n° 19837/14. 8

Contrato de trabajo eventual

Requisitos. Instrumentación con expresión precisa y clara de causa. Necesidades extraordinarias y transitorias de la

empresa.

CNTrab., sala X, 26/06/2023. - Velázquez, Marcos Enrique c. La Delicia Felipe Fort SA s/ despido. 11

Suspensión del juicio a prueba

Reglas de conducta. Incumplimiento. Revocación.

CNCrim. y Correc., sala I, 10/07/2023. - A., D. J. L. s/ extinción de plazo de supervisión. 11

CORREO ARGENTINO	FRANQUEO A PAGAR
CENTRAL B	CUENTA N° 10269F1

A su turno, Yaureli Carolina Infante Díaz, venezolana, nacida en 1990, vivía en España junto con su hijo, un menor nacido en 2008 (“Infante Díaz”, § 1.1). Para noviembre de 2015, hallándose ambos en situación de calle, se le ofreció a Yaureli una habitación en alquiler en Santa Coloma de Gramenet (Barcelona), pero al mes siguiente el comportamiento del ofertante dio muestras de que se trataba de una ocupación ilegal (ídem, § 2.2). En junio de 2016, la autora recibió una orden de desahucio a nombre de “ignorados ocupantes”, impulsada por el entonces propietario de la vivienda, una entidad financiera (ídem, §§ 2.3 y 4). En el transcurso de diversas incidencias de aplazamiento del desahucio, la autora acudió a los Servicios Sociales de Santa Coloma de Gramenet para hacer constar su situación de vulnerabilidad socioeconómica y de exclusión residencial (ídem, § 2.6).

II. Obligaciones estatales

A. Dos importantes datos en materia obligacional se siguen, especialmente de “Walters”. Por un lado, los compromisos estatales que hemos precisado en la introducción encuentran fundamento en el art. 2.1, PIDEESC, leído juntamente con el art. 11, y teniendo en cuenta las prescripciones del art. 4º, que especifica las condiciones en las que se pueden imponer limitaciones al ejercicio de los derechos consagrados en el Pacto (“Walters”, § 9.2).

Por el otro, si bien es del resorte del Estado la elección de las políticas en materia habitacional, esto es así bajo condición de que las escogidas resulten “deliberadas y concretas”, y apunten lo más claramente posible a la realización del derecho a la vivienda, de la forma más rápida y eficaz posible (“Walters”, § 10.2) (10). De ahí, también, que corresponda que las medidas de realojamiento posteriores al desahucio sean “proporcionadas al estado de necesidad de las personas afectadas y a la urgencia de la situación”, además de respetar la “dignidad” de estas últimas (ídem). Por cierto, que esta evaluación depende de una larga serie de circunstancias, *inter alia*, sociales, económicas, culturales, climáticas, ecológicas. No obstante ello —destaca el Comité DESC— pueden identificarse ciertos aspectos del derecho que han de tenerse en cuenta en “cualquier contexto”: seguridad jurídica de tenencia; existencia de servicios, equipamiento e infraestructura; capacidad de pago; habitabilidad; facilidad de acceso; ubicación (que debe permitir el acceso a los servicios sociales —educación, servicios de salud...— y al empleo); respeto por el entorno cultural, de manera que permita la expresión de la identidad y diversidad cultural (ídem, § 10.3).

(10) Si bien el Estado cuenta con el poder para escoger la regulación de arrendamiento, al mismo tiempo tiene la obligación de aplicar las salvaguardias necesarias para garantizar la *seguridad* de la tenencia, lo que requiere soluciones de realojo adecuadas (“Walters”, § 12.7).

(11) Vide GIALDINO, Rolando E., “Estados, empresas y derechos humanos. Una revisión con motivo de la Observación general 24 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales”, en *Jurisprudencia Argentina. Dossier de Derecho Internacional de los Derechos Humanos* (R. E. Gialdino, dir.), 2019-1.

(12) “[E]l Estado tiene la obligación de: [...] c) Adoptar las medidas necesarias para asegurarse de que los desalojos que afecten a personas sin recursos para procurarse una vivienda alternativa, solo 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” (Comité: *Mohamed Ben Djazia*

B. Subrayamos la mencionada capacidad de pago pues “Walters”, siguiendo líneas ya trazadas por el Comité, expresará que los Estados deben asegurarse de que, en general, el porcentaje de los costos relacionados con la vivienda sea “conmensurado” con los ingresos. De acuerdo con el “principio de la asequibilidad” (de la posibilidad de costear la vivienda/*of affordability/du respect de la capacité de paiement*), los inquilinos deben estar protegidos mediante medidas adecuadas contra alquileres excesivos o aumentos excesivos de estos, y contra cualquier efecto adverso que la legislación pueda tener sobre grupos vulnerables, como las personas mayores (§ 11.4).

Luego, entre la serie de medidas estatales para implementar los derechos del PIDEESC, incluido el derecho a una vivienda adecuada, se encuentra la regulación del mercado de viviendas de alquiler (“Walters”, § 11.4). Se desprende de ello, conforme lo adelantara el Comité en su *Observación general n° 24. Obligaciones de los Estados en virtud del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el contexto de las actividades empresariales* (2017, § 18), que los Estados estarían incumpliendo su obligación de proteger los derechos consagrados en el Pacto si no impedirían que las empresas incurran en conductas que violen esos derechos o que resulten manifiestamente en tal violación, o si no luchan contra estos comportamientos (“Walters”, § 11.5) (11).

C. Grupos vulnerables también lo son, *inter alia*, las personas sin recursos para procurarse una vivienda alternativa y las familias de bajos ingresos con niños (“Walters”, § 12.7), casos en que los Estados deben tomar medidas esenciales para proporcionar vivienda alternativa antes de que ocurra el desalojo (12). Además, reiteremos, el alojamiento alternativo se considera inadecuado cuando se separan familias: “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” (13). Por último, los grupos desfavorecidos deberán tener cierto grado de prioridad a la hora de acceder a la vivienda (14).

D. Obsérvese, asimismo, que el Comité considera inadmisibles, en “Maribel, Viviana López Albán c. España”, el requisito aplicado a la autora para su acceso a la lista de espera de solicitantes de vivienda pública, *i.e.*, no encontrarse ocupando una vivienda o inmueble sin título suficiente para ello y sin el consentimiento del titular, pues ello

y *Naouel Bellili c. España*, comunicación n° 5/2015, 20/6/2017, § 21; *Maribel Viviana López Albán*, comunicación n° 37/2018, 11/10/2019, § 17.a).

(13) Comité, *Mohamed Ben Djazia y Naouel Bellili c. España*, cit. n. anterior, § 15.4. El Estado argumentó que el Servicio de Asistencia Municipal de Urgencia y Rescate (Samur) “comunicó a los autores que si llegado el plazo máximo de estancia en la unidad de estancias breves del Samur Social-Madrid no habían encontrado alojamiento, se les podía ofrecer alojamiento para la Sra. Bellili e hijos en un centro para mujeres y para el Sr. Ben Djazia en un centro de personas sin hogar, y que el Centro de Servicios Sociales del Ayuntamiento de Madrid les habría ofrecido una alternativa similar. Tal ofrecimiento, de concretarse, habría implicado una ruptura del núcleo familiar, en contravención al deber del Estado parte de otorgar la mayor y más amplia protección posible a la familia, como elemento fundamental de la sociedad, establecido en el art. 10, párr. 1 del Pacto. A este respecto, el Estado parte no ha explicado ante el Comité por qué no existían otras opciones disponibles para los autores” (ídem, § 17.7).

(14) Comité, *Observación general n° 4*, cit., § 8.e. Vide en general: WIND, Roos - VOLS, Michel - ROOR-

la situaba 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 (cit., § 12.2). Además, una restricción al acceso a vivienda social, *v.gr.*, por estar ocupando un inmueble sin título legal, puede hacer repercutir sobre niños las consecuencias de las acciones de sus padres (ídem). Esto último, a nuestro juicio, plantearía una paralela violación del art. 2.2, Convención sobre los Derechos del Niño (15).

Precisemos, entonces, que los Estados, con el fin de racionalizar los recursos de sus servicios sociales, pueden establecer requerimientos o condiciones que los peticionarios tengan que cumplir para recibir prestaciones sociales, como vivienda alternativa. Igualmente, pueden adoptar medidas para proteger la propiedad privada y evitar las ocupaciones ilegales y de mala fe de inmuebles. Sin embargo, las condiciones para acceder a los servicios sociales deben ser razonables y estar cuidadosamente diseñadas, no solo 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” (16).

En otros términos: los autores de una comunicación que aleguen ser víctimas de una violación del art. 11.1, Pacto, deben demostrar cierta “diligencia” en su búsqueda de vivienda, lo que incluye haber hecho saber a las autoridades competentes que estaban en una situación de necesidad de una vivienda digna. En tal sentido, los Estados pueden establecer vías administrativas para facilitar la protección del derecho a la vivienda, incluso requiriendo a los individuos que realicen ciertos trámites administrativos para notificar a las autoridades su necesidad de asistencia al respecto. Si bien estos trámites no deben imponer a los individuos una carga excesiva o innecesaria y no deben tener efectos discriminatorios, la falta de “devida diligencia” de los individuos en solicitar asistencia a las autoridades para asegurar el acceso a una vivienda alternativa constituye un elemento importante tanto respecto del requisito de sustanciación de la alegación de que el Estado parte ha faltado a sus obligaciones (tal y como se exige en el art. 3.2.e, Protocolo Facultativo PIDEESC) como para

DA, Berend, “The Child-specific Right to Adequate Housing in the Convention on the Rights of the Child”, en *The International Journal of Children's Rights*, 31[2], 2023, ps. 444-470. <https://doi.org/10.1163/15718182-31020001> (rec. 7/08/2023).

(15) “Los Estados Parte tomarán todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o sus tutores o de sus familiares” (art. 2.2. cit.). Y añadamos el art. 27: “[...] 3.: “[l]os Estados Partes, de acuerdo con las condiciones nacionales y con arreglo a sus medios, adoptarán medidas apropiadas para ayudar a los padres y a otras personas responsables por el niño a dar efectividad a este derecho [de todo niño a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social] y, en caso necesario, proporcionarán asistencia material y programas de apoyo, particularmente con respecto a la nutrición, el vestuario y la vivienda”.

(16) Comité, *Maribel Viviana López Albán c. España*, cit., § 10.1.

(17) Ídem, *Fatima El Mourabit Ouazizi y Mohamed Bouddan*, comunicación n° 133/2019, 10/10/2022, § 9.2.

evaluar, en caso de que la petición resulte admisible, si realmente existió o no vulneración por el Estado del derecho invocado en cuestión (17). Por cierto, “este examen de la diligencia de los autores no implica [...] que el Comité adopte la tesis de ‘manos limpias’ (*clean hands doctrine*), que puede ser válida en otros ámbitos, pero que es inaceptable para determinar quién pudo ser o no víctima de una violación a sus derechos humanos” (18).

E. Mas también procede destacar, de lo expuesto pocos renglones antes, la particular protección que ha de destinarse a las personas vulnerables, *v.gr.*, en “Walters”, las personas mayores, y a la identificación del vínculo especial que media entre estas y la vivienda y el “significado psicológico y social” que esta última contiene y los Estados deben tener en cuenta. Es por ello —sostiene “Walters”— que corresponde a las políticas nacionales ayudar a las personas mayores a seguir viviendo en sus casas durante el mayor tiempo posible, rehabilitando, acondicionando y mejorando la vivienda y adaptándola a las capacidades de acceso y uso de las personas (19), no sin advertir que las políticas generales que suelen ser apropiadas para la población en general pueden tener un impacto desproporcionadamente negativo en el disfrute de los derechos contenidos en el Pacto por las personas mayores, especialmente aquellas en circunstancias socioeconómicas difíciles (“Walters”, § 11.6). Se comprueba, pues, una discriminación indirecta interseccional relativa al actor, por su edad y las mentadas circunstancias, tal como lo afirmó el *amicus curiae* (ídem, §§ 6.4 y 11.4) (20) y lo apunta Nina Weibert en su comentario a “Walters” (21).

F. En determinados supuestos no es descartable que un Estado observante de los deberes antedichos, demuestre la imposibilidad de otorgar a los desalojados una vivienda permanente. Resulta admisible, entonces, que conceda *alojamiento temporal de emergencia* que no cumpla con todos los requisitos de una vivienda adecuada. Con todo, esto es así, a condición de que este último alojamiento: (i) respete la “dignidad” de las personas expulsadas; (ii) responda a todos los requisitos de seguridad; (iii) no entrañe la separación de los miembros de la familia; (iv) asegure un nivel razonable de protección de la vida privada, y (v) no se convierta en una solución permanente, sino en “un paso” hacia una vivienda adecuada (“Walters”, § 10.4).

III. Discriminación. Extranjeros

¿Puede el Estado limitar los alcances de sus políticas en materia de vivienda y excluir, *p. ej.*, a los migrantes? (22). La res-

(18) Ídem, § 9.3.

(19) Para las personas mayores, el alquiler de la vivienda puede llegar a ser más importante que para el resto de la población, sobre todo si han vivido en ese alojamiento durante mucho tiempo, ya que han podido construir una red social dentro del barrio, y el cambio de alojamiento puede ser disruptivo o perturbador (“Walters”, § 11.6).

(20) “Se produce discriminación indirecta cuando la ley, el principio o el programa no tienen apariencia discriminatoria, pero producen discriminación en su aplicación” (Comité DESC, *Observación general n° 20. La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales*, 2009, § 10.b).

(21) “Chronique des constatations des comités conventionnels des Nations Unies”, en *Droits fondamentaux*, 2022, n° 20, p. 60. <https://www.crdh.fr/revue/n-20-2022/> (rec. 24/08/2023). Vide texto *infra* 4.C.

(22) “[...] el Estado parte no responde al argumento de la autora según el cual, por encontrarse en situación irregular en el Estado parte, no puede solicitar vivienda pública y no puede acceder a un empleo, por lo que no tiene ninguna otra alternativa que ocupar la vivienda que habita” (“Infante Díaz”, § 7.5).

puesta del Comité fue terminante: con base en la norma antidiscriminatoria (art. 2.2, PIDESC), en su *Observación general n.º 20. La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales* (cit. n.º 19), y en la opinión de la Relatora especial sobre la vivienda adecuada como elemento integrante del derecho a un nivel de vida adecuado y sobre el derecho a la no discriminación a este respecto, dirá: “la no discriminación es una obligación inmediata y de alcance general en el Pacto y [...] los derechos reconocidos en este, entre ellos el derecho a una vivienda adecuada, son aplicables a todas las personas, incluidos los no nacionales, independientemente de su condición jurídica y de la documentación que posean [...] encontrarse irregularmente en el territorio del Estado parte no debería ser, por sí solo, un criterio para excluir a la autora y a su hijo de los servicios públicos en materia de vivienda” (“Infante Díaz”, § 7.6). A su conocido enunciado “los desalojos forzados son *prima facie* incompatibles con el Pacto” (23), el Comité agregó: “incluso en caso de migrantes en situación irregular” (ídem, § 7.7) (24).

IV. Derecho a la vivienda adecuada. Derecho de propiedad. Otras prestaciones

A. “Infante Díaz” presenta una singularidad: el Estado argumentó que el PIDESC no puede ser utilizado para amparar actos de ocupación de propiedades ajenas, contrarios al derecho a la propiedad privada de terceros (§ 7.11). Mas, tampoco aquí España obtuvo la respuesta esperada, pues esta consistió en que el Comité sí bien le reconoció el “interés legítimo” de “garantizar la protección de todos los derechos existentes en su ordenamiento jurídico”; esto era así “en tanto [esto último] no entre en conflicto con los derechos contenidos en el Pacto” (ídem). Paremos mientes en que el PIDESC no contiene norma alguna sobre el derecho de propiedad. Y, frente a ese conflicto, “Infante Díaz” considerará que “la situación de vulnerabilidad socioeconómica de la autora en la presente comunicación es más grave que la lesión del bien jurídico que el Estado parte pretende proteger” (ídem, § 7.12) (25).

B. No mejor suerte corrió la defensa estatal fundada en que “las necesidades de la autora y de su hijo se encuentran garantizadas con recursos públicos”: gozan gratuitamente del servicio sanitario, del servicio educativo —que también incluye el derecho del niño a la alimentación—, del servicio de justicia financiado por el Estado parte y organizado por los colegios de abogados, y del acceso a suministros básicos gratuitos o subsidiados, como el bono social de electricidad o el bono social térmico. Además, el Ayuntamiento de Santa Coloma de Gramenet ha realizado diversas intervenciones para asistir a la autora, v.g., entrega de alimentos, derivación al servicio de terapia familiar, gestión de beca de

comedor y petición de centro abierto para el hijo de la autora (“Infante Díaz”, §§ 4.10 y 7.10). Lo alegado, estimó el Comité, “no es una respuesta adecuada a la situación concreta de la autora y de su hijo”, y recordó que “el derecho humano a una vivienda adecuada tiene una importancia fundamental para el disfrute de todos los derechos económicos, sociales y culturales, no pudiendo considerarse aisladamente de los demás derechos que figuran tanto en el [PIDESC] como en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como en otros instrumentos internacionales aplicables” (ídem, § 7.10).

V. La legislación. Financiarización de la vivienda

A. Una ley que autorice periódicamente a los propietarios a rescindir el contrato de arrendamiento sin tener que dar razón y sin ninguna otra garantía o compensación podría tener un impacto negativo en la seguridad de tenencia de la vivienda y contribuir, *de facto*, a un aumento sustancial de los precios del mercado de alquiler, con capacidad para afectar la asequibilidad de la vivienda. En consecuencia, tal reglamentación sería contraria al Pacto (“Walters”, § 12.1). Ahora bien, en “Walters”, aun cuando no había sido dado motivo alguno para la rescisión, lo cierto es que las normas locales imponían un plazo de preaviso y una indemnización (*vide supra* Introducción, sexto párr.), y el juez podía conceder prórrogas a la expulsión para proteger a los inquilinos en situaciones vulnerables (“Walters”, § 12.1). Luego, “en abstracto y en términos generales”, la legislación aplicada resultó compatible con el Pacto (ídem) (26).

B. Con todo, esta última conclusión requiere ser matizada, en la medida en que el Comité advierte que las personas mayores de 64 años se ven más afectadas por la rescisión de los contratos de arrendamiento que el resto de la población (27). En consecuencia, la aplicación inflexible de la antedicha ley, en el contexto específico del aumento de los alquileres en la región de Bruselas (28) y teniendo en cuenta las necesidades específicas de las personas mayores, podría tener un impacto desproporcionadamente negativo en estas últimas si de bajos ingresos. Este impacto desproporcionado puede ser causado conjuntamente por condiciones específicas del mercado y la aplicación inflexible del marco normativo (“Walters”, § 12.2). Por ende, la conclusión fue categórica: ante la posibilidad del mentado impacto desproporcionado en determinadas poblaciones en situación de vulnerabilidad, se impone una “doble obligación” para cualquier Estado que opte por un marco normativo como el de “Walters”: a. poner en marcha un mecanismo de seguimiento del impacto de la aplicación del marco legal en las poblaciones más vulnerables y marginadas, con el fin de introducir los ajustes

necesarios para evitar un golpe desproporcionado que pudiera implicar una vulneración del derecho a una vivienda adecuada para un grupo específico, como los adultos mayores en dificultad socioeconómica, y b. incluir mecanismos y flexibilidades para asegurar que la aplicación del marco legal no tenga un impacto desproporcionado en algunos casos (ídem, § 12.3).

C. “Habiendo sido condenada la autora por un delito leve de usurpación, el Comité considera que existía una causa legítima que podía justificar la medida de desalojo de la autora” (29). No obstante, ello, el escrutinio de la proporcionalidad requerirá que el juez actuante realice “un balance entre los beneficios de la medida en ese momento, en este caso la protección del derecho a la propiedad de la entidad titular del inmueble, y las consecuencias que esta medida podría tener sobre los derechos de las personas desalojadas. El análisis de la proporcionalidad de un desalojo, por tanto, no solo implica el examen de las consecuencias de la medida sobre las personas desalojadas, sino también la necesidad del propietario de recuperar la posesión de la propiedad” (30). De ahí lo anticipado en orden a que es “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” (31) o de “cualquier otra entidad” (“Walters”, § 9.3; *vide supra* 3.C). Más todavía: “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 las circunstancias bajo las que la orden de desalojo sería ejecutada” (32). Y también lo violaría si, por dicho motivo, rechazara incluirla en la lista de espera de solicitantes de vivienda pública (33).

Con referencia en las personas en situación de pobreza, y ateniéndose a “Walters”, O. de Schutter expresa: el hecho de no proporcionar ajustes razonables para considerar la situación individual específica de una persona que vive en la pobreza debe entenderse como discriminatorio, vale decir, una medida que no discrimina directamente a las personas en situación de pobreza, y que no resulta en una discriminación indirecta en general, pero que todavía puede no tener en cuenta las circunstancias individuales a las que se enfrentan las personas en dicha situación y su particular vulnerabilidad (34).

En suma, concluye el Comité: ni las autoridades judiciales ni los servicios sociales han tenido suficientemente en cuenta el mentado impacto desproporcionado que un traslado forzoso podría tener sobre personas particularmente vulnerables como las personas mayores que viven en situaciones económicas precarias; todo ello, a pesar de que Walters ha habitado en

el mismo piso durante veinticinco años, siempre ha cumplido con sus obligaciones contractuales, y es una persona mayor, con ingresos limitados, que tiene fuertes lazos sociales con su barrio (“Walters”, § 12.4) (35). El Estado pudo haber adoptado diversas medidas, hasta el máximo de sus recursos disponibles, para mitigar el impacto de la aplicación del marco jurídico sobre el autor, p.ej., llevando a cabo una mediación a fin de ajustar el precio del alquiler con su apoyo financiero para que Walters pudiera pagarlo. Esta posibilidad, entre otras, no ha sido explorada debido a la falta de flexibilidad de la ley al respecto (ídem, § 12.5).

Algo nos hace recordar la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos: “Eliminar lo que se siente una injusticia social figura entre las tareas de un legislador democrático. Ahora bien, las sociedades modernas consideran la vivienda como una necesidad primaria, cuya satisfacción no puede dejarse enteramente en manos de las fuerzas del mercado. El margen de apreciación es lo suficientemente amplio como para abarcar una legislación destinada a garantizar una mayor justicia social en esta materia, aun cuando dicha legislación interfiera en las relaciones contractuales entre particulares y no confiera ningún beneficio directo al Estado o a la comunidad en su conjunto” (36).

D. Entra en esta liza la llamada “financiarización de la vivienda”, vale decir, la creciente función y la posición dominante sin precedentes de los mercados financieros y las empresas en el sector de la vivienda. Entre varios significados, dicha “financiarización de la vivienda” se refiere “a los cambios estructurales en los mercados de la vivienda y financieros y en la inversión mundial que han dado lugar a que la vivienda se considere una mercancía, una forma de acumulación de riqueza y a menudo una garantía de los instrumentos financieros que se comercializan y venden en los mercados mundiales”, lo cual refiere “a la forma en que la inversión de capital en la vivienda desconecta cada vez más a la vivienda de su función social de provisión de un lugar para vivir en condiciones de seguridad y dignidad y, por lo tanto, socava la efectividad del derecho a la vivienda como un derecho humano” (37).

E. Retomando una línea ya señalada, el Comité agregará que aun cuando las condiciones del alojamiento alternativo ofrecido a la persona desalojada que sean compatibles con las obligaciones de los Estados en virtud del Pacto pueden variar de un Estado a otro, según su nivel de desarrollo y los recursos de que disponga, lo decisivo es que la solicitud de Walters de un alojamiento alternativo que le impida romper con su red social existente no era irrazonable, sobre todo teniendo en con-

(23) *Vide* Comité DESC: *Observación general n.º 4* (§ 18) y *Observación general n.º 7* (§ 1), *cit.*s.

(24) “[S]egún lo alegado por la autora y no rebatido por el Estado parte, esta no tenía posibilidades de obtener vivienda social debido a su situación irregular” (“Infante Díaz”, § 7.12).

(25) La autora había alegado que “el derecho a la propiedad de [la] entidad bancaria —puesta por el Estado parte en contraposición con el derecho a una vivienda digna— no es equivalente al derecho a la propiedad de cualquier persona física” (“Infante Díaz”, § 5.1). Recuérdese lo indicado en el párrafo quinto de la *Introducción*, y *vide* texto *infra* 4.C.

(26) “Los principios de razonabilidad y proporcionalidad pueden requerir que la orden de desalojo se suspenda para evitar exponer a las personas desalojadas a situaciones de indigencia o a violaciones de otros derechos que las asistan contenidos en el Pacto” (“Infante Díaz”, § 7.8).

(27) Son más propensas a problemas de salud re-

lacionados con la edad, pérdida de autonomía y aislamiento social. Por tanto, estas personas son especialmente sensibles a las expulsiones, que generan desorientación, descompensación, estrés y pérdida de referentes y vínculos sociales, que se suman a las consecuencias socioeconómicas de la expulsión (“Walters”, § 6.5).

(28) Al respecto, el Comité se funda en la información aportada por la *Equality Law Clinic* de la *Université libre de Bruxelles*, según la cual los hechos del caso tuvieron lugar en un contexto socioeconómico, en la región de Bruselas, donde los alquileres sufrieron un aumento de precio muy importante que redujo la parte del parque locativo accesible para el 60 % de la población con ingresos más reducidos, que tendría acceso a menos de un tercio del mercado de alquiler. Además, también habría aumentado la lista de hogares en espera de una vivienda social, así como el riesgo de pobreza y exclusión social (“Walters”, § 6.2). La citada institución fue admitida como tercero interviniente (ídem,

§ 6.1).

(29) Comité, *Maribel Viviana López Albán c. España*, *cit.*, § 11.5.

(30) Ídem, § 11.5; asimismo §§ 14 y 17.c.

(31) Ídem. El Juzgado en lo Penal “hizo un examen de proporcionalidad entre el daño causado por la autora al cometer el delito de usurpación y el mal que le intentaba librarse mediante tal comisión, encontrando una exigente 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” (ídem, § 11.6).

(32) Ídem, § 11.7. “[E]l Estado parte tiene la obligación de asegurar que el marco normativo permita que las personas objeto de una orden de desalojo que pudiera exponerlas al riesgo de indigencia o a una violación de sus derechos de conformidad con el Pacto, incluidas aquellas personas en situación irregular que ocupan sin título legal, puedan acceder al parque de vivienda social” (“Infante Díaz”, § 10).

(33) Ídem, §§ 12.2 y 14, y texto *supra* 1.D.

(34) DE SCHUTTER, Olivier, “Combating discrimination on grounds of socio-economic disadvantage: A tool in the fight against poverty”, *CRIDHO Working Paper* 2022-7, p. 16. *Vide supra* n.º 11.

(35) Un cambio radical en la vivienda de alguien de la edad del autor corría el riesgo de alterar su estilo de vida, como ocurrió con aquel, según lo estableció su psiquiatra (“Walters”, § 12.6).

(36) *James et autres c. Royaume-Uni*, Pleno, 21/2/1986, § 47; la primera oración del pasaje transcrito fue citada por el Corte Suprema de Justicia de la Nación en *Aquino c. Cargo Servicios Industriales S.A.*, Fallos 327:3753, § 12—2004—.

(37) *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, A/HRC/34/51, 2017, § 1.

sideración que el Estado parte es uno de los países con la renta per cápita más alta del mundo ("Walters", § 12.6). En suma: la existencia de indemnización y preaviso, no suple las insuficientes soluciones de realojamiento ofrecidas al autor y el desproporcionado impacto que tuvo sobre él la rescisión del contrato de arrendamiento, "persona de edad con ingresos limitados"; la rígida aplicación del marco legislativo sobre los arrendamientos y el

procedimiento de desalojo constituyó una violación por parte del Estado del derecho del autor a una vivienda adecuada, tal como está establecido en el art. 11, PIDESC, leído solo y en conjunción con el art. 2.2 (ídem, § 12.8). Ni las autoridades judiciales ni los servicios sociales habían considerado el impacto que un cambio forzoso de alojamiento podría tener en una persona mayor que vive en circunstancias económicas precarias (38).

(38) Global Initiative for Economic, Social and Cultural Rights, 2021 Yearbook of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights, p. 26.

(39) Vide GIALDINO, Rolando E., "El proceso judicial

como techo para los sin techo. El juez, los desalojos forzados y el derecho humano a la vivienda adecuada", cit. supra n. 7.

(40) El citado art. 4 expresa: "[a]l examinar las co-

Los derechos humanos, para su realización, dependen del celo que sobre ellos ejerza el Poder Judicial (39).

F. Por cierto, no es descartable que el desahucio tenga lugar sin que el Estado otorgue o garantice una vivienda alternativa a la persona afectada. De presentarse esta hipótesis, corresponderá al Estado "demostrar que consideró las circunstancias particulares del caso y que, a pesar de que tomó todas las medidas

razonables, hasta el máximo de sus recursos disponibles, no pudo satisfacer el derecho a la vivienda de la persona afectada. La información proporcionada por el Estado parte debe permitir al Comité considerar la razonabilidad de las medidas adoptadas, con arreglo al artículo 8, párrafo 4, del Protocolo Facultativo [PIDESC]" ("Infante Díaz", § 7.9) (40).

Cita on line: TR LALEY AR/DOC/2125/2023

mité tendrá presente que el Estado Parte puede adoptar toda una serie de posibles medidas de política para hacer efectivos los derechos enunciados en el Pacto".

Actualidad

Actualidad en Jurisprudencia Penal y Procesal Penal 3/2023



Horacio J. Romero Villanueva

Abogado. Profesor universitario.

SUMARIO: I. Corte Suprema de Justicia de la Nación. — II. Cámara Federal de Casación Penal. — III. Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal. — IV. Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional. — V. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional. — VI. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico. — VII. Superiores Tribunales de las Provincias:

I. Corte Suprema de Justicia de la Nación

I.1. Recurso extraordinario: Garantías. Derecho a ser juzgado en un plazo razonable. Dilaciones indebidas

La CSN en la causa N° CCC 500000816/2004/TO01/1/1/1/RH00204/07/2023, caratulada "Recurso Queja N° 1 — Legajo N° 1, Marasalehi Muñiz, Marcos — Leandro y otros s/ legajo de casación" (rta. el 4/07/2023), con el voto de los Ministros Horacio D. Rossati, Carlos F. Rosenkrantz, Juan C. Maqueda, y Ricardo L. Lorenzetti y remitiéndose a los fundamentos del Procurador General, resolvió hacer lugar a la queja, se declara procedente el recurso extraordinario y se deja sin efecto la sentencia apelada, por desoír una sentencia anterior de la Corte en la misma causa, dado que la Cámara de Casación rechazó el recurso planteado por uno de los acusados lo que originó otro nuevo recurso extraordinario.

El Máximo Tribunal dejó sin efecto la sentencia por considerar que se había apartado de su previa decisión, en la que había señalado el alcance que debe darse al derecho a obtener un pronunciamiento sin dilaciones indebidas. Destacó que la duración de la causa no podía ser atribuida al imputado ni a la complejidad del caso, y por lo tanto se configuraba la afectación al derecho a ser juzgado en un plazo razonable que nuevamente reclamaba la recurrente. En respuesta al argumento relativo a que el imputado no había demostrado el perjuicio concreto al no haber sido privado de su libertad el Tribunal señaló que, no obstante que el enjuiciamiento penal comporta una situación de incertidumbre y de restricción de aquella, las referidas son dos garantías diferentes cuya lesión podría acarrear consecuencias distintas.

Por último, agregó que resultaba un contrasentido que al rechazar el recurso de casación la cámara haya admitido que se había verificado una considerable demora causada en gran medida por la dilación de la etapa de juicio y, a la vez, haya objetado a la defensa que omitiera indicar los actos que habrían dado lugar a dilaciones indebidas.

II. Cámara Federal de Casación Penal

II.1. Delitos contra la propiedad: Defraudación. Administración fraudulenta en perjuicio de la Administración pública. Secretaría de Estado. Uso de fondos públicos para solventar gastos personales y otros no justificados

La Sala 1ª en la causa N° CFP 10432/2007/TO1/CFCL, caratulada "P., R. s/ recurso de casación" (rta. el 11/07/2023), integrada por los jueces Daniel A. Petrone, Diego G. Barroetaveña y Ana María Figueroa, resolvió rechazar el recurso de casación de la defensa contra la sentencia condenatoria impuesta a la secretaria de estado considerado acreditado que la exfuncionaria utilizó fondos públicos para solventar gastos personales y otros no justificados, pasajes aéreos para familiares y allegados, y vuelos privados. Además, se dispuso que reintegre por el perjuicio ocasionado.

En sus fundamentos el fallo dio por acreditado la utilización discrecional de manera irregular, abusiva y fraudulenta fondos públicos asignados presupuestariamente a dicha repartición pública, cuya custodia y administración le habían sido confiados, para solventar gastos personales, de su familia y de personas allegadas a ella, que no hacían a los fines, metas y objetivos que tenía dicha dependencia, procurando para sí y para terceros un lucro indebido, causándole un perjuicio económico al patrimonio del Estado nacional.

Los magistrados también avalaron la prueba con la que imputada fue condena-

da en el debate oral dado que la defensa no ha logrado demostrar que el tribunal hubiere incurrido en una incorrecta ponderación de esta, ni se existieron fundamentos para dudar de la veracidad de los dichos de los testigos por la mera invocación de la supuesta existencia de razones para que aquellos ocultaran la verdad. Se trata pues de una mera conjetura que no encuentra ningún asidero en el plexo del caso.

Para concluir que, por el contrario del estudio integral del cuadro probatorio del caso, con el alcance con que puede ser materia de revisión en esta instancia, surge que los jueces han efectuado una razonable justipreciación de esos elementos de modo crítico y correlacionado con el total del cuadro probatorio, dado que modo de ejemplo la identificación de rendimiento de conceptos como adquisición de botellas de vino, almuerzos, cenas, desayunos, talarbartería, panadería, pasajes, equipo telefónico, repuestos de automotor, alojamiento, bazar, entre muchos otros; la falta de justificación de una eventual urgencia para las erogaciones y falta de documentación de razones de servicio que las justificaran; la falta de identificación del objeto del gasto o el usuario de un servicio (hoteles, almuerzos, cenas), son ejemplos de los gastos injustificados.

II.2. Falsedad documental. Ideológica. Escritura pública. Confección con datos falsos de un poder general amplio de administración. Convivencia con el escribano. Condona

La sala 2ª en la causa N° FSM 1174/2013/TO1/CFC2, caratulada "D. C., H. y otros s/ recurso de casación" (rta. el 8/08/2023), integrada por los jueces Ángela E. Ledesma, Guillermo J. Yacubucci y Alejandro W. Slogar, resolvió rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa de condenado en orden al delito de falsedad ideológica de documento público, en calidad de au-

tor — arts. 45 y 293 en función del art. 292, primer párrafo del Cód. Penal —, al haber intervenido en convivencia con otros coimputados en la confección de una escritura, en la que con su conocimiento y voluntad se consignaron datos falsos concernientes a Poder General Amplio de Administración y Disposición otorgado en su favor, a sabiendas que dicho acto notarial nunca fue llevado a cabo, luego que constara este último en el Registro de la Propiedad.

En sus fundamentos la sala recordó que la convicción condenatoria se abonó principalmente en la acreditación de un vínculo entre el encartado y el fallecido escribano otorgante del instrumento público en cuestión, determinándose que se encontraba ligado a la confección del poder objeto del presente debate.

En este sentido, comprobado vínculo, con más las inconsistencias en los descargos formulados por condenado vinculados a supuestos robos de identidad de los que habría sido víctima, constituyen un elenco de pruebas que, en su análisis de cargo, ha respetado la lógica y la crítica razonable del debate, y se observó que el recurso de la defensa intenta derribar algunas pruebas por separado — incluso por la vía del absurdo —, sin tener en cuenta que es el conjunto de ellas — sana crítica racional mediante — lo que permite arribar a una sentencia condenatoria.

La conducta típica atendida en el tipo penal enrostrado al imputado consiste en insertar o hacer insertar en un documento público declaraciones falsas y que ellas tengan aptitud para producir un perjuicio, y la falsedad ideológica puede ser definida como aquella declaración falsa contenida en un documento auténtico, en suma, de un documento que en sus formas es auténtico pero que en su contenido es falso

Nos hallamos en presencia de un delito contra la fe pública, respecto del cual aun