

Bajo el Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

**I.D.G.
c.
ESPAÑA**

Comunicación 2/2014

INTERVENCIÓN DE TERCERO

Presentada por:
Red Internacional para los Derechos
Económicos, Sociales y Culturales (Red-
DESC)
Conforme al art. 14(1) del Reglamento
Provisional del Protocolo Facultativo del Pacto
Internacional de Derechos Económicos,
Sociales y Culturales



International Network for Economic, Social & Cultural Rights
Red Internacional para los Derechos Económicos, Sociales y Culturales
Réseau international pour les droits économiques, sociaux et culturels
الشبكة العالمية للحقوق الاقتصادية والاجتماعية و الثقافية

TABLA DE CONTENIDOS

INTERÉS DEL TERCERO.....	iii
INTRODUCCIÓN.....	1
ARGUMENTO	
I. Los Estados parte deben interpretar y aplicar las leyes nacionales conforme a las obligaciones del Pacto	1
II. Los Estados parte deben asegurar la tutela efectiva de los derechos del Pacto, incluyendo el derecho a una vivienda adecuada.....	2
A. Los Estados parte deben respetar el principio de excepcionalidad y deben considerar todas las alternativas posibles al desalojo.....	4
B. Los Estados parte deben asegurar la mayor seguridad posible de la tenencia, incluyendo un control judicial adecuado.....	5
C. Los Estados parte deben proveer un plazo suficiente y razonable para la notificación.....	7
D. Los Estados parte deben asegurar que los desalojos no expongan a las personas vulnerables a violaciones de otros derechos humanos.....	8
E. El Estado debe asegurar una compensación adecuada.....	9
CONCLUSIÓN Y RECOMENDACIONES.....	9

INTERÉS DEL TERCERO

1. La presente intervención de tercero es presentada por parte de la Red Internacional para los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Red-DESC) conforme a la autorización otorgada por el Grupo de Trabajo sobre Comunicaciones del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CDESC), por medio de la carta fechada el 4 de febrero de 2015, en virtud del artículo 14(1) del Reglamento provisorio del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PF-PIDESC).

2. La Red-DESC es la mayor red mundial de organizaciones, académicos y activistas dedicados a la realización de los derechos humanos, particularmente de los derechos económicos y sociales. La Red-DESC está formada por más de 270 organizaciones y personas de 70 países que unen sus esfuerzos para trabajar con los órganos de vigilancia de tratados de la ONU y con mecanismos y procesos regionales de derechos humanos, con el objetivo de facilitar el goce de los derechos económicos, sociales y culturales. En los últimos años la Red-DESC ha presentado escritos de *amicus curiae* y ha asistido a sus miembros con el mismo fin en numerosas jurisdicciones nacionales. La Red-DESC es reconocida como entidad consultiva por el Consejo Económico y Social de la ONU desde 2006.¹

3. Los miembros del Grupo de Trabajo sobre Litigio Estratégico de la Red-DESC que tuvieron un papel preponderante en la preparación de la presente intervención de tercero son los siguientes:

- (1) Center for Economic and Social Rights (CESR): El CESR fue fundado en 1993 con el objetivo de “defender los derechos humanos universales de todos los seres humanos a la educación, la salud, la alimentación, el agua, la vivienda y el trabajo, y otros derechos económicos, sociales y culturales esenciales para la dignidad humana”. Apoya el trabajo de organizaciones de la sociedad civil frente a órganos de la ONU concentrándose en los DESC, entre otra gama de proyectos.
- (2) Global Initiative for Economic, Social and Cultural Rights (GI-ESCR): La GI-ESCR fue fundada en 2010 con la misión de “avanzar la realización de los derechos económicos, sociales y culturales en todo el mundo, abordando el problema endémico de la pobreza global desde la perspectiva de los derechos humanos”. Apoya procedimientos de litigio e interviene directamente en litigios de casos de DESC específicos, también ante el Comité de Derechos Humanos.
- (3) Socio-Economic Rights Institute of South Africa (SERI): El SERI fue creado en 2010 y, entre otros objetivos, busca “desarrollar la jurisprudencia sobre los derechos socioeconómicos por medio de la incidencia y el litigio estratégicos”. Tiene amplia experiencia en el litigio del derecho a la vivienda en Sudáfrica, incluyendo sobre el tema de los desalojos.

¹ La Red-DESC recibió la acreditación del ECOSOC con el apoyo y la intermediación de nuestro patrocinador fiscal, The Tides Center (una organización con sede en los EEUU que brinda patrocinio fiscal a más de 200 organizaciones con sede en ese país).

INTRODUCCIÓN

1. El presente caso plantea cuestiones críticas relacionadas con las obligaciones del Estado demandado en virtud del artículo 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (el PIDESC o Pacto). En particular, brinda la oportunidad de establecer claramente las obligaciones del Estado (y de todos los Estados parte) en situaciones de desalojos relacionadas con ejecuciones hipotecarias.
2. Aunque resulta obvio que este es un caso sobre el acceso a la justicia de las personas, es importante señalar que el caso surge bajo circunstancias de una grave y generalizada situación de riesgo de la vivienda que afecta el goce concreto de los derechos humanos de una gran cantidad de personas en España, quienes pierden su vivienda tras incumplir los pagos de hipotecas en el marco de la recesión económica y el elevado nivel de desempleo que sufre España. En este sentido, se estima que entre 2008 y 2012 en ese país se ejecutaron 400.000 hipotecas.² La tasa de carga económica excesiva debida a los costes de la vivienda (porcentaje de la población que vive en hogares en los que los costes totales de la vivienda representan más del 40% de los ingresos disponibles) ha aumentado desde 2007. Para las personas que viven en condiciones de pobreza, esta cifra se incrementó del 64% en 2007 al 73% en 2013.³ En 2014, seis millones de personas estaban sin empleo en España.⁴
3. Esta situación se ha visto agravada no solo por los recortes en el presupuesto nacional en materia de vivienda, sino, también, por la promulgación de nueva legislación. Por ejemplo, entre 2010 y 2014, el presupuesto nacional asignado a viviendas se redujo en un 47%, según datos oficiales.⁵
4. Al mismo tiempo, las actividades legislativas, como la adopción del Real Decreto Ley nro. 6/2012 y de la Ley 4/2013, se consideran insuficientes para resolver la emergencia social causada por las ejecuciones relacionadas con hipotecas, dado que el marco legal español continúa favoreciendo a las entidades financieras en contra de los intereses de las personas afectadas por esta emergencia.⁶

I. LOS ESTADOS PARTE DEBEN INTERPRETAR Y APLICAR LAS LEYES NACIONALES CONFORME A LAS OBLIGACIONES DEL PACTO

5. La Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH) confirma que “[t]oda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley”.⁷
6. Asimismo, el derecho internacional exige que los Estados aseguren que su legislación nacional cumpla con sus obligaciones legales internacionales.⁸ Los tribunales nacionales tienen un papel

² Según una estimación basada en datos parciales publicados por el poder judicial español; ver: Consejo General del Poder Judicial, Boletín Información Estadística N° 31 - Septiembre 2012. “Estimación del incremento de carga de los órganos judiciales atribuible a la crisis económica.” Asimismo, “desde 2008 y hasta el primer trimestre de 2013 se iniciaron 547.966 ejecuciones hipotecarias. El volumen de desalojos alcanzó 327.872”. Consejo General del Poder Judicial. Ejecuciones Hipotecarias presentadas al Tribunal Superior de Justicia, Impacto de la crisis en los órganos del poder judicial, Madrid (2013). En: Observatori DESC y Plataforma de los afectados por la hipoteca. Emergencia habitacional en el Estado español. La crisis de las ejecuciones hipotecarias y los desalojos desde una perspectiva de derechos humanos (2013), p. 12. Disponible en: http://observatoridesc.org/sites/default/files/2013-emergencia-habitacional_0.pdf

³ CESR, *Visualizing Rights Fact Sheet No. 14 – Spain* (2014), p. 5, disponible en:

http://cesr.org/downloads/FACTSHEET_Spain_2015_web.pdf.

⁴ CESR, nota anterior nro. 3, p. 4. En febrero de 2014 el desempleo era del 26 %, tomado de: Human Rights Watch, *Shattered dreams: Impact of Spain's Housing Crisis on Vulnerable Groups* (2014), p. 15, disponible en:

<http://www.hrw.org/reports/2014/05/27/shattered-dreams>.

⁵ CESR, nota anterior nro. 3, p. 2.

⁶ Observatori DESC y Plataforma de los afectados por la hipoteca, nota anterior nro. 2, p. 63, 68, 87 y 104.

⁷ DUDH, G.A. Res. 217 A(III), U.N. Doc. A/810 en 71 (1948), art. 8.

fundamental en este sentido, dado que deben tener en cuenta los derechos del Pacto pertinentes cuando ello sea necesario para asegurar que la conducta del Estado cumpla con sus obligaciones emanadas del Pacto. El mismo CDESC reconoce que “[l]a omisión por los tribunales de esta responsabilidad es incompatible con el principio del imperio del derecho, que siempre ha de suponerse que incluye el respeto de las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos”.⁹

7. En el ámbito nacional, la Constitución Española establece que “[l]as normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce, se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”.¹⁰ La jurisprudencia constitucional española confirma que los derechos y libertades fundamentales contenidos en la Constitución deben ser interpretados conforme a los tratados internacionales ratificados por España y afirma que la interpretación de tales derechos también debe tomar en cuenta la jurisprudencia de los órganos de vigilancia creados por los tratados.¹¹

8. Dado que en el presente caso se ha argumentado la violación de ciertos derechos fundamentales reconocidos por la Constitución Española, se afirma que se debe considerar la jurisprudencia de los tratados internacionales pertinentes al interpretar la legislación nacional aplicable:

- (1) El artículo 18 de la Constitución Española protege el derecho al respeto por la intimidad de la vida familiar, el domicilio y la correspondencia, y prohíbe la interferencia de las autoridades públicas con el ejercicio de este derecho, excepto cuando lo permita la ley y sea necesario en el marco de una sociedad democrática. Esta disposición está reflejada en el artículo 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH), la cual, conforme a la interpretación del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Tribunal Europeo), abarca el derecho a la vivienda. También está reflejada en el artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), el cual ha sido afirmado por el Comité de Derechos Humanos (CDH) en repetidas oportunidades, tanto en observaciones finales como en su jurisprudencia, incluyendo en su alcance la prohibición de los desalojos forzados, la cual, a su vez, incluye la obligación de ofrecer recursos efectivos para impedir dichos desalojos.¹²
- (2) El artículo 24 de la Constitución Española garantiza el derecho de todas las personas a la tutela efectiva “en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos”.¹³

9. Respetuosamente, se afirma que el derecho comparado e internacional indicado en la siguiente Sección II se debe considerar al interpretar los derechos afectados por la conducta del Estado en el presente caso.

II. LOS ESTADOS PARTE DEBEN ASEGURAR LA TUTELA EFECTIVA DE LOS DERECHOS DEL PACTO, INCLUYENDO EL DERECHO A UNA VIVIENDA ADECUADA

⁸ Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones, adoptados por la Asamblea General de las Naciones Unidas, resolución 60/147, U.N. Doc. A/RES/60/147 (21 de marzo de 2005).

⁹ CDESC, *Observación general No. 9: La aplicación interna del Pacto* (19º período de sesiones, 1998), Doc. E/C.12/1998/24 (1998), párr. 5.

¹⁰ Constitución Española, art. 10 (2).

¹¹ Sentencia Tribunal Constitucional (STC 81/1989, 8 de mayo de 1989). Ver también: STC 141/2012, 2 de julio de 2012; STC 254/1993, 20 de julio de 1993; STC 292/2000, 30 de noviembre de 2000; STC 248/2005, 10 de octubre de 2005; STC 64/1991, 22 de marzo de 1991; STC 236/2007, 7 de noviembre de 2007.

¹² Ver, por ej., CDH, *Observaciones finales: Kenia*, U.N. Doc. CCPR/CO/83/KEN (29 de abril de 2005), párr. 22; CDH, *Observaciones finales: Israel*, U.N. Doc. CCPR/C/ISR/CO/3 (29 de julio de 2010), párr. 24; CDH, *Observaciones finales: Israel*, U.N. Doc. CCPR/C/ISR/CO/4 (21 de noviembre de 2014), párr. 9; *Liliana Assenova Naidenova y otros c. Bulgaria*, Comunicación nro. 2073/2011, U.N. Doc. CCPR/C/106/D/2073/2011 (14 de noviembre de 2012), párr. 15 y 16.

¹³ Constitución Española, art. 24 (1).

10. La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (Convención de Viena)¹⁴ codifica, *inter alia*, el principio legal internacional de *pacta sunt servanda*, es decir, que “todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe”. Asimismo, el CDESC aclara que “[l]a obligación fundamental que deriva del Pacto es que los Estados Partes den efectividad a los derechos reconocidos en él”.¹⁵

11. En el marco de la tutela efectiva en materia de la vivienda, el artículo 11 del Pacto protege el derecho a una vivienda adecuada, incluyendo la prohibición del desalojo forzoso. Una lectura conjunta de las Observaciones Generales del CDESC nro. 4 y 7¹⁶ deja en claro que, para que los desalojos se justifiquen en virtud del Pacto: (1) solo se pueden llevar a cabo bajo *circunstancias excepcionales*; (2) después de que se hayan considerado *todas las alternativas factibles* que resuelvan las circunstancias excepcionales *consultando a la comunidad afectada*; y (3) una vez que se les hayan otorgado a las personas, grupos o comunidades afectadas las debidas garantías, incluyendo “*un plazo suficiente y razonable de notificación*” y “*recursos jurídicos*”. Existen dos excepciones a esta regla general. En primer lugar, los desalojos nunca se deben llevar a cabo en forma discriminatoria. En segundo lugar, los desalojos nunca deben dejar a alguien sin vivienda o en una situación de *vulnerabilidad respecto de violaciones de otros derechos humanos*.

12. De manera similar, el Comité Europeo de Derechos Sociales (CEDS) también ha proporcionado pautas para los Estados en numerosas ocasiones relacionadas con los desalojos, señalando que la protección legal de las personas amenazadas por un desalojo debe incluir lo siguiente: la obligación de consultar a las partes afectadas a fin de encontrar soluciones alternativas para el desalojo; la obligación de definir un plazo de notificación razonable previo al desalojo; la prohibición de efectuar desalojos por la noche o durante el invierno; el acceso a recursos jurídicos; el acceso a asistencia legal gratuita; la indemnización en caso de desalojo ilegal.¹⁷

13. Siendo Estado parte del Pacto, España tiene la obligación de proteger a las personas y grupos contra las violaciones de los derechos del Pacto, lo que incluye asegurar que las empresas financieras privadas no violen el derecho a una vivienda adecuada y prohibir los desalojos forzosos. Para las personas expuestas al riesgo de sufrir tales violaciones, el acceso a la justicia conforme al artículo 24 de la Constitución Española, interpretado en virtud de las obligaciones del Pacto, requiere, *inter alia*, que el Estado Parte cumpla con la carga de la prueba al determinar lo siguiente: que existen circunstancias excepcionales; que no existen alternativas factibles; que se respetaron las garantías debidas, incluyendo la notificación adecuada y el acceso a recursos jurídicos; y que el desalojo no dejará al autor sin vivienda o expuesto a sufrir violaciones de otros derechos humanos.

14. El CDESC ya ha expresado su preocupación respecto de la protección legal del derecho a una vivienda adecuada en España, por ejemplo, cuando en sus Observaciones Finales sobre el examen periódico al país en 2012 afirmó que le preocupaba que:

...“se sigan realizando desalojos forzosos sin las debidas garantías legales, sin que las personas afectadas sean consultadas previamente, y sin que se les ofrezca una alternativa de alojamiento o compensación (art. 12). El Comité recomienda que el Estado parte implemente un marco legislativo que establezca requisitos y procedimientos adecuados a seguir antes de que se proceda a un desalojo, tomando en cuenta las disposiciones de la Observación general N.º 7 (1997) del Comité sobre el derecho a una vivienda

¹⁴ Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, 1155 U.N.T.S. 331, 27 de enero de 1980, art. 26.

¹⁵ CDESC, *Observación general nro. 9*, nota anterior nro. 9, párr. 1.

¹⁶ CDESC, *Observación general nro. 4: El derecho a una vivienda adecuada (párrafo 1 del artículo 11 del Pacto)* (Sexto período de sesiones (1991), Doc. E/1992/23; CDESC, *Observación general nro. 7: El derecho a una vivienda adecuada (párrafo 1 del artículo 11 del Pacto: los desalojos forzosos)* (16º período de sesiones (1997)), Doc. E/1998/22, anexo IV.

¹⁷ Ver, por ejemplo: European Committee of Social Rights (ECSR o CEDS), *Conclusions: Ukraine* (2011), 2011/def/UKR/31/2/FR; ECSR, *Conclusions: Andorra* (2011), 2011/def/AND/31/2/EN; ECSR, *Conclusions: Romania* (2011), 2011/def/ROU/16/EN; ECSR, *Conclusions: Portugal* (2011), 2011/def/PRT/31/2/EN.

adecuada (art. 11, párr. 1 del Pacto): los desalojos forzados, las recomendaciones del Relator Especial sobre una vivienda adecuada y los principios básicos y directrices sobre los desalojos y el desplazamiento generados por el desarrollo” (A/HRC/4/18, anexo I).¹⁸

15. En las siguientes secciones se analiza el contenido del artículo 11 del Pacto, haciendo también referencia a jurisprudencia internacional y comparada pertinente.

II(A). LOS ESTADOS PARTE DEBEN RESPETAR EL PRINCIPIO DE EXCEPCIONALIDAD Y DEBEN CONSIDERAR TODAS LAS ALTERNATIVAS POSIBLES AL DESALOJO

16. Como se señaló anteriormente, el CDESC ha establecido que los desalojos solo se pueden llevar a cabo bajo *circunstancias excepcionales* y después de que se hayan evaluado todas las *alternativas posibles* al desalojo.¹⁹

17. El carácter excepcional de las circunstancias bajo las cuales un Estado puede llevar a cabo un desalojo es reflejado implícitamente por el Tribunal Europeo, el cual ha sostenido que “[l]a pérdida del hogar es la forma más extrema de injerencia en el derecho del respeto del domicilio”.²⁰ El Tribunal Europeo aplica un principio de proporcionalidad al evaluar si está justificado el desalojo, asignando un margen restringido de discreción a los casos en los que se infringe el goce efectivo de una persona de este derecho clave.²¹ El desalojo debe guardar una relación proporcional con un objetivo legítimo que responda a una necesidad social urgente y esté justificado por razones pertinentes y suficientes sostenidas por las autoridades nacionales.²² Al determinar la proporcionalidad en casos de desalojo, el Tribunal Europeo ha considerado: si el domicilio había sido legalmente establecido,²³ si el demandante tuvo acceso a garantías procesales adecuadas,²⁴ si se ofrecieron alternativas de alojamiento²⁵ y si el demandante pertenecía a un grupo vulnerable.²⁶

18. El principio de excepcionalidad en casos de ejecuciones también ha sido reconocido en otras jurisdicciones. Se afirma que la jurisprudencia de Sudáfrica posee un valor interpretativo clave en el presente caso, dado que en Sudáfrica el derecho constitucional a una vivienda adecuada tiene como modelo el artículo 11 del PIDESC. Asimismo, existen similitudes importantes entre el contexto sudafricano y el español, en el sentido de que la cantidad de solicitudes de ejecuciones también se ha disparado en Sudáfrica como consecuencia del creciente desempleo y de las dificultades que enfrentan los propietarios para pagar sus hipotecas.

19. La Corte Constitucional Sudafricana afirmó que la expropiación de una vivienda no se debe buscar cuando existen otras maneras de repagar la deuda.²⁷ De manera similar, el Alto Tribunal de Pretoria ha sostenido que una de las circunstancias pertinentes que podría impedir que un tribunal permita la ejecución de la vivienda de una persona sería un abuso procesal, lo que no necesariamente implica conducta deshonesto o temeraria, *incluso cuando un acreedor de buena fe ha obtenido una sentencia que autoriza una ejecución que deja sin vivienda al acusado, podría existir un abuso procesal si existen*

¹⁸ CDESC, *Observaciones finales: España*, U.N. Doc. E/C.12/ESP/CO/5 (6 de junio de 2012), párr. 22.

¹⁹ Ver, en particular, CDESC, *Observación general nro. 4*, nota anterior nro. 16, párr. 18; CDESC, *Observación general nro. 7*, nota anterior nro. 16, párr. 9 y 13.

²⁰ *McCann c. RU*, nro. 19009/04, párr. 49-50, TEDH 2008 (*traducción realizada por los autores del documento*).

²¹ *Ídem*.

²² *Connors c. RU*, nro. 66746/01, párr. 81, TEDH 2004-I.

²³ *Winterstein y otros c. Francia*, nro. 27013/07, párr. 76, TEDH 2013.

²⁴ *McCann c. RU*, nota anterior nro. 20, párr. 53.

²⁵ *Stankova c. Eslovaquia*, nro. 7205/02, párr. 60, TEDH 2007-IV.

²⁶ *Yordanova y otros c. Bulgaria*, nro. 25446/06, párr. 133, TEDH 2012.

²⁷ *Gundwana c. Steko Development CC y otros*, 2011 (3) SA 608 (CC) (*Gundwana*).

*formas alternativas de cumplir con la deuda que no causen un perjuicio significativo para el acreedor y, sin duda, que no sean de la escala que representa perder la vivienda propia.*²⁸

20. En 2012, el CDESC destacó que estaba “...preocupado, particularmente en el contexto de la crisis económica y financiera, por el continuo incremento de las tasas de desempleo y del desempleo de larga duración que afectan negativamente a un porcentaje elevado de la población de [España], especialmente los jóvenes, los inmigrantes, los gitanos y las personas con discapacidad, agravando la situación de vulnerabilidad en la cual se encuentran...”²⁹ El CDESC recomendó que España adopte un nuevo plan para combatir la pobreza que incluya “...medidas específicas y estrategias para mitigar los efectos adversos resultantes de la actual crisis económica y financiera...”³⁰

21. Asimismo, el CDESC estableció la necesidad de adoptar *alternativas factibles* respecto de los desalojos en España:

Al Comité le preocupa profundamente la situación de los individuos y de las familias que se encuentran abrumados por los costes de la vivienda tras haber accedido a hipotecas de larga duración, situación que ha ocasionado que muchos hayan sido desalojados de sus viviendas y que otros estén en alto riesgo de perderla. Al Comité también le preocupa que el Real Decreto-ley 6/2012 de 9 de marzo de 2012 deje a discrecionalidad de las entidades bancarias la admisión de la dación en pago (art. 12). *El Comité recomienda al Estado parte que impulse una reforma legislativa que faculte la dación de la vivienda en pago de la deuda hipotecaria, de modo que esta opción no dependa únicamente de la discrecionalidad de las entidades bancarias.*³¹

22. Esta recomendación reflejó una demanda de un movimiento social que promovía la entrega de la propiedad en lugar de pago (*dación en pago*) como forma de cancelación de deudas hipotecarias.³² Otros ejemplos de alternativas factibles para los desalojos son: extender “la moratoria existente sobre los desalojos de quienes están en riesgo de ser ejecutados, cuyo vencimiento está programado para 2015, durante un período razonable, tomando en cuenta las perspectivas económicas generales y la situación de los deudores pertinentes” y “adoptar inmediatamente un Real Decreto Ley que amplíe los criterios para acceder al beneficio de la moratoria sobre los desalojos”.³³

II(B). LOS ESTADOS PARTE DEBEN ASEGURAR LA MAYOR SEGURIDAD POSIBLE DE LA TENENCIA, INCLUYENDO UN CONTROL JUDICIAL ADECUADO

23. La obligación de brindar la mayor seguridad de tenencia posible está estrechamente relacionada con el requisito de excepcionalidad y ha sido adoptada por el CDESC,³⁴ el cual ha señalado que: “[I]a tenencia adopta una variedad de formas, como el alquiler (público y privado), la vivienda en cooperativa, el arriendo, la ocupación por el propietario, la vivienda de emergencia y los asentamientos informales, incluida la ocupación de tierra o propiedad. *Sea cual fuere el tipo de tenencia, todas las personas deben gozar de cierto grado de seguridad de tenencia que les garantice una protección legal contra el desahucio, el hostigamiento u otras amenazas*”.³⁵

24. En Sudáfrica, los tribunales deben ejercer el control judicial sobre las ejecuciones bancarias y las ejecuciones especiales de viviendas residenciales, a fin de proteger la seguridad de la tenencia. Esto

²⁸ *First Rand Bank c. Folscher*, 2011 (4) SA 314 (GNP), párr. 40 (*Folscher*).

²⁹ CDESC, *Observaciones finales: España*, U.N. Doc. E/C.12/ESP/CO/5 (6 de junio de 2012), párr. 12 (énfasis del autor).

³⁰ *Ídem*, párr. 16.

³¹ *Ídem*, párr. 21.

³² Observatori DESC y Plataforma de los afectados por la hipoteca, nota anterior nro. 2, p. 116.

³³ Human Rights Watch, nota anterior nro. 4, p. 9-10 (*traducción realizada por los autores del documento*).

³⁴ CDESC, *Observación general nro. 7*, nota anterior nro. 16, párr. 9; CDESC, *Observación general nro. 4*, nota anterior nro. 16, párr. 8.

³⁵ CDESC, *Observación general nro. 4*, *idem*, párr. 8(a) (énfasis del autor).

emana de la Constitución de Sudáfrica, que dispone que “[n]inguna persona podrá ser desalojada de su hogar y ningún hogar podrá ser demolido sin una orden judicial que haya sido expedida teniendo en cuenta todas las circunstancias pertinentes”.³⁶

25. Confirmando la necesidad de un control judicial adecuado, la Corte Constitucional Sudafricana sostuvo que “...cuando se busca la ejecución de hogares de deudores indigentes que corren el riesgo de perder la seguridad de la tenencia tras una sentencia referida a una deuda dineraria, resulta imprescindible que continúe el control judicial del proceso ejecutorio por parte de un tribunal”.³⁷ Por lo tanto, son los acreedores y bancos que busquen la ejecución de títulos hipotecarios quienes deben acercarse al juez para demostrar por qué podría ser justificable la venta del hogar de una persona, tomando en cuenta todas las circunstancias pertinentes.

26. El Alto Tribunal de Pretoria definió una lista no exhaustiva de 19 factores que puede considerar un tribunal al decidir si ordena o no una ejecución a fin de garantizar la seguridad de la tenencia:

(a) si la propiedad hipotecada es la residencia principal del deudor; (b) las circunstancias bajo las cuales se tomó la deuda; (c) el atraso pendiente conforme al título en el momento en que fue reclamado; (d) el atraso a la fecha en la que se solicita la sentencia de incumplimiento; (e) el monto total adeudado respecto del cual se busca la ejecución; (f) los antecedentes de pago del deudor; (g) la solidez financiera relativa del acreedor y del deudor; (h) si existe alguna posibilidad de que las obligaciones que el deudor tiene frente al acreedor puedan ser liquidadas dentro de un período razonable, sin tener que ejecutar la residencia del deudor; (i) la proporcionalidad del perjuicio que podría sufrir el acreedor si se niega la ejecución, comparada con el perjuicio que sufriría el deudor si se avanzara con la ejecución y se quedara sin vivienda; (j) si se notificó al deudor de alguna manera en virtud del artículo 129 de la Ley Nacional de Créditos [National Credit Act] 34 de 2005 antes de que la acción fuera instaurada; (k) la reacción del deudor ante tal notificación, si corresponde; (l) el período de tiempo que pasó entre la entrega de tal notificación y la instauración de la acción; (m) si la propiedad que se busca ejecutar fue adquirida por medio o con la asistencia de un subsidio estatal; (n) si la propiedad está ocupada o no; (o) si la propiedad está ocupada de hecho por el deudor; (v) si el bien inmueble fue adquirido con dinero pagado por adelantado al acreedor o no; (p) si el deudor perderá su acceso a la vivienda como consecuencia de la ejecución de su hogar; (q) si existe alguna indicación de que el acreedor haya instaurado acciones con un motivo ulterior o no; y (r) la posición de los dependientes del deudor y de otros ocupantes de la vivienda, aunque la relevancia legal de estos hechos se deberá determinar caso por caso.³⁸

27. El Tribunal Europeo ha enfatizado de manera similar la importancia del acceso al recurso judicial en general³⁹ y las garantías procesales en casos de desalojo. En particular, sostuvo que debe existir un tribunal independiente que revise el caso, considerando no solo la legalidad del desalojo bajo la ley nacional, sino también los argumentos sustantivos sobre la proporcionalidad y la necesidad del desalojo.⁴⁰ Vale destacar que también ha sostenido que el tribunal nacional debe ofrecer argumentos razonables para justificar la necesidad del desalojo.⁴¹

28. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) ha expresado su preocupación respecto de si el derecho español protege adecuadamente la seguridad de la tenencia de los titulares de hipotecas. En

³⁶ Constitución de Sudáfrica, 1996, art. 26(3) (traducción realizada por los autores del documento).

³⁷ *Gundwana*, nota anterior nro. 27, párr. 41 (traducción realizada por los autores del documento).

³⁸ *Folscher*, nota anterior nro. 28, párr. 41 (traducción realizada por los autores del documento).

³⁹ *Golder c. RU* (1975), párr. 34, 1 EHRR 52; *Philis c. Grecia*, nro. 12750/87, 13780/88, 14003/88, §59, TEDH 1991. Ver ejemplos de decisiones de otras jurisdicciones que confirman el derecho al acceso a tribunales en: *Luke Muyandu Tembani c. Zimbabwe*, SADC Tribunal (14 de agosto de 2009); *Mike Campbell (Pvt) Ltd. y 78 otros c. Zimbabwe*, SADC Tribunal (28 de noviembre de 2008); *Opinión consultiva OC-9/87 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos* (6 de octubre de 1987).

⁴⁰ *Orlic c. Croacia*, nro. 48822/07, párr. 65, TEDH 2011.

⁴¹ *Winterstein y otros c. Francia*, nro. 27013/07, párr. 82, TEDH 2013.

Mohamed Aziz v Catalunya Caixa,⁴² el TJUE evaluó si el Código Procesal Civil de España cumplía con la Directiva de la Unión Europea 93/13 sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, debido a que las peticiones que cuestionaban la equidad de las cláusulas de las hipotecas eran de carácter declaratorio y no otorgaban a los tribunales la autoridad para aplazar o finalizar los procedimientos de desalojo. El TJUE concluyó que la ley española ofrecía una protección “incompleta e insuficiente” a los titulares de hipotecas, especialmente en los casos en los que la propiedad hipotecada era la vivienda familiar.⁴³ Como respuesta a la sentencia, en mayo de 2013 el gobierno de España introdujo la Ley 1/2013, en la que permite a los jueces evaluar si el contrato de hipoteca contiene cláusulas abusivas que “constituyan la base de una ejecución” o “determinen el monto a pagar”. El tribunal puede actuar de oficio o a petición de una de las partes. Si el tribunal determina que el contrato contiene una o más cláusulas abusivas, podrá ordenar que no se lleve a cabo el desalojo.

II(C). LOS ESTADOS PARTE DEBEN PROVEER UN PLAZO SUFICIENTE Y RAZONABLE PARA LA NOTIFICACIÓN

29. Como se señaló anteriormente, el CDESC estableció que “aunque la debida protección procesal y el proceso con las debidas garantías son aspectos esenciales de todos los derechos humanos, tienen especial pertinencia para la cuestión de los desalojos forzados que guarda relación directa con muchos de los derechos reconocidos en los pactos internacionales de derechos humanos. El Comité considera que entre las garantías procesales que se deberían aplicar en el contexto de los desalojos forzados figuran: [...] *b) un plazo suficiente y razonable de notificación a todas las personas afectadas con antelación a la fecha prevista para el desalojo*”.⁴⁴

30. El principio del plazo adecuado de notificación en casos de desalojo ha sido desarrollado ampliamente por los tribunales sudafricanos, abarcando un elemento particularmente pertinente para el presente caso: la notificación previa al litigio.

31. En virtud de la National Credit Act 34 de 2005 (la Ley de Créditos sudafricana) (la cual dispone los procedimientos requeridos con antelación a la ejecución de deuda por parte de un proveedor de créditos como un banco o un prestador hipotecario), antes de iniciar procedimientos legales, el proveedor de créditos debe asegurarse de que el consumidor le presta suficiente atención a su incumplimiento por medio de una *notificación efectiva*.⁴⁵ Respecto de la notificación previa al litigio, la Corte Constitucional Sudafricana, en *Kubyana c. Standard Bank of South Africa*⁴⁶, estableció que se deben tomar algunas medidas, según se disponen en la Ley de Créditos sudafricana, a fin de dar parte a un consumidor razonable de la notificación prevista en el artículo 129. De esta manera, la obligación del proveedor de créditos puede ser poner a disposición del consumidor la notificación entregándola en el domicilio designado.⁴⁷ Cuando el consumidor haya optado por recibir notificaciones por medio del servicio postal, la obligación del proveedor de créditos generalmente consiste en despachar la notificación por correo registrado,⁴⁸ asegurándose de que la notificación llegue a la sucursal adecuada del correo para ser retirada,⁴⁹ y de que el correo notifique al consumidor (en su domicilio designado) que debe pasar a retirar una pieza registrada.⁵⁰

⁴² *Mohamed Aziz c. Catalunya Caixa*, C-415/11 (14 de marzo de 2013).

⁴³ *Ídem*, párr. 60-61 (traducción realizada por los autores del documento).

⁴⁴ CDESC, *Observación general nro. 7*, nota anterior nro. 16, párr. 15.

⁴⁵ National Credit Act, art. 129, disponible en <http://www.justice.gov.za/mc/vnbp/act2005-034.pdf>.

⁴⁶ *Kubyana v. Standard Bank of South Africa Ltd*, 2014 (3) SA 56 (CC) (*Kubyana*).

⁴⁷ National Credit Act, art. 65(2) y 96(1).

⁴⁸ National Credit Act, art. 168, el cual dispone que una notificación legal será efectuada adecuadamente cuando haya sido “entregada a esa persona” o “enviada por correo registrado al último domicilio conocido de la persona”.

⁴⁹ Aquí la Corte se basó en la sentencia previa de *Sebola y otro c. Standard Bank of South Africa Ltd y otro*, 2012 (5) SA 142 (CC) (*Sebola*), párr. 75 y 77.

⁵⁰ *Ídem*.

32. Tras el caso *Kubyana*, la legislatura promulgó la Ley Nacional de Enmienda de Créditos [National Credit Amendment Act] 19 de 2014.⁵¹ Esa Ley de Enmienda aclara la entrega de la notificación emanada del artículo 129 y dispone que el proveedor de créditos debe entregar la notificación al consumidor *mediante correo registrado o notificación personal dirigida al consumidor, según prefiera el consumidor. La prueba de entrega será la confirmación escrita del servicio postal o la firma del consumidor.*

33. Respecto de la notificación de citaciones, los tribunales sudafricanos han reconocido que cuando los deudores no se defienden contra procedimientos de ejecución o negocian condiciones referidas a la notificación previa al litigio, se garantiza el estricto control judicial, en particular respecto de si la notificación de citaciones se efectuó adecuadamente, concluyendo, *inter alia*, lo siguiente:

- (1) “[E]n los asuntos en los que se busque autorización para ejecutar una propiedad que pueda ser la vivienda de una persona, la declaración deberá reflejar que *se han dedicado todos los esfuerzos razonables a llamar la atención de la persona sobre el procedimiento*, incluyendo, cuando sea posible, haciendo entrega personalmente de la solicitud de ejecución en su lugar de trabajo o un sábado a toda persona mayor de 16 años en el *domicilium citandi* o domicilio de citaciones.”⁵²
- (2) “[L]os acuerdos contractuales que prevén procedimientos legales futuros no eliminan la jurisdicción del tribunal para determinar cómo se deben llevar a cabo tales procedimientos.”⁵³
- (3) *Cuando una citación no haya llamado la atención del acusado, toda orden final expedida en procedimientos subsiguientes tendrá carácter nulo y podrá ser descartada sin la necesidad de apelar o de presentar una solicitud formal para que sea dejada de lado.*⁵⁴

II(D). LOS ESTADOS PARTE DEBEN ASEGURAR QUE LOS DESALOJOS NO EXPONGAN A LAS PERSONAS VULNERABLES A VIOLACIONES DE OTROS DERECHOS HUMANOS

34. Como ya se señaló, los Estados parte tienen la obligación de asegurar que los desalojos nunca vuelvan a una persona vulnerable a violaciones de otros derechos humanos. Esto se aplica especialmente al derecho a la vivienda respecto al cual el CDESC ha observado lo siguiente:

el derecho a la vivienda no se debe interpretar en un sentido estricto o restrictivo que lo equipare, por ejemplo, con el cobijo que resulta del mero hecho de tener un tejado por encima de la cabeza o lo considere exclusivamente como una comodidad. Debe considerarse más bien como el derecho a vivir en seguridad, paz y dignidad en alguna parte. Y así debe ser por lo menos por dos razones. En primer lugar, *el derecho a la vivienda está vinculado por entero a otros derechos humanos y a los principios fundamentales que sirven de premisas al Pacto*. Así pues, "la dignidad inherente a la persona humana", de la que se dice que se derivan los derechos del Pacto, exige que el término "vivienda" se interprete en un sentido que tenga en cuenta otras diversas consideraciones, y principalmente que el derecho a la vivienda se debe garantizar a todos, sean cuales fueren sus ingresos o su acceso a recursos económicos.⁵⁵

35. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos considera la disponibilidad de alojamiento alternativo y el riesgo de que una persona se quede sin techo a la hora de determinar si está justificado un desalojo.⁵⁶ Si no existe un alojamiento alternativo, el Tribunal considera que la injerencia es más grave que cuando sí se

⁵¹ La Ley de Enmienda ya fue anunciada y publicada en el boletín oficial, y entrará en vigencia en una fecha que deberá confirmar el presidente.

⁵² South Gauteng High Court en *ABSA Bank Ltd c. Lekuku* (32700/2013) [2014] ZAGPJHC 244 (14 de octubre de 2014) (*Lekuku*), párr. 39 (*traducción realizada por los autores del documento*).

⁵³ *Ídem*, párr. 30.

⁵⁴ *Master of the High Court Northern Gauteng High Court, Pretoria c. Motala NO y otros*, 2012 (3) SA 325 (SCA), párr. 11 y 12.

⁵⁵ CDESC, *Observación general nro. 4*, nota anterior nro. 16, párr. 7 (*traducción realizada por los autores del documento*, énfasis del autor).

⁵⁶ *Winterstein y otros c. Francia*, nro. 27013/07, párr. 87, TEDH 2013.

dispone de alojamiento.⁵⁷ En dos casos recientes,⁵⁸ los demandantes respectivos adujeron que su desalojo representaría una violación, no solo del artículo 8 de la CEDH, sino del artículo 3 (prohibición del tratamiento inhumano y degradante). En ambos casos, el Tribunal invocó la Regla 39 (medidas cautelares) del Reglamento del Tribunal para suspender los desalojos, mencionando su preocupación por que no se habían tomado medidas adecuadas para proteger a los hijos de los demandantes. En última instancia, las medidas cautelares fueron revocadas después de que el gobierno de España proporcionara más información respecto del alojamiento alternativo planeado.

II(E). EL ESTADO DEBE ASEGURAR UNA COMPENSACIÓN ADECUADA

36. Finalmente, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales determinó en su Observación general nro. 7 (párr. 13) que los Estados partes deben velar por que “todas las personas afectadas tengan derecho a la debida indemnización por los bienes personales o raíces de que pudieran ser privadas. A este respecto conviene recordar el párrafo 3 del artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que exige a los Estados Partes que garanticen ‘un recurso efectivo’ a las personas cuyos derechos hayan sido violados y que ‘las autoridades pertinentes’ cumplan ‘toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso’”.

37. El TEDH ha otorgado compensaciones financieras cuando el demandante tenía título de propiedad legal, bajo la ley nacional, a la propiedad.⁵⁹ También se han otorgado compensaciones no financieras en casos de *injusticia y frustración*.⁶⁰

CONCLUSIÓN Y RECOMENDACIONES

38. En el presente caso se dirime la obligación del Estado demandado de interpretar y aplicar el derecho nacional, en particular los artículos 18 y 24 de la Constitución Española, con arreglo a las obligaciones emanadas del Pacto, específicamente el derecho a la vivienda según es reconocido en el artículo 11 del Pacto.

39. Dado que una violación puede constatarse no solo en relación con resoluciones específicas del gobierno español, sino, también, respecto del ordenamiento jurídico en el que se enmarca el presente caso, resultan pertinentes tanto medidas individuales como medidas generales.

40. En caso de que el CDESC determine una violación al evaluar los hechos del caso, sugerimos respetuosamente que sería apropiado expedir recomendaciones referidas a medidas individuales y generales, a fin de proporcionar un recurso adecuado a la Autora y, también, de asistir al Estado demandado (y a los Estados parte en general) en la comprensión y el cumplimiento de sus obligaciones emanadas del PIDESC.

41. Respecto de las medidas individuales, estas podrían abarcar, entre otras, las siguientes:

- (1) una declaración de violación(es);
- (2) compensación (financiera y no financiera);
- (3) pautas referidas a la tutela efectiva de los derechos del Pacto (incluyendo por medio de la aplicación de los principios de excepcionalidad y la mayor seguridad posible de la tenencia; consideración adecuada de todas las alternativas factibles para el desalojo, consultando con la Autora; la adopción de modos alternativos de satisfacer la deuda; la concesión de una moratoria para permitir alternativas factibles para el desalojo; pautas referidas al plazo suficiente y razonable de notificación de desalojos; consideración de

⁵⁷ *Ídem*.

⁵⁸ *A.M.B. y otros c. España*, nro. 77842/12; *Ceesay Ceesay y otros c. España*, nro. 62688/13.

⁵⁹ *Prokopovich c. Rusia*, nro. 58225/00, párr. 49, TEDH 2004-I.

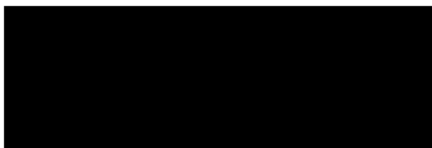
⁶⁰ *McCann c. RU*, nro. 19009/04, párr. 59, TEDH 2008.; *Connors c. RU*, nro. 66746/01, párr. 114, TEDH 2004-I.

las violaciones de los derechos humanos asociadas al desalojo propuesto y protección contra tales violaciones).

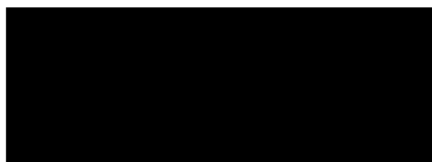
42. Las medidas generales pueden ser apropiadas a fin de responder a las violaciones sistemáticas del derecho a la vivienda y las violaciones de los derechos humanos asociadas que están teniendo lugar en España, del cual este caso es representativo. Considerando las pautas previamente provistas al Estado demandado, así como las resoluciones contrarias a dicho Estado, por parte del CDESC y otros, es necesario brindar una orientación más detallada referida al marco en el que dichas violaciones continúan ocurriendo. Por lo tanto, sería útil contar con recomendaciones referidas *inter alia*, las siguientes:

- (1) la introducción o modificación de legislación y/o políticas, según corresponda, a fin de incluir los principios establecidos por las Observaciones generales del CDESC nro. 4 y 7 (en particular según se describen en el párrafo 11 anterior);
- (2) la introducción o modificación de legislación y/o políticas, según corresponda, para asegurar la mayor seguridad de la tenencia posible (por ejemplo, como se adoptó en Sudáfrica);
- (3) la ampliación de la posibilidad de emplear la *dación en pago* como forma de cancelar una deuda hipotecaria;⁶¹
- (4) la extensión de la moratoria existente sobre los desalojos (y la ampliación de los requisitos para poder beneficiarse con dicha moratoria) de quienes se enfrentan a una ejecución, cuyo vencimiento está programado para 2015, por un periodo razonable, teniendo en cuenta las perspectivas económicas generales y las circunstancias de los deudores pertinentes;⁶²
- (5) la accesibilidad a recursos jurídicos y asistencia legal gratuita para las personas que se enfrentan a desalojos relacionados con ejecuciones;
- (6) el mantenimiento de estadísticas pertinentes sobre las necesidades, los recursos y los resultados relacionados con desalojos y amenazas de desalojo.⁶³

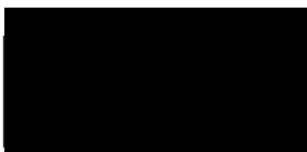
Fecha: 24 de febrero de 2015



Daniela Ikawa
Coordinadora del Grupo de Trabajo en Litigio Estratégico
Red Internacional para los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Red-DESC)



Bret Thiele
Co-Director Ejecutivo
Global Initiative for Economic, Social and Cultural Rights (GI-ESCR)



Gaby Ore Aguilar
Directora Ejecutiva Adjunta
Center for Economic and Social Rights (CESR)



Jackie Dugard
Investigadora Senior
Socio-Economic Rights Institute of South Africa (SERI)

⁶¹ Observatori DESC y Plataforma de los afectados por la hipoteca, nota anterior nro. 2, p. 116.

⁶² Human Rights Watch, nota anterior nro. 4, p. 9-10.

⁶³ Ver, por ejemplo: CEDS, *Conclusiones: Portugal*, nota anterior nro. 17 (respecto de estas y otras pautas para los Estados destinadas a que velen por el cumplimiento de la Carta Social Europea (Revisada)).