

**EL EXAMEN DE  
PROPORCIONALIDAD DE LOS  
DESALOJOS FORZOSOS Y SU  
RECEPCIÓN EN EL ORDENAMIENTO  
ESPAÑOL**

ALBERTO MACHO CARRO

## SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN. 2. EL EXAMEN DE PROPORCIONALIDAD DE LOS DESALOJOS FORZOSOS EN LA JURISPRUDENCIA DEL TEDH. 2.1. Elementos procesales del juicio de proporcionalidad de un desalojo. 2.2. Elementos sustantivos del juicio de proporcionalidad de un desalojo: la vulnerabilidad de los afectados como circunstancia especialmente relevante. 3. LOS LÍMITES A LA EFICACIA ENTRE PARTICULARES DEL DERECHO AL RESPETO DEL DOMICILIO EN LOS CASOS RELATIVOS A DESALOJOS FORZOSOS. 3.1. En el sistema del Convenio Europeo de Derechos Humanos. 3.2. En el Derecho de la Unión Europea. 4. LA RECEPCIÓN DE LA DOCTRINA SOBRE DESALOJOS FORZOSOS EN LA JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA. 4.1. Tribunal Constitucional. 4.2. Tribunal Supremo. 5. EL EXAMEN DE PROPORCIONALIDAD DE LOS DESALOJOS FORZOSOS EN EL PROYECTO DE LEY POR EL DERECHO A LA VIVIENDA. 6. CONCLUSIONES.

Fecha recepción: 27.05.2022  
Fecha aceptación: 7.12.2022

# EL EXAMEN DE PROPORCIONALIDAD DE LOS DESALOJOS FORZOSOS Y SU RECEPCIÓN EN EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL<sup>1</sup>

ALBERTO MACHO CARRO<sup>2</sup>

Profesor de Derecho Constitucional - Universidad de Valladolid

## 1. INTRODUCCIÓN

Este trabajo pretende dar cuenta del surgimiento, desarrollo y alcance de la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de desalojos forzosos, así como de su incipiente recepción jurisprudencial y legislativa en nuestro país.

En primer lugar, se examina la expansión operada por el Tribunal de Estrasburgo en el bien jurídico protegido por el derecho al respeto del domicilio del artículo 8.1 CEDH hasta incluir en el mismo el riesgo de pérdida de la vivienda habitual. A continuación, se pone el foco en la consolidación de esta ampliación y en el desarrollo de las garantías que la misma conlleva. Muy especialmente, en la facultad de los afectados por un desalojo forzoso de exigir un examen de proporcionalidad de la medida en sede judicial.

El estudio trata entonces de desentrañar los elementos que habrían de integrar este examen de proporcionalidad. Siguiendo la propia jurisprudencia del Tribunal se analizan, primero, los elementos de carácter procesal, y, después, aquellos otros de índole sustantiva. En relación con estos últimos se prestará especial atención a la circunstancia de que los afectados por el desalojo sean personas o colectivos en situación de especial vulnerabilidad.

---

<sup>1</sup> Este trabajo se ha realizado en el marco del Proyecto PID2021-127541NB-I00: «Aproximación multidimensional a la vivienda: un enfoque desde el Derecho Tributario y del Gasto Público (MultViv)», cofinanciado por la Agencia Estatal de Investigación y la Unión Europea.

<sup>2</sup> Área de Derecho Constitucional, Departamento de Derecho Constitucional, Procesal y Eclesiástico del Estado, Universidad de Valladolid. Plaza de la Universidad S/N. 47002 – Valladolid (España). Email: alberto javier.machouva.es. ORCID ID: 0000-0001-9171-6239.

Una vez clarificada en la medida de lo posible la estructura del examen de proporcionalidad de los desalojos forzosos de la vivienda habitual, el trabajo se centra en el alcance de esta garantía en las relaciones entre particulares. En este sentido, primero se analizan los pronunciamientos del propio Tribunal de Estrasburgo sobre esta cuestión y, a continuación, las propuestas doctrinales que defienden esta operatividad en el ámbito del Derecho de la Unión Europea. Propuestas que parten de la asunción por el Tribunal de Justicia de la consideración de los desalojos forzosos como una injerencia en el derecho al respeto del domicilio reconocido en el artículo 7 de la Carta de Derechos Fundamentales.

Por último, el trabajo se ocupa de la recepción de la tutela frente a los desalojos forzosos de vivienda habitual en nuestro ordenamiento. Para ello, se analizan tanto la doctrina del Tribunal Constitucional como la del Tribunal Supremo sobre las autorizaciones judiciales de entrada en domicilio. Finalmente, se analiza la inclusión en el Proyecto de Ley por el derecho a la vivienda de la obligación de que jueces y tribunales examinen la proporcionalidad de los desalojos forzosos y se coordinen con los servicios sociales cuando las personas afectadas por una medida de estas características se encuentren en situación de vulnerabilidad.

## 2. EL EXAMEN DE PROPORCIONALIDAD DE LOS DESALOJOS FORZOSOS EN LA JURISPRUDENCIA DEL TEDH

Como resulta ampliamente conocido, los bienes jurídicos protegidos por el derecho al respeto de la vida privada y familiar del artículo 8 del CEDH, han sido generosamente ampliados por la doctrina del Tribunal de Estrasburgo. No obstante, menos notoria parece la expansión operada en el bien jurídico tutelado por el derecho al respeto del domicilio, también reconocido en este precepto convencional, y que ha permitido dar cabida al riesgo de pérdida de la vivienda habitual.

En efecto, desde la Sentencia *Connors c. Reino Unido*, de 27 de mayo de 2004<sup>3</sup>, el Tribunal de Estrasburgo considera que los desalojos forzosos constituyen una injerencia en el derecho al respeto del domicilio. En este caso, suscitado a raíz de la orden de desalojo de una familia gitana del camping municipal para caravanas donde residía, el Tribunal no se cuestionará si se ha producido o no una injerencia en el derecho al respeto del domicilio de los demandantes, sino que simplemente lo dará por hecho. Así, el pronunciamiento se limitará a constatar que ambas partes estaban de acuerdo en que el desalojo del señor *Connors* y su familia constituía una interferencia en sus derechos del artículo 8.1 CEDH para, a continuación, pasar a analizar la eventual justificación de esta medida. De este modo, el TEDH amplió sensiblemente y sin mayores explicaciones el bien jurídico tutelado por el derecho al respeto

---

<sup>3</sup> *Connors c. Reino Unido*, STEDH de 27 de agosto de 2004, nº 66746/01.

del domicilio, llevándolo mucho más allá de la tradicional protección de un espacio físico frente a intromisiones ajenas no consentidas.

A partir de la Sentencia recaída en el asunto *Connors*, la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo será constante: el riesgo de pérdida de la vivienda habitual ha de ser tratado como una injerencia en el derecho al respeto del domicilio en los términos del artículo 8 CEDH. Y ello aunque dicha pérdida sea una medida prevista por la legislación nacional. De hecho, en una Sentencia posterior, el TEDH puntualiza que, para que exista una interferencia en el derecho al respeto del domicilio, no resulta siquiera necesario que el lanzamiento haya tenido lugar, sino que bastará la sola emisión de la orden de desalojo, independientemente de si dicha orden ha llegado o no a ejecutarse<sup>4</sup>. Por lo tanto, en estos casos entrarán en juego las garantías contempladas con carácter general en el apartado segundo del artículo 8 CEDH, lo que llevará al TEDH a desarrollar una doctrina sobre desalojos forzosos que nada tiene que ver con las líneas jurisprudenciales tradicionales en materia de inviolabilidad del domicilio. En concreto, el fruto principal de esta doctrina será la decantación de una serie de obligaciones positivas de índole procedimental que los Estados habrán de satisfacer en los casos relativos a desalojos forzosos. Muy especialmente, la posibilidad de que los afectados por un desalojo de su vivienda habitual puedan exigir un examen judicial de la proporcionalidad de la medida.

La exigencia de esta garantía aparece por primera vez en la Sentencia *McCann c. Reino Unido*, de 13 de mayo de 2008<sup>5</sup>. En este caso, relativo al desahucio de un ciudadano británico de la vivienda de titularidad municipal en la que residía después de que su expareja hubiera firmado una notificación de desalojo, el Tribunal de Estrasburgo comenzará recordando que, según su propia doctrina, el que un inmueble haya de ser calificado o no como domicilio es una cuestión de hecho, que no depende de la legalidad de la ocupación conforme a la legislación nacional<sup>6</sup>. Así, aunque el derecho de ocupación del demandante pudiera haberse extinguido a raíz de la notificación de desalojo firmada por su expareja, queda claro que la vivienda constituía su domicilio a los efectos del artículo 8 CEDH. Igualmente, el Tribunal constata que ambas partes convenían en que la notificación de desalojo y el procedimiento de desahucio iniciado contra el demandante constituían una injerencia en el respeto al derecho de su domicilio prevista por la ley y que perseguía un fin legítimo: tutelar el derecho de propiedad de la autoridad local y los intereses de otros posibles solicitantes de vivienda social. Sin embargo, a la hora de analizar la necesidad de la medida en una sociedad democrática, el Tribunal irá un paso más allá en relación con la naturaleza de esta injerencia. Así, frente a la alegación estatal de que los principios sentados en el caso *Connors* solo serían de aplicación a los casos referidos a personas de etnia gitana, el Tribunal afirma rotundamente que «la pérdida de la vivienda habitual es una

<sup>4</sup> *Gladysheva c. Rusia*, STEDH de 6 de diciembre de 2011, nº 7097/10, § 91.

<sup>5</sup> *McCann c. Reino Unido*, STEDH de 13 de mayo de 2008, nº. 19009/04.

<sup>6</sup> *Buckley c. Reino Unido*, STEDH de 29 de septiembre de 1996, nº. 20348/92, § 54.

de las injerencias más intensas que alguien puede sufrir en el derecho al respeto de su domicilio»<sup>7</sup>. De este modo, la Sentencia apuntala la ampliación en el ámbito de tutela de este derecho operada en el caso *Connors*. Aunque ahora, además, el Tribunal establecerá un principio que se convertirá en la clave de bóveda de su doctrina sobre desalojos forzosos: que «cualquier persona que pueda sufrir una injerencia de esta magnitud debería en principio poder requerir que un tribunal independiente decidiese sobre la proporcionalidad de la medida a la luz de los principios aplicables en virtud del artículo 8 del Convenio»<sup>8</sup>. Además, precisa, este examen deberá llevarse a cabo «incluso en aquellos casos en que, conforme a la legislación nacional, se hubiera extinguido el derecho de ocupación»<sup>9</sup>.

A partir de este pronunciamiento, la exigencia de que los tribunales nacionales efectúen un juicio de proporcionalidad cuando una persona corra el riesgo de perder su vivienda habitual se convertirá en una constante en la jurisprudencia de Estrasburgo<sup>10</sup>. Ahora bien, pese a la centralidad que el juicio de proporcionalidad adquirirá de cara a determinar si un desalojo puede ser considerado como una injerencia necesaria en una sociedad democrática en los términos del artículo 8.2 CEDH, lo cierto es que la jurisprudencia del TEDH ofrecerá pocos elementos para determinar en qué haya de consistir exactamente dicho examen. Entre otras cosas, porque la inmensa mayoría de los pronunciamientos en esta materia se limitan a señalar que la omisión de este juicio por parte de los tribunales nacionales constituye una violación del artículo 8 CEDH, pero sin proporcionar muchas pistas sobre cómo debería haberse practicado.

Pese a todo, y aunque el TEDH no haya explicitado en ningún momento las fases que habrían de integrar el juicio de proporcionalidad de un desalojo, es posible identificar en su doctrina algunos elementos que permitirían reconstruir las características básicas del mismo. Para empezar, el Tribunal ha afirmado que el requisito de la proporcionalidad plantea cuestiones tanto de índole procedimental como

<sup>7</sup> *McCann c. Reino Unido*, § 50.

<sup>8</sup> «*The loss of one's home is a most extreme form of interference with the right to respect for the home. Any person at risk of an interference of this magnitude should in principle be able to have the proportionality of the measure determined by an independent tribunal in the light of the relevant principles under Article 8 of the Convention, notwithstanding that, under domestic law, his right of occupation has come to an end*». *McCann c. Reino Unido*, § 50.

<sup>9</sup> Ídem.

<sup>10</sup> *Čosić c. Croacia*, STEDH de 5 de junio de 2009, n.º 28261/06, § 22; *Zebentner c. Austria*, STEDH de 16 de julio de 2009, n.º 20082/02, § 59; *Paulič c. Croacia*, STEDH de 22 de octubre de 2009, n.º 3572/06, § 43; *Kay y otros c. Reino Unido*, STEDH de 21 de septiembre de 2010, n.º 37341/06, § 68; *Yordanova y otros c. Bulgaria*, STEDH de 24 de septiembre de 2012, n.º 25446/06, § 118; *Winterstein y otros c. Francia*, STEDH de 17 de octubre de 2013, n.º 27013/07, § 76; *Rousk c. Suecia*, STEDH de 25 de octubre de 2013, app. n.º 27183/04, § 137; *Popov y otros c. Rusia*, STEDH de 27 de noviembre de 2018, n.º 44560/11, § 43.

sustantiva<sup>11</sup>. Una dualidad de la que me serviré a continuación para tratar de desgranar estos elementos<sup>12</sup>.

### 2.1. Elementos procesales del examen de proporcionalidad de un desalojo

En primer lugar, el Tribunal ha puntualizado que, si bien cualquier persona que corra el riesgo de perder su vivienda habitual debería en principio poder solicitar que un tribunal independiente se pronuncie sobre la proporcionalidad de la medida a la luz de los principios aplicables en virtud del artículo 8 del Convenio, esta exigencia no emerge automáticamente. Por el contrario, tendrán que ser los afectados quienes aleguen y demuestren una vulneración de los derechos que les confiere el artículo 8 CEDH frente a la autoridad pública de que se trate<sup>13</sup>. En otras palabras, la proporcionalidad de la medida se presume, y corresponde al ocupante de la vivienda cuestionarla. Así, en una reciente Sentencia sobre la demolición de una vivienda construida ilegalmente en la Cañada Real Galiana, el Tribunal de Estrasburgo consideró que España no había vulnerado el derecho al respeto del domicilio de sus habitantes, aunque no se hubiera examinado la proporcionalidad de la medida. Y ello porque este examen no se practicó debido a la conducta de los propios afectados, que no hicieron uso de los recursos que el ordenamiento nacional ponía a su disposición<sup>14</sup>.

Ahora bien, incluso aunque el examen de proporcionalidad de un desalojo solo deba llevarse a cabo cuando el afectado por la medida lo requiera, parece imprescindible que la legislación nacional contemple esta posibilidad o, cuando menos, que no lo impida. En este sentido, el Tribunal ha establecido que la previsión normativa de que un desalojo pueda ser suspendido judicialmente por un determinado periodo de tiempo no suple la práctica del test de proporcionalidad. Así, en el caso *Buckland c. Reino Unido*, pese a reconocer que la previsión de suspensión judicial constituye una protección adicional para quienes corren el riesgo de perder su vivienda habitual, el Tribunal consideró que el aplazamiento de la medida por un periodo prorrogable de doce meses resultaba por sí mismo inadecuado para colmar las garantías procesales exigidas por el artículo 8 CEDH, que requieren que se pueda examinar la proporcionalidad de la propia orden de desalojo<sup>15</sup>.

En cuanto al órgano competente para efectuar el test de proporcionalidad, ya se ha mencionado la exigencia de que lo realice un «tribunal independiente»<sup>16</sup>, lo que excluiría la posibilidad de su práctica extrajudicial. Además, el Tribunal ha conside-

<sup>11</sup> *McCann c. Reino Unido*, § 49.

<sup>12</sup> Ya realicé una incipiente aproximación a estos elementos en: MACHO CARRO, A. (2020). «La pérdida de la vivienda habitual en la doctrina del TEDH: una injerencia extrema en el derecho al respeto del domicilio». *Anales de Derecho*, 1 (Extra).

<sup>13</sup> *Paulić c. Croacia*, § 43.

<sup>14</sup> *Gbailan y otros c. España*, STEDH de 23 de marzo de 2021, n° 36366/14, §§ 76-80.

<sup>15</sup> *Buckland c. Reino Unido*, STEDH de 18 de septiembre de 2012, n° 40060/08, §§ 67-68.

<sup>16</sup> *McCann c. Reino Unido*, § 50.

rado que «los procedimientos ejecutivos —que por naturaleza no son contenciosos y cuyo propósito principal es asegurar la efectividad de una decisión judicial— no están, a diferencia de los procesos civiles, ni diseñados ni adecuadamente equipados con las herramientas y garantías procesales necesarias para el examen riguroso y contradictorio de cuestiones jurídicas tan complejas. Por tanto, la competencia para evacuar el test de proporcionalidad debe corresponder a los tribunales que instruyan el proceso civil donde se decida sobre la pretensión estatal de desalojar al inquilino»<sup>17</sup>.

En definitiva, cuando una persona corra el riesgo de perder su vivienda habitual y presente argumentos relevantes sobre la proporcionalidad de esta injerencia en el derecho al respeto de su domicilio, la doctrina del TEDH viene exigiendo que los tribunales nacionales examinen detalladamente estas razones y las tengan en cuenta a la hora de motivar sus decisiones. Para que esto sea posible, la legislación nacional debería otorgar un margen de discrecionalidad a los órganos jurisdiccionales en todos aquellos procesos donde se decidiera sobre la eventualidad de desalojo. Pero, ¿cómo de amplia debe ser esta discrecionalidad? A primera vista, el alcance de esta exigencia parece potencialmente inmenso, pues el resultado de un examen de proporcionalidad podría dejar sin efecto las causas legalmente tasadas que justificarían un desalojo. Sin embargo, lo cierto es que ya en el asunto *McCann* el TEDH se encargó de limitar la potencialidad de este impacto al señalar que «solo en casos excepcionales el demandante tendría éxito al exponer un argumento defendible que requiriese un examen por parte de un tribunal; en la gran mayoría de los casos, en el procedimiento abreviado seguiría dictándose la orden de restitución de la posesión»<sup>18</sup>. La complejidad de la cuestión reside, por tanto, en identificar esos casos excepcionales. Y aunque para ello la doctrina del Tribunal no ofrece una regla tan exhaustiva como sería deseable, sí es posible encontrar algunos de los elementos sustantivos que los tribunales nacionales deberían sopesar a la hora de evacuar el juicio de proporcionalidad de un desalojo.

## 2.2. Elementos sustantivos del examen de proporcionalidad de un desalojo: la vulnerabilidad de los afectados como circunstancia especialmente relevante

En la identificación de los elementos sustantivos del juicio de proporcionalidad de un desalojo en la doctrina del TEDH ocupa un papel especialmente destacado la Sentencia recaída en el caso *Yordanova y otros c. Bulgaria*, de 24 de abril de 2012. Pese a que, como ahora se verá, algunos de estos elementos aparecen ya en pronunciamientos anteriores, es en *Yordanova* donde se produce la cristalización simultánea de todos ellos.

En este caso, al analizar la proporcionalidad de la orden consistorial de desalojo de una comunidad romaní de los terrenos de titularidad municipal que ocupaban

<sup>17</sup> *Paulić c. Croacia*, § 44.

<sup>18</sup> *McCann c. Reino Unido*, § 54; *Kay c. Reino Unido*, § 73.



ilegalmente desde hacía décadas, el Tribunal irá mucho más allá de un examen de proporcionalidad exclusivamente procedimental. Esto no dejará de ser trascendental<sup>19</sup>. Pero aquí, además, el Tribunal identificará toda una serie de elementos sustantivos absolutamente determinantes a la hora de evaluar la proporcionalidad de un desalojo<sup>20</sup>.

El primero de ellos se refiere a la justificación de la medida ofrecida por la autoridad pública que pretende el desalojo. En este sentido, el Tribunal ha establecido que, cuando las autoridades nacionales no presenten ninguna explicación, ni argumenten por qué el desalojo de una persona resulta necesario, el derecho al respeto del domicilio del demandante prevalecerá sobre el interés legítimo del Estado por recuperar su propiedad. Además, enfatiza el Tribunal, la omisión de esta justificación supondrá que tampoco entren en juego los posibles intereses de otros particulares<sup>21</sup>.

Conviene precisar que esta consideración no solo operará cuando la pretensión pública carezca de toda justificación, sino también cuando esta resulte excesivamente vaga. Así, en el caso *Yordanova* el Tribunal constató que, tal y como afirmaba el Estado búlgaro, los sucesivos planes urbanísticos municipales venían incluyendo proyectos de construcción y desarrollo urbano para el espacio ocupado por las viviendas de los demandantes. Sin embargo, el Estado no aportó ninguna prueba de que dichos planes se hallasen cerca de implementarse, lo que hará decaer el argumento sobre la urgente necesidad de recuperar la posesión de los terrenos. Pues, según afirma el Tribunal, «la proporcionalidad en casos como este se haya indisolublemente ligada al uso que las autoridades pretendan dar a los terrenos que quieren recuperar»<sup>22</sup>. Lo mismo ocurrirá en los casos relativos a viviendas públicas. Así, en el asunto *Popov y otros c. Rusia*, el Tribunal afirma que la orden de desalojo dictada contra las mujeres de unos funcionarios que residían en los apartamentos asignados a estos dentro de una residencia pública constituyó una violación de su derecho al respeto del domicilio, pues «el ministerio de Hacienda no sostuvo ante los tribunales nacionales que esas habitaciones fueran a ser asignadas a nadie más, o que otras personas pudieran ser trasladadas allí gracias al desalojo de las demandantes»<sup>23</sup>.

En segundo lugar, otro elemento relevante a la hora de practicar el juicio de proporcionalidad de un desalojo será el tiempo que ha durado la ocupación de una vivienda. En principio, la protección brindada por el derecho al respeto del domicilio no alcanza a aquellas ocupaciones que desde un inicio han carecido de título

<sup>19</sup> *Yordanova y otros c. Bulgaria*, § 118.

<sup>20</sup> Y, como afirma Remiche, lo hará a partir de una interpretación del artículo 8 CEDH «que se inspira en la comprensión del derecho a una vivienda adecuada, desarrollada, entre otros, por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas y el Comité Europeo de Derechos Sociales». REMICHE, A. (2012), “Yordanova and others v Bulgaria: the influence of the social right to adequate housing on the interpretation of the civil right to respect for one’s home”. *Human Rights Law Review*, 12 (4), p. 788.

<sup>21</sup> *Orlić c. Croacia*, STEDH de 21 de junio de 2011, nº 48833/07, § 69.

<sup>22</sup> *Yordanova y otros c. Bulgaria*, § 127.

<sup>23</sup> *Popov y otros c. Rusia*, § 46.

legítimo<sup>24</sup>. Aunque esta regla parece haber encontrado una excepción en la jurisprudencia del Tribunal cuando la ocupación no se refiere directamente a viviendas, sino a terrenos de titularidad pública en los que estas han sido edificadas ilegalmente. En estos casos, la tolerancia o normalización de la ocupación durante un periodo de tiempo prolongado por parte de las autoridades públicas parecería suplir esa falta de título. Así, en el asunto *Öneryıldız c. Turquía*, el hecho de que las autoridades turcas hubieran normalizado, incluso por vía impositiva, la existencia de una vivienda construida ilegalmente en un terreno de titularidad municipal resultó determinante para otorgar al inmueble la condición de domicilio<sup>25</sup>. Lo mismo ocurrirá en el caso *Yordanova*, donde las autoridades búlgaras habían tolerado durante décadas el asentamiento ilegal de la comunidad romaní. A juicio del Tribunal, esto propició que los demandantes desarrollasen una intensa vinculación con el vecindario y una vida comunitaria. En palabras del propio Tribunal, «el principio de proporcionalidad exige que estas situaciones, referidas a una comunidad entera y a un largo periodo de tiempo, sean tratadas de forma completamente diferente de los casos rutinarios de desalojo de individuos que han ocupado una propiedad ilegalmente»<sup>26</sup>.

En tercer lugar, seguramente el elemento sustantivo más relevante en la doctrina del TEDH de cara a determinar la proporcionalidad de un desalojo sea la toma en consideración de la vulnerabilidad de los afectados. Como señalan Peroni y Timmer, «el uso que hace el Tribunal del término “grupos vulnerables” no es una mera floritura retórica. El término sirve para algo: permite al Tribunal abordar diferentes aspectos de la desigualdad de una manera más sustantiva»<sup>27</sup>. En concreto, en materia de desalojos forzados, la caracterización de los afectados como integrantes de un colectivo vulnerable tenderá a inclinar la balanza hacia la declaración de desproporcionalidad de la medida, sobre todo si esta circunstancia no ha sido adecuadamente ponderada por los tribunales nacionales. Así, en el asunto *Zebentner c. Austria*, la situación de vulnerabilidad de la demandante, que carecía de capacidad jurídica en el momento en que se decidió judicialmente la venta de su vivienda para saldar una deuda particular, fue determinante para que el Tribunal declarase la vulneración de su derecho al respeto del domicilio, pues «fue desposeída de su vivienda sin haber podido participar efectivamente en el procedimiento y sin haber tenido la posibilidad de que los tribunales nacionales examinasen la proporcionalidad de la medida»<sup>28</sup>. De forma similar, en el asunto *Bjedov c. Croacia*, la avanzada edad y el delicado estado de

<sup>24</sup> LOVELAND, I. (2002). “When is a house not a home under Article 8 ECHR?”. *Public Law*, 2 (summer), p. 223.

<sup>25</sup> *Öneryıldız c. Turquía*, STEDH de 30 de noviembre de 2004, n.º 48939/99, § 135.

<sup>26</sup> *Yordanova y otros c. Bulgaria*, § 121.

<sup>27</sup> PERONI, L. y TIMMER, A. (2013). “Vulnerable groups: the promise of an emerging concept in European Human Rights Convention law”. *International Journal of Constitutional Law*, 11 (4), p. 1057.

<sup>28</sup> *Zebentner c. Austria*, § 65.

salud de la demandante resultaron trascendentales a la hora de declarar la violación del artículo 8 CEDH como consecuencia del desalojo de su vivienda<sup>29</sup>.

Aunque no se haya limitado a ellos, la consideración de la vulnerabilidad ha resultado especialmente relevante en los casos de desalojos relativos a personas de etnia gitana. No en vano, el desarrollo de este concepto en la jurisprudencia de Estrasburgo ha estado íntimamente ligado a este colectivo<sup>30</sup>. Así, desde el caso *Chapman*, el Tribunal ha venido reconociendo que «la posición de vulnerabilidad de los gitanos como minoría implica que deba prestarse una consideración especial a sus necesidades y a su particular estilo de vida, tanto en la configuración del marco normativo de que se trate como en la resolución de casos particulares»<sup>31</sup>. En esta línea, en el asunto *Yordanova* el TEDH afirmará que, «en relación con el art. 8 CEDH, en casos como este la especificidad de los demandantes como grupo social y sus necesidades deben ser uno de los factores relevantes en la evaluación de la proporcionalidad que las autoridades nacionales deben practicar»<sup>32</sup>. Una consideración reiterada en la Sentencia *Hirtu y otros c. Francia*, relativa también al desalojo de un campamento romaní<sup>33</sup>. Para el Tribunal, «la situación de desventaja del grupo social al que los demandantes pertenecían podría y debería haberse tenido en cuenta, por ejemplo, prestándoles asistencia para que obtuvieran oficialmente la condición de personas necesitadas de vivienda, lo que les habría permitido resultar elegibles para ocupar vivienda social en pie de igualdad con otras personas»<sup>34</sup>.

En definitiva, como apunta Solanes Mullor, el Tribunal de Estrasburgo desplegará un escrutinio más estricto de la actuación del Estado cuando el desalojo afecte a miembros de un colectivo especialmente vulnerable, lo que implicará que las autoridades nacionales deban tener en cuenta la especificidad de sus necesidades a la hora de ponderar los intereses en juego<sup>35</sup>.

Íntimamente relacionados con la vulnerabilidad de los afectados se encuentran los dos últimos elementos sustantivos que es posible identificar en la jurisprudencia del TEDH de cara a evaluar la proporcionalidad de un desalojo forzoso. En primer lugar, la necesidad de analizar las consecuencias que la adopción de una medida de estas características podría acarrear para las personas afectadas. En palabras de Nield, «el resultado es una medida integral dentro del juicio de proporcionalidad, siendo más probable que un resultado excepcionalmente severo sea considerado

<sup>29</sup> *Bjedov c. Croacia*, STEDH de 29 de mayo de 2012, n.º 42150/09, § 68.

<sup>30</sup> PERONI, L. y TIMMER, A. (2013), *op. cit.*, pp. 1063 y ss.

<sup>31</sup> *Chapman c. Reino Unido*, STEDH de 18 de enero de 2001, n.º 27238/95, § 96.

<sup>32</sup> *Yordanova y otros c. Bulgaria*, § 129.

<sup>33</sup> *Hirtu y otros c. Francia*, STEDH de 14 de mayo de 2020, n.º 24720/13, § 70.

<sup>34</sup> *Yordanova y otros c. Bulgaria*, § 132.

<sup>35</sup> SOLANES MULLOR, J. (2016). "The right to housing and the protection of family life and vulnerable groups. European judicial activism", en GONZÁLEZ PASCUAL, M. y TORRES PÉREZ, A. (Eds.) *The right to family life in the European Union*, Londres, Routledge, p. 226.

desproporcionado»<sup>36</sup>. Así, en el caso *Bjedov*, el Tribunal resalta la posibilidad, debidamente acreditada y conocida por las autoridades nacionales de que, debido al delicado estado de salud de la demandante, el desalojo le provocase daños irreparables<sup>37</sup>. Por su parte, en el asunto *Yordanova*, el Tribunal considerará que, dadas las específicas circunstancias de este caso, el principio de proporcionalidad exigía que las autoridades nacionales hubieran tenido en cuenta las consecuencias del desalojo. Particularmente, el riesgo de que los afectados quedaran sin hogar<sup>38</sup>.

Por último, a la hora de evaluar la proporcionalidad de un desalojo serán también especialmente relevantes las alternativas ofrecidas a los afectados. Esto no significa que el Estado tenga la obligación de garantizar una vivienda a sus ciudadanos<sup>39</sup>, tal y como vuelve a recordarse en el asunto *Yordanova*<sup>40</sup>. No obstante, en este caso, el Tribunal señala que, al menos, deberían haberse considerado otras opciones alternativas al desalojo. Por ejemplo, «la legalización de construcciones donde fuera posible el desarrollo de sistemas de alcantarillado público e instalaciones de suministro de agua, o la asistencia en la búsqueda de alojamiento alternativo cuando el desalojo resultara necesario»<sup>41</sup>. Posibilidades todas ellas que formaban parte de los programas gubernamentales para la inclusión de la población romaní en Bulgaria, pero que en el caso *Yordanova* ni siquiera se valoraron. Una falta de consideración que llevará al Tribunal a desestimar el argumento estatal de que el desalojo era la única solución adecuada para solventar los problemas de salud pública provocados por el asentamiento.

Las alternativas habitacionales ofrecidas a quienes corran el riesgo de sufrir un desalojo también han jugado un papel destacado en la paralización cautelar de lanzamientos por parte del Tribunal de Estrasburgo. En este sentido, en el caso *A.M.B. y otros c. España*, relativo al desalojo de una mujer en riesgo de exclusión social y sus dos hijos menores de la vivienda propiedad del Instituto de la Vivienda de Madrid que venían ocupando ilegalmente desde hacía tres años, el Tribunal solicitó al Gobierno español precisar cuáles eran las soluciones de realojo alternativas que se les ofertarían en caso de desahucio con el fin de prevenir la alegada vulneración del artículo 3 del Convenio, y en qué plazos. A la luz de las informaciones recibidas, el 12 de diciembre de 2012, el Tribunal ordenó al Gobierno que no procediera al desalojo de la demandante y de sus hijos del domicilio que ocupaban. Una suspensión que fue finalmente levantada el 28 de enero de 2014, por medio de la decisión de inadmisión de la demanda<sup>42</sup>. Por otro lado, en el asunto *Raji y otros c. España*, el

<sup>36</sup> NIELD, S. (2013), "Article 8 respect for the home: a human property right?". *King's Law Journal*, 24 (2), p. 163.

<sup>37</sup> *Bjedov c. Croacia*, § 68.

<sup>38</sup> *Yordanova y otros c. Bulgaria*, § 126.

<sup>39</sup> *Chapman c. Reino Unido*, § 99.

<sup>40</sup> *Yordanova y otros c. Bulgaria*, § 130.

<sup>41</sup> Ídem., § 125.

<sup>42</sup> *A.M.B. y otros c. España*, DTEDH de inadmisión de 28 de enero de 2014, n° 77842/12, §§ 11-12.

TEDH ordenó que se suspendiera el desalojo de una familia con una niña de ocho años de la vivienda ilegal que ocupaban en la Cañada Real Galiana de Madrid, en tanto que el Gobierno no proveyera información detallada sobre las medidas que adoptarían las autoridades para realojarlos. El caso, que traía causa de la ejecución de un plan urbanístico municipal donde se preveía la demolición del asentamiento, fue finalmente resuelto gracias a la decisión del Ayuntamiento de paralizar dicho plan y diseñar un marco para la legalización de las viviendas ilegales, tal y como acredita la decisión por la que se acordó el archivo de la demanda<sup>43</sup>. Este desenlace distingue el caso del asunto *Yordanova*, con el que guardaba importantes similitudes, y en relación con el cual el TEDH ordenó igualmente la suspensión cautelar del desalojo de los afectados<sup>44</sup>. Cierta resonancia mediática tuvo también el caso *Ceesay Ceesay y otros c. España*, donde el Tribunal paralizó el desalojo de varias familias en Salt, Girona, de un edificio propiedad de la SAREB hasta que el Gobierno informó un mes después de que las autoridades autonómicas les facilitarían el acceso a una vivienda alternativa<sup>45</sup>.

Una vez expuestos los elementos tanto formales como sustantivos que habrían de integrar el examen de proporcionalidad de un desalojo, cabe preguntarse cuál es el alcance de esta garantía. ¿Debe poder exigirse en absolutamente cualquier caso en que una persona corra el riesgo de perder su vivienda habitual, incluso también en aquellos supuestos que traigan causa de una relación entre particulares? Vamos a verlo.

### 3. LOS LÍMITES A LA EFICACIA ENTRE PARTICULARES DEL DERECHO AL RESPETO DEL DOMICILIO EN LOS CASOS RELATIVOS A DESALOJOS FORZOSOS

#### 3.1. En el sistema del Convenio Europeo de Derechos Humanos

Como es sabido, el CEDH regula relaciones jurídicas verticales, entre el Estado y sus ciudadanos. Es decir, que, en principio, los derechos reconocidos en el Convenio carecerían de eficacia en las relaciones entre particulares. No obstante, la ratificación del Convenio de Roma sí ha tenido indirectamente un impacto decisivo en las relaciones entre particulares<sup>46</sup>. Por ejemplo, a través del establecimiento de obligaciones positivas encaminadas a que los Estados protejan los derechos convencionales frente a injerencias de terceros<sup>47</sup>.

<sup>43</sup> *Raji y otros c. España*, DTEDH de 16 de diciembre de 2014, nº 3537/13.

<sup>44</sup> *Yordanova y otros c. Bulgaria*, §§ 4 y 53.

<sup>45</sup> *Ceesay Ceesay y otros c. España*, nº. 62688/13.

<sup>46</sup> *Vid.*, ARZOZ SANTISTEBAN, X. (2017). La eficacia del CEDH en las relaciones entre particulares. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 21, pp. 149-174.

<sup>47</sup> Como señala Bilbao Ubillos, ya desde el caso *X e Y c. Holanda*, en 1985, «el Tribunal de Estrasburgo consideró que aun cuando el objeto del artículo 8 del Convenio (derecho a la vida privada) es esencialmente la protección del individuo contra intromisiones de las autoridades públicas, de él se

Por lo que se refiere a la doctrina sobre desalojos forzosos, durante años no ha estado claro si la misma debía resultar también de aplicación a las relaciones entre particulares. En este sentido, diversas circunstancias parecían insinuar una respuesta positiva a esta cuestión. Para empezar, los propios términos del principio enunciado en el asunto *McCann*: «*cualquier persona* que corra el riesgo de perder su vivienda habitual debería en principio poder hacer que un tribunal independiente examinase la proporcionalidad de la medida [...]»<sup>48</sup>. Además, si bien es cierto que la inmensa mayoría de los casos encuadrables en esta línea jurisprudencial se referían a desalojos instados por algún tipo de autoridad pública (normalmente, por aquellas encargadas de gestionar los parques de vivienda social<sup>49</sup>), lo cierto es que, como apunta Nield, «en ninguno de estos casos el Tribunal de Estrasburgo limitó expresamente el requisito de proporcionalidad a la recuperación de la posesión por parte de una autoridad pública»<sup>50</sup>. De hecho, la única oposición expresa a la extensión de esta doctrina a las relaciones entre particulares fue la opinión emitida por un magistrado en el caso *Buckland*<sup>51</sup>.

En tercer lugar, el elemento más determinante para suponer que el examen de proporcionalidad en materia de desalojos forzosos podía exigirse también en los litigios privados ha sido el hecho de que, en varios pronunciamientos, el derecho al respeto del domicilio se ponderase no solo frente al interés legítimo perseguido por el Estado, sino también frente a los derechos e intereses de otros particulares. Así, en el ya citado asunto *Zebentner c. Austria*, el Tribunal consideró que, ni el interés estatal por salvaguardar la seguridad jurídica, ni la protección del adquirente de buena fe, podían prevalecer sobre la consideración de que la enajenación judicial de la vivienda de la demandante para saldar una deuda tuvo lugar sin que esta hubiera podido participar efectivamente en el procedimiento debido a su incapacidad jurídica, y sin que hubiera tenido la posibilidad de que los tribunales nacionales examinasen

---

derivan obligaciones positivas que pueden implicar la adopción de medidas para asegurar el respeto efectivo a la vida privada incluso en las relaciones entre particulares». BILBAO UBILLOS, J. M. (2017). «La consolidación dogmática y jurisprudencial de la *Drittwirkung*: una visión de conjunto». *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 21, p. 74, nota 48.

<sup>48</sup> *McCann c. Reino Unido*, § 50. La cursiva es mía.

<sup>49</sup> *Connors c. Reino Unido*; *McCann c. Reino Unido*; *Ćosić c. Croacia*; *Paulić c. Croacia*; *Kay y otros c. Reino Unido*; *Orlić c. Croacia*; *Yordanova y otros c. Bulgaria*; *Popov y otros c. Rusia*.

<sup>50</sup> NIELD, S. (2017). «Shutting the door to horizontal effect: *McDonald c. McDonald* [2016] UKSC 28», *The Conveyancer and Property Lawyer*, 1, p. 67.

<sup>51</sup> *Buckland c. Reino Unido*, voto particular del Magistrado De Gaetano. «En mi opinión, si bien es perfectamente razonable exigir que una notificación de desahucio o recuperación de la vivienda emitida por el Gobierno o por una autoridad local —ambos con la obligación de derecho público de proporcionar alojamiento a las personas dentro de su jurisdicción— o incluso por una entidad privada que recibe fondos públicos, pueda ser impugnada por motivos de proporcionalidad, cuando el arrendador es un particular, el derecho del inquilino debería limitarse, en principio, a impugnar si la ocupación —arrendamiento, contrato de arrendamiento, concesión de invasión, etc.— ha llegado efectivamente a su fin de acuerdo con la ley. En este último caso, la proporcionalidad del desalojo o la recuperación de la propiedad a la luz de los principios pertinentes del artículo 8 no debería entrar en la ecuación».

la proporcionalidad de la medida<sup>52</sup>. De forma similar, en el asunto *Rousk c. Suecia*, también relativo a la venta judicial de la vivienda del demandante, aunque ahora para saldar una deuda tributaria, el Tribunal no sólo ponderará el derecho al respeto del domicilio con el interés legítimo perseguido por el Estado (la recaudación fiscal), sino también con el interés de otro particular: el adquirente de la vivienda en pública subasta.

Como puede apreciarse, estos pronunciamientos en materia de desalojos forzosos presentan características diferenciales con respecto a los casos en que una autoridad pública busca recuperar la posesión de algún tipo de vivienda social. Características que pueden inducir a pensar que la evaluación de la proporcionalidad de un desalojo debería operar también en las relaciones entre particulares. Pero es que, además, es posible encontrar pronunciamientos relativos a la pérdida de la vivienda habitual donde, efectivamente, el Tribunal ha atribuido cierta eficacia horizontal a los derechos del Convenio, aunque sea por vía indirecta. En este sentido, en el caso *Khursbid Mustafa y Tarzibachi c. Suecia*, el TEDH consideró que la rescisión de un contrato de arrendamiento de vivienda por un arrendador particular a causa de la instalación de una antena parabólica en la fachada constituyó una injerencia desproporcionada en el derecho del demandante a la libertad de recibir información, y responsabilizó al Estado por no haber satisfecho sus obligaciones positivas en la protección de este derecho<sup>53</sup>.

En cualquier caso, el pronunciamiento clave para suponer eficacia entre particulares al principio establecido en el asunto *McCann* fue la Sentencia recaída en el caso *Brežec c. Croacia*, donde el TEDH declaró una violación del derecho al respeto del domicilio porque los tribunales nacionales no examinaron la proporcionalidad del desalojo de la demandante del apartamento donde había residido durante más de cuarenta años a instancia del propietario del inmueble: una entidad hotelera privatizada tras la disolución de la antigua Yugoslavia<sup>54</sup>. Hasta tal punto parecía confirmarse esta extensión a las relaciones entre particulares, que el *único* voto particular a la Sentencia abogaba por sustentar la violación del artículo 8 CEDH en el incumplimiento de las obligaciones positivas del Estado tras la privatización del inmueble, en lugar de hacerlo sobre la ponderación de los intereses particulares en el juicio de proporcionalidad del desalojo<sup>55</sup>.

Todas estas circunstancias llevaron a un sector doctrinal a suponer que la jurisprudencia del TEDH en materia de desalojos forzosos resultaba también de aplicación en los casos concernientes exclusivamente a particulares<sup>56</sup>. Incluso, algunos

<sup>52</sup> *Zehentner c. Austria*, § 65.

<sup>53</sup> *Khursbid Mustafa y Tarzibachi c. Suecia*, STEDH de 16 de diciembre de 2008, nº 23883/06. § 50.

<sup>54</sup> *Brežec c. Croacia*, STEDH de 18 de julio de 2013, nº 7177/10, §§ 44-51.

<sup>55</sup> *Brežec c. Croacia*. Voto particular del Magistrado Dedov, donde afirmaba: «veo un problema con el test de proporcionalidad, ya que no hay ningún ámbito en el que se puedan limitar los derechos del nuevo propietario a favor del solicitante».

<sup>56</sup> SOLANES MULLOR, J. (2016), *op. cit.*, pp. 219 y 228.

autores llegaron a elaborar distinciones doctrinales en función de la naturaleza de los derechos e intereses que alegase el particular que pretendiera recuperar la posesión de la vivienda en cuestión<sup>57</sup>. Sin embargo, en dos resoluciones posteriores el Tribunal de Estrasburgo terminaría por descartar que el examen de proporcionalidad de un desalojo pueda resultar exigible cuando la medida ha sido adoptada a instancia de otro particular, independientemente de que se trate de una persona física o jurídica.

El primero de estos pronunciamientos es la Sentencia recaída en el asunto *Vrzić c. Croacia*, de 12 de julio de 2016<sup>58</sup>. En este caso, los demandantes habían firmado un contrato de préstamo con otro particular y la empresa de este utilizando su vivienda como garantía. Ante el impago de la cantidad debida, el acreedor instó la ejecución judicial de la deuda, lo que llevó a la venta de la vivienda de los demandantes en pública subasta. Estos no cuestionaron en ningún momento la validez del contrato que habían firmado, ni recurrieron la decisión judicial de enajenar la vivienda. Sin embargo, sí interpusieron un recurso contra la decisión por la que se adjudicó el inmueble, pues la consideraron desproporcionada debido al bajo precio que se obtuvo. En su análisis sobre el fondo del asunto, el Tribunal afirmará que la venta de la vivienda constituyó una injerencia en el derecho al respeto del domicilio de los demandantes prevista por la ley y que perseguía un fin legítimo: proteger el título legal del comprador sobre la vivienda de los demandantes. Sin embargo, a la hora de analizar la necesidad de la medida en una sociedad democrática, el Tribunal circunscribirá claramente la necesidad de evaluar la proporcionalidad del desalojo a los casos en que los afectados residan en viviendas sociales o de titularidad pública. Así, la Sentencia afirmará que los supuestos donde la contraparte en el procedimiento de desalojo sean individuos o empresas privadas habrán de ser tratados de forma diferente, máxime cuando los demandantes han suscrito un contrato por el que expresamente asumen el riesgo de perder su vivienda, como ocurría en este caso<sup>59</sup>. Por ello, el Tribunal no considera necesario que se evalúe la proporcionalidad de la medida, sino que estima que su previsión legal para proteger los derechos de otros particulares puede ser perfectamente necesaria en una sociedad democrática. Así, dado que la venta de la vivienda en pública subasta no fue sino el resultado de un incumplimiento contractual por parte de los demandantes, la Sentencia declaró que no hubo violación alguna del artículo 8 CEDH.

El segundo de los pronunciamientos donde el TEDH descartará extender la protección del principio *McCann* a los casos de desalojos forzosos entre particulares es la Decisión recaída en el asunto *F.J.M. c. Reino Unido*, de 29 de noviembre de 2018<sup>60</sup>.

<sup>57</sup> Así, el derecho de un propietario habría de prevalecer siempre sobre el interés de un ocupante ilegal, mientras que si el desalojo se instase únicamente con base en algún derecho real garantizado por el inmueble la medida solo podría considerarse proporcionada de no existir otra alternativa menos lesiva para el derecho de los afectados. NIELD, S. (2013), *op. cit.*, p. 162.

<sup>58</sup> *Vrzić c. Croacia*, STEDH de 12 de julio de 2016, nº 43777/13.

<sup>59</sup> Ídem., § 66-67.

<sup>60</sup> *F.J.M. c. Reino Unido*, DTEDH de 29 de noviembre de 2018, nº 76202/16.



El caso tiene por objeto el desalojo de una mujer con problemas psiquiátricos de la vivienda en la que residía en régimen de arrendamiento. El inmueble en cuestión había sido adquirido por sus progenitores mediante un préstamo hipotecario después de que su hija hubiera perdido dos alquileres sociales debido a su comportamiento. Sin embargo, los padres de la demandante incurrieron en atrasos en la devolución del préstamo, por lo que la entidad acreedora instó un procedimiento judicial para recabar la posesión de la vivienda. A esta decisión se opuso la demandante con base en el artículo 8 CEDH, aportando un informe psiquiátrico sobre las dificultades que tendría para encontrar una vivienda alternativa dado su historial de salud mental, y el elevado riesgo de quedarse sin hogar. Pese a considerar acreditada la situación de vulnerabilidad de la inquilina, así como el pago puntual de la renta y que los atrasos en la devolución del préstamo nunca fueron elevados, el juzgado que conoció del caso en primera instancia consideró que la ley era clara al respecto, y que no cabía examinar la proporcionalidad de un desalojo cuando quien lo instaba no era una autoridad pública, sino un particular. Una decisión confirmada después por el Tribunal Supremo del Reino Unido, que en su Sentencia sobre el caso recalcó el hecho de que el legislador británico hubiera optado por conceder un nivel de protección a los inquilinos que no fuera tan intenso como para desalentar la oferta de viviendas privadas en alquiler por parte de sus propietarios<sup>61</sup>.

En su decisión sobre el caso, tras reconocer que no estaba claro si la Sentencia recaída en *Brežec* pretendía extender la posibilidad de exigir el examen de proporcionalidad a los desalojos relativos a propietarios particulares, el Tribunal de Estrasburgo afirmará que esta cuestión ha quedado zanjada en el asunto *Vrzić*<sup>62</sup>. De este modo, se confirma la distinción operada en esta última resolución entre los casos relativos a viviendas de titularidad pública y privada. Una distinción que el Tribunal funda en el hecho de que los desalojos entre particulares se apoyan en contratos suscritos libremente por las partes, y en relación con los cuales el legislador ya ha establecido previamente cómo deben respetarse sus respectivos derechos convencionales<sup>63</sup>. Es decir, que, en estos casos, la ponderación de los intereses privados en disputa puede ser decidida de antemano en sede legislativa<sup>64</sup>. Es más, el TEDH comparte el argumento del Tribunal Supremo británico, según el cual, si un arrendatario pudiera requerir que un tribunal examinase la proporcionalidad del desalojo una vez que el contrato hubiera finalizado, el impacto resultante para el sector privado del alquiler resultaría totalmente impredecible y potencialmente muy pernicioso<sup>65</sup>.

Pese a la aparente claridad de esta decisión —tanta que el caso ni siquiera pareció requerir una resolución en forma de sentencia—, ciertos autores han puesto de manifiesto lo que a su entender serían algunas inconsistencias. Así, Boddy y Graham

<sup>61</sup> *McDonald c. McDonald* [2016] UKSC 28.

<sup>62</sup> *F.J.M. c. Reino Unido*, § 39.

<sup>63</sup> Ídem, § 42.

<sup>64</sup> Ídem, § 41.

<sup>65</sup> Ídem, § 43.

afirman que el Tribunal tergiversa su propia decisión en *Vrzić*. Pues, a su juicio, esta resolución «deja espacio para la posibilidad de que, en determinados casos de arrendadores privados, pueda surgir efectivamente la obligación de realizar una evaluación individual de la proporcionalidad, cuando los hechos sean tales que los derechos a la vida privada del solicitante pesen más que los derechos de propiedad muy importantes del arrendador»<sup>66</sup>. Sin embargo, en mi opinión ocurre justamente lo contrario. En el asunto *F.J.M.* el Tribunal reinterpreta lo establecido en su Sentencia sobre el caso *Vrzić*, sí. Pero más bien lo hace para suavizar la contundencia de este último pronunciamiento. Así, parece querer dejar un pequeño resquicio abierto a la extensión del principio *McCann* al afirmar que, «en *Vrzić*, el Tribunal reconoció expresamente por primera vez que el principio de que cualquier persona en riesgo de perder su vivienda habitual pueda requerir que un tribunal independiente examine la proporcionalidad de la medida no se aplicaba *automáticamente* a los casos donde quien busca recuperar la posesión del inmueble es un individuo particular o una empresa privada»<sup>67</sup>. No obstante, lo cierto es que este adverbio no parece tener mayor recorrido. Pues, a diferencia de lo que ocurría en *Vrzić*, en el caso *F.J.M.* tanto la vulnerabilidad de la demandante como el riesgo de que esta pudiera quedar sin hogar estaban perfectamente acreditados, y ni siquiera estas circunstancias justificaron la exigencia de que se examinase la proporcionalidad del desalojo.

Por su parte, para Lees «es problemático argumentar que la interferencia con los derechos contractuales produce un (tipo de) efecto horizontal inadmisibles, mientras que al mismo tiempo se argumenta que la razón por la que no es posible la interferencia es que el Parlamento, el órgano supremo del Estado, ha especificado el equilibrio que debe alcanzarse entre esas partes. Si la ley rige la relación, entonces es una relación producida por el Estado, y si se solicita una orden judicial, ésta es ejecutada por el Estado. Por tanto ya no se trata de una relación puramente privada»<sup>68</sup>. Sin embargo, este argumento llevaría a asumir que las relaciones entre particulares no existen en un Estado de Derecho, donde prácticamente cualquier vínculo contractual está mediatizado por previsiones legislativas.

Mayor fundamento tiene, a mi juicio, la crítica que Benito Sánchez dirige contra el argumento de que la extensión del juicio de proporcionalidad a las relaciones entre particulares sería susceptible de producir efectos muy perniciosos en el mercado privado del alquiler. En su opinión, «esto se contradice con la posición del Tribunal en lo que respecta a las viviendas públicas, donde reconoció que se podía dictar una sentencia sumaria en la mayoría de los casos y que las situaciones en las que habría que realizar una evaluación de la proporcionalidad serían excepcionales. Es difícil ver la imprevisibilidad y el daño potencial de extender esto al sector privado de alquiler

<sup>66</sup> GRAHAM, L. y BODDY, J. (2019). «FJM v United Kingdom: the Taming of Article 8?». *The Conveyancer and Property Lawyer*, 2, p. 171.

<sup>67</sup> *F.J.M. c. Reino Unido*, § 41. La cursiva es mía.

<sup>68</sup> LEES, E. (2017). «Article 8, proportionality and horizontal effect», *Law Quarterly Review*, 133(Jan), p. 32.

en términos similares: en la mayoría de los casos, el tribunal podría dictar la orden de posesión sumariamente, dejando un margen para aquellos casos difíciles en los que haya que realizar una evaluación exhaustiva de la proporcionalidad»<sup>69</sup>. Pese a todo, me parece innegable que la extensión del juicio de proporcionalidad a los desalojos en las relaciones entre particulares siempre generaría un cierto grado de incerteza.

También Casla aboga por la extensión del juicio de proporcionalidad de los desalojos forzosos a las relaciones entre particulares, argumentando que el Tribunal de Estrasburgo debería tomar en consideración la interpretación sentada al respecto por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas, así como la existencia de posibles consensos básicos en los ordenamientos de los Estados miembros en relación con la regulación de los arrendamientos y los procedimientos de desahucio<sup>70</sup>.

En cualquier caso, la decisión ha sido tomada. Incluso aunque su eficacia se limite a casos excepcionales, donde los afectados sean personas especialmente vulnerables, la doctrina del TEDH en materia de desalojos forzosos ofrece una tutela a quienes residan en viviendas públicas que no alcanza a quienes lo hagan en viviendas de titularidad privada.

### 3.2. En el Derecho de la Unión Europea

Las limitaciones a la eficacia entre particulares del derecho al respeto del domicilio contemplado en el artículo 8 CEDH que acaban de reseñarse no han impedido que algunos autores aboguen por dicha virtualidad en otros sistemas normativos. En concreto, en el ámbito de la Unión Europea, donde esa eficacia horizontal ha sido defendida a partir de la asunción por parte del Tribunal de Justicia de la doctrina sobre proporcionalidad de los desalojos forzosos desarrollada en Estrasburgo.

En efecto, en la Sentencia recaída en el asunto *Kušionová*, de 10 de septiembre de 2014<sup>71</sup>, relativa también a la interpretación de la Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, el Tribunal de Luxemburgo irá notablemente más lejos que en su famoso caso *Aziz*<sup>72</sup>. Tras afirmar que «la pérdida de la vivienda familiar no solo puede lesionar gravemente el derecho de los consumidores, sino que también pone a la familia del

<sup>69</sup> BENITO SÁNCHEZ, J. C. (2019). «F.J.M. v. the United Kingdom: Judicial review of the proportionality of an eviction in private rental housing». *Strasbourg Observers* [blog], 15-01-2019. Disponible en: <https://strasbourgobservers.com/2019/01/15/f-j-m-v-the-united-kingdom-judicial-review-of-the-proportionality-of-an-eviction-in-private-rental-housing/> [fecha de consulta: 01/02/2022].

<sup>70</sup> CASLA, KOLDO (2022). “Unpredictable and damaging? A human rights case for the proportionality assessment of evictions in the private rental sector.” *European Human Rights Law Review*, 2022 (3). pp. 253-272.

<sup>71</sup> STJUE de 10 de septiembre de 2014, *Kušionová*, C-34/13, ECLI:EU:C:2014:2189.

<sup>72</sup> STJUE de 14 de marzo de 2013, *Aziz c. CatalunyaCaixa*, C-415/11, ECLI:EU:C:2013:164.

consumidor en una situación particularmente delicada»<sup>73</sup>, el Tribunal de Justicia no dudará en hacer suyo el principio establecido por el Tribunal de Estrasburgo en el caso *McCann*<sup>74</sup>. Una asunción que, acto seguido, llevará al máximo órgano jurisdiccional comunitario a afirmar sin ambages que, «en el Derecho de la Unión, el derecho a la vivienda (*right to accommodation/droit au logement*) es un derecho fundamental garantizado por el artículo 7 de la Carta que el tribunal remitente debe tomar en consideración al aplicar la Directiva 93/13»<sup>75</sup>.

Por medio de esta rotunda afirmación, el TJUE cumple con el mandato interpretativo del artículo 52.3 CDFUE, según el cual, «en la medida en que la presente Carta contenga derechos que correspondan a derechos garantizados por el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, su sentido y alcance serán iguales a los que les confiere dicho Convenio». Y es que el artículo 7 de la CDFUE es un calco del artículo 8 del CEDH. Algo que se desprende tanto del tenor de ambos preceptos, como de las explicaciones elaboradas bajo la autoridad del *Praesidium* de la Convención que redactó la Carta, donde se afirma que «los derechos garantizados en el artículo 7 corresponden a los que garantiza el artículo 8 del CEDH», y se reitera que, «de conformidad con lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 52, este derecho tiene el mismo sentido y alcance que en el artículo correspondiente del CEDH».

Ahora bien, pese a la contundente declaración de que el artículo 7 CDFUE garantiza un «derecho fundamental a la vivienda», lo cierto es que el TJUE no va a profundizar en la configuración de este derecho elaborada por la jurisprudencia de Estrasburgo. En efecto, tras recordar la importancia de que el juez nacional competente disponga de medidas cautelares que puedan servir para suspender o contrarrestar un procedimiento ilícito de ejecución hipotecaria cuando la concesión de dichas medidas sea necesaria para garantizar la efectividad de la protección pretendida por la Directiva 93/13 —especialmente en relación «con las consecuencias que genera el desahucio del consumidor y de su familia de la vivienda que es su residencia principal»—, el Tribunal de Justicia se limitará a afirmar que, «en el presente asunto, la posibilidad de que el juez nacional competente ordene toda medida provisional [...] parece constituir un medio adecuado y eficaz de hacer cesar la aplicación de cláusulas abusivas» (§67). De este modo, pese al aparente calado de la declaración efectuada en su apartado 65, la Sentencia no ofrecerá mayores pistas sobre el alcance que ese derecho a la vivienda podría llegar a desplegar en el marco de la normativa europea sobre protección de los consumidores, lo que ha llevado a la doctrina a especular en muy diversas direcciones.

Por ejemplo, Kenna y Simón-Moreno han defendido la posibilidad de utilizar la Carta de Derechos Fundamentales de la UE como mecanismo para sortear las

<sup>73</sup> Ídem., § 63.

<sup>74</sup> Ídem., § 64.

<sup>75</sup> Ídem., § 65.

limitaciones impuestas a la eficacia entre particulares del derecho al respeto del domicilio del artículo 8 CEDH en los casos relativos a desalojos forzosos<sup>76</sup>. Para Simón-Moreno, esto significa que «el principio de proporcionalidad debería aplicarse en los procedimientos de ejecución hipotecaria en los que estén involucrados consumidores y esté en juego la pérdida de la vivienda»<sup>77</sup>. En concreto, el autor defiende esta tesis con base en la Directiva 2014/17/UE, de 4 de febrero, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial (DCH), cuyo artículo 28.1 establece que «los Estados miembros adoptarán medidas para alentar a los prestamistas a mostrarse razonablemente tolerantes antes de iniciar un procedimiento de ejecución».

Partiendo de la base de que «la aplicación de los derechos previstos en la CDFUE en las relaciones entre particulares dependerá de si requieren una expresión concreta en el Derecho nacional o de si tienen por sí mismos fuerza suficiente para ser invocados por los particulares, lo que debe ponerse en relación con la distinción entre principios y derechos»<sup>78</sup>, Simón-Moreno afirma que «una interpretación del artículo 28.1 DCH de conformidad con la CDFUE implicaría, primero, que la Comisión Europea debería haber incluido *ab initio* el principio de proporcionalidad como una medida a implementar por los Estados miembros y, segundo, que, en ausencia de dicha previsión, los jueces nacionales deberían interpretar la normativa nacional de conformidad con la CDFUE, incluso en un litigio entre particulares»<sup>79</sup>. Pues, «dado que el derecho a la vida privada y familiar debe considerarse como un derecho y no principio (como sí sucede con los derechos del art. 34.3 CDFUE), si las leyes nacionales que transponen la DCH no hacen referencia al principio de proporcionalidad, el juez debería interpretarla de una manera conforme a la CDFUE»<sup>80</sup>. De este modo, mientras que «la potencial aplicación horizontal del CEDH no implicaría empoderar a los individuos con acciones basadas en el mismo, [...] la aproximación respecto al principio de proporcionalidad es distinta en el caso de la CDFUE: aquí los particulares sí que podrían invocarlo directamente sobre la base de la DCH y su interpretación conforme al artículo 7 CDFUE»<sup>81</sup>.

La idea de ponderar derechos fundamentales en los casos donde esté en juego la vivienda habitual del consumidor no es nueva. Ya había sido propuesta a raíz del caso *Aziz* por Cherednychenko, quien consideraba que el TJUE, en lugar de operar exclusivamente en términos de efectividad, debería haber contrastado los intereses

<sup>76</sup> KENNA, P. y SIMÓN-MORENO, H. (2019), «Towards a common standard of protection of the right to housing in Europe through the Charter of fundamental rights». *European Law Journal*, 25 (6), pp. 617-618.

<sup>77</sup> SIMÓN MORENO, H. (2019). «La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y la constitucionalización del Derecho privado: ¿una nueva vía para proteger el derecho a la vivienda?». *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 771, p. 179.

<sup>78</sup> Ídem.

<sup>79</sup> Ídem.

<sup>80</sup> Ídem., pp. 179-180.

<sup>81</sup> Ídem., p. 181.

del deudor y del acreedor, ponderando, de un lado, el derecho a la tutela judicial efectiva del prestamista (art. 47 CDFUE) en conjunción con su derecho de propiedad (art. 27.1 CDFUE) y, de otro, el derecho a la tutela judicial efectiva del consumidor en relación con su derecho a la vivienda (art. 7 CDFUE) y el principio de protección de los consumidores (art. 38 CDFUE)<sup>82</sup>.

Desde mi punto de vista, no obstante, este razonamiento incurre en algunas imprecisiones. En primer lugar, porque desconoce el alcance real que el Tribunal de Luxemburgo ha conferido a la eficacia de los derechos fundamentales de la Carta en las relaciones entre particulares. Un alcance complejo, plagado de matices, que ha ido determinándose a golpe de sentencia y que no depende únicamente de la naturaleza jurídica del precepto en cuestión. Es cierto que la distinción entre derechos y principios, contemplada en el artículo 52 CDFUE, ha resultado determinante para reconocer *cierta* eficacia horizontal a *algunos* de los derechos reconocidos por la Carta. Así, mientras que en el asunto *Kücükdeveci*<sup>83</sup> el principio de no discriminación por razón de edad (art. 21.1 CDFUE) fue considerado «suficiente por sí mismo para conferir a los particulares un derecho subjetivo invocable como tal»<sup>84</sup>, en la Sentencia *AMS* el TJUE sostuvo que el artículo 27 CDFUE («derecho a la información y consulta de los trabajadores en la empresa») no reunía estas cualidades (es decir, era un principio) y, por ello, en contra de la opinión del Abogado General Cruz Villalón, descartó la posibilidad de que pudiera invocarse para fundamentar la inaplicación de una disposición nacional no conforme con una Directiva<sup>85</sup>.

Sin embargo, lo que se dilucidaba en estos casos no era tanto la posible eficacia entre particulares de estos derechos de la Carta como su virtualidad para dotar de eficacia horizontal a las disposiciones de una Directiva que, como es sabido, carecen de ella por sí mismas<sup>86</sup>. En otras palabras, conforme a la doctrina del TJUE una Directiva puede llegar a desplegar efectos horizontales en conjunción con un precepto de la CDFUE siempre y cuando se den una serie de condiciones, entre las que destaca que dicho precepto establezca un derecho y no un principio. Ahora bien, esto no es suficiente. De esa misma doctrina se desprende que, para que esto sea así, la disposición de la Directiva cuya eficacia entre particulares se pretende debe limitarse a

<sup>82</sup> CHEREDNYCHENKO, O. (2014). «Fundamental Rights, European Private Law, and Financial Services». En MICKLITZ, H-W. (Ed.). *Constitutionalization of European private law*. Oxford: Oxford University Press, p. 204.

<sup>83</sup> STJUE de 19 de enero de 2010, *Kücükdeveci*, C-555/07

<sup>84</sup> STJUE de 15 de enero de 2014, *Association de médiation sociale*, C-176/12, § 47.

<sup>85</sup> Ídem., §§ 47-49.

<sup>86</sup> Así lo ha reconocido en incontables ocasiones el Tribunal de Luxemburgo: «tratándose de un litigio entre particulares, el Tribunal de Justicia ha declarado reiteradamente que una directiva no puede, por sí sola, crear obligaciones a cargo de un particular y, por consiguiente, no puede ser invocada, en su calidad de tal, contra dicha persona». STJUE de 19 de enero de 2010, *op. cit.*, § 46.

concretar el precepto de la Carta de que se trate, además de que debe estar redactada en términos precisos e incondicionales<sup>87</sup>.

Pues bien, a mi juicio no puede considerarse que el artículo 28.1 de la Directiva de crédito hipotecario constituya una concreción del derecho al respeto del domicilio contemplado en el artículo 7 CDFUE. Ni, mucho menos, que este precepto esté redactado con la precisión suficiente como para desplazar la aplicación de una disposición nacional que no contemple el juicio de proporcionalidad de un desalojo. Todo lo contrario. La amplitud y vaguedad con que está redactada esta disposición permitiría mucho antes la interpretación conforme con el mismo de casi cualquier normativa de trasposición nacional. Interpretación conforme que el Tribunal de Justicia requiere antes de llegar a la inaplicación de la disposición nacional, que únicamente debe practicarse como solución de último recurso.

A mayor abundamiento, la eficacia entre particulares de los derechos contemplados en la Carta de Derechos Fundamentales se circunscribe casi en su totalidad al ámbito de las relaciones laborales. Y, además, solo en relación con aquellos derechos cuya estructura lo permite. Como señala Cruz Villalón, «la Carta no puede dar una respuesta única a la cuestión de la eficacia horizontal, apenas hace falta decirlo: esta es una cuestión que no solo debe recibir respuestas diferentes, incluso radicalmente diferentes, derecho por derecho. Incluso dentro y respecto de cada derecho las respuestas han de ser diferentes. El casuismo se impone, en cierto modo como parte del código genético de la *Drittwirkung*»<sup>88</sup>. En este mismo sentido, Ugartemendia subraya que, «si echamos un vistazo a la jurisprudencia del TJ recaída desde que la Carta entró en vigor (2009), es posible destacar que la cuestión o la casuística acerca de la eficacia horizontal de los derechos de la Carta se manifiesta de forma clara —siguiendo la terminología de la Carta— en el ámbito de los derechos de “igualdad” y de “solidaridad”»<sup>89</sup>. Ámbitos entre los que no se encuentra el derecho del artículo 7 CDFUE, que forma parte de las «libertades» del Título II.

Por su parte, autoras como Domurath y Mak, proclives a extender la eficacia del derecho a la vivienda a las relaciones entre particulares, consideran que el TJUE habría dado un vuelco a esta doctrina en su Sentencia *Bauer y Broßonn*<sup>90</sup>, reconociendo la posibilidad de que todos los derechos de la Carta resulten directamente eficaces entre

<sup>87</sup> ALONSO GARCÍA, R. (2014), *Sistema jurídico de la Unión Europea*. Cizur Menor: Thomson Reuters, 4ª edición, pp. 292-295.

<sup>88</sup> CRUZ VILLALÓN, P. (2017). “La incidencia de la Carta (DFUE) en la confluencia de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales y la *ineficacia* horizontal de las directivas: de *Küçükdeveci* a *Dansk Industri*”. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 21, p. 120.

<sup>89</sup> UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA, J. I. (2017). «La eficacia entre particulares de la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia». *Teoría y Realidad Constitucional*, 39, p. 380.

<sup>90</sup> STJUE de 6 de noviembre de 2018, *Bauer y Broßonn*, asuntos acumulados C-569/16 y C-570/16.

particulares si están formulados con carácter imperativo e incondicional<sup>91</sup>. Sin embargo, a mi juicio esto no es así, pues este caso vuelve a referirse a un derecho de índole inequívocamente laboral, como es el derecho a las vacaciones anuales retribuidas, sin que las consideraciones en torno a su eficacia en este asunto puedan generalizarse ni extenderse a otros derechos de la Carta. En cualquier caso, estas mismas autoras consideran improbable que la redacción de los artículos 7 y 34.3 CDFUE pueda considerarse imperativa e incondicional, y afirman que la eficacia entre particulares del derecho a la vivienda tendría que ser articulada por la propia Unión o por los Estados miembros *en su legislación*<sup>92</sup>.

Por otro lado, tampoco comparto la interpretación de Simón-Moreno, cuando afirma que «una interpretación del artículo 28.1 DCH de conformidad con la CDFUE implicaría, primero, que la Comisión Europea debería haber incluido *ab initio* el principio de proporcionalidad como una medida a implementar por los Estados miembros»<sup>93</sup>. Y ello por dos razones. En primer lugar, porque la Carta establece límites a la acción política de la Unión, pero no constituye un programa que determine la agenda de sus instituciones. En segundo lugar, porque la Carta «no amplía el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión más allá de las competencias de la Unión, ni crea ninguna competencia o misión nuevas para la Unión, ni modifica las competencias y misiones definidas en los Tratados» (art. 51.2 CDFUE). La Unión no cuenta con competencias en materia de vivienda, pero tampoco ostenta una competencia general en la defensa de los derechos fundamentales, que corresponde a los Estados miembros. Así, una disposición legislativa nacional que exija examinar la proporcionalidad de un desalojo cuando esté en juego la vivienda habitual de un consumidor resultará conforme con el artículo 7 CDFUE, pero en ningún caso podrá considerarse que su existencia venga impuesta por el derecho contenido en este precepto. Además, ese contraste solo habrá de producirse en los ámbitos de aplicación propios del Derecho de la Unión, y no ante cualesquiera desalojos que puedan tener lugar conforme a la legislación de un Estado miembro.

Por último, podría argüirse que, si el artículo 7 CDFUE ha de interpretarse con el mismo sentido y alcance que el artículo 8 CEDH, entonces la eficacia entre particulares de aquél contará con las mismas limitaciones que la de este, tal y como estas fueron perfiladas por el TEDH en su Decisión *FJM c. Reino Unido*. Sin perjuicio, eso sí, de que el Derecho de la Unión pueda conceder una protección más extensa que el Convenio de Roma (art. 52.3 CDFUE). Pero siempre dentro del marco competencial comunitario.

En definitiva, aunque el Tribunal de Justicia no haya dicho aún la última palabra sobre el alcance que el derecho a la vivienda contenido en el artículo 7 CDFUE podría tener dentro del Derecho europeo de protección de los consumidores, las razones

<sup>91</sup> DOMURATH, I. y MACK, C. (2020). "Private Law and Housing Justice in Europe". *Modern Law Review*, 83(6), p. 1215.

<sup>92</sup> Ídem., pp. 1217-1219. La cursiva es mía.

<sup>93</sup> SIMÓN MORENO, H. (2019), *op. cit.*, p. 179.



expuestas hasta aquí apuntan a que su virtualidad será más limitada de lo que podría parecer a primera vista, quedando en todo caso descartada su efectividad en los litigios entre particulares. Ahora bien, el reconocimiento de este derecho en el ordenamiento de la Unión Europea sí debería servir de aval para que las legislaciones nacionales que opten por configurar el examen de proporcionalidad de los desalojos forzosos conforme a los estándares fijados por el Tribunal de Estrasburgo sean consideradas compatibles con las normas europeas que rigen el mercado único. Incluso, aunque estas disposiciones nacionales resultasen también de aplicación a los desalojos instados por particulares. De este modo, el Derecho europeo dejaría un margen para desmercantilizar en cierta medida la vivienda habitual en tanto que bien llamado a satisfacer una necesidad esencial de los consumidores. Desmercantilización que, en todo caso, habrían de llevar a cabo los Estados miembros, que son quienes ostentan la competencia en materia de vivienda y quienes, en muchos casos, han asumido voluntariamente la obligación internacional de tutelarla.

#### 4. LA RECEPCIÓN DE LA DOCTRINA SOBRE DESALOJOS FORZOSOS EN LA JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA

##### 4.1. *Tribunal Constitucional*

Ya se ha visto cómo el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha ampliado el bien jurídico tradicionalmente tutelado por el derecho al respeto del domicilio (art. 8 CEDH) para incluir en el mismo la pérdida de la vivienda habitual, así como la recepción de esta doctrina por parte del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Cabe entonces plantearse si el Tribunal Constitucional no debiera integrar entre las facultades del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio del artículo 18.2 CE, *ex* artículo 10.2 CE, la posibilidad de exigir un juicio de proporcionalidad frente a los desalojos forzosos de vivienda habitual instados por las Administraciones Públicas.

Frente a esta posibilidad podrían oponerse los argumentos esgrimidos por el magistrado Aragón Reyes en su voto particular a la STC 150/2011, de 29 de septiembre, en relación con las inmisiones contaminantes. Es decir, que el contenido y alcance del derecho a la inviolabilidad del domicilio contemplado en el artículo 18.2 de nuestra Constitución «es bastante más limitado que el derecho al respeto del domicilio recogido en el artículo 8.1 CEDH y en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que interpreta este precepto». Y, por tanto, que la consideración de la pérdida de la vivienda habitual como una violación del artículo 18.2 CE implicaría «una incorporación encubierta de nuevos derechos fundamentales a

nuestro sistema constitucional o, cuando menos, una radical alteración del contenido de los derechos fundamentales reconocidos por los artículos 18.1 y 2 CE»<sup>94</sup>.

Pues bien, aunque sin desplegar un razonamiento semejante, lo cierto es que, cuando ha tenido la oportunidad, el Tribunal Constitucional ha optado por no integrar en el contenido del derecho a la inviolabilidad del domicilio la tutela frente a los desalojos forzosos desarrollada en Estrasburgo. Así, en la STC 188/2013, de 4 de noviembre, por la que se desestima el recurso de amparo planteado contra una resolución judicial que autorizaba la entrada en una vivienda ilegal de la Cañada Real para desalojar a sus habitantes y proceder a su demolición<sup>95</sup>, el Tribunal se negará a aplicar la doctrina sentada en el caso *Yordanova y otros c. Bulgaria* por considerar, sencillamente, que la misma se circunscribe a casos en los que existe una discriminación étnica. Algo que, como se ha visto, no es cierto. En este sentido, el voto particular formulado por los magistrados Valdés Dal-Ré y Asua Batarrita afirma que «el pronunciamiento muestra una llamativa severidad en la elucidación de las coberturas propias del art. 18.2 CE, ajena a una tutela del ciudadano recurrente verdaderamente efectiva». Y es que el juicio de proporcionalidad efectuado en la Sentencia está muy lejos de atender los criterios establecidos por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

A juicio de estos magistrados, la adecuada toma en consideración de dichos elementos debió conducir a la estimación del amparo. Aunque, en mi opinión, esta postura se funda más en una crítica a la falta de valoración de estos criterios que en una correcta aplicación de los mismos. Al fin y al cabo, ya se ha visto cómo el propio TEDH desestimaré la subsiguiente demanda por considerar que, si no se había evaluado adecuadamente la proporcionalidad del desalojo, no fue por la falta de posibilidades para hacerlo, sino por la renuencia del propio demandante a servirse de los cauces legales previstos para ello.

Pese a todo, hay que decir que la STC 188/2013, de 4 de noviembre, abrió una ventana de oportunidad para que, por medio de la autorización de entrada en un domicilio para ejecutar determinados actos de la Administración, los jueces y tribunales evalúen la proporcionalidad de los desalojos forzosos instados por los poderes públicos. Así, con cita de su doctrina previa sobre este tipo de autorizaciones, el Tribunal afirmará que, «desde la perspectiva constitucional, la resolución judicial por la que se autoriza la entrada en un domicilio se encontrará debidamente motivada y, consecuentemente, cumplirá la función de garantía de la inviolabilidad del domicilio que le corresponde,

<sup>94</sup> Ahora bien, como más adelante reconoce el propio Magistrado en relación con el derecho a reaccionar frente al exceso de ruido ambiental que afecte gravemente al bienestar en el disfrute del domicilio, de lo que no hay duda es de que el art. 8.1 CEDH, interpretado conforme a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, aseguraría «un derecho subjetivo por parte de los ciudadanos españoles (ya que ese derecho forma parte del ordenamiento español ex art. 96.1 CE)» al respeto del domicilio que incluiría el derecho a reaccionar frente a los desalojos forzosos instados por los tenedores públicos de vivienda, «y que ese derecho debe ser garantizado por los jueces y tribunales ordinarios».

<sup>95</sup> Asunto que después daría lugar a la Sentencia del TEDH recaída en el caso *Ghailan y otros c. España*, de 23 de junio de 2021.

si a través de ella puede comprobarse que se ha autorizado la entrada *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*<sup>96</sup>. A lo que añadirá que «el órgano jurisdiccional debe velar por la proporcionalidad de la medida interesada, de modo tal que la entrada en el domicilio sea absolutamente indispensable para la ejecución del acto administrativo. Pues será justamente en este juicio de proporcionalidad [...], en el de haberse respetado, no se producirá la vulneración del derecho fundamental» (FJ 2). Este razonamiento permitirá al Tribunal afirmar que las resoluciones judiciales recurridas en amparo garantizaban la proporcionalidad de la entrada en el domicilio para su desalojo y demolición, pues, entre otros elementos, se ponderaron los derechos educativos de los menores afectados, demorando su ejecución hasta la finalización del curso escolar (FJ 4).

Como se verá en el siguiente epígrafe, esta doctrina constitucional ha servido de base al Tribunal Supremo para confirmar que las autorizaciones judiciales de entrada en domicilio constituyen el medio procesal oportuno para que los jueces y tribunales evalúen la proporcionalidad de los desalojos forzosos instados por los poderes públicos, desarrollando al efecto una elaborada doctrina sobre el alcance de este examen y los elementos que deben integrarlo.

No obstante, antes de ocuparme de esta cuestión, interesa destacar otra reciente vía de protección, más fructífera, frente al riesgo de pérdida de la vivienda habitual en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: a través de su conexión con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. Es el caso de la STC 113/2021, de 13 de mayo, donde el Tribunal estima el amparo de una mujer sin recursos económicos con tres hijos menores a cargo (uno de ellos recién nacido y con un alto grado de discapacidad) por considerar que los órganos judiciales que decretaron el desalojo de la vivienda donde residían no motivaron adecuadamente su decisión.

A juicio del Tribunal, la circunstancia sobrevenida en el procedimiento ejecutivo del nacimiento de un hijo con elevado grado de discapacidad «era lo suficientemente relevante como para que los órganos judiciales hubieran ponderado si, frente a la literalidad de las causas de oposición legalmente previstas, las circunstancias del caso imponían no limitarse a una respuesta formalista sobre la concurrencia de una causa obstativa [...]». Así, la Sentencia considera que «un listado cerrado o tasado de oposición previsto en una norma procesal, que responde a unos fines legítimos muy concretos, no exime del deber de motivación reforzada que incumbe al órgano judicial cuando puede estar afectada la protección de los menores, de las personas con discapacidad y de las familias dispensada por la Constitución y los instrumentos normativos del derecho regional e internacional de derechos humanos suscritos por España». Por ello, considera que la respuesta dada a la demandante por los órganos judiciales vulneró su derecho fundamental a la tutela judicial efectiva «por un exceso de formalismo rigorista» (FJ 3 b).

<sup>96</sup> STC 139/2004, de 13 de septiembre, FJ 2. La cursiva es mía.

Como puede apreciarse, este pronunciamiento resulta desconcertante. No solo por el cuestionamiento del sistema de causas de oposición a la ejecución de títulos judiciales previsto por el legislador, sino porque además crea una inmensa incertidumbre en torno a la actuación que debe desempeñar el juez civil, que no puede adoptar una decisión al margen de la Ley. Pues, de lo contrario, probablemente vulneraría los derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva y a la propiedad de la contraparte. En este sentido, concuerdo con el voto particular formulado por el magistrado Enríquez Sancho, quien sostiene que lo que la Sentencia auspicia «no es otra cosa sino la introducción de una nueva causa de oposición a la ejecución civil de títulos judiciales no recogida en la ley: las circunstancias familiares de la parte ejecutada con hijos menores de edad». Y es que, por dramática que fuera la situación de la demandante de amparo, la motivación judicial no podía en ningún caso llegar hasta el punto de concederle derechos subjetivos al margen del ordenamiento.

Más justificada parece, en cambio, la decisión adoptada por la STC 161/2021, de 4 de octubre. En este caso, el Tribunal declara vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva de un hombre que había sido desalojado de la vivienda que arrendaba por el impago de la renta. De nuevo, el demandante de amparo había dejado pasar la oportunidad de formular alegaciones en el juicio verbal de desahucio, oponiéndose al lanzamiento únicamente en el proceso ejecutivo, donde alegó su situación de vulnerabilidad derivada de una discapacidad limitativa de su capacidad cognitiva y el pago completo de la deuda antes de que se despachara la ejecución. Sin embargo, a juicio de los tribunales que conocieron del caso, estos motivos no podían ser estimados por no tener encaje en las causas de oposición previstas legalmente, no constando que el demandado hubiera atendido el requerimiento de pago, ni tampoco que su capacidad se encontrara formalmente limitada.

Sin embargo, para el Tribunal Constitucional, dado que existían indicios de una discapacidad que podía haber limitado la comprensión por el afectado del proceso en que se encontraba inmerso, los órganos judiciales debieron haber desarrollado algún tipo de actividad probatoria para determinar esta circunstancia, así como su relevancia sobre la incomparecencia en el juicio verbal y el pago extemporáneo de las rentas. A este respecto, no era suficiente con acreditar que el demandado no hubiera sido declarado formalmente en situación de incapacidad, pues, como señala el Tribunal, la tutela que la Constitución dispensa a las personas con discapacidad no puede quedar condicionada por requisitos formales, sino que debe atender a un concepto material de esta. Por estos motivos, el Tribunal declara vulnerado el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva sin indefensión del recurrente y ordena la retroacción de las actuaciones para que se dicte una nueva resolución judicial respetuosa con el mismo.

Como puede apreciarse, estas decisiones no se refieran a la posibilidad de exigir un juicio de proporcionalidad frente al riesgo de pérdida de la vivienda habitual como una facultad del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio. No obstante, lo cierto es que las mismas pueden servir tanto para justificar la incorporación de este principio en nuestro ordenamiento, como para identificar algunos de

los elementos que deberían valorarse al examinar la proporcionalidad de un desalojo (presencia de menores o personas discapacitadas en la vivienda), incluso en casos de relaciones entre particulares.

#### 4.2. *Tribunal Supremo*

Como ya he dicho, ha sido el Tribunal Supremo el órgano que realmente ha desarrollado una doctrina sobre el juicio de proporcionalidad de los desalojos forzosos instados por las Administraciones Públicas. Y lo ha hecho a partir de su STS 1797/2017, de 23 de noviembre<sup>97</sup>, en la que el Alto Tribunal resuelve un recurso de casación interpuesto por una mujer con hijos menores contra las resoluciones judiciales que autorizaban la entrada en la vivienda que ocupaba ilegalmente para ejecutar una resolución del Instituto de la vivienda de Madrid, entidad propietaria del inmueble. En el recurso se argumentaba que, aunque los órganos judiciales hubieran realizado un juicio de proporcionalidad sobre los intereses en conflicto, se habían infringido los artículos 11 y 12 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de marzo, de protección jurídica del menor, y los apartados 1 y 3 del artículo 27 de la Convención sobre los derechos del niño, de 20 de noviembre de 1989, en relación con la autorización judicial de entrada en domicilio prevista en el artículo 18.2 CE, por no haber tomado en consideración los derechos de los menores reconocidos por estos preceptos. Pues, previamente, en la sentencia por la que se otorgaba la autorización se afirmaba 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».

Pues bien, con base tanto en la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la autorización de entrada en domicilio para la ejecución de resoluciones administrativas (condensada en la STC 188/2013, de 4 de noviembre), como también en la jurisprudencia del TEDH sobre los desalojos forzosos, el Tribunal Supremo declarará que el artículo 8.6 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, impone que el juez, «al autorizar la entrada en un domicilio particular para proceder a su desalojo en el que residan menores de edad, debe tomar en consideración la aplicación del principio de proporcionalidad, y, en consecuencia, adoptar las cautelas adecuadas y precisas para asegurar y garantizar una protección integral y efectiva de los derechos e intereses de los menores». Por ello, sostendrá que, al afirmar que la presencia de menores de edad en una 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», y no efectuar una adecuada ponderación de estas circunstancias, la concesión de la autorización de entrada vulneró las garantías procedimentales que se

<sup>97</sup> STS 1797/2017, de 23 de noviembre. Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Tercera. ECLI:ES:TS:2017:4211.

inferen de lo dispuesto en los artículos 18.2 y 24.1 CE, en relación con los derechos del niño contemplados en los preceptos antes mencionados (FJ 2). De este modo, el Tribunal Supremo deja claro que las autorizaciones judiciales de entrada en domicilio para la ejecución de resoluciones administrativas constituyen el instrumento procesal en el que los tribunales deben evaluar la proporcionalidad de los desalojos forzosos instados por las Administraciones Públicas.

Ahora bien, esta primera Sentencia deja sin resolver muchas cuestiones sobre el alcance y el contenido de este examen de proporcionalidad, que irán siendo concretadas en sucesivos pronunciamientos. Así, por ejemplo, la STS 1216/2020, de 28 de septiembre<sup>98</sup>, aclara que el juicio de proporcionalidad y, en concreto, la ponderación de la situación de los menores que pudieran verse afectados, debe circunscribirse al momento de la ejecución forzosa de las resoluciones administrativas que ordenen el desalojo de la vivienda habitual, sin que este examen pueda exigirse en la previa fase declarativa de la que estas traen causa para suspender el ejercicio legítimo de una potestad administrativa.

Pero, ¿qué alcance puede tener el examen judicial de proporcionalidad de un desalojo forzoso? ¿Podría llegar a paralizarlo indefinidamente, aun cuando venga impuesto por un acto administrativo firme? Además, ¿qué elementos debe tomar en consideración el juez de lo contencioso-administrativo que decide sobre la autorización de entrada en el domicilio?, ¿únicamente la presencia de menores de edad, o también otras situaciones de vulnerabilidad? La respuesta a todas estas cuestiones queda establecida con encomiable claridad en el apartado tercero del fundamento jurídico quinto de la STS 1581/2020, de 23 de noviembre<sup>99</sup>, que, pese a su extensión, creo que conviene transcribir en su integridad. A juicio del Tribunal Supremo:

«la ponderación exigida al juez no puede afectar al núcleo de la decisión del desalojo. Si tal cosa se hiciera, la competencia atribuida al juez para autorizar la entrada en domicilio como garantía preventiva del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio se transmutaría, subrepticamente, en la atribución —de facto— a aquél de una competencia para revisar un acto administrativo firme, y eso no es lo querido por el legislador.

Por tanto, el juez no puede, so pretexto de cumplir con la exigencia de ponderación de los intereses concurrentes, paralizar indefinidamente un desalojo forzoso que trae causa de un acto administrativo firme, aparentemente legal, porque estaría permitiendo —y hasta posibilitando, de hecho— la permanencia y consolidación de una situación de ilegalidad, consecuencia que no se acomoda a los postulados constitucionales, que es expresamente rechazada por el legislador (tal como antes apuntamos al referirnos a la Ley 5/2018 y a la STC 32/2019) y que perjudicaría tanto al interés general como a los particulares intereses de propietarios y, en su caso, de los legítimos poseedores de las viviendas ocupadas y, muy especialmente, a los intereses de aquellas

<sup>98</sup> STS 1216/2020, de 28 de septiembre. Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Quinta. ECLI: ES:TS:2020:3110.

<sup>99</sup> STS 1581/2020, de 23 de noviembre, ECLI:ES:TS:2020:3894.

otras personas que, encontrándose también en situación de vulnerabilidad y en riesgo de exclusión social, económica y residencial, optan por mantenerse dentro de la legalidad y solicitar la adjudicación de esas viviendas por las vías establecidas.

Pero, con la misma rotundidad debemos afirmar que, al ponderar las circunstancias concurrentes en cada caso concreto, el juez no sólo está facultado, sino que está obligado a modular las circunstancias —materiales y temporales— en que debe desplegar eficacia la autorización de entrada en domicilio. El juez no debe ser ajeno a las consecuencias que pueden derivarse de su decisión de autorizar la entrada en domicilio para proceder al desalojo forzoso y, por ello, antes de emitir esa autorización debe velar porque se reduzcan al mínimo posible las consecuencias negativas que, ineludiblemente, se derivarán de la irrupción domiciliaria.

En ese sentido, el juez debe tomar en consideración todas las circunstancias concurrentes en el momento de adoptar su decisión y, singularmente, la presencia en la vivienda que deba ser desalojada de personas en situación de especial vulnerabilidad, entre las que cabe incluir a los menores, pero también a otras personas que se encuentren necesitadas de protección por razones diversas, como pueden ser las víctimas de violencia de género, o aquellas personas que estén en riesgo de exclusión social por razones económicas o de otro tipo.

Conviene, por tanto, remarcar que el hecho de que en la vivienda que hubiere de ser desalojada forzosamente habitaren personas especialmente vulnerables como las referidas no constituye un impedimento absoluto para que pueda ser autorizada la entrada en el domicilio. Pero también que, en tal caso y de acuerdo con lo dicho, el juez habrá de comprobar, antes de autorizar la entrada en domicilio para el desalojo forzoso, que la Administración ha previsto la adopción de las medidas precautorias adecuadas y suficientes para que el desalojo cause el menor impacto posible a aquellos ocupantes que se encontraren en situación de especial vulnerabilidad.

Naturalmente, la casuística es variada y, por ello, en la aplicación de estos criterios generales de ponderación habrá de atender el juez, en cada supuesto, a las circunstancias concurrentes en el momento en que deba de pronunciarse sobre la solicitud, teniendo presente que deben ser las Administraciones competentes las que, en función de la normativa aplicable y de los medios y recursos disponibles, procedan a articular las medidas de protección adecuadas, sin que el juez pueda imponer la adopción de una concreta medida como condición para autorizar el lanzamiento, ni —mucho menos aun— imponer a la Administración la asignación a los ocupantes ilegales de una vivienda de determinadas características o que se encuentre en determinado entorno.

Pero, eso sí, el juez debe comprobar que la Administración adopta realmente las medidas de protección suficientes para no dejar desamparadas a las personas especialmente vulnerables que vayan a ser desalojadas forzosamente de la vivienda que ilegalmente ocupaban. Esta comprobación adquiere singular importancia cuando entre los ocupantes ilegales de la vivienda haya menores de edad, dado que la normativa nacional e internacional obliga a tomar en consideración el interés superior del menor.

La ponderación de todas esas circunstancias es la que debe quedar reflejada en la motivación que el auto judicial debe incluir para que pueda afirmarse que la decisión judicial de autorizar la entrada en domicilio para materializar el desalojo forzoso de una vivienda ocupada ilegalmente ha sido proporcionada».

Como puede apreciarse, con esta doctrina el Tribunal Supremo sienta unos criterios que, en buena medida, se aproximan a las exigencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de desalojos forzosos. Sobre todo, en lo que se refiere a la tutela de las personas vulnerables. Ahora bien, sería muy conveniente que estas pautas quedasen fijadas y se desarrollasen en sede legislativa, de cara a facilitar la labor de los jueces de lo contencioso-administrativo y dotar a su actuación de una mayor seguridad jurídica<sup>100</sup>. En este sentido, convendría plasmar en la ley la necesidad de examinar la proporcionalidad de los desalojos instados por la Administración cuando estos afecten a personas en situación de especial vulnerabilidad, determinándose exactamente cuándo concurre esta situación, así como todos los elementos que deben ser ponderados en el curso de este examen, y las cautelas y prevenciones que los jueces pueden imponer a la Administración para su práctica.

Por otro lado, hay que subrayar que, al igual que en el caso europeo, la doctrina del Tribunal Supremo solo resulta de aplicación en los casos de desalojos de vivienda habitual instados por las Administraciones Públicas. Y, pese a que autores como Benito Sánchez consideran que dicha doctrina «abre la posibilidad de extender estas garantías de manera sustantiva al orden civil —puesto que, en cualquier caso, no puede

<sup>100</sup> Sin perjuicio de la eventual imposición de otros requisitos en función de las circunstancias de cada caso concreto, de la jurisprudencia del Tribunal Supremo donde se aplica esta doctrina se desprende que los jueces de lo contencioso-administrativo, cuando resuelvan solicitudes de autorización de entrada en domicilio instadas por las Administraciones Públicas para ejecutar resoluciones firmes por las que se acuerden desalojos forzosos, deben imponer una serie de cautelas y prevenciones para que estos se desarrollen de la siguiente manera: i) En las horas diurnas que resulten necesarias de no más de dos días, pudiendo realizar la entrada a los solos efectos de desalojar del inmueble a los ocupantes y enseres y recuperar la posesión del inmueble. ii) Por un funcionario con categoría de técnico de administración general o especial, y los empleados públicos o de la empresa contratista de la Administración que sean necesarios para realizar las labores de desalojo de personas y enseres, en número determinado. iii) Deberá levantarse acta en que se identifiquen a todas las personas participantes y sus cargos, y se detalle el curso y resultado de la diligencia, que deberá ser remitida al Juzgado de forma inmediata, debiendo quedar, en el caso de que se interrumpa la diligencia sin terminar por caer la noche, el domicilio cerrado y la cerradura sin rotura, en iguales condiciones que estaba, salvo imposibilidad que se comunicará a dicho Juzgado para que resuelva con carácter previo. iv) En el caso de que en la vivienda donde va a practicarse el desalojo residan menores en edad de escolarización, deberá imponerse a la Administración que la medida no se lleve a cabo hasta que no finalice el curso escolar cuando así lo exija el interés superior de los menores a la vista de las circunstancias concurrentes. v) Igualmente, la presencia de menores en la vivienda deberá ser comunicada a los servicios sociales, que habrán de adoptar las medidas de protección necesarias y adecuadas en caso de que el desalojo los deje en situación de desamparo. vi) De forma similar, deberá requerirse la adopción de medidas de protección adecuadas para las mujeres que corran el riesgo de sufrir violencia de género. Decisiones que deberán ser comunicadas al juzgado que conozca del caso. vii) Deberán adoptarse las medidas precisas y necesarias al objeto de causar el menor perjuicio posible a los posibles interesados, pudiendo, en su caso, recabarse al efecto el auxilio de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado y/o Policía Municipal competentes. Entre otras pueden verse las siguientes sentencias, todas ellas de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo: STS 1701/ 2020, de 10 de diciembre, ECLI:ES:TS:2020:4174; STS 191/2021, de 12 de febrero, ECLI:ES:TS:2021:549; STS 194/2021, de 15 de febrero, ECLI:ES:TS:2021:548; STS 237/2021, de 22 de febrero, ECLI:ES:TS:2021:740.



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»<sup>101</sup>, lo cierto es que habrá de ser el legislador quien, en caso de considerarlo conveniente, extienda algunos de estos requisitos a los desalojos que traigan causa de las relaciones entre particulares y determine su alcance. Así lo han entendido ya otros tribunales inferiores cuando, por ejemplo, en un juicio de desahucio por precario instado por una entidad de crédito, los demandados han tratado de recurrir a esta doctrina para tratar de evitar el desalojo de la vivienda que ocupaban sin título legítimo<sup>102</sup>.

El único organismo que exige la extensión del juicio de proporcionalidad a los desalojos que tengan su origen en relaciones particulares ha sido el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas. En efecto, este órgano supervisor, que hasta el momento ha adoptado siete dictámenes referidos a posibles violaciones del derecho a la vivienda por parte de nuestro país, consideró desde muy pronto que esta garantía debía ser aplicable a las relaciones jurídico-privadas<sup>103</sup>. Y, en sus dictámenes de febrero de 2021<sup>104</sup>, se condensan los principales elementos que habrían de examinarse al practicar este juicio de proporcionalidad. A juicio del Comité, este análisis exigiría ponderar las consecuencias sobre las personas desalojadas con los intereses de quienes instan el desalojo, siendo preciso distinguir entre las propiedades de individuos que requieren la propiedad como vivienda o para que les brinde su renta vital, y las propiedades de grandes tenedores. Por otro lado, también habría que tomar en consideración la disponibilidad de una vivienda alternativa adecuada, la ocupación de buena fe, las circunstancias personales de los ocupantes y sus dependientes, así como su cooperación con las autoridades en la búsqueda de soluciones adecuadas para ellos.

Ahora bien, es preciso subrayar que, pese a su valor interpretativo, los dictámenes del Comité no gozan de carácter vinculante ni de fuerza ejecutiva directa<sup>105</sup>. Por lo que, como ya he dicho, tendrá que ser el legislador quien extienda esta garantía procedimental a los desalojos que traigan causa de relaciones privadas, desgranando minuciosamente todos los elementos que los jueces deberían valorar en el curso de

<sup>101</sup> BENITO SÁNCHEZ, J. C. (2019). “Los pronunciamientos del Comité DESC sobre derecho a la vivienda relativos a España. Respuestas jurisprudenciales y legislativas”. *Lex Social*, 9(2), pp. 583-607.

<sup>102</sup> Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona 4836/2020, de 22 de junio de 2020, FJ 4º y resoluciones judiciales allí citadas. ECLI:ES:APB:2020:4836.

<sup>103</sup> Dictamen en respuesta a la comunicación n° 5/2015. Adoptado por el Comité en su 61º período de sesiones (29 de mayo a 23 de junio de 2017) (ONU, doc. E/C.12/61/D/5/2015, de 21 de julio de 2017), §§ 14.1 y 2.

<sup>104</sup> Dictamen en respuesta a la comunicación n° 85/2018, de 18 de febrero de 2021 (ONU, doc. E/C.12/69/D/85/2018). Dictamen en respuesta a la comunicación n° 54/2018, de 19 de febrero de 2021 (ONU, doc. E/C.12/69/D/54/2018). Dictamen en respuesta a la comunicación n° 48/2018, de 22 de febrero de 2021 (ONU, doc. E/C.12/69/D/48/2018).

<sup>105</sup> Sobre estas cuestiones, *vid.*, MACHO CARRO, A. (2022). “El encaje jurídico del sistema universal de protección de los derechos sociales en el ordenamiento español”. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 125, 77-105.

este examen. Y esto es lo que, en alguna medida, pretende hacer el nuevo Proyecto de Ley por el derecho a la vivienda.

## 5. EL EXAMEN DE PROPORCIONALIDAD DE LOS DESALOJOS FORZOSOS EN EL PROYECTO DE LEY POR EL DERECHO A LA VIVIENDA

En febrero de 2022, el Consejo de Ministros aprobó por primera vez un Proyecto de Ley estatal por el derecho a la vivienda<sup>106</sup>. Entre todas las medidas que pretende introducir en nuestro ordenamiento, la más conocida seguramente sea la posibilidad de limitar el precio de los alquileres en zonas especialmente tensionadas. Sin embargo, en su disposición final quinta, el Proyecto incorpora también una incipiente y tímida formulación del examen de proporcionalidad de los desalojos forzosos.

En efecto, esta disposición pretende modificar los procedimientos de tutela sumaria de la posesión del artículo 250.1 LEC (por impago de rentas y cantidades debidas, cesión en precario, ocupación ilegal, y tutela de derechos reales inscritos en el Registro de la propiedad) cuando el inmueble objeto de controversia sea la vivienda habitual de la parte demandada. Así, en caso de apreciarse una situación de vulnerabilidad, y al objeto de que los servicios sociales adopten las medidas que consideren oportunas, el juez podría suspender el desalojo durante un máximo de dos meses si el demandante es una persona física, o de cuatro meses si se trata de una persona jurídica. De esta forma, el Proyecto de Ley aspira a sustituir la suspensión automática del procedimiento en los juicios por impago de rentas del alquiler introducida por el Real Decreto-ley 7/2019, de 1 de marzo, por un examen de proporcionalidad de los desalojos instados en todos estos procedimientos.

De aprobarse el Proyecto en los términos en que está planteado, el tribunal tomaría la decisión de suspender o no el proceso «previa valoración ponderada y proporcional del caso concreto, apreciando las situaciones de vulnerabilidad que pudieran concurrir también en la parte actora y cualquier otra circunstancia acreditada en autos». Y, para dotar de cierta objetividad a esta labor, se incorporan una serie de parámetros de vulnerabilidad económica que permitan apreciar la concurrencia de estas situaciones. Básicamente, que los gastos de vivienda y suministros sean superiores al treinta por ciento de los ingresos familiares, y que dichos ingresos no superen unos umbrales máximos, variables en función de las personas a cargo. Además, el juez también debería tener en cuenta la presencia en la vivienda de víctimas de violencia de género, personas dependientes o menores de edad.

Como puede apreciarse, si finalmente entra en vigor, esta disposición introduciría en nuestro ordenamiento la exigencia de examinar la proporcionalidad de los desalojos forzosos, incluso en los casos instados por particulares. Sin embargo, lo

---

<sup>106</sup> BOCG, Núm. 89-1, 18 de febrero de 2022, pp. 1-42.

cierto es que se trataría de un examen que difícilmente permitiría al juez valorar en toda su extensión la proporcionalidad entre el fin legítimo perseguido por la medida y sus consecuencias sobre las personas desalojadas. Por varios motivos.

En primer lugar, porque, de todos los elementos exigidos por el Tribunal de Estrasburgo, el único a tener en cuenta sería la situación de vulnerabilidad de los afectados. Así, ni la justificación ofrecida por la parte que pretende el desalojo, ni el tiempo que ha durado la ocupación de la vivienda parecerían jugar ningún papel en el examen de proporcionalidad de la medida. Como tampoco parece que fuera relevante tener en cuenta las consecuencias que el desalojo tendría sobre las personas afectadas, o las alternativas habitacionales que se les hayan ofrecido. Y difícilmente puede entenderse que todos estos elementos tengan cabida en el examen de proporcionalidad a través de la genérica referencia a «cualquier otra circunstancia acreditada en autos».

Por otro lado, aunque es cierto que el Proyecto extendería la exigencia de examinar la proporcionalidad de los desalojos de vivienda habitual a las relaciones entre particulares, tal y como requiere el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, tampoco se valorarían todas las circunstancias presentes en la doctrina de este organismo. Así, aunque se haría una distinción en función de si el desalojo lo insta una persona física o jurídica, sería a los solos efectos de determinar la duración de su eventual suspensión. No hay por tanto ninguna distinción entre las propiedades de individuos que requieren el inmueble como vivienda o para que les brinde su renta vital y las propiedades de grandes tenedores. Por otro lado, tampoco se tomarían en consideración circunstancias como la ocupación de buena fe, o la cooperación de los ocupantes y sus dependientes con las autoridades en la búsqueda de soluciones adecuadas para ellos.

Para concluir, la única consecuencia jurídica posible del examen de proporcionalidad sería la suspensión temporal del desalojo para que, durante ese tiempo, los servicios sociales adopten las medidas que consideren oportunas. De este modo, parece querer conciliarse la introducción del examen de proporcionalidad con la exigencia de que la ejecución de las órdenes judiciales de desalojo no se demore excesivamente, bajo el riesgo de vulnerar los derechos del titular de la vivienda a un proceso equitativo y a la propiedad<sup>107</sup>. Sin embargo, ya se ha visto que la mera suspensión temporal del desalojo resulta por sí misma insuficiente para colmar las garantías procesales exigidas por el artículo 8 CEDH<sup>108</sup>. Es obvio que hay que conciliar los derechos fundamentales e intereses legítimos de inquilinos y propietarios, así como que el derecho de propiedad es también un derecho consagrado en el artículo 1 del Protocolo n.º 1 del CEDH. Sin embargo, creo que el Gobierno podría haber sido bastante más audaz en su propuesta. Al fin y al cabo, el derecho a disfrutar de una vivienda digna constituye un fin legítimo de relevancia constitucional (art. 47 CE) que justificaría una importante modulación de la función social de la propiedad de las viviendas,

<sup>107</sup> *Casa di Cura Valle Fiorita, S.R.L. c. Italia*, STEDH de 13 de diciembre de 2018, n.º 67944/13.

<sup>108</sup> *Vid.*, supra., nota 13.

tal y como pone de manifiesto buena parte de la legislación autonómica aprobada a partir de 2013<sup>109</sup>.

En definitiva, aunque según su exposición de motivos el Proyecto de Ley pretende introducir un examen de proporcionalidad de los desalojos forzosos «de acuerdo con los estándares jurisprudenciales e internacionales», lo cierto es que la mayoría de estos estándares no se incorporan a la propuesta, dejando fuera gran parte de los elementos que el juez debería ponderar. Está por ver si el Proyecto de Ley por el derecho a la vivienda sale adelante y, en su caso, si lo hace en los mismos términos en que se ha planteado. De ser así, supondrá avance de nuestra legislación en materia de desalojos forzosos, pero aún quedará lejos de los estándares internacionales imperantes en Europa desde hace años.

## 6. CONCLUSIONES

Hace casi dos décadas, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos operó una ampliación en el bien jurídico tutelado por el derecho al respeto del domicilio del artículo 8.1 CEDH para incluir en el mismo el riesgo de pérdida de la vivienda habitual. Una ampliación que, lejos de ser revertida, ha sido consolidada y desarrollada en numerosos pronunciamientos. Desde entonces, los desalojos forzosos son considerados como una de las injerencias más intensas que una persona puede sufrir en derecho al respeto de su domicilio y, por tanto, han de estar justificados conforme a los requisitos establecidos por el artículo 8.2 CEDH. A partir de aquí, el Tribunal ha desarrollado la exigencia de que cualquier persona que corra un riesgo de esta magnitud debe poder solicitar que un tribunal independiente evalúe la proporcionalidad de esta medida, incluso cuando su derecho de ocupación se hubiera extinguido conforme a la legislación nacional. Un examen que, no obstante, no debería efectuarse automáticamente, sino solo cuando los afectados por el desalojo lo requieran.

En cuanto al contenido sustantivo de ese juicio de proporcionalidad, pese a que el Tribunal no lo ha desgranado de forma clara y sistemática, sí es posible encontrar en su jurisprudencia algunos de sus elementos esenciales. De este modo, será especialmente relevante atender a si la justificación ofrecida por las autoridades que pretenden el desalojo está suficientemente motivada, al tiempo que ha durado la ocupación de la vivienda y, sobre todo, a la posible vulnerabilidad de los afectados. Además, también será importante tener en cuenta las consecuencias para los destinatarios de la medida, especialmente si estos van a quedar desamparados, así como las alternativas al desalojo que se les hayan facilitado. Ahora bien, pese a las dudas iniciales generadas a este respecto, el Tribunal ha terminado por circunscribir la

<sup>109</sup> PALEO MOSQUERA, N. y QUINTIÁ PASTRANA, A. (2020). «Las políticas de vivienda desde una perspectiva multinivel: un análisis comparado de la legislación autonómica». En PALEO MOSQUERA, N. (Ed.) *Políticas y derecho a la vivienda. Gente sin casa y casas sin gente* (pp. 309-349). Valencia: Tirant lo Blanch.

exigencia de evaluar la proporcionalidad de los desalojos a los casos en que es algún tipo de autoridad pública la que insta la ejecución de la medida, consagrándose así un régimen de tutela diverso para quienes habitan en alguna modalidad de vivienda pública o social y quienes ocupan una vivienda con base en algún tipo de vínculo contractual entre particulares.

Esta doctrina desarrollada en Estrasburgo ha sido asumida por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que en su Sentencia de 2014 sobre el asunto *Kušionová* llegará a afirmar que el artículo 7 CDFUE reconoce un derecho fundamental a la vivienda. Con base en esta afirmación, algunos autores han defendido la posibilidad de extender la exigencia de evaluar la proporcionalidad de los desalojos forzosos extraída por el TEDH del artículo 8 CEDH a las relaciones entre particulares. Sin embargo, desde mi punto de vista la propia lógica del ordenamiento comunitario impide esta posibilidad. Lo que no obsta para reconocer el potencial latente de este derecho, que apenas ha sido desarrollado por el Tribunal de Justicia.

Por lo que se refiere a la recepción en nuestro sistema constitucional de los estándares europeos en materia de desalojos forzosos, lo cierto es que el Tribunal Constitucional no se ha mostrado favorable a incorporar, *ex art.* 10.2 CE, la posibilidad de exigir el examen judicial de proporcionalidad de los desalojos forzosos instados por las Administraciones Públicas como una de las facultades del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio del artículo 18.2 CE. No obstante, en los últimos tiempos parece más abierto a vincular esta exigencia con el artículo 24 CE. Asimismo, su doctrina sobre la autorización de entrada en domicilio ha permitido sentar las bases para que el Tribunal Supremo incorpore en nuestro ordenamiento la exigencia establecida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos de que los jueces y tribunales examinen la proporcionalidad de los desalojos forzosos de vivienda habitual instados por las Administraciones Públicas. Y lo ha hecho con una doctrina sumamente clara, en la que se concede una importancia capital a la situación de vulnerabilidad de los afectados.

Para concluir, se constata como el Proyecto de Ley por el derecho a la vivienda pretende introducir por primera vez en nuestra legislación el juicio de proporcionalidad de los desalojos forzosos en algunos procedimientos sumarios de desahucio, haciendo del mismo un instrumento que posibilite la acción coordinada entre el Poder judicial y los servicios sociales cuando este tipo de medidas afecten a personas especialmente vulnerables. Y lo hace, además, extendido la virtualidad de este mecanismo a las relaciones entre particulares. Sin embargo, lo cierto es que el examen propuesto es demasiado vago, y se queda lejos de incorporar todos los elementos que el juez debería ponderar en estos casos y que vienen exigiendo tanto el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, como el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas.

**Title:**

The proportionality assessment of forced evictions and its reception in the Spanish legal system.

**Summary:**

1. INTRODUCTION. 2. THE PROPORTIONALITY ASSESSMENT OF FORCED EVICTIONS IN THE CASE LAW OF THE ECHR. 2.1. Procedural requirements of the proportionality assessment of evictions. 2.2. Substantive requirements of the proportionality assessment of evictions: the vulnerability of those affected as a particularly relevant circumstance. 3. LIMITS TO HORIZONTAL EFFECT OF THE RIGHT TO RESPECT FOR THE HOME IN FORCED EVICTIONS CASES. 3.1. European Convention on Human Rights. 3.2. European Union law. 4. THE RECEPTION OF THE CASE LAW ON FORCED EVICTIONS IN SPANISH JURISPRUDENCE. 4.1. Constitutional Court. 4.2. Supreme Court. 5. THE PROPORTIONALITY ASSESSMENT OF FORCED EVICTIONS IN THE DRAFT LAW ON THE RIGHT TO HOUSING. 6. CONCLUSIONS.

**Resumen:**

El presente trabajo pretende dar cuenta del surgimiento, desarrollo y alcance de la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de desalojos forzosos, así como de su incipiente recepción jurisprudencial y legislativa en nuestro ordenamiento. En concreto, el estudio se centra en la facultad de quienes corran el riesgo de perder su vivienda habitual de exigir un examen de proporcionalidad de la medida en sede judicial, analizando los elementos que habrían de integrar este examen y su alcance en las relaciones entre particulares. Por último, el trabajo se ocupa de la recepción de la tutela frente a los desalojos forzosos de vivienda habitual tanto en la doctrina del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo, como en el Proyecto de Ley por el derecho a la vivienda.

**Abstract:**

This paper aims to provide an account on the emergence, development and scope of the doctrine of the European Court of Human Rights on forced evictions, as well as its incipient jurisprudential and legislative reception in our legal system. Specifically, the study focuses on the power of those at risk of losing their home to demand a proportionality assessment of the measure by an independent tribunal, analysing the requirements that should make up this examination and the limits of its horizontal effect. Finally, the paper covers the reception of the protection against forced evictions in the case law of the Constitutional Court and the Supreme Court, as well as in the Draft Law on the Right to Housing.

**Palabras clave:**

Tribunal Europeo de Derechos Humanos; desalojos forzosos; derecho al respeto del domicilio; eficacia entre particulares; derecho a la vivienda.

**Key words:**

European Court of Human Rights; forced evictions; right to respect for the home; horizontal effect; right to housing.

