



Red Tiempo de los Derechos



Papeles el tiempo de los derechos

LOS RECIENTES PRONUNCIAMIENTOS DEL COMITÉ DESC EN MATERIA DE VIVIENDA Y SUS POSIBLES EFECTOS JURÍDICOS: ESPECIAL REFERENCIA AL CASO *BEN DJAZIA ET AL.* Y A LOS DESAHUCIOS EN ESPAÑA

Juan Carlos Benito Sánchez

Investigador predoctoral (F.R.S.-FNRS FRESH),
Centre de philosophie du droit, UCLouvain (Bélgica)

Palabras clave: derecho a la vivienda, Comité DESC, PIDESC, desahucios, España

Número: 4 Año: 2019

ISSN: 1989-8797

Comité Evaluador de los Working Papers “El Tiempo de los Derechos”

María José Añón (Universidad de Valencia)
María del Carmen Barranco (Universidad Carlos III)
María José Bernuz (Universidad de Zaragoza)
Manuel Calvo García (Universidad de Zaragoza)
Rafael de Asís (Universidad Carlos III)
Eusebio Fernández (Universidad Carlos III)
Andrés García Inda (Universidad de Zaragoza)
Cristina García Pascual (Universidad de Valencia)
Isabel Garrido (Universidad de Alcalá)
María José González Ordovás (Universidad de Zaragoza)
Jesús Ignacio Martínez García (Universidad of Cantabria)
Antonio E Pérez Luño (Universidad de Sevilla)
Miguel Revenga (Universidad de Cádiz)
Maria Eugenia Rodríguez Palop (Universidad Carlos III)
Eduardo Ruiz Vieytes (Universidad de Deusto)
Jaume Saura (Instituto de Derechos Humanos de Cataluña)

Los recientes pronunciamientos del Comité DESC en materia de vivienda y sus posibles efectos jurídicos: especial referencia al caso *Ben Djazia et al.* y a los desahucios en España

JUAN CARLOS BENITO SÁNCHEZ

Investigador predoctoral (F.R.S.-FNRS FRESH),
Centre de philosophie du droit, UCLouvain (Bélgica)

Esta comunicación analiza los recientes pronunciamientos del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Comité DESC) en materia de vivienda y sus posibles efectos en el ordenamiento jurídico español. Se aborda en especial el dictamen del Comité en el caso Ben Djazia et al. y la problemática de los desahucios en España. Tras un resumen analítico de las recientes resoluciones del Comité DESC en este ámbito, tanto en el marco del mecanismo de evaluación periódica de los Estados parte en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales como del mecanismo de reclamaciones individuales previsto por el Protocolo Facultativo al Pacto, se evalúan sus posibles efectos desde la perspectiva de su recepción jurisprudencial y legislativa.

Introducción

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Comité DESC) de Naciones Unidas es el órgano de expertos encargado de interpretar y evaluar el cumplimiento del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), en vigor desde 1976 y ratificado en 1977 por España¹. Entre los derechos contenidos en el Pacto figura el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, “incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados”, y a una mejora continua de sus condiciones de existencia². Este derecho a un nivel de vida adecuado, que tiene un sentido amplio, genera diversos derechos conexos que pueden ser entendidos de manera independiente: entre otros, el derecho a una vivienda adecuada³.

El PIDESC prevé un sistema de evaluación periódica de su implementación a través de informes presentados por los Estados parte conforme a un procedimiento inicialmente establecido por el Consejo Económico y Social de Naciones Unidas⁴. En la práctica, los Estados presentan sus informes cada cinco años. España presentó su sexto informe en octubre de 2017. El Comité DESC examina estos informes y, tras una serie de interacciones con el Estado a través de un diálogo constructivo, emite sus observaciones

¹ Asamblea General, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, A/RES/2200 (XXI) (16 de diciembre de 1966).

² Asamblea General, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, art. 11, párr. 1.

³ Véase Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación general n.º 4: El derecho a una vivienda adecuada (párrafo 1 del artículo 11 del Pacto), E/1992/23 (1 de enero de 1992).

⁴ Asamblea General, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, arts. 16 y ss.

finales, que incluyen normalmente una serie de recomendaciones al Estado para lograr la plena efectividad de los derechos contenidos en el Pacto.

Además de este procedimiento de evaluación periódica, la ratificación por España del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PF-PIDESC) en 2010 supuso el reconocimiento de la competencia del Comité DESC para recibir y examinar comunicaciones presentadas por personas o grupos de personas bajo jurisdicción española que aleguen ser víctimas de una violación por parte de España de alguno de los derechos enunciados en el Pacto⁵. El Protocolo Facultativo, en vigor desde el 5 de mayo de 2013, crea, por tanto, un sistema de reclamaciones individuales en caso de agotamiento de los recursos internos o en caso de que la tramitación de estos recursos se prolongue injustificadamente. Una vez examinada la comunicación presentada por los autores, el Comité emite un dictamen, que suele ir acompañado de recomendaciones al Estado. El Estado dará entonces “la debida consideración al dictamen del Comité, así como a sus recomendaciones, si las hubiere”⁶.

El Comité DESC publicó su primer dictamen relativo al derecho a la vivienda el 13 de octubre de 2015, en el caso *I.D.G. c. España*⁷. Se trataba de un caso de impago de las cuotas debidas a una entidad bancaria con motivo de un contrato de préstamo con garantía hipotecaria, que llevó a la entidad a instar un procedimiento de ejecución hipotecaria contra la autora de la comunicación. Ante la dificultad para localizarla y tras algunos intentos fallidos de notificación personal, se procedió a la notificación por edicto. Como consecuencia, la autora solo tomó conocimiento del proceso una vez fue ordenada la subasta de su vivienda. El juzgado de primera instancia desestimó su recurso de reposición contra la diligencia ordenando la subasta y, posteriormente, el Tribunal Constitucional inadmitió su recurso de amparo. La autora presentó una comunicación ante el Comité DESC en el marco del Protocolo Facultativo, alegando una vulneración de su derecho a una vivienda adecuada.

La autora subrayó ante el Comité la situación de grave crisis habitacional en España y alegó una vulneración de su derecho a la tutela judicial efectiva en conexión con su derecho a la vivienda, puesto que la notificación del proceso de ejecución hipotecaria se realizó sin observar todas las garantías debidas y dado que la falta de acceso a un recurso efectivo le impidió denunciar el carácter abusivo de ciertas cláusulas de su contrato de préstamo. El Comité DESC constató en su dictamen una vulneración del derecho a una vivienda adecuada, al considerar que el juzgado no tomó todas las medidas razonables para notificar adecuadamente a la autora de la demanda de ejecución hipotecaria.

No cabe duda de que la relevancia política y mediática de los pronunciamientos del Comité DESC se ha multiplicado a raíz de este primer dictamen. Los dos recientes dictámenes del Comité en materia de vivienda —*I.D.G. c. España y Ben Djazia et al.*—, así como sus observaciones finales y sus solicitudes de medidas provisionales, han

⁵ Asamblea General, Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, A/RES/63/117 (10 de diciembre de 2008).

⁶ Asamblea General, Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, art. 9, párr. 1.

⁷ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Comunicación núm. 2/2014, E/C.12/55/D/2/2014 (13 de octubre de 2015).

sido ampliamente difundidos en medios de comunicación y movilizados por movimientos sociales⁸. Si bien el impacto social de los pronunciamientos del Comité ha sido notable, cabe preguntarse cuál ha sido su impacto jurídico en la práctica.

En otras palabras, ¿podemos constatar un cambio de tendencia hacia la toma en consideración de los pronunciamientos del Comité DESC en materia de vivienda a nivel jurisprudencial y legislativo? Esta comunicación a congreso responde a nuestra pregunta de investigación a través de un resumen analítico de los últimos pronunciamientos del Comité DESC en materia de vivienda (1), así como una evaluación de sus posibles efectos jurídicos desde la perspectiva de su recepción jurisprudencial (2) y legislativa (3). El estudio se centra en el dictamen del Comité DESC en el caso *Ben Djazia et al.* y en los desahucios, para poder delimitar y profundizar mejor en nuestro análisis.

1. Los recientes pronunciamientos del Comité DESC en materia de vivienda

Los pronunciamientos del Comité DESC pueden recaer en el marco del examen periódico a los Estados parte en el PIDESC (1.1) o bien en el marco del mecanismo de comunicaciones individuales introducido por el Protocolo Facultativo. En este último caso, los pronunciamientos pueden estar incluidos en una solicitud de medidas provisionales mientras el Comité examina una comunicación (1.2) o en el dictamen final que el Comité emite una vez concluido su examen (1.3). A continuación analizamos los pronunciamientos recientes del Comité en materia de vivienda, diferenciando entre estos tres tipos de consideraciones.

1.1. *Las Observaciones finales del Comité DESC sobre el sexto informe periódico de España (abril de 2018)*

Conforme al artículo 16 del PIDESC, los Estados parte se comprometen a presentar informes periódicos ante el Comité DESC relativos a las medidas adoptadas y al progreso realizado en la protección de los derechos contenidos en el Pacto. En el caso de España, opera el procedimiento conocido como “procedimiento simplificado de presentación de informes”, que funciona a través de un cuestionario previo transmitido por el Comité, con una serie de preguntas agrupadas en distintas temáticas⁹. Una vez recibido este cuestionario, el Estado presenta un informe dando respuesta a esas cuestiones. El Comité y el Estado entablan, por medio de este procedimiento, un diálogo constructivo, en el que los miembros del Comité pueden recibir respuestas de

⁸ Véase, por ejemplo, Galaup, Laura, “La ONU dictamina que España violó los derechos de una familia desahuciada que acabó durmiendo en un coche”, *eldiario.es*, 5 de julio de 2017, https://www.eldiario.es/sociedad/ONU-dictamina-Espana-desahuciada-durmiente_0_661784476.html; “España violó el derecho a la vivienda de una familia con hijos menores en un desahucio”, *Público*, 5 de julio de 2017, <https://www.publico.es/sociedad/vivienda-espana-violó-derecho-vivienda-familia-hijos-menores-desahucio.html>; “El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU reconoce el derecho de los inquilinos a una vivienda adecuada”, *Red-DESC*, 7 de julio de 2017, <https://www.escr-net.org/es/noticias/2017/comite-derechos-economicos-sociales-y-culturales-onu-reconoce-derecho-inquilinos-una>; “Naciones Unidas condena a España por no garantizar vivienda alternativa a una familia desahuciada”, *Amnistía Internacional*, 5 de julio de 2017, <https://www.es.amnesty.org/en-que-estamos/noticias/noticia/articulo/naciones-unidas-condena-a-espana-por-no-garantizar-vivienda-alternativa-a-una-familia-desahuciada/>.

⁹ Véase Naciones Unidas, Procedimiento simplificado de presentación de informes, HRI/MC/2014/4 (14 de abril de 2014).

manera oral por parte de una delegación estatal multisectorial. En este mismo procedimiento intervienen también organizaciones de la sociedad civil.

En sus Observaciones finales sobre el sexto informe periódico de España, publicadas el 25 de abril de 2018¹⁰, el Comité DESC lamenta con carácter general que los derechos económicos, sociales y culturales en España sigan siendo considerados como meros principios rectores de la política social y económica y que, en términos generales, estos puedan ser únicamente invocados tras su posterior desarrollo legislativo. Como elemento central, el Comité critica que España no disponga de un mecanismo adecuado para aplicar los dictámenes y recomendaciones del Comité¹¹. Asimismo, valora negativamente la persistencia de disparidades entre diferentes comunidades autónomas, e insta a España a mejorar sus sistemas de coordinación entre el gobierno central y las comunidades autónomas encargadas de prestar servicios públicos de bienestar social¹².

Específicamente en materia de vivienda, preocupan al Comité el número insuficiente de viviendas sociales, la creciente falta de asequibilidad de la vivienda (particularmente en el mercado privado) debido a los precios excesivos y la falta de protección adecuada de la seguridad de la tenencia, así como el elevado número de hogares sin vivienda adecuada y de personas sin hogar¹³.

Analiza también el Comité la cuestión de los desahucios, subrayando “la falta de un marco legislativo adecuado que determine las debidas garantías legales y procesales para las personas afectadas”¹⁴. Conforme a ello, recomienda que España:

Adopte un marco legislativo que establezca requisitos y procedimientos adecuados para llevar a cabo desahucios o desalojos forzados, que entre otros incorpore los principios de razonabilidad y proporcionalidad, así como las debidas garantías legales y procesales para las personas afectadas, asegurando que las personas afectadas tengan acceso a una compensación o la opción de una vivienda alternativa adecuada, sean informadas con un plazo suficiente y razonable de notificación sobre las decisiones que ordenen los desahucios y tengan acceso a un recurso judicial efectivo. El Comité recomienda al Estado parte que adopte un protocolo de actuación en casos de desahucios que asegure una coordinación adecuada entre los tribunales y los servicios sociales locales, así como entre los servicios sociales mismos, a fin de brindar una protección adecuada a las personas que puedan quedarse sin hogar como resultado del desahucio¹⁵.

En resumen, de cara a nuestro posterior análisis, destaca el mandato al Estado de establecer procedimientos adecuados de desahucio que permitan evaluar la proporcionalidad del lanzamiento, prevean una alternativa habitacional adecuada y garanticen el acceso a un recurso judicial efectivo. Además, se recomienda la puesta en marcha de un protocolo de coordinación entre los tribunales y las administraciones públicas encargadas de gestionar recursos contra el sinhogarismo. Como veremos a lo

¹⁰ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observaciones finales sobre el sexto informe periódico de España, E/C.12/ESP/CO/6 (25 de abril de 2018).

¹¹ Observaciones finales sobre el sexto informe periódico de España, párr. 5.

¹² Observaciones finales sobre el sexto informe periódico de España, párr. 12.

¹³ Observaciones finales sobre el sexto informe periódico de España, párr. 35.

¹⁴ Observaciones finales sobre el sexto informe periódico de España, párr. 37.

¹⁵ Observaciones finales sobre el sexto informe periódico de España, párr. 38.

largo de esta comunicación, este tipo de recomendaciones se repiten en otros pronunciamientos del Comité.

1.2. Las medidas provisionales solicitadas por el Comité DESC en el marco del mecanismo de comunicaciones individuales

Dentro del mecanismo de examen de comunicaciones individuales creado por el Protocolo Facultativo del PIDESC, el Comité puede dirigir al Estado una solicitud de medidas provisionales en cualquier momento tras haber recibido una comunicación y antes de pronunciarse sobre el fondo. Estas medidas serán las “necesarias en circunstancias excepcionales a fin de evitar posibles daños irreparables a la víctima o las víctimas de la supuesta violación”¹⁶. Esta facultad no implica juicio alguno sobre la admisibilidad o sobre el fondo de la comunicación.

En los últimos meses, el Comité DESC ha utilizado esta potestad para solicitar la suspensión de un gran número de lanzamientos en procesos de desahucio en curso en los que una alternativa habitacional adecuada no estaba garantizada. La efectividad práctica de estas solicitudes de medidas provisionales es, sin embargo, variable: de acuerdo con los reportes de medios de comunicación y movimientos sociales, estas solicitudes le llegan frecuentemente al juez a través del abogado de los demandados, en vez de trasmitírselas el Estado por una vía de comunicación oficial. A pesar de todo, estas solicitudes no son siempre atendidas: en algunos casos, el juez ha ordenado que se proceda al lanzamiento a pesar de existir una solicitud de medidas provisionales del Comité DESC¹⁷.

En este tipo de solicitudes, dirigidas a la Misión Permanente de España ante la Oficina de las Naciones Unidas en Ginebra, el Comité recuerda el contenido de sus Observaciones Generales n.^{os} 4 y 7, que estipulan, entre otros, que los desalojos no pueden tener como consecuencia que personas se queden sin vivienda o que queden expuestas a violaciones de otros derechos humanos y que, cuando los afectados no dispongan de recursos suficientes, el Estado debe adoptar todas las medidas necesarias hasta el máximo de sus recursos disponibles para que se les proporcione otra vivienda¹⁸. Seguidamente, el Comité solicita al Estado que tome medidas para evitar posibles daños irreparables a los autores de la comunicación mientras su caso es examinado por el Comité, incluyendo la suspensión del desahucio de la vivienda que ocupan o,

¹⁶ Asamblea General, Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, art. 5, párr. 1.

¹⁷ Véase Galaup, Laura, “España desoye un dictamen de la ONU que le insta a evitar desahucios de familias vulnerables”, *eldiario.es*, 21 de noviembre de 2017, https://www.eldiario.es/sociedad/desahucios-ONU_0_710429404.html; Sanz Paratcha, Diego, “La lluvia fina de las órdenes de la ONU contra los desahucios en España”, *El Salto*, 18 de julio de 2018, <https://www.elsaltodiaro.com/vivienda/desahucios-medidas-cautelares-onu-espana>; Núñez-Villaveirán, Luis, “Una familia podría ser desalojada pese a un escrito contrario de Naciones Unidas”, *El Mundo*, 29 de marzo de 2018, <http://www.elmundo.es/madrid/2018/03/29/5abbc1a646163f142e8b4664.html>; “La ONU ordena la suspensión cautelar del desahucio de una familia con dos niñas en Madrid”, *RTVE*, 28 de marzo de 2018, <http://www.rtve.es/noticias/20180328/onu-ordena-suspension-cautelar-del-desahucio-familia-dos-ninas-madrid/1704640.shtml>.

¹⁸ Véase Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación general n.^º 4: El derecho a una vivienda adecuada (párrafo 1 del artículo 11 del Pacto); Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación general n.^º 7: El derecho a una vivienda adecuada (párrafo 1 del artículo 11 del Pacto): los desalojos forzosos, E/1998/22 (20 de mayo de 1997).

alternativamente, la garantía de una vivienda alternativa adecuada a sus necesidades, todo ello en el marco de una consulta genuina y efectiva con los autores.

Cabe destacar, por tanto, la falta de un cauce procesal específico por el que estas solicitudes de medidas provisionales puedan ser transmitidas de manera directa al juez o tribunal responsable, así como una provisión que garantice la obligatoriedad de aplicar estas medidas como parte de las garantías procedimentales reconocidas en el ordenamiento jurídico español.

1.3. El dictamen del Comité DESC en el caso Ben Djazia et al.: comentario y pistas de análisis

El 20 de junio de 2017, el Comité DESC emitió su segundo dictamen relativo al derecho a la vivienda en el caso *Ben Djazia et al.* (también conocido como *M.B.D. c. España*)¹⁹. Esta comunicación aborda precisamente la cuestión de los procesos de desahucio y los lanzamientos sin alternativa habitacional adecuada, y la responsabilidad del Estado en este contexto bajo el Derecho internacional de los derechos humanos. La relevancia de este dictamen nos lleva a detenernos sobre los hechos que lo occasionaron, así como el razonamiento jurídico del Comité y las recomendaciones formuladas al Estado español.

El dictamen examina el caso de Mohamed Ben Djazia, Naouel Bellili y sus dos hijos menores de edad, de uno y tres años en aquel momento. Los autores vivían con sus hijos en una habitación alquilada en un piso en Madrid. Pese a haber presentado solicitudes de vivienda social de manera repetida durante doce años, ninguna de estas fue atendida. Una vez agotado el subsidio por desempleo que recibía Ben Djazia, los autores se vieron ante la imposibilidad de hacer frente al pago de su alquiler durante varios meses. El plazo contractual terminó, habiendo manifestado la arrendadora con anterioridad su voluntad de no prorrogar el contrato. Sin embargo, los autores se negaron a abandonar la habitación, ya que no disponían de alojamiento alternativo. La arrendadora interpuso una demanda de juicio verbal de desahucio. Ben Djazia solicitó en ese momento asistencia jurídica gratuita, que fue denegada por considerarse insostenible su pretensión²⁰.

El juzgado de primera instancia declaró concluido el contrato de arrendamiento por expiración del plazo contractual y ordenó el desalojo de los autores. El juzgado tomó nota de su situación económica y familiar, dando traslado a los organismos correspondientes en materia de servicios sociales, tanto autonómicos como municipales. Los autores se opusieron al desalojo, alegando que ello equivaldría a una vulneración de su derecho a una vivienda digna y adecuada. Tras ser rechazada su oposición, estos interpusieron un recurso de reposición, que fue desestimado. Seguidamente, presentaron un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, sin que este decretara medidas cautelares suspendiendo el lanzamiento. Los autores fueron finalmente desalojados. Durmieron en un albergue municipal durante diez días, plazo máximo tras el cual debían abandonarlo. Ante la ausencia de alternativa habitacional, se vieron abocados a

¹⁹ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Comunicación núm. 5/2015, E/C.12/61/D/5/2015 (21 de julio de 2017).

²⁰ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Comunicación núm. 5/2015, párr. 2.1 y ss.

dormir con sus hijos de corta edad en el automóvil familiar durante cuatro noches, hasta que un conocido les ofreció un alojamiento temporal.

Los autores alegaron ante el Comité DESC una vulneración de su derecho a la vivienda, indicando que el proceso judicial de desahucio no observó las debidas garantías, puesto que la legislación española no permite a los tribunales evaluar las consecuencias de un desalojo forzoso ni las circunstancias particulares de cada caso. Recuerdan que la legislación española solamente prevé que en los procesos judiciales de desahucio los demandados se opongan alegando el pago total o parcial del alquiler o cuestionando otros extremos como la legitimación activa o el plazo contractual, pero estos no pueden oponerse al desalojo sobre la base de que ello conllevaría una vulneración de su derecho a la vivienda o los expondría a otras violaciones de derechos humanos²¹. En caso de querer interponer un recurso de apelación, extraordinario por infracción procesal o de casación, los demandados deben manifestar por escrito que han abonado las rentas vencidas y las que con arreglo al contrato deban pagar adelantadas²². Además, aunque interpongan un recurso de amparo, que no tiene por sí mismo efectos suspensivos, el Tribunal Constitucional raramente adopta medidas cautelares suspendiendo el lanzamiento²³.

Cabe destacar la intervención de la Relatora Especial de Naciones Unidas sobre una vivienda adecuada como elemento integrante del derecho a un nivel de vida adecuado y sobre el derecho de no discriminación a este respecto²⁴. Sin entrar a valorar las denuncias de los autores en el caso específico, la relatora subraya el hecho de que los autores no tuvieron recursos efectivos frente a los tribunales domésticos que pudieran haber impedido su situación de sinhogarismo y denuncia que la legislación aplicable permite que un contrato de arrendamiento termine por la simple expiración del plazo contractual, sin que existan causas tasadas en ausencia de las cuales el contrato deba ser obligatoriamente renovado²⁵.

En su dictamen, el Comité DESC recuerda que el derecho humano a una vivienda adecuada es un derecho fundamental que debe garantizarse a todos, sean cuales fueren sus ingresos o su acceso a recursos económicos. En el marco del PIDESC, los Estados deben tomar todas las medidas necesarias para lograr la plena realización de este derecho, hasta el máximo de sus recursos disponibles. El derecho a la vivienda implica que todos deben gozar de un grado de seguridad de tenencia tal que les garantice una protección legal contra los desahucios, y esta garantía también se aplica a los arrendatarios de vivienda, sea el titular de esta una administración pública o un propietario privado²⁶.

²¹ Véase Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, *Boletín Oficial del Estado*, 8 de enero de 2001, núm. 7, p. 575, arts. 441.1 bis y 444.1 bis.

²² Véase Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, art. 449.1.

²³ Véase Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, *Boletín Oficial del Estado*, 25 de octubre de 1979, núm. 239, p. 23186, art. 56.

²⁴ Relatora Especial de Naciones Unidas 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, Sra. Leilani Farha, Comunicación 5/2015: MDB [sic] et al. c. España, 31 de enero de 2017.

²⁵ Relatora Especial de Naciones Unidas 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, Sra. Leilani Farha, Comunicación 5/2015: MDB [sic] et al. c. España, párr. 26.

²⁶ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Comunicación núm. 5/2015, párr. 13.1 y ss.

El Comité evoca asimismo la prohibición de los desalojos forzados, que son a priori incompatibles con los requisitos del Pacto y solo pueden justificarse en las circunstancias más excepcionales y de conformidad con el Derecho internacional de los derechos humanos. La expresión “desalojo forzoso” cobra aquí un sentido técnico-jurídico y se refiere precisamente a los desalojos que no cumplen con los requisitos del Pacto y del Derecho internacional aplicable. Este término no se limita, por tanto, a los desalojos a gran escala de comunidades enteras y se aplica también a los supuestos de ocupación sin título²⁷.

Las autoridades competentes deben garantizar la observancia de los principios de razonabilidad y proporcionalidad, así como el respeto de las garantías procesales, que deben incluir una auténtica oportunidad de consulta genuina y efectiva con los afectados. Puesto que no existe derecho sin recurso efectivo, el Comité apunta que los Estados deben garantizar que las personas cuyo derecho a la vivienda pudiera resultar afectado disponen de un recurso judicial efectivo y apropiado.

Por tanto, para poder proceder a un desahucio por impago de alquiler sin que este sea considerado un desalojo forzoso, deben concurrir los siguientes requisitos: la medida debe estar prevista por ley, debe realizarse como último recurso, las personas afectadas deben tener acceso a un recurso judicial efectivo en el que se dirima si la medida está debidamente justificada, debe existir una consulta genuina y efectiva con los afectados, no deben existir medios alternativos o medidas menos gravosas y las personas afectadas no deben quedar en una situación que constituya una violación de derechos humanos o que los exponga a ello²⁸.

Procede citar completo, por su relevancia, el siguiente fragmento:

En particular, los desalojos no deberían dar lugar a que los afectados queden sin vivienda. Por tanto, si 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. Los Estados partes deben prestar especial atención a los casos en que los desalojos afecten a mujeres, niños, personas mayores, personas con discapacidad, así como a otros individuos o grupos que sufren discriminación sistemática o estén en una situación de vulnerabilidad. El Estado parte 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 particulares, como el arrendador²⁹.

En el caso de Ben Djazia, el Comité toma nota de que el desalojo tuvo lugar sin evaluar las posibles consecuencias de esta medida sobre los autores y en particular sobre sus hijos menores. Considera, en consecuencia, que el hecho de que el desalojo de los autores se llevara a cabo sin que existiera una confirmación de la disponibilidad de vivienda alternativa constituyó una violación del derecho de los autores a una vivienda

²⁷ Véase Relatora Especial de Naciones Unidas 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, Sra. Leilani Farha, Comunicación 5/2015: MDB [sic] et al. c. España, párr. 27.

²⁸ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Comunicación núm. 5/2015, párr. 15.1.

²⁹ Comunicación núm. 5/2015, párr. 15.2.

adecuada, dado que el Estado no demostró haber realizado todos los esfuerzos posibles utilizando todos los recursos a su disposición con este fin³⁰.

Una vez constatada la violación del Pacto, el Comité formula una serie de recomendaciones al Estado. Respecto de los autores, se les debe una reparación efectiva: ello implica, en caso de que aún no cuenten con una vivienda adecuada, evaluar su situación y otorgarles una vivienda pública o tomar otras medidas que les permitan vivir en una vivienda adecuada, más una compensación económica³¹. Con carácter general, el Comité considera que España debe, entre otros:

Adoptar medidas legislativas y/o administrativas pertinentes para garantizar que, en los procesos judiciales de desalojos de inquilinos, los demandados puedan oponerse o presentar un recurso con el fin de que el juez considere las consecuencias del desalojo y la compatibilidad de esta medida con el Pacto.

Adoptar las medidas necesarias para superar los problemas de falta de coordinación entre las decisiones judiciales y las acciones de los servicios sociales que pueden conducir a que una persona desalojada pueda quedar sin vivienda adecuada.

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 vulnerabilidad³².

Junto al claro valor interpretativo de este dictamen para determinar el alcance de las garantías que rodean al derecho a una vivienda adecuada en Derecho internacional de los derechos humanos, y de cara al objeto de este estudio, pueden subrayarse los siguientes elementos: la necesidad de observar los principios de razonabilidad y proporcionalidad antes de ordenar un lanzamiento, el necesario acceso de los afectados a un recurso judicial efectivo y apropiado y la necesaria oportunidad de una consulta genuina y efectiva con ellos.

Una vez presentado este resumen analítico de los últimos pronunciamientos del Comité DESC en materia de vivienda, pasamos a considerar sus posibles efectos jurídicos para el ordenamiento interno español. Con este objetivo, evaluamos su eventual recepción en Derecho interno desde los puntos de vista jurisprudencial y legislativo.

³⁰ Comunicación núm. 5/2015, párr. 18.

³¹ Comunicación núm. 5/2015, párr. 20.

³² Comunicación núm. 5/2015, párr. 21.

2. Los posibles efectos jurídicos de los pronunciamientos del Comité DESC en materia de vivienda (I): recepción jurisprudencial

Con la finalidad de interrogarnos sobre los efectos jurídicos de los pronunciamientos del Comité DESC en materia de vivienda, examinaremos primeramente su posible recepción jurisprudencial, partiendo de la ausencia de jurisprudencia que mencione de manera explícita el dictamen en el caso *Ben Djazia et al.* o los otros pronunciamientos del Comité citados. Nos centramos aquí por tanto en dos recientes sentencias del Tribunal Supremo: en una se discuten los efectos jurídicos de los dictámenes de órganos de supervisión de tratados (2.1); en la otra se analiza la obligatoriedad de realizar un juicio de proporcionalidad en los procesos judiciales de desahucio (2.2).

2.1. Los efectos jurídicos de los dictámenes de órganos de supervisión de tratados: la STS 1263/2018

Para analizar el valor jurídico de la obligación de reparar a los autores contenida en pronunciamientos de órganos de expertos creados en virtud de tratados de derechos humanos, que en *Ben Djazia et al.* se articula como una indemnización pecuniaria más una obligación de evaluar la situación de los autores y otorgarles una vivienda pública o tomar otras medidas que les permitan vivir en una vivienda adecuada, podemos referirnos a la reciente Sentencia del Tribunal Supremo 1263/2018, de 17 de julio de 2018³³. Como apuntaremos, aunque esta sentencia se enmarca en un proceso de reclamación de responsabilidad patrimonial del Estado, el TS realiza una serie de consideraciones jurídicas que pueden aplicarse también a las recomendaciones de alcance general contenidas en dictámenes de órganos como el Comité DESC.

La sentencia del Tribunal Supremo examina la efectividad jurídica de un dictamen del Comité CEDAW, emitido dentro del sistema de reclamaciones individuales propio a esa convención. El Comité CEDAW es el órgano de expertos vinculado a la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, cuyo Protocolo Facultativo prevé un sistema de comunicaciones individuales similar al contenido en el PIDESC³⁴.

Se trataba en este caso de una comunicación presentada por una mujer cuya hija fue asesinada a manos de su expareja debido a una modificación en el régimen de visitas acordado por el juez, que pasó de ser con vigilancia a no vigilado, sin las necesarias salvaguardas y sin tener en cuenta los patrones de violencia contra la mujer que caracterizaron a las relaciones familiares durante años³⁵. El Comité CEDAW constató la vulneración de varios de los derechos contenidos en la Convención, ordenando al

³³ Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4^a), Sentencia núm. 1263/2018, 17 de julio de 2018.

³⁴ Véase Asamblea General, Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, A/RES/34/180 (18 de diciembre de 1979); Asamblea General, Protocolo Facultativo de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, A/RES/54/4 (15 de octubre de 1999).

³⁵ Véase Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Comunicación núm. 47/2012, CEDAW/C/58/D/47/2012 (15 de agosto de 2014); Casla, Koldo, “Supreme Court of Spain: UN Treaty Body individual decisions are legally binding”, *EJIL: Talk!*, 1 de agosto de 2018, <https://www.ejiltalk.org/supreme-court-of-spain-un-treaty-body-individual-decisions-are-legally-binding/>.

Estado que otorgara a la autora una reparación adecuada y una indemnización integral y proporcional a la gravedad de la conculcación de sus derechos y que llevara a cabo “una investigación exhaustiva e imparcial con miras a determinar la existencia de fallos en las estructuras y prácticas estatales que hayan ocasionado una falta de protección de la autora y su hija”³⁶.

La sentencia del Tribunal Supremo que consideramos se centra en evaluar si las recomendaciones formuladas por el Comité CEDAW en su dictamen son vinculantes para España. Se plantea cuál debe ser el cauce adecuado para solicitar al Estado el cumplimiento de los dictámenes del Comité y si la inexistencia de un procedimiento en Derecho interno que prevea la eficacia ejecutiva de este tipo de recomendaciones implica que su cumplimiento se puede exigir de manera autónoma.

Cabe recalcar, en todo caso, que no estamos aquí ante una sentencia que analice como objeto principal la efectividad jurídica de aquellos elementos del dictamen del Comité CEDAW que recaen con carácter general sobre el incumplimiento de los derechos contenidos en la Convención, sino más bien sobre la efectividad jurídica de la recomendación específica de reparar a la autora. Por ello, el TS entiende que concurre interés casacional objetivo “cuando se contienen en tales dictámenes recomendaciones dirigidas a nuestras autoridades a fin de que reparen los daños derivados del incumplimiento constatado de los derechos previstos en la Convención”³⁷.

La sentencia del Tribunal Supremo casa y anula la anterior sentencia emitida por la Audiencia Nacional en este proceso, que descartó la existencia de un funcionamiento anormal de la Administración de Justicia y afirmó que no se apreciaba la existencia de los elementos necesarios para declarar un supuesto de responsabilidad patrimonial del Estado. El Tribunal Supremo confirma primero la inexistencia de un cauce procesal específico y autónomo para instar el cumplimiento de los dictámenes del Comité CEDAW. Por ello, es necesario evaluar si el dictamen puede por sí mismo servir de base para formular una reclamación de responsabilidad patrimonial, a lo que el TS da una respuesta positiva. Su argumentación se articula en varios pasos y merece ser reproducida aquí por su relevancia de cara a los efectos jurídicos de los dictámenes de los órganos de vigilancia de tratados.

En primer lugar, considera que la Convención no añade una instancia superior supranacional en sentido estricto de revisión o control directo de las decisiones judiciales o administrativas internas, ni impone a los estados unas medidas procesales concretas para asegurar la reparación de las violaciones de derechos que se puedan constatar.

En segundo lugar, confirma que los dictámenes del Comité CEDAW son vinculantes y obligatorios para el Estado. Este análisis, que parece extensible en su integridad a los dictámenes del Comité DESC, es especialmente relevante para nuestro estudio. El TS recuerda que el dictamen “emana de un órgano creado en el ámbito de una normativa internacional que, por expresa previsión del artículo 96 de la Constitución Española, forma parte de nuestro ordenamiento jurídico interno” y añade que “las normas relativas

³⁶ Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Comunicación núm. 47/2012, párr. 11.a).

³⁷ Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª), Sentencia núm. 1263/2018, p. 7.

a los derechos fundamentales se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”³⁸.

Dado que el dictamen se ha emitido en el seno de un procedimiento expresamente regulado, con garantías y con plena participación de España y con base en los principios de legalidad y jerarquía normativa, se afirma, crucialmente, que “las obligaciones internacionales relativas a la ejecución de las decisiones de los órganos internacionales de control cuya competencia ha aceptado España forman parte de nuestro ordenamiento interno”³⁹.

Por todo lo anterior, considera el Tribunal Supremo que:

*Ante la inexistencia de un procedimiento específico de ejecución de los dictámenes del Comité de la CEDAW, que es en sí mismo un incumplimiento de un mandato legal y constitucional por parte España [sic], el que la recurrente pueda disponer de un cauce adecuado y eficaz para hacer valer el reconocimiento de la vulneración de sus derechos fundamentales ante los órganos judiciales españoles atañe directamente al respeto y observancia por los poderes públicos españoles de los derechos fundamentales de la recurrente*⁴⁰.

El TS concluye, por tanto, que existe una obligación de reparar la vulneración haciendo efectiva la condena a la reparación del daño evaluable económicamente⁴¹.

Existe, a pesar de ello, una cierta ambigüedad con respecto al alcance de estas afirmaciones. Si bien la formulación de la cuestión a la que el tribunal otorga interés casacional se restringe a supuestos de reparación e indemnización a los autores, la argumentación jurídica desarrollada por el tribunal parece ser extensible *tout court* a las recomendaciones de alcance general contenidas en estos dictámenes, puesto que la articulación del sistema de fuentes y de las obligaciones internacionales que vinculan a España no descansa sobre un presupuesto de responsabilidad individual, sino sobre la obligatoriedad jurídica de los pronunciamientos de órganos de supervisión de tratados en Derecho internacional de los derechos humanos y, en consecuencia, en Derecho interno.

2.2. La obligatoriedad de realizar un juicio de proporcionalidad en los procesos judiciales de desahucio: la STS 1797/2017

La obligatoriedad de realizar un juicio de proporcionalidad en los procesos judiciales de desahucio, reiterada por el Comité DESC, parece haber encontrado recepción jurisprudencial en la Sentencia del Tribunal Supremo 1797/2017, de 23 de noviembre de 2017⁴². Esta sentencia resuelve un recurso de casación interpuesto contra la desestimación de un recurso de apelación por parte del Tribunal Superior de Justicia de

³⁸ Sentencia núm. 1263/2018, p. 24.

³⁹ Sentencia núm. 1263/2018, p. 25.

⁴⁰ Sentencia núm. 1263/2018, pp. 28–29.

⁴¹ Sentencia núm. 1263/2018, p. 29.

⁴² Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3^a), Sentencia núm. 1797/2017, 23 de noviembre de 2017.

Madrid, en relación con un auto autorizando la entrada en una vivienda para llevar a cabo la recuperación de la posesión de un inmueble ocupado ilegalmente y que pretendía, por tanto, el desalojo de sus habitantes. El titular del inmueble era el Instituto de la Vivienda de Madrid (IVIMA).

El interés casacional se manifiesta, afirma el Tribunal Supremo, en la interpretación de los derechos de los menores en el ordenamiento interno e internacional y en particular en la exigibilidad de que el juez de lo contencioso-administrativo que conoce de la solicitud de autorización de entrada en un domicilio para su posterior desalojo contemple en su juicio de ponderación la situación particular de los menores afectados; en particular, a la luz de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor y la Convención sobre los Derechos del Niño⁴³. La sentencia busca, por tanto, delimitar el alcance interpretativo de estas provisiones en relación con la autorización judicial, en particular de cara a determinar si resulta exigible que el juez de lo contencioso-administrativo realice un juicio de proporcionalidad que tenga en cuenta la situación de los menores afectados.

Recuerda el Tribunal Supremo en su sentencia la doctrina consolidada del Tribunal Constitucional que confirma que la resolución judicial por la que se autoriza la entrada en un domicilio debe estar debidamente motivada, cumpliendo la función de garantía de la inviolabilidad del domicilio que le corresponde, “tras efectuar una ponderación de los distintos derechos e intereses que pueden verse afectados y adoptando las cautelas precisas para que la limitación del derecho fundamental que la misma implica se efectúe del modo menos restrictivo posible”, de modo que la entrada en el domicilio debe ser absolutamente indispensable para la ejecución del acto administrativo⁴⁴.

La sentencia del TSJ recurrida en casación, aun teniendo en cuenta esta jurisprudencia constitucional, había considerado que “los derechos de los menores y el derecho a una vivienda digna, son ajenos a la entrada autorizada pues la ocupación de la vivienda ha de ser ostentada y accionada por las vías legalmente previstas y no al margen de las mismas”⁴⁵. Asimismo, frente a la propuesta de la demandada de retrasar la autorización de entrada en su domicilio hasta que mejorara su situación económica o hasta la finalización del curso escolar, afirmó el TSJ que “las cuestiones planteadas de tipo social deberán ser resueltas en su caso por los órganos administrativos municipales o autonómicos a los que correspondan las cuestiones suscitadas pero no en el presente procedimiento de autorización de entrada”⁴⁶.

El Tribunal Supremo evoca la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en particular en los casos *Yordanova* y *Winterstein*, para censurar estas afirmaciones. Estos casos confirman que toda persona en riesgo de sufrir la pérdida del hogar familiar debe tener una garantía de que la medida ordenando el desalojo sea proporcionada y razonable y de que esa proporcionalidad y razonabilidad serán

⁴³ Véanse Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, *Boletín Oficial del Estado*, 17 de enero de 1996, núm. 15, p. 1225; Asamblea General, Convención sobre los Derechos del Niño, A/RES/44/25 (20 de noviembre de 1989).

⁴⁴ Tribunal Constitucional (Sala 2^a), Sentencia núm. 188/2013, 4 de noviembre de 2013, FJ 2.

⁴⁵ Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3^a), Sentencia núm. 1797/2017, p. 8.

⁴⁶ Sentencia núm. 1797/2017, p. 9.

valoradas por un tribunal atendiendo a los factores concurrentes de carácter social y personal⁴⁷.

El Tribunal Supremo concluye que, en este caso, existió una vulneración de las garantías procesales en el auto autorizando la entrada en el domicilio, “al sostener, sin efectuar un previo juicio de las circunstancias concurrentes [...] que la presencia de menores de edad en la vivienda cuyo desalojo se pretende [...] es ‘una cuestión de tipo social’, ajena al procedimiento judicial de autorización, ‘que debe resolverse por los órganos administrativos municipales o autonómicos’”⁴⁸. Afirma el TS que era insoslayable la consideración de los derechos e intereses de los menores afectados y que la resolución judicial autorizando la entrada en el domicilio contiene una fundamentación inadecuada por insuficiente al no efectuar un juicio sobre la proporcionalidad de la medida adoptada, que incide en la esfera de protección de los derechos e intereses legítimos de los menores. Ordena, por ello, la retroacción de las actuaciones.

A través del ángulo de los derechos de los menores y la Convención sobre los Derechos del Niño, esta jurisprudencia se alinea, por tanto, con los requisitos mencionados repetidamente por el Comité DESC en materia de desalojos forzados; esto es, la necesidad de un juicio de proporcionalidad que permita al juez examinar las circunstancias concurrentes en cada caso y el riesgo de vulneración del derecho a la vivienda u otros derechos humanos. Aunque la sentencia de Tribunal Supremo en este caso se limita a la autorización de entrada en el domicilio emitida por los jueces del orden contencioso-administrativo, no parece existir obstáculo alguno para que estas mismas garantías se extiendan de manera sustantiva al orden civil —puesto que, en cualquier caso, no puede existir desalojo sin intervención judicial que lo avale— y, en mayor medida si cabe, al orden penal, dadas las especiales garantías que rodean los procesos penales.

En este sentido, cabe citar una reciente sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid en un recurso de apelación contra una sentencia condenando a los acusados a un crimen de usurpación⁴⁹. Esta sentencia aplica la doctrina del estado de necesidad, considerando que la situación económica y familiar de los acusados justificó la ocupación de una vivienda que perteneció en su momento a una entidad bancaria y en la actualidad a una empresa especializada en la compraventa de activos inmobiliarios (“fondo buitre”), que probablemente conocían la ocupación en el momento de adquirir la vivienda. Apunta la sentencia que “si ponemos, como decimos, en una balanza dichos bienes jurídicos, sin duda el bien jurídico de la protección a los menores, a las personas con discapacidad y a la familia prevalece sobre el bien jurídico del derecho a la posesión”⁵⁰. Estima, por tanto, la concurrencia del estado de necesidad y aplica una eximente completa, conforme al Código Penal.

⁴⁷ Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 4^a), Yordanova and Others v. Bulgaria, n.º 25446/06, 24 de abril de 2012; Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 5^a), Winterstein et autres c. France, n.º 27013/07, 17 de octubre de 2013.

⁴⁸ Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3^a), Sentencia núm. 1797/2017, p. 14.

⁴⁹ Audiencia Provincial de Madrid (Sección 16^a), Sentencia núm. 613/2018.

⁵⁰ Audiencia Provincial de Madrid (Sección 16^a), Sentencia núm. 613/2018, p. 7.

En conclusión, la jurisprudencia del Tribunal Supremo en las dos sentencias referidas deja entrever una posible recepción jurisprudencial positiva de los recientes pronunciamientos del Comité DESC relativos al derecho a la vivienda. Por un lado, se afirma el carácter vinculante de estos pronunciamientos, y de las recomendaciones contenidas en ellos, para el Derecho interno. Sin embargo, cabe preguntarse sobre la delimitación entre aquellas recomendaciones que de manera directa se refieren a los autores, requiriendo una reparación o indemnización pecuniaria, y aquellas de alcance general que instan al Estado a modificar ciertos extremos para evitar posibles vulneraciones de derechos humanos. Por otro lado, se confirma la obligatoriedad de realizar un juicio de proporcionalidad antes de autorizar la entrada en un domicilio para ejecutar un desalojo. A pesar de esto, existen aquí también dudas sobre la extensión de esta garantía a los órdenes civil y penal. Sería deseable que futura jurisprudencia clarifique estos puntos, refiriéndose de manera explícita a los pronunciamientos del Comité DESC.

3. Los posibles efectos jurídicos de los pronunciamientos del Comité DESC en materia de vivienda (II): recepción legislativa

Tras considerar la posible recepción jurisprudencial de los pronunciamientos del Comité DESC en materia de vivienda, pasamos ahora a cuestionar su eventual recepción legislativa. En primer lugar, se tiene en cuenta la reciente Ley 5/2018, conocida como ley del “desahucio exprés”, que supone una respuesta desconcertante por cuanto ignora en lo esencial las recomendaciones del Comité (3.1). En segundo lugar, consideramos brevemente las leyes de función social de la vivienda adoptadas por diversas comunidades autónomas en los últimos años y la tramitación de una ley estatal contra la emergencia habitacional, pues ambas incorporan provisiones en la línea de lo recomendado por el Comité (3.2).

3.1. Una desconcertante respuesta legislativa: la Ley 5/2018 o ley del desahucio exprés

La Ley 5/2018, de 11 de junio, también conocida como ley del desahucio exprés, representa un notable desconocimiento de las garantías que rodean al derecho a la vivienda en el Derecho internacional de los derechos humanos, que contrasta con las respuestas jurisprudenciales citadas y con las leyes de función social de la vivienda y contra la emergencia habitacional que examinaremos posteriormente⁵¹.

Ya en el preámbulo de esta ley se afirma, de manera incorrecta, que “la ocupación ilegal, esto es, la ocupación no consentida ni tolerada, no es título de acceso a la posesión de una vivienda ni encuentra amparo alguno en el derecho constitucional a disfrutar de una vivienda digna”⁵². Como hemos adelantado al examinar los pronunciamientos del Comité DESC en materia de vivienda, y a la luz del Derecho internacional y europeo —notablemente las Observaciones Generales n.^{os} 4 y 7 del

⁵¹ Ley 5/2018, de 11 de junio, de modificación de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, en relación a la ocupación ilegal de viviendas, *Boletín Oficial del Estado*, 12 de junio de 2018, núm. 142, p. 60209.

⁵² Ley 5/2018, de 11 de junio, de modificación de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, en relación a la ocupación ilegal de viviendas, preámbulo.

Comité DESC—, el derecho a la vivienda sí ampara los supuestos de ocupación ilegal, que reciben también una protección jurídica independientemente del título por el que se ocupe una determinada vivienda⁵³.

El hecho de que el legislador estatal afirme de manera tan rotunda lo contrario pone en cuestión la favorable recepción legislativa de muchos de los recientes pronunciamientos del Comité DESC. Conviene aclarar que lo dicho no implica que no se puedan establecer procedimientos menos garantistas en caso de ocupación sin título jurídico respecto de la ocupación con título, pero en ambos casos se debe garantizar una mínima protección jurídica derivada del derecho humano a una vivienda adecuada.

La Ley 5/2018 modifica la Ley de Enjuiciamiento Civil, alterando ciertos elementos del procedimiento de tutela sumaria de la tenencia o de la posesión para el caso de vivienda. Permite así que soliciten la inmediata recuperación de la posesión de una vivienda o parte de ella “la persona física que sea propietaria o poseedora legítima por otro título, las entidades sin ánimo de lucro con derecho a poseerla y las entidades públicas propietarias o poseedoras legítimas de vivienda social”⁵⁴. Quedan excluidas, por tanto, las personas jurídicas que no sean entidades públicas.

Una vez ejercitada la acción de recuperación de la posesión de una vivienda, se requerirá a sus ocupantes para que aporten en el plazo de cinco días el título justificando su situación posesoria. Si esto no ocurre, el tribunal ordenará mediante auto la inmediata entrega de la posesión de la vivienda al demandante. Contra este auto no cabe recurso alguno. La oposición del demandado podrá fundarse exclusivamente en la existencia de título suficiente para poseer o en la falta de título por parte del actor. Si el demandado o demandados no contestan a la demanda en plazo, se procede de inmediato a dictar sentencia estimatoria, que será inmediatamente ejecutable⁵⁵.

El legislador desconoce así los reiterados pronunciamientos del Comité DESC subrayando la necesidad de que se examinen las circunstancias de cada caso particular antes de proceder a un desalojo y de prever recursos judiciales efectivos que permitan revisar la proporcionalidad de esta medida. Por el contrario, la Ley 5/2018 elimina toda protección jurídica a los ocupantes, previendo plazos brevísimos y sin dar la posibilidad a los demandados de explicar su situación económica y familiar ni los motivos de su ocupación. Cabe recordar una vez más, como lo ha hecho repetidamente el Comité, que las garantías contra desalojos forzados también se aplican en casos de ocupación de viviendas sin título habilitante.

Además, esta nueva regulación contradice potencialmente la Sentencia del Tribunal Supremo 1797/2017, que afirma la obligatoriedad de un juicio de proporcionalidad antes de autorizar la entrada en un domicilio en la jurisdicción contencioso-administrativa. No parece que existan motivos fundados por los que aquella garantía no

⁵³ Véanse Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación general n.º 4: El derecho a una vivienda adecuada (párrafo 1 del artículo 11 del Pacto); Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación general n.º 7: El derecho a una vivienda adecuada (párrafo 1 del artículo 11 del Pacto): los desalojos forzados.

⁵⁴ Ley 5/2018, de 11 de junio, de modificación de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, en relación a la ocupación ilegal de viviendas, artículo único, párrafo dos.

⁵⁵ Véase Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, arts. 441.1 bis y 444.1 bis.

pudiera aplicarse de igual manera en el orden civil y, en cualquier caso, el legislador no parece justificar suficientemente esta divergencia de tratamiento jurídico.

Por otro lado, lo cierto es que esta ley también introduce dos novedades significativas —aunque menores— que incorporan una de las recomendaciones de alcance general formuladas por el Comité DESC. De manera genérica, se incluye en la ley un mandato a las Administraciones públicas para que adopten, en el ámbito de sus respectivas competencias, “medidas ágiles de coordinación y cooperación, especialmente con los responsables de los servicios sociales en el ámbito autonómico y local, al objeto de prevenir situaciones de exclusión residencial” en sus protocolos y planes para garantizar políticas públicas en materia de vivienda⁵⁶.

Asimismo, de manera más concreta, se introduce un mecanismo específico para los supuestos de lanzamiento, en los siguientes términos: “Cuando la notificación de la resolución contenga fijación de fecha para el lanzamiento de quienes ocupan una vivienda, se dará traslado a los servicios públicos competentes en materia de política social por si procediera su actuación, siempre que se hubiera otorgado el consentimiento por los interesados”⁵⁷. El consentimiento opera así como un requisito para la activación de este mecanismo, que en cualquier caso no garantiza la suspensión del lanzamiento en ausencia de una alternativa habitacional adecuada.

La Ley 5/2018 refleja, por tanto, una postura ambivalente respecto de los pronunciamientos del Comité DESC en materia de desahucios. Por un lado, se responde claramente a la recomendación del Comité de incluir protocolos de colaboración entre administraciones a distintos niveles, así como entre el poder judicial y los servicios sociales. Por otro lado, se ignoran las repetidas llamadas del Comité a garantizar una protección judicial frente a los desahucios, ratificando la imposibilidad de que quienes vayan a ser desalojados puedan explicar sus circunstancias personales o alegar que su desalojo podría suponer una violación de derechos.

3.2. Las leyes autonómicas de función social de la vivienda y la prometedora tramitación de una ley estatal contra la emergencia habitacional

En la línea de los pronunciamientos del Comité DESC en materia de vivienda, y en oposición a la tendencia legislativa que refleja la Ley 5/2018, cabe destacar las diversas leyes autonómicas de protección de la función social de la vivienda aprobadas en los últimos años en Andalucía, Canarias, Cataluña, Comunidad Valenciana, Extremadura, Murcia, Navarra y País Vasco⁵⁸.

⁵⁶ Ley 5/2018, de 11 de junio, de modificación de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, en relación a la ocupación ilegal de viviendas, disposición adicional, párr. 1.

⁵⁷ Ley 5/2018, de 11 de junio, de modificación de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, en relación a la ocupación ilegal de viviendas, párrafo uno.

⁵⁸ Véanse Ley 4/2013, de 1 de octubre, de medidas para asegurar el cumplimiento de la función social de la vivienda, *Boletín Oficial del Estado*, 2 de noviembre de 2013, núm. 263, p. 88451 (Andalucía); Ley 2/2014, de 20 de junio, de modificación de la Ley 2/2003, de 30 de enero, de Vivienda de Canarias y de medidas para garantizar el derecho a la vivienda, *Boletín Oficial del Estado*, 11 de julio de 2014, núm. 168, p. 54332 (Canarias); Ley 4/2016, de 23 de diciembre, de medidas de protección del derecho a la vivienda de las personas en riesgo de exclusión residencial, *Boletín Oficial del Estado*, 18 de enero de 2017, núm. 15, p. 4110 (Cataluña); Ley 2/2017, de 3 de febrero, por la función social de la vivienda de la Comunitat Valenciana, *Boletín Oficial del Estado*, 7 de marzo de 2017, núm. 56, p. 16711 (Comunidad

Aunque cada ley incorpora una regulación ligeramente distinta de la cuestión habitacional, la mayoría de ellas incluyen el deber de dar un uso habitacional efectivo a la vivienda y prevén una definición autónoma del concepto de “vivienda vacía”. Incluyen también instrumentos públicos de intervención administrativa en viviendas que no cumplen su función social, tales como el derecho de adquisición preferente, el desahucio administrativo, la expropiación, la venta o sustitución forzosa, las órdenes de ejecución, el alquiler forzoso, las multas coercitivas y las sanciones. Introducen también una acción pública en materia de vivienda, así como la elaboración de registros administrativos de viviendas vacías.

El Gobierno central interpuso recursos de inconstitucionalidad contra todas estas leyes autonómicas respectivamente, que quedaron automáticamente suspendidas⁵⁹. En 2018, el Tribunal Constitucional ha resuelto muchos de estos recursos, dictando sentencias que avalan la constitucionalidad de la mayor parte de los preceptos recurridos⁶⁰. En términos generales, ha ratificado la constitucionalidad de las provisiones que regulan el uso habitacional y la función social de la vivienda, así como la mayoría de los instrumentos públicos de intervención administrativa, aunque no la expropiación temporal de uso de viviendas incursas en procedimientos de desahucio ni la acción pública judicial en materia de vivienda⁶¹.

Sin embargo, estas divergencias autonómicas generan desigualdades entre los ciudadanos de diferentes regiones. Estas divergencias regionales han sido criticadas por el Comité DESC en sus Observaciones finales de abril de 2018, en las que manifiesta que sería deseable establecer una regulación básica a nivel estatal, sin perjuicio de que aquellas comunidades autónomas que lo deseen puedan poner en marcha mecanismos de protección más garantistas con sus propios recursos⁶².

En este sentido, debemos mencionar la reciente toma en consideración por parte del Congreso de los Diputados de una proposición de ley estatal contra la emergencia habitacional, que se encuentra en proceso de presentación de enmiendas en el momento de redactar esta comunicación⁶³. Esta proposición de ley incluye novedades

Valenciana); Ley 7/2016, de 21 de julio, de medidas extraordinarias contra la exclusión social, *Boletín Oficial del Estado*, 10 de agosto de 2016, núm. 192, p. 57357 (Extremadura); Ley 10/2016, de 7 de junio, de Reforma de la Ley 6/2015, de 24 de marzo, de la Vivienda de la Región de Murcia, y de la Ley 4/1996, de 14 de junio, del Estatuto de los Consumidores y Usuarios de la Región de Murcia, *Boletín Oficial del Estado*, 12 de julio de 2016, núm. 167, p. 48500 (Murcia); Ley Foral 24/2013, de 2 de julio, de medidas urgentes para garantizar el derecho a la vivienda en Navarra, *Boletín Oficial del Estado*, 27 de julio de 2013, núm. 179, p. 55108 (Navarra); Ley 3/2015, de 18 de junio, de vivienda, *Boletín Oficial del Estado*, 13 de julio de 2015, núm. 166, p. 57907 (País Vasco).

⁵⁹ Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, art. 30.

⁶⁰ Véanse, entre otras, Tribunal Constitucional (Pleno), Sentencia núm. 97/2018, 19 de septiembre de 2018; Tribunal Constitucional (Pleno), Sentencia núm. 43/2018, 26 de abril de 2018; Tribunal Constitucional (Pleno), Sentencia núm. 80/2018, 5 de julio de 2018; Tribunal Constitucional (Pleno), Sentencia núm. 16/2018, 22 de febrero de 2018.

⁶¹ Véase Tribunal Constitucional (Pleno), Sentencia núm. 97/2018, FFJJ 5 y 6.

⁶² Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observaciones finales sobre el sexto informe periódico de España, párr. 12.

⁶³ Proposición de Ley de emergencia habitacional en familias vulnerables en el ámbito habitacional y de la pobreza energética, *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, 7 de mayo de 2018, núm. 265-1, p. 1. Esta proposición de ley fue impulsada por la Plataforma de Afectados por la Hipoteca (PAH). El 18 de septiembre de 2018 se aprobó por el Congreso de los Diputados su toma en consideración. El plazo para la presentación de enmiendas termina el 17 de octubre de 2018.

significativas que reflejan muchas de las recomendaciones formuladas por el Comité DESC en materia de vivienda.

Tras citar de manera explícita el PIDESC en su exposición de motivos, la proposición de ley reafirma la función social de la vivienda y la configura como un derecho subjetivo.⁶⁴ De manera crucial, prevé una moratoria de lanzamientos en casos de riesgo de exclusión residencial y siempre que el propietario sea un “gran tenedor de vivienda”⁶⁵, e introduce un juicio de proporcionalidad obligatorio en todo procedimiento antes de ordenar cualquier lanzamiento de personas en inmuebles que constituyan su domicilio, “atendiendo a las circunstancias concurrentes y con ponderación de los intereses en conflicto, asegurando que el desalojo no menoscaba la protección establecida en el artículo 18 de la Constitución en relación con el derecho a una vivienda digna y las garantías establecidas en los Tratados Internacionales suscritos por España en materia de Derechos Humanos”⁶⁶. En el mismo sentido, reconoce el derecho a un realojo adecuado para aquellas personas o unidades familiares en situación de riesgo de exclusión residencial⁶⁷.

Se incluye también en la proposición de ley una obligación de alquiler social para los grandes tenedores de vivienda, así como un régimen sancionador y un régimen de ayudas al alquiler. Finalmente, se recogen una serie de protecciones adicionales para los casos de garantía hipotecaria, se modifica la actual regulación de los arrendamientos urbanos, se contempla la movilización de la vivienda vacía a través de la cesión obligatoria, se fomenta el parque público de vivienda y se introduce un límite a la renta de alquiler social, así como una garantía de suministros básicos.

A la luz de los recientes pronunciamientos del Comité DESC sobre vivienda, cabe valorar muy positivamente la dirección tomada por las leyes autonómicas de función social de la vivienda y por esta proposición de ley estatal contra la emergencia habitacional. Todas ellas se hacen eco de las recomendaciones formuladas por el Comité y avanzan en la protección del derecho a una vivienda adecuada en la línea de las garantías establecidas por el Derecho internacional y europeo de los derechos humanos. En este sentido, la potencial recepción legislativa de estos pronunciamientos es prometedora. No debe olvidarse, en cambio, que la Ley 5/2018 supone al mismo tiempo un retroceso. En resumen, puede afirmarse que la recepción legislativa de los pronunciamientos del Comité DESC relativos al derecho a la vivienda es aún ambigua, aunque se revela prometedora, especialmente si la proposición de ley estatal es finalmente aprobada por las Cortes Generales.

⁶⁴ Proposición de Ley de emergencia habitacional en familias vulnerables en el ámbito habitacional y de la pobreza energética, art. 2.

⁶⁵ Este concepto se define en la proposición de ley en los siguientes términos: “1. Entidades financieras, sus filiales inmobiliarias, fondos de inversión, entidades de gestión de activos definidas por la legislación mercantil; 2. Las personas físicas o jurídicas que, por sí o mediante grupo de empresas, sean titulares de cinco pisos o tengan más de 800m2. Se exceptúa a las administraciones y promotores sociales”. Véase Proposición de Ley de emergencia habitacional en familias vulnerables en el ámbito habitacional y de la pobreza energética, art. 4.

⁶⁶ Proposición de Ley de emergencia habitacional en familias vulnerables en el ámbito habitacional y de la pobreza energética, art. 6.

⁶⁷ Proposición de Ley de emergencia habitacional en familias vulnerables en el ámbito habitacional y de la pobreza energética, art. 10.

Conclusiones

Esta comunicación a congreso ha comenzado con un resumen analítico de los pronunciamientos más recientes del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Comité DESC) en materia de vivienda, tanto en el marco del mecanismo de evaluación periódica de los Estados parte en el Pacto como del mecanismo de comunicaciones individuales previsto por el Protocolo Facultativo. A su vez, dentro de este último, hemos diferenciado entre las solicitudes de medidas provisionales emitidas por el Comité DESC mientras evalúa una comunicación y los dictámenes que adopta una vez concluido su examen. Hemos hecho una especial referencia al caso *Ben Djazia et al.* y a la problemática de los desahucios en España.

Seguidamente, se han considerado los posibles efectos jurídicos de estos pronunciamientos en el ordenamiento interno, a través de una evaluación de su eventual recepción jurisprudencial y legislativa. Ante la ausencia de jurisprudencia que mencione específicamente estos pronunciamientos, hemos tomado como referencia dos sentencias del Tribunal Supremo que tratan de la obligatoriedad en derecho interno de los dictámenes emitidos por órganos de supervisión de tratados, por un lado, y de la obligatoriedad de tener en cuenta el interés superior del menor en un juicio de proporcionalidad previo a autorizar un desalojo, por otro lado.

En cuanto a la recepción legislativa, hemos considerado la conocida como ley del desahucio exprés, que supone un claro desconocimiento de las garantías que rodean al derecho a la vivienda en Derecho internacional y europeo de los derechos humanos. De manera un tanto desconcertante, esta ley sí da respuesta a la recomendación reiterada del Comité DESC de que España incorpore mecanismos de coordinación entre administraciones públicas y entre estas y el poder judicial para aquellos casos de emergencia habitacional y en supuestos de lanzamiento inminente. Por su parte, la adopción de leyes autonómicas de función social de la vivienda y la tramitación en el Congreso de los Diputados de una proposición de ley estatal contra la emergencia habitacional se revelan prometedoras, ya que incorporan de manera clara muchas de las garantías que acompañan a la plena protección del derecho humano a una vivienda adecuada.

De nuestro análisis pueden desprenderse una serie de sugerencias *de lege ferenda* relativas al derecho a la vivienda y a la protección judicial contra los desahucios. En primer lugar, parece imprescindible prever un cauce específico para que los jueces y tribunales competentes apliquen de manera directa las medidas provisionales solicitadas por el Comité DESC, sin que exista la posibilidad de obviar estas medidas y proceder con el lanzamiento. En segundo lugar, es imperativo mejorar la protección judicial de las personas en riesgo de ser desalojadas. A la luz de los pronunciamientos del Comité, debe introducirse la obligación de realizar un juicio de razonabilidad y proporcionalidad con carácter previo a cualquier desalojo, que permita examinar las circunstancias económicas, sociales y familiares en cada caso y que permita evaluar el riesgo de que el desalojo conlleve una vulneración del derecho a la vivienda o de otros derechos humanos. Además, debe reconocerse el acceso a un recurso judicial efectivo y apropiado que permita revisar la proporcionalidad de estas medidas. Ello debe ir acompañado, en su caso, de la posibilidad de obtener asistencia jurídica gratuita, sin que esta pueda ser denegada sobre la base de la no sostenibilidad de la pretensión jurídica del demandado.