

Vivienda para todos: derecho en construcción*

Gerardo Pisarello **

1. Introducción: razones del derecho a una vivienda adecuada

En un sentido amplio, los derechos son estrategias dirigidas a proteger necesidades e intereses vitales de las personas. La percepción de una necesidad insatisfecha, en efecto, puede conducir a la formulación de un derecho. Pero hacer “visible” esa necesidad en términos de derecho no equivale, evidentemente, a garantizar su satisfacción. La garantía de cualquier derecho, de cualquier interés, depende en última instancia de la existencia de actores organizados capaces de hacerlos valer frente al conjunto de la sociedad, el caso del acceso a la vivienda es un ejemplo más de ello.

Una vivienda digna resulta fundamental para la supervivencia y para llevar una vida decente, en paz y con seguridad. Eso hace del derecho a la vivienda un “derecho compuesto”, cuya vulneración acarrea la de otros derechos fundamentales. Su violación hace peligrar el derecho a un empleo, que se torna difícil de asegurar y mantener; afecta el derecho a la salud y a la integridad física y mental; dificulta el derecho a la educación; menoscaba el derecho a elegir residencia, a la privacidad o a la vida familiar, y condiciona incluso los derechos de participación política¹.

259

La conciencia de esta situación de interdependencia, indivisibilidad e interrelación, ha contribuido en las últimas décadas a un amplio consenso en torno a la conveniencia de su consideración, nacional e

* Este trabajo es una versión revisada y ampliada de la ponencia presentada en el Seminario sobre Justiciabilidad de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Centro por la Justicia y el Derecho Internacional y Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Notre Dame, en coordinación con el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México en julio de 2002.

** Universidad de Barcelona. Observatorio de DESC.

1. En muchos ordenamientos jurídicos el derecho al voto ha aparecido vinculado a la satisfacción de ciertos prerrequisitos en materia de propiedad e incluso a la posesión de un domicilio “real”. Vid., por ejemplo, Chester Hartman, “The Case for a Right to Housing”, *Housing Policy Debate*, Vol. 9, n° 2, Fannie Mae Foundation, 1998. p. 227.

internacional, no ya sólo como una simple demanda moral, sino como un auténtico derecho exigible². Pero el contexto político y económico han conspirado contra esa evolución. A pesar en efecto de los avances en el plano jurídico-formal, la mercantilización creciente y la deserción de las garantías institucionales han dado el tono dominante en materia de vivienda en las últimas décadas. En consecuencia, para buena parte de la humanidad el acceso a un techo digno y seguro se ha convertido en un auténtico privilegio.

De acuerdo al Centro de Naciones Unidas para los Asentamientos Humanos (CNUAH), unos 100 millones de mujeres y hombres en todo el mundo son, literalmente, personas "sin techo". Viven en condiciones de absoluta pobreza, se ven forzados a dormir al aire libre y a asumir como vivienda formas miserables de cobijo: tugurios, viejos autobuses, aceras, andenes de estación, calles y terraplenes de carreteras, sótanos, escaleras, tejados, cajas de ascensores, jaulas, hojas de plástico, cajas de cartón o refugios de aluminio y lata.

Si la categoría de los "sin techo" se extiende a quienes habitan en viviendas inseguras o temporales, esto es, a quienes ocupan casas o tierras de otros bajo constante amenaza de desalojo, a quienes viven en campos de refugiados porque sus hogares han sido destruidos, o a quienes viven en cobijos temporales, el número de afectados se eleva a los 1000 millones de personas. Y si se incluye también a quienes en sus viviendas o en sus barrios carecen de necesidades básicas como suministros de agua, alcantarillado o servicio de recogida de basura adecuados, el número de afectados supera con creces la cifra anterior.

Contra lo que suele pensarse, sin embargo, la falta de vivienda no es un fenómeno exclusivo de los países periféricos. La existencia de buenos índices en ciertas áreas de la macroeconomía no supone en los países centrales un buen desempeño automático en cuestión de derechos sociales. De acuerdo a la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas (CDH), en Estados Unidos el porcentaje de personas sin hogar se sitúa entre un 1,5 y un 2,5 %. En Francia, Alemania y el Reino Unido, alcanza entre el 4 y 12 %³. Y tal como se desprende de los últimos Informes del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CDESC), ha crecido de manera preocupante incluso en

-
2. Vid. Scott Leckie, *From Housing Needs to Housing Rights: An Analysis of the Right to Adequate Housing Under International Rights Law*, International Institute for Environment and Development Human Settlements Programme, London, 1992.
 3. Doc. de ONU, E/CN4/2001/51, pp. 5 y ss.

Canadá, un país que ha ocupado el primer lugar en el Índice de Desarrollo Humano del Programa sobre Desarrollo de Naciones Unidas (PNUD) durante más de un lustro⁴.

Si se tiene en cuenta que las estadísticas disponibles son sólo un reflejo aproximativo de la situación mundial en materia de vivienda, el resultado es dramático, no sólo para los afectados inmediatos sino para los habitantes del planeta en su conjunto. Resignarse a considerar el derecho a la vivienda como un lujo, un privilegio o un hecho afortunado para aquéllos que pueden costearlo representa un ilegítimo ejercicio de determinismo, cuando no de abierto cinismo moral. Y es que las más flagrantes violaciones al derecho a la vivienda que hoy tienen lugar no obedecen a causas misteriosas o a inescrutables hechos de la naturaleza, se explican por actos u omisiones de poderes concretos y tangibles, de poderes públicos, pero también privados, de poderes encarnados en órganos del estado pero también de poderes que actúan a través de empresas y corporaciones privadas, así como de organismos financieros nacionales e internacionales.

Es teniendo en cuenta estos elementos como debe afrontarse la cuestión de la exigibilidad jurídica del derecho a una vivienda adecuada. La identificación de las obligaciones que su satisfacción entraña, así como de los incumplimientos de las mismas, supone como en todos los derechos un ejercicio de prudencia que ha de combinar el sentido común con la resolución de algunas cuestiones legales no siempre sencillas.

261

Lo que está en juego, en cualquier caso, no son simples artificios académicos dirigidos a obtener puntos retóricos inteligentes o algunos triunfos jurisdiccionales aislados. La principal causa de vulneración del derecho a la vivienda, después de todo, no reside en la ausencia de acuerdos internacionales al respecto. La falta de techo, sin perjuicio de su autonomía como problema social, es sólo el síntoma de una tendencia estructural más amplia y de alcances globales: la creciente mercantilización y concentración de recursos elementales para la supervivencia de las personas –no sólo de la vivienda sino también del

4. El caso de Canadá es aleccionador para aquellos países que “van bien” desde el punto de vista de ciertos índices económicos (como el crecimiento global del PIB), pero exhiben una desigual satisfacción de las necesidades básicas de las personas, sobre todo de los grupos más vulnerables. A pesar de los avances en la protección de derechos experimentados a partir de la aprobación de la Carta de Derechos y Libertades de 1982, el CDESC, en su Informe de 1998, hizo explícita su preocupación por el hecho de que “un país rico como Canadá haya permitido que el problema de la falta de techo y de la vivienda inadecuada haya crecido en proporciones tales que sus diez ciudades más grandes han declarado la falta de vivienda un desastre nacional”. Vid., a propósito de esta cuestión, Bruce Porter, “Judging Poverty: Using International Human Rights Law to Refine the Scope of Charter Rights”, *Journal of Law and Social Policy*, nº 15, 2000.

agua potable, de los medicamentos o de las semillas para cultivo-provocadas por fenómenos como los programas de ajuste estructural, la volatilidad de los capitales financieros, la especulación en la propiedad de la tierra, las privatizaciones, el peso exorbitante de las deudas externas o las asimétricas relaciones de intercambio establecidas entre el norte opulento y el sur y el este empobrecidos⁵. De la revisión y reversión profunda de estos fenómenos en el plano político y social, estatal e internacional depende en última instancia el éxito de cualquier estrategia puntual de reivindicación jurídica.

2. La determinación jurídica del contenido del derecho

Entre los argumentos más usuales contra la exigibilidad del derecho a una vivienda adecuada destaca el de su indeterminación. Como la mayoría de los derechos sociales, se afirma, el derecho a una vivienda adecuada es un derecho vago, evanescente, que promete poco⁶. De esa indeterminación, se agrega, puede deducirse acaso un principio programático, una guía genérica de actuación para los poderes públicos, pero no un auténtico derecho.

Una posición de este tipo descansa sobre evidentes prejuicios ideológicos. Se remonta ante todo a la diferenciación tajante entre derechos civiles y políticos, por un lado, y derechos sociales, por otro, que sólo quiere ver en los primeros derechos auténticamente exigibles⁷. Tras esa aproximación, todavía vigente entre buena parte de la doctrina y de los operadores jurídicos, anidan restos de los enfoques maniqueos de la guerra fría que pretendían ver en la separación entre ambas categorías una oposición entre libertad e igualdad. Sin embargo, sus fundamentos dogmáticos y de derecho positivo distan de ser sólidos.

262

-
5. Sobre el impacto regresivo de la globalización dominante en la satisfacción del derecho a la vivienda, Vid. *Informe del Relator Especial de la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas sobre el Derecho a una Vivienda Adecuada*, Miloon Kothari, de marzo de 2002. E/CN.4/2002/59.
 6. Vid., por todos, Ricardo García Macho, *Las aporías de los derechos fundamentales sociales y el derecho a una vivienda*, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1982. pp. 102 y ss.; 109 y ss. y 117.
 7. La tradicional oposición teórica entre ambas categorías de derechos pretende apoyarse, entre otras cuestiones, en la existencia de dos Pactos internacionales diferenciados para cada uno de ellas. De igual modo, se insiste en la supuesta contraposición entre derechos de prestación y de abstención, entre derechos percibidos como gratis y derechos costosos, entre derechos que pueden ser aplicados de manera inmediata y derechos que sólo pueden satisfacerse de manera progresiva y así sucesivamente. Contra estos "mitos" teóricos y prácticos es ya clásico el excelente artículo de Fried Van Hoof, "The Legal Nature of Economic, Social and Economic Rights: A Rebuttal of Some Traditional Views", en *The Right to Food*, Ph. Alston y K. Tomasevski eds., Martinus Nijhoff, Dordrecht, 1984, p. 97.

En primer lugar, porque casi todas las constituciones del planeta, así como los principales ordenamientos jurídicos existentes, con independencia de su cultura, nivel de desarrollo, religión o sistema económico establecen una serie de obligaciones estatales relativas a la vivienda. Casi la mitad de las constituciones contemporáneas estipulan obligaciones referidas a cuestiones habitacionales o prevén, de manera específica, el derecho a una vivienda adecuada. Más aún, si se considera que el disfrute del derecho a una vivienda adecuada es un elemento esencial para el goce de otros derechos fundamentales como el derecho a la libertad de movimiento, a elegir la propia residencia, a la privacidad y al respeto del hogar, al igual trato ante la ley, a la dignidad humana, a la seguridad de la persona, a la vida y, bajo ciertas condiciones, incluso al goce pacífico de las propias posesiones, se puede afirmar que una inmensa mayoría de las constituciones modernas recogen, aunque sea de manera implícita, derechos habitacionales⁸.

Ciertamente, ello no comporta su inmediata satisfacción como derecho. Pero representa un punto de partida positivo para hacer visible, para delimitar el “núcleo de certeza” que integra el contenido del derecho⁹. Todas las normas jurídicas, en efecto, ofrecen, al igual que el propio lenguaje natural, un cierto grado de vaguedad semántica. Pero indeterminación no equivale a indeterminabilidad y apertura relativa no supone ausencia absoluta de límites o ámbitos incontrolados de acción.

Es sobre todo en el derecho internacional y regional de los derechos humanos donde los intentos de dotar al derecho a una vivienda adecuada de un contenido más específico pueden advertirse con claridad. La relevancia de esas disposiciones es innegable en la medida en que son la manifestación embrionaria de un auténtico

-
8. Vid. *Legal Resources for Housing Rights. Source 4*, Center On Housing Rights and Eviction (COHRE), Ginebra, 2000, pp. 45 y ss. Ya la Constitución de Weimar de 1918 dedicaba a la vivienda un artículo específico, el 155, que se convirtió en el primero en reconocer el derecho: “el reparto y utilización del suelo serán vigilados por el estado, en forma que impida el abuso y se tienda a proporcionar a todo alemán una morada sana y a todas las familias, especialmente a las de numerosa prole, una morada y un patrimonio que responda a sus necesidades”. Desde entonces, el reconocimiento constitucional del derecho a la vivienda se ha generalizado.
 9. La propia Constitución española es un ejemplo de ello. A tenor de su art. 47, se reconocen al menos tres elementos vinculados a los derechos habitacionales que introducen una serie de límites y vínculos a los poderes públicos: 1) el carácter digno y adecuado que debe revestir la vivienda garantizada 2) la utilización del suelo de acuerdo al interés general y la prevención de la especulación, y 3) la atribución a la comunidad de las plusvalías del suelo no debidas al trabajo o a la inversión. Vid., al respecto, M. Bassols Coma, “Artículo 47”, en *Comentarios a la Constitución española de 1978*, O. Álzaga (dir.), Cortes Generales, Madrid, 1996. pp. 308 y ss.; R. García Macho, *Las aporías de los derechos fundamentales*... cit. pp. 165 y ss.

constitucionalismo global que vincula a los estados tanto en sus relaciones entre sí como en la aplicación del derecho local¹⁰. Ciertamente, no todas las disposiciones provenientes de tratados, convenios, declaraciones y organismos especializados sobre derechos humanos tienen el mismo alcance para los estados. Algunas son de aplicación inmediata en el ámbito interno de los estados; otras pueden reputarse como simple manifestaciones de “*soft law*”. Pero incluso estas últimas resultan capitales para delimitar el alcance de las que integran el verdadero “*hard law*” internacional, jurídicamente vinculante para los estados¹¹.

Así, por ejemplo, recogen el derecho a la vivienda en el plano internacional, la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH: art. 25); el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC: art. 11.1); la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (CEDR: art. 5 (e) (iii)); la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDCM: art. 14 (2) (h)); la Convención de los Derechos del Niño (CDN: art. 27 (3))¹².

No menos relevante es su reconocimiento positivo en el ámbito regional. La Convención Europea de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales (CEDH) recoge disposiciones que de un modo más o menos directo afectan el derecho a la vivienda en su art. 8 (1); en el art. 1 del Protocolo I de la Convención o en el art. 2 (1) del Protocolo IV. La Carta Social Europea, revisada en 1996, lo contempla por su parte en su art. 31, y hace referencia al mismo en los arts. 16, 19, 23

264

10. Cfr., al respecto, Luigi Ferrajoli, “Más allá de la soberanía y la ciudadanía: un constitucionalismo global”, en *Contextos*, n° 2, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1998, pp. 97 y ss. En el caso español, como se sabe, esta vinculación tiene lugar fundamentalmente a través del art. 10.2.

11. Por “*Soft Law*”, la terminología anglosajona alude a “un fenómeno que presenta las características del ‘Derecho’ en cuanto a su pretendido efecto de influenciar en el deseo y de restringir la libertad de aquellos a quienes el *soft law* se dirige”, pero que, al ser alegado, produce “la sensación de que algo falta en la naturaleza jurídica o vinculante del Derecho tal y como lo conocemos en la vida cotidiana”, Vid. R. Tammes, “Soft Law”, en *International and Comparative Law in Honour of Judge Erades*, Martinus Nijhoff, La Haya, 1983, p. 187.

12. A estas normas hay que agregar las de un sinnúmero de Convenios y Declaraciones que contienen disposiciones relativas a la vivienda: la Convención Internacional sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951; los Convenios de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre Pueblos Tribales e Indígenas (169); sobre Política Social (117); sobre Plantaciones (110); sobre Política Social en Territorios No-Metropolitanos (82); la Declaración sobre Derecho al Desarrollo de 1986; la IV Convención de Ginebra sobre Protección de Civiles en Tiempos de Guerra; los Protocolos Adicionales I y II a los Convenios de Ginebra de 1949; el Estatuto del Tribunal para los Crímenes de la ex-Yugoslavia y Rwanda o el Estatuto de Roma para el Establecimiento de un Tribunal Penal Internacional.

y 30, así como en el art. 4 del Protocolo Adicional a la Carta Social Europea. Ya en el ámbito de la Unión Europea, la Carta Comunitaria de Derechos Fundamentales de 1989 prevé el derecho a la vivienda en su art. 29. Y la más reciente Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, aprobada en Niza en el año 2000, estipula en su art. 34.3 que “con el fin de combatir la exclusión social y la pobreza, la Unión reconoce y respeta el derecho a una ayuda social y a una *ayuda de vivienda* para garantizar la existencia digna a todos aquellos que no dispongan de recursos suficientes según las modalidades establecidas por el derecho comunitario y las legislaciones y prácticas nacionales”.

Algo semejante puede observarse en la Carta de la Organización de los Estados Americanos (COEA), de 1948, que reconoce “el derecho a una vivienda adecuada para todos los sectores de la población” en su art. 34 (k). También la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (DADDH), del mismo año contempla, de un modo u otro, disposiciones vinculadas al derecho a la vivienda en sus arts. 8, 11 y 23, al igual que el Protocolo Adicional de San Salvador de 1988 (PAS), recientemente entrado en vigor, que lo recoge de manera indirecta en su art. 11.

La abundancia de términos empleados para describir los derechos habitacionales ha llevado a parte de la doctrina a equiparar el derecho a una vivienda digna con la inmediata obligación de los gobiernos de proveer una casa a cualquiera que lo requiera. Siendo así, se afirma, el derecho a la vivienda sería un derecho de alto costo, que a diferencia por ejemplo de los derechos civiles y políticos, no admitiría una protección inmediata y quedaría sencillamente supeditado a la “reserva de lo económicamente posible”¹³.

265

No obstante, esta traducción literal de la expresión no refleja ni la práctica de los estados ni la interpretación que en el derecho internacional se ha dado a la misma. El derecho a una vivienda adecuada no supone que el estado deba construir viviendas para toda la población, o que deba proveerla de manera gratuita a toda persona que la solicite, ni siquiera que deba cumplir de manera *inmediata* con *todos* los aspectos que el derecho involucra.

En cambio, lo que los estados sí deben hacer una vez que aceptan sus obligaciones internacionales en materia de vivienda es procurar, por *todos* los medios posibles, que *todos* tengan acceso a recursos habitacionales adecuados para su salud, bienestar y seguridad, recursos que deben ser consistentes con otros derechos fundamentales ¿Pero qué significado tiene esta expresión?.

13. Así, R. García Macho, *Las aporías de los derechos...*, cit. pp. 97 y ss.

En su Observación General (OG) n° 4, de 1991, el CDESC establece el alcance del derecho a una vivienda adecuada previsto por el párrafo 1 del artículo 11 del PIDESC. Esta OG ha sido utilizada por el CDESC tanto para enjuiciar los informes oficiales presentados por Estados que han ratificado el PIDESC¹⁴ como los informes “alternativos” facilitados al Comité por organizaciones cívicas involucradas en la defensa de los derechos humanos y, particularmente, del derecho a la vivienda. Pero también los tribunales nacionales, de manera progresiva, han comenzado a reenviar a estas OG a la hora de enjuiciar la adecuación de las políticas públicas internas a las disposiciones constitucionales de sus respectivos estados.

En ese sentido, de acuerdo a la OG n° 4 el carácter “adecuado” del derecho a la vivienda estipulado en el PIDESC supone algo más que cuatro paredes y un techo sobre la cabeza. Como mínimo, incluye los siguientes elementos:

a) Seguridad jurídica de la tenencia.

Una tenencia segura es la piedra de toque del derecho a una vivienda adecuada. La tenencia puede adoptar diversas formas, desde el alquiler, público o privado, la vivienda en cooperativa, el arriendo o los asentamientos informales. Pero lo que distingue a un derecho de una simple concesión revocable o de una mercancía es la posibilidad de gozar de su objeto con una cierta certidumbre, esto es, de una manera relativamente estable y con cierta inmunidad frente a alteraciones arbitrarias en su goce provenientes del estado o del mercado.

266

La seguridad jurídica es un elemento fundamental para todo ocupante: lo protege, entre otras cosas, contra hostigamientos, desalojos, expropiaciones y traslados arbitrarios, o contra aumentos súbitos o excesivos en los alquileres, introducidos por afán de ganancia, por especulación, o por razones que no reconozcan los derechos de los inquilinos¹⁵. Adquiere una especial gravitación para algunos colectivos, como las mujeres, que pueden verse forzadas a abandonar sus viviendas a causa de situaciones de violencia doméstica o que son discriminadas en el acceso a un título jurídico estable sobre sus casas o tierras, lo que puede facilitar su desalojo, por ejemplo, en situaciones de disolución matrimonial o de muerte de sus maridos¹⁶.

14. Igualmente, tiene interés la OG n° 7 referida a los desalojos forzosos.

15. Vid., al respecto, el art. 6 del “Proyecto de Convención Internacional sobre el Derecho a la Vivienda” (PCIDV), preparado por el entonces Relator Especial de la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías de Naciones Unidas, Rajindar Sachar, en 1994. Doc. ONU, E/ CN. 4/Sub.2/1994/20.

16. Cfr. al respecto, *Women and Housing Rights*, Center On Housing Rights and Eviction (COHRE), Ginebra, 2000, pp. 9 y ss.

b) Disponibilidad de servicios, materiales, facilidades e infraestructura

Una vivienda adecuada debe asimismo contener ciertos servicios indispensables para la salud, la seguridad, la comodidad y la nutrición. Así, el acceso al agua potable, alcantarillado, retirada de basuras, electricidad, calefacción (cuando fuera necesario), energía para cocinar y ventilación. Igualmente la disposición de ciertos servicios comunitarios, como servicios de bomberos y ambulancias en casos de emergencia, transportes públicas, carreteras y otros servicios en las cercanías¹⁷.

c) Gastos soportables

De conformidad con este principio, los gastos habitacionales deben ser de un nivel tal que no impida ni comprometa el logro y la satisfacción de otras necesidades básicas. Lo cual comporta, también, la protección de los inquilinos, por ejemplo, contra aumentos repentinos o desproporcionados de los alquileres.

d) Habitabilidad

Otro requisito para la consideración de una vivienda como “adecuada” es, según la OG n° 4, su habitabilidad. En virtud del mismo, una vivienda debe ser segura y salubre, incluir espacio, intimidad y protección suficiente del frío, la humedad, el calor, la lluvia, el viento y otros peligros para la salud, peligros estructurales y otros factores patógenos¹⁸.

e) Asequibilidad

Una vivienda adecuada deber ser asequible para todas las personas. Sobre todo para personas con necesidades de vivienda especiales, incluidas (pero no sólo) las mental o físicamente impedidas, las personas mayores, los enfermos próximos a morir, los infectados con VIH, los afectados por problemas médicos persistentes y los niños¹⁹.

f) Lugar

La adecuación de una vivienda comprende también el derecho a que ésta se encuentre situada en un lugar que permita el acceso a opciones de empleo, centros de atención para niños y sobre todo, que no ponga en peligro el disfrute de otros derechos, principalmente la salud o la vida de sus ocupantes, por ejemplo, por razones de contaminación.

17. Vid. arts. 7 y 24 del PCIDV.

18. Vid. art. 9 del PCIDV.

19. Vid. art. 10 del PCIDV.

g) Adecuación cultural.

Finalmente, al igual que todos los derechos sociales, el derecho a la vivienda comprende tanto elementos universalizables, vinculados a las necesidades comunes de las personas, como elementos diferenciados, relacionados con los contextos culturales en los que resultan garantizados. A resultas de ello, las políticas de vivienda y los materiales en que se apoyan deben ser capaces de expresar la identidad cultural y la diversidad del lugar y de los colectivos involucrados. Es el caso de las poblaciones indígenas, para las que el derecho a la vivienda debe interpretarse a menudo en estricta conexión con sus derechos sobre la tierra. En esta relación, a su vez, el aspecto intergeneracional suele ser crucial para la identidad, supervivencia y viabilidad cultural de estas poblaciones²⁰.

Dicho esto, es evidente que los estados no pueden satisfacer de manera *inmediata todos* los elementos que integran el contenido del derecho a una vivienda adecuada. El derecho internacional reconoce esta imposibilidad, pero si bien la satisfacción del derecho puede ser progresiva, la adopción de medidas para alcanzar ese objetivo debe tener lugar, si no en forma inmediata, en un tiempo razonablemente breve. Dicho de otro modo: el deber de *progresividad* no puede confundirse con una postergación *sine die* de las obligaciones estatales en materia de vivienda. Los estados están obligados, al menos, a proteger el “umbral mínimo” de obligaciones sin el cual el derecho resultaría totalmente desnaturalizado y en ese sentido, a adoptar “todas las medidas adecuadas” y “hasta el máximo de los recursos disponibles” para satisfacer el derecho en cuestión, otorgando *prioridad* a los grupos más vulnerables y a los que tienen necesidades más *urgentes*.

268

La diligencia en la adopción de esas medidas no puede presumirse. Corresponde al estado, ante un reclamo concreto, y no a los ciudadanos, demostrar que se han realizado todos los esfuerzos posibles, y teniendo en cuenta el máximo de recursos disponibles: humanos, tecnológicos, de información, naturales y financieros, para cumplir con sus obligaciones en materia de derecho a la vivienda²¹.

Contra este tipo de exigencias suele argumentarse, una vez más, que aunque resulten razonables existen límites fiscales y de orden presupuestario de peso que, en último término, impedirían la realización del derecho. Esa posición, sin embargo, elude el hecho de

20. Vid. Doc. N.U., E/CN.4/2001/51; párr. 74.

21. Cfr., al respecto, R. Robertson, “Measuring State Compliance with the Obligation to Devote the Maximum Available Resources to Realizing Economic, Social and Cultural Rights”, en *Human Rights Quarterly*, Vol. 16, n° 4, 1994. pp. 693-694.

muchas de las obligaciones asociadas con los derechos habitacionales no requieren desembolso monetarios. Dicho de otro modo: la garantía de los derechos sociales, como la de todos los derechos, tiene un costo, pero eso no significa que todos los elementos que conforman el derecho supongan asignaciones sustanciales de recursos monetarios.

Esto puede advertirse cuando se analiza con más detenimiento el tipo de obligaciones que el derecho a la vivienda adecuada comporta. Contra lo que suele afirmarse, el derecho a la vivienda no se reduce a un derecho unilateral de prestación es más bien un derecho híbrido, que produce tanto obligaciones positivas como negativas o, de acuerdo a una caracterización también extendida, obligaciones de *respeto*, de *protección* frente a particulares, de *satisfacción* e incluso, podría agregarse, de *información*²².

1) Las obligaciones de *respeto* son un buen ejemplo de deberes estatales que no siempre suponen un desembolso monetario, obligan a los estados a abstenerse de realizar ciertas prácticas y a facilitar la autoayuda de los propios grupos afectados.

Así, por ejemplo, obliga a los estados a observar el principio de *no regresividad*, es decir, la prohibición de adoptar medidas “deliberadamente regresivas” en cuestiones de vivienda que carezcan de “justificación suficiente” en relación “con la totalidad de derechos previstos por el PIDESC”²³. De acuerdo con esta obligación, que según el CDESC subsiste incluso en tiempos de contracción económica, “un deterioro general en las condiciones de vida y vivienda que fuera directamente atribuible a las decisiones de política general, a las medidas legislativas de los Estados Partes y a falta de medidas compensatorias concomitantes, contradiría las obligaciones dimanantes del Pacto”²⁴.

269

Y ya en un sentido más concreto, la obligación de respeto proscribire los desalojos forzosos, esto es, las expulsiones de las personas de sus hogares o tierras atribuibles a los poderes públicos de manera directa o indirecta

22. Vid. OG nº 3 del CDESC sobre la índole de las obligaciones de los Estados partes (pár. 1 del art. 2 del Pacto). En referencia al contenido de las obligaciones del PIDESC. Vid. asimismo, los Principios de Limburgo para la Implementación del PIDESC, de 1986, y las Directivas de Maastricht sobre Violaciones a los DESC, de 1997.

23. Vid. OG nº 3.

24. OG nº 4, párr. 11. Debería, por ejemplo, considerarse una vulneración del principio de *no regresividad*, la decisión del gobierno español de eliminar la desgravación fiscal de los gastos por alquiler de vivienda sin avanzar prácticamente en la necesaria mejora del tratamiento fiscal de la oferta de vivienda en alquiler. O el hecho de que, sin una justificación adecuada, el porcentaje de viviendas protegidas sobre el total de viviendas iniciadas haya caído drásticamente desde 1993: un 49.3%, al 2000: apenas un 7.5%. Vid., al respecto, C. Narbona, “De nuevo, la vivienda”, en El País, Madrid, 30 de julio de 2001.

(bien por dirigirlas, bien por consentir los desalojos practicados por terceros). En la actualidad, las situaciones que conducen al desalojo forzoso de personas y comunidades enteras son numerosas: desde el desarrollo de infraestructuras o la celebración de eventos internacionales de prestigio (como los Juegos Olímpicos) pasando por las reformas urbanas, los reclamos de terrenos públicos ocupados, la reducción o supresión de subsidios en materia de vivienda para grupos de bajos ingresos o el desplazamiento forzoso de poblaciones en el contexto de conflictos armados o limpiezas étnicas. De acuerdo al CDESC, sin embargo, los desalojos forzosos sólo están justificados en situaciones “excepcionales” y de acuerdo con “los principios relevantes del derecho internacional”²⁵. Dichos principios comprenden el escrupuloso respeto de una serie de deberes de tipo procedimental: el deber de consulta a los afectados, el deber de notificación adecuada en un tiempo previo razonable, el deber de los funcionarios públicos o de sus representantes de estar presentes durante los desalojos, la prohibición de llevar adelante desalojos de noche o con mal tiempo, la obligación de poner a disposición de los afectados mecanismos legales de control o, al menos, medidas alternativas y razonables de realojamiento²⁶.

270 2) En otros casos, lo que se exige del estado es la *protección* frente a posibles intervenciones arbitrarias de terceros en el goce del derecho a la vivienda. Estos deberes de protección cobran especial relevancia en un contexto en el que las violaciones al derecho a la vivienda provienen no sólo del estado sino del mercado, es decir, no sólo de poderes públicos, sino sobre todo de agentes privados o de empresas (que a menudo actúan en connivencia con el propio estado).

Conforme a este deber, que constituye una manifestación específica de la eficacia horizontal de los derechos (*Drittwirkung der Grundrechte*), también las instituciones y particulares quedan obligados al respeto del derecho a la vivienda, sobre todo en situaciones que afectan a grupos vulnerables y en las que dichos particulares (propietarios y arrendadores de tierra o viviendas) gocen de una especial relación jurídica con los recursos en cuestión.

25. Cfr. OG nº 4, párr. 18. En la OG nº 2, por su parte, se insta a las instituciones financieras internacionales (Banco Mundial, FMI) a evitar de manera escrupulosa los proyectos que involucren desalojos o desplazamientos en gran escala (art. 22).

26. Ya en su 5º Sesión de 1990, el CDESC consideró, por primera vez en relación con un Estado, que el desalojo forzado de 15.000 familias en República Dominicana, era lo “suficientemente serio” como para considerar que vulneraba las garantías del art. 11 del PIDESC. En su 6º Sesión, por su parte, el CDESC estableció que unos desalojos a gran escala que habían tenido lugar en Panamá constituían no sólo una violación del derecho a la vivienda de los ocupantes sino también de sus “derechos a la privacidad y a la seguridad”. Y con respecto a Filipinas, en 1995, llegó a sostener que el hecho de que un número significativo de personas amenazadas con desalojos no recibieran realojamiento adecuado, resultaba “incompatible con el respeto al derecho a la vivienda”.

Así, son deberes de protección los encaminados a impedir la especulación en la esfera de la vivienda, evitando que los propietarios de inmuebles dejen sus propiedades vacías e inutilizadas o recurran a aumentos súbitos o excesivos de los alquileres por afán de ganancia, sin reconocer los derechos de los inquilinos. O aquéllos dirigidos a impedir la discriminación de inquilinos basada en el nivel de ingresos, el sexo, la incapacidad, la raza, el credo, el estado familiar, la orientación sexual, el estado médico, la ciudadanía, el estado de empleo o la percepción de prestaciones de bienestar o de asistencia pública²⁷.

1) El deber de *satisfacción*, por su parte, es la obligación positiva por excelencia que incumbe a los poderes públicos. En ocasiones esa obligación no es costosa: por ejemplo, la provisión de títulos de tierra y de seguridad en la tenencia, la aprobación de legislación sobre reforma agraria, el aseguramiento de provisiones anti-discriminatorias o el apoyo legal a organizaciones comunitarias.

Ciertamente, también puede entrañar prestaciones concretas y medidas redistributivas: reformas tributarias progresivas, oferta pública de viviendas subvencionadas o promoción y apoyo financiero de planes para facilitar el acceso a la una vivienda económicamente asequible. Más aún, aunque a la luz del derecho internacional los estados no resultan necesariamente obligados a la provisión de una vivienda para quien lo solicite, algunos países han optado por establecer obligaciones de este tipo en casos determinados. La legislación finlandesa, por ejemplo, obliga al gobierno local a proveer recursos habitacionales a las personas discapacitadas bajo ciertas condiciones (Act N° 380/1987, art. 8. 2). En el Reino Unido, la Ley de Vivienda de 1985 exige a los ayuntamientos locales proveer de alojamiento a las familias sin hogar y a personas en situación de necesidad (sección 63). También establece prioridades, determinando categorías de personas como mujeres embarazadas o personas vulnerables por su edad avanzada, por enfermedad mental o por incapacidad física. Asimismo, estipula el número permitido de personas por vivienda y las normas mínimas de una vivienda adecuada. Leyes semejantes relativas a las personas sin hogar existen en Irlanda del Norte o en la ley escocesa de 1987. Y en algunas ciudades estadounidenses, como Nueva York, las autoridades públicas están obligadas a proveer al menos un refugio temporal a personas y familias sin hogar. No hay por tanto impedimentos estructurales. En muchos casos es cuestión de prioridades políticas.

271

27. Vid. al respecto, los arts. 2, 6 y 26 del PCIDV.

4) Finalmente, incumbe al Estado un deber de información en materia de vivienda. Esta obligación incluye informar y dar publicidad de leyes y disposiciones administrativas en materia de vivienda, sobre todo de aquellas referidas a la oferta existente, a la situación de viviendas no ocupadas o disponibles para alquilar, a los regímenes de ayudas, a los peligros ambientales próximos a las viviendas, o a los casos más urgentes de privación dentro de la población. El control ciudadano sobre la información pública disponible en materia de vivienda es un elemento indispensable para conjurar los desvíos ilegales de fondos y los casos de corrupción, así como para dotar de mayor eficacia a los sistemas públicos de asignación de vivienda. Al mismo tiempo, es un instrumento central para la seguridad jurídica de los ocupantes. Así, todas aquellas disposiciones que propongan un proyecto, plan, programa o legislación que tenga un efecto, cualquiera que sea, en las circunstancias de vivienda de una persona, deberían ir acompañadas de toda la información disponible a las personas y comunidades afectadas, en forma oportuna y completa, garantizando así su derecho al debido proceso.

3. La justiciabilidad del derecho a la vivienda: vías para su reconocimiento

Ciertamente, entre las obligaciones estatales de tutela del derecho a la vivienda, las garantías políticas siguen siendo las garantías primarias por excelencia. Hoy por hoy, sólo la actuación legislativa, y en su caso administrativa, de los poderes públicos, permitiría introducir, por su legitimidad y por los mecanismos organizativos a su alcance, las transformaciones estructurales que las vulneraciones del derecho a la vivienda requieren: repartir la tierra, impedir la especulación, financiar los sistemas públicos de construcción de viviendas.

Sin embargo, es una lección incontestable que la satisfacción del derecho a la vivienda no puede confiarse de manera exclusiva a la discrecionalidad del poder político. La experiencia de las últimas décadas enseña, incluso en los países “avanzados”, que no hay poder político “bueno” o “inocente”, inmune a la burocratización y a las presiones mercantilistas, y que ni siquiera el control electoral periódico es un mecanismo suficiente para erradicar ese riesgo. Supeditar la observación de las obligaciones legales antes mencionadas a la simple voluntad de auto-limitación de las mayorías legislativas y de los aparatos administrativos “realmente existentes”, sería condenarlas a un estatuto incierto: a concesiones revocables en el mejor de los casos, a simples “derechos sobre el papel” en el peor²⁸.

28. Vid., sobre esta idea, Riccardo Guastini, *Estudios de teoría constitucional*, Miguel Carbonell (ed.), Fontamara, México, 2001.

Ese límite, precisamente, es el que justifica la introducción de garantías secundarias, jurisdiccionales, del derecho a la vivienda, que puedan activarse en caso de insuficiencia o ausencia de garantías políticas primarias. Contra esta posibilidad milita la tesis del carácter no justiciable del derecho a la vivienda²⁹. Sus bazas principales, en cierto modo ya anticipadas, se reconducen a dos argumentos: el de la legitimidad y el de la competencia³⁰.

De acuerdo al primero, la justiciabilidad del derecho a la vivienda supondría supeditar las acciones, y lo que es peor, las omisiones del legislador, a los designios de los tribunales. Una posibilidad de este tipo, se dice, introduciría en las democracias representativas un inadmisibles elemento antidemocrático: la restricción de la facultad de libre configuración de las políticas sociales por parte de representantes electos, otorgando la última palabra en la materia a funcionarios jurisdiccionales sin responsabilidad directa ante el electorado o en otros términos, la subordinación de la política al derecho y los criterios legislativos a los de los jueces³¹.

La segunda objeción invoca cuestiones de viabilidad técnica. Básicamente, se sostiene que la protección de un derecho como la vivienda exigiría de los jueces una serie de capacidades técnicas en relación con la asignación de recursos y de información relevante en materia de políticas públicas de las que con frecuencia carecen.

Ninguna de las razones, sin embargo, resulta concluyente. Ante todo, si lo que se pretende es que los tribunales difieran al legislador todas las cuestiones que involucren decisiones fiscales o de política social, lo lógico sería no optar por democracias constitucionales. A diferencia de las democracias legislativas, fundadas en la idea de la soberanía parlamentaria, una democracia constitucional supone límites, incluso a las mayorías electorales, cuando éstas, por acción u omisión, vulneran derechos de los ciudadanos. Todos los derechos, incluidos los civiles y políticos suponen límites a los márgenes de actuación del poder político, incluso en lo que concierne a sus facultades presupuestarias.

29. Ésta es, en general, la tesis de R. García Macho, *Las aporías de los derechos fundamentales sociales...*, cit. p. 127. Sin embargo, el propio autor reconoce que los tribunales podrían objetar la constitucionalidad de una ley que contradiga la realización del derecho a una vivienda digna o considerar inconstitucional las omisiones del legislador que produjeran efectos contrarios a la vigencia del derecho que sin ella no hubieran tenido lugar. Así, en pp. 137 y 166.

30. Cfr. Cecile Fabre, *Social Rights under the Constitution*, Clarendon Press, Oxford, 2000, pp. 128 y ss. y 152 y ss.

31. Tendría lugar, argumenta García Macho, el paso del Estado legislativo al Estado judicial. Vid. *Las aporías de los derechos...*, cit. p. 104.

Además, al afectar sobre todo a los grupos más vulnerables de la sociedad, la ausencia de garantías jurisdiccionales en materia de vivienda, lejos de redundar en beneficio del sistema democrático, actúa en su detrimento. No sólo porque a la sombra de esta laguna aumentan la marginación y la exclusión, y en consecuencia, decae la legitimidad del sistema en su conjunto sino también porque en muchos casos las decisiones que vulneran derechos sociales ni siquiera son decisiones legislativas. Son cambios reglamentarios y decisiones administrativas adoptadas a puertas cerradas, sin audiencias, sin consultas, sin debate, sin procedimientos, en suma, democráticos. La distinción, en síntesis, entre derechos civiles “justiciables” y derechos sociales “políticamente realizables” se resuelve en un elemento de discriminación antes que de democratización.

Del mismo modo, tampoco el argumento de la falta de competencias resulta insuperable. Ninguna de las dificultades técnicas que se atribuye a la justiciabilidad de los derechos sociales pueden excluirse en el caso de los derechos civiles y políticos. El desarrollo de indicadores adecuados sobre derechos habitacionales puede ser una buena manera de facilitar el escrutinio jurisdiccional³². Y en último término, que los órganos jurisdiccionales tengan algo que decir en materia de control y garantía de los derechos sociales no supone que deban tener la única y ni siquiera la última palabra en la cuestión. De las muchas opciones que el legislador tiene en materia de política habitacional, por ejemplo, los jueces pueden exigirle que ponga en marcha alguna, dando prioridad a los casos más urgentes y a los grupos más necesitados de protección en sus derechos, e incluso sugiriéndole un término razonable para hacerlo. Los controles intermedios no tienen porque ser controles definitivos, y el intercambio de información y de demandas entre instancias jurisdiccionales, legislativas, administrativas y ciudadanas puede verse

274

32. De todos los indicadores disponibles en materia de derechos sociales, los referidos a derechos habitacionales son quizás los menos sólidos. El Comité de Expertos Independientes que monitorea el cumplimiento de la Carta Social Europea ha desarrollado por ejemplo lo que se conoce como el *umbral de dignidad* para determinar si un estado ha protegido de manera adecuada el derecho a un estándar digno de vida. Ese estándar no es el mismo para todos los estados, pero está basado en el 68% del salario medio del país respectivo. Este tipo de indicadores podrían desarrollarse también para el derecho a la vivienda. Scott Leckie identifica 8 áreas: 1) gasto público en vivienda y porcentaje del presupuesto nacional; 2) porcentaje de la población con acceso a agua potable y a electricidad en su vivienda; 3) porcentaje de la población con situaciones de tenencia legalmente aseguradas; 4) gasto medio en vivienda por unidad familiar en relación con los ingresos; 5) porcentaje de la población que reside en viviendas de manera informal o irregular; 6) total de personas sin hogar; 7) estatuto legal de los derechos habitacionales; 8) nivel de acceso a recursos judiciales y de otro tipo, imparciales y asequibles. Vid. “Housing Rights”, en *UNDP Human Development Report 2000*, pp. 10 y ss.

como una mejor manera, más eficaz y dialógica, de identificar los supuestos de violación de los derechos y los mecanismos más idóneos para su reparación³³.

De hecho, muchas de las objeciones a la justiciabilidad del derecho a la vivienda han sido rebatidas no ya en el plano dogmático sino en la propia práctica jurisprudencial. La OG n° 4 del CDESC identifica al menos seis áreas específicas en las que el derecho a la vivienda es perfectamente susceptible de escrutinio judicial: a) las apelaciones jurídicas destinadas a evitar desahucios planeados o demoliciones mediante la emisión de mandatos de los tribunales; b) los procedimientos jurídicos que persiguen la indemnización de un desahucio ilegal; c) los reclamos contra acciones ilegales realizadas o apoyadas por propietarios públicos o privados en relación con los niveles de alquiler, el mantenimiento de la vivienda y la discriminación racial o de otro tipo de los inquilinos; d) las denuncias de cualquier forma de discriminación en la asignación y acceso a la vivienda; e) las reclamaciones contra los propietarios acerca de condiciones de vivienda insalubres o inadecuadas y f) las acciones de clase relacionadas con situaciones de incremento significativo en los niveles de falta de hogar.

Pero no se trata, como se ha apuntado, de simple previsiones teóricas. La jurisprudencia en el derecho comparado es lo suficientemente nutrida como para rechazar las objeciones “estructurales” a las estrategias jurisdiccionales de protección, directa o indirecta, de aspectos relevantes del derecho a la vivienda.

275

a) En el ámbito del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, muchos casos relacionados con cuestiones de vivienda han involucrado violaciones, bien del art. 8, que protege el derecho al respeto de la vida privada y familiar, el hogar y la correspondencia, prescribiendo la interferencia de las autoridades públicas con el ejercicio de ese derecho, bien del art. 1 del Protocolo I de la Convención, que prevé que toda persona natural o jurídica tiene derecho al

33. Un buen ejemplo de este intercambio dialógico, aunque no condescendiente, de información institucional puede extraerse del caso planteado por la Unión de Personas por las Libertades Civiles (UPCL) al Tribunal Supremo de la India, en abril de 2001. La UPCL exigió al Tribunal la inmediata utilización de los depósitos de alimentos de Rajasthan, como respuesta para mitigar las consecuencias de la sequía y para prevenir el hambre. El Tribunal Supremo aprobó diversas órdenes internas obligando a diferentes estados a emitir información y a asegurar la transparencia de los programas alimentarios existentes así como de sus beneficiarios. A partir de ese intercambio informativo, que contribuyó a identificar las insuficiencias en los programas públicos y las vulneraciones del derecho a la alimentación, ordenó a los gobiernos estatales que liberaran granos de sus silos y modificaran la ración alimenticia reconocida hasta entonces. Al respecto, puede verse www.geocities.com/righttofood.

disfrute pacífico de sus posesiones, de las que no puede ser privada sino en casos de interés público sujetos a las condiciones establecidas por la ley y por los principios generales del derecho internacional. A menudo, dichas previsiones han sido leídas en conexión con otros artículos de la Convención, como el 14, que prohíben la discriminación.

Así, en el caso *Akdivar y Otros c. Turquía* (1996), referido a desalojos en gran escala, realojamiento forzoso y demolición de asentamientos por parte del gobierno turco, el Tribunal estimó que se había producido una violación del art. 8 de la Convención y del art. 1 del Protocolo I y ordenó al estado que indemnizase a los afectados. De modo similar, el Tribunal también ordenó compensación por violación del art. 8 en *López Ostra c. España* (1994), donde se alegaba la violación del derecho al respeto del hogar debido a la ausencia de control municipal sobre una industria contaminante que afectaba la salud y seguridad de quienes vivían en los alrededores. Y en *James y otros c. Reino Unido* (1986), a su vez, entendió que una regulación legislativa de 1967 a favor de inquilinos de largo plazo no suponía una violación del art. 1 del Protocolo I sobre el disfrute pacífico de la propia posesión³⁴.

b) De igual modo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en cumplimiento de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre o de la Convención de Derechos Humanos, ha considerado algunos casos potencialmente relacionados a la protección de derechos habitacionales.

276

En *Velásquez-Rodríguez* (1988), alegando el art. 67 de la Convención Americana de Derechos Humanos, se incluyó en la compensación por violación de derechos humanos por parte del gobierno de Honduras (específicamente, la desaparición del Sr. Velásquez Rodríguez) el derecho a “una vivienda adecuada, equivalente a la vivienda de una familia profesional de clase media”. En el caso *Miskito*, a su vez, la Corte se refirió a las circunstancias en las que el gobierno podía derogar las previsiones de protección frente a realojamientos forzosos. Por último, en los casos *Isabela Valásques y Francisco Valásques; Ronal Momero Mota et. al.; Eleodoro Polanco Arévola; Adolfo René y Luis Pacheco del*

34. En diciembre de 2001, la Corte de Apelaciones del Reino Unido entendió en *Qazi v. Harrow LBC* que el art. 8 del Convenio Europeo impedía a un ayuntamiento desalojar a un inquilino de una vivienda municipal cuyo contrato había sido rescindido. En su decisión, la Corte consideró que el período de residencia del demandado había creado un “vínculo suficiente” con la vivienda, independientemente de la ruptura contractual. Igualmente, tuvo en cuenta las necesidades habitacionales del inquilino y su capacidad financiera para encontrar otra vivienda en el mercado. Vid. un análisis crítico de esta decisión en Ian Loveland, “When is a house not a home under Article 8 ECHR?”, *Public Law*, Oxford, Summer 2002. pp. 221 y ss.

Cid y Nicolás Matoh et. al., la Corte consideró las responsabilidades del ejército guatemalteco por la destrucción de viviendas.

c) El propio Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia, creado por Resolución n° 827 del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, analizó varios casos en los que desalojos arbitrarios, traslados forzosos y actos de destrucción de vivienda eran juzgados no sólo como crímenes de guerra sino también como vulneraciones de derechos habitacionales. Así, por ejemplo, en *Prosecutor v. Tadic* (2000), en *Prosecutor v. Tihomir Blaskic* (2000) o en *Prosecutor v. Goran Jelusic* (1999).

d) Pero tampoco en los Estados nacionales han faltado relevantes casos testigo referidos, de manera directa o indirecta, a la exigibilidad del derecho a la vivienda. En ocasiones, estos casos han tenido lugar en estados cuya Constitución no consagra de manera explícita el derecho a la vivienda como un derecho fundamental³⁵.

En Estados Unidos los fallos al respecto son abundantes. En 1979, por ejemplo, el Tribunal Supremo de Nueva York consideró, en *Callahan v. Carey*, que la Constitución estatal incluía el derecho a un refugio para los “sin techo”. A la luz de ese precedente sostuvo luego, en *Eldredge v. Koch* (1983), que en virtud de la cláusula de igual protección contemplada tanto en la Constitución federal como en la estatal, dicho beneficio debía aplicarse también a las mujeres. En *Mc Cain v. Koch* (1987), a su vez, dispuso que el Tribunal Supremo era competente para ordenar al Departamento de Servicios Sociales, Vivienda, Preservación y Desarrollo de Nueva York que, en casos de emergencia, proveyese de casas con estándares mínimos de salud, seguridad y dignidad a familias con niños y sin hogar. En fechas más recientes, en 1999, el propio Tribunal Supremo amparó a grupos sin hogar al considerar inconstitucionales una ley de California que discriminaba a los nuevos residentes en la recepción de beneficios sociales y una ordenanza de Chicago que penalizaba el vagabundeo y dormir en la calle.

277

En Canadá, por su parte, el Comité de Supervisión del Código de Derechos Humanos de Ontario admitió en *Kearney et. al. v. Bramalea Ltd. et. al.* (1998) una demanda contra políticas para propietarios de vivienda que autorizaban la descalificación de aspirantes de bajos ingresos sobre la base de un criterio arbitrario de “ingreso mínimo”. Los demandantes alegaron, con éxito, que la exigencia de dichos mínimos

35. Lo que puede proporcionar un interesante ejemplo para países como España, que incluyen al derecho a la vivienda entre los principios rectores de la política social y económica (cap. III, tít. I) y lo excluyen, en principio, de los derechos directamente amparables.

constituía una discriminación contra los beneficiarios de asistencia social, mujeres, jóvenes, madres solteras, minorías raciales y otros grupos protegidos por la legislación de derechos humanos³⁶.

Ahora bien, la justiciabilidad del derecho a la vivienda no sólo encuentra precedentes en países centrales. Un buen ejemplo de ello es la India, que lo protegió a través de las previsiones del art. 21 de su Constitución, referidas al derecho a la vida³⁷. En 1987, el Tribunal Supremo estableció por primera vez, en el caso *Mankela Gandhi v. Union of India*, que las disposiciones constitucionales sobre este derecho debían interpretarse como “el derecho a vivir con dignidad”. Sobre la base de estos antecedentes, a su vez, el tribunal sostuvo, en *Francis Coralie v. Union Territory of Delhi* (1981), que una vida digna incluía ciertas necesidades básicas como “una alimentación adecuada, vestido y refugio”. Asimismo, en lo que llegó a convertirse en un verdadero *leading case* del derecho comparado, *Olga Tellis v. Bombay Municipal Corporation* (1985), el Tribunal estimó que el desalojo forzoso de unos refugios callejeros en Bombay privaba a los afectados de su capacidad para ganarse la vida y que, por lo tanto, constituía una vulneración del art. 21 de la Constitución. Y en *Ram Prasad v. Charmain, Bombay Port Trust*, (1989), directamente ordenó a las autoridades públicas competentes que no desalojaran a 50 familias ubicadas en asentamientos precarios, a menos que se les ofreciera un alojamiento alternativo³⁸.

-
36. En septiembre de 2001, el Tribunal Supremo de Canadá oír en apelación el caso *Gosselin c. Quebec*. Louise Gosselin era beneficiaria de un programa asistencial de Quebec que reduce su ayudas para personas “empleables” y menores de 30 años de \$434 a \$170 por mes. Dicha reducción (que imposibilita *de facto* una vida digna en Montreal) la condenó a dormir en albergues insalubres e incluso llegó a ser violada por un hombre del que recibía comida. Los tribunales inferiores rechazaron las alegaciones de la señorita Gosselin sosteniendo que el derecho a un nivel de vida, alimentación y vivienda adecuadas, protegidos por el PIDESC, no resultaban exigibles a la luz de la Carta de Derechos de 1982, que no recoge de manera explícita derechos sociales. Planteado en 1989, el caso Gosselin será irónicamente el primero en el que se alegue una infracción a la Carta por razones de pobreza y falta de hogar. Vid., al respecto, Bruce Porter, “Rewriting the Charter at 20 or Reading it Right: The Challenge of Poverty and Homelessness in Canada”, presentado ante la *Canadian Bar Association*, Ottawa, 2001.
37. Cfr., por ejemplo, B.P. Jeewan Reddy y R. Dhavan, “The jurisprudence of Human Rights”, en *Human Rights and Judicial Review*, Kluwer, Netherlands, 1994. pp. 203 y ss.
38. No todo, sin embargo, son tendencias garantistas. Contra estos antecedentes, el Tribunal Supremo acaba de dictar un fallo que puede considerarse un auténtico revés en la protección del derecho a la vivienda. En *Narmanda Bachao Andolan c. La Unión de la India y otros* (2000), se discutía la continuación de las obras del embalse de Narmada, y su impacto considerable, tanto sobre el medio ambiente como sobre centenares de miles de miembros de las tribus del valle de Narmanda, que fueron desplazados sin un plan adecuado de reasentamiento y rehabilitación. El Tribunal Supremo, sin embargo, sostuvo, contradiciendo su jurisprudencia anterior, que “el desplazamiento de las poblaciones tribales y otras personas no daría lugar *per se* a una violación de sus derechos fundamentales u otros derechos” y admitió que la construcción del embalse continuara. La escritora Arundhati Roy ha realizado una conmovedora crónica de este caso y del movimiento de defensa de los derechos de los pobladores del valle. Vid. “La política energética y el poder, o la reencarnación de Rumpelstiltskin”, en *El álgebra de la justicia infinita*, Anagrama, Barcelona, 2002. pp. 137 y ss.

Pero ha sido en Sudáfrica, tras la caída del apartheid y al promulgación de una Constitución democrática, la de 1997, donde ha tenido lugar uno de los fallos más relevantes en materia de derecho a la vivienda, tanto por sus perfiles jurídicos como por sus consecuencias sociales. El pronunciado por la Corte Constitucional en el caso *The Government of the Republic of South Africa and Others. v. Grootboom, Irene and Others*, de 4 de octubre de 2000³⁹.

En su sentencia, la Corte analiza el derecho a la vivienda de 390 personas mayores de edad y 510 niños obligados a vivir en condiciones deplorables mientras esperaban su turno que se les asignasen viviendas de renta accesible. Para emitir su fallo, el tribunal tiene en cuenta el art. 39 de la Constitución de Sudáfrica, el art. 11.1 de PIDESC y las obligaciones básicas mínimas para los estados parte fijadas en la OG n° 3. En lo que hace al fondo del asunto, y a la luz del art. 26 de la Constitución, que regula el derecho de acceso a una vivienda adecuada⁴⁰, juzga la “razonabilidad” de las medidas adoptadas por el gobierno para alcanzar ese objetivo y sostiene, al respecto, que para ser “razonables”, las medidas en cuestión deben atender a quienes más lo necesitan, a aquellos que se encuentran en una situación de mayor peligro o vulnerabilidad en el acceso al derecho social concreto, más allá de su cobertura general.

Sobre la base de este auténtico principio de prioridad del más débil (*favor debilis*), y teniendo en cuenta la información pública disponible, el tribunal entiende que el programa habitacional vigente en la Provincia del Cabo Occidental, a pesar de su correcto diseño general, no brinda ninguna solución a los sectores con necesidades imperiosas, lo que constituye una vulneración del aludido art. 26. En consecuencia, decide emitir una orden declarativa por la cual “requiere al Estado actuar para cumplir la obligación impuesta por el art. 26 (2) de la Constitución. Esta obligación incluye la obligación de diseñar, solventar, implementar y evaluar medidas para proveer soluciones a aquellas personas con necesidades de vivienda imperiosa”. Asimismo, la Corte encarga a la Comisión de Derechos Humanos, órgano de rango constitucional, tareas de supervisión y contralor en la ejecución de la sentencia por parte del gobierno.

279

39. Vid., al respecto, Cass Sunstein, “Social and Economic Rights? Lessons from South Africa”, en *Designing Democracy*, Oxford University Press, Oxford, 2001. pp. 221 y ss.; y Víctor Abramovich y Christian Courtis, “La justiciabilidad del derecho a la vivienda en la reciente jurisprudencia sudafricana”, en *Jueces para la Democracia*, n° 40, 2001. pp. 71 y ss.

40. Según el art. 26 de la Constitución sudafricana: “1) Todos tienen derecho a acceder a una vivienda adecuada; 2) El Estado debe adoptar medidas razonables, tanto legislativas como de otra índole, conforme a los recursos disponibles, para lograr la realización progresiva de este derecho; 3) Nadie puede ser desalojado de su hogar, o sufrir la demolición de su hogar, sin orden judicial adoptada una vez consideradas todas las circunstancias relevantes. La legislación no puede permitir los desalojos arbitrarios”.

En mayo de 2001, la Corte Constitucional resolvió otro caso en materia de vivienda, *Minister of Public Works and Others v. Kyalami Ridge Environmental Association and Others*, en el que un grupo de vecinos de Kyalami se quejaba porque la instalación junto a sus residencias de un campamento municipal provisional para afectados por una inundación disminuía el valor de sus propiedades. Siguiendo la línea argumental establecida en *Grootboom*, la Corte entiende que si bien los vecinos tienen derecho a ser consultados, su interés debe ceder ante el derecho de las víctimas de la inundación (unas 300 personas) a recibir una solución urgente a su situación de falta de vivienda.

Sin perjuicio de las diferencias entre ordenamientos jurídicos, este recorrido jurisprudencial por el derecho comparado permite aventurar una serie de situaciones propicias para la intervención jurisdiccional en la satisfacción del derecho a la vivienda. En primer lugar, aquellas que involucren la aplicación del principio de igualdad. Es decir, situaciones en las que el acceso a la vivienda sea una consecuencia de la aplicación del principio de no discriminación, bien en el ámbito público, bien en las relaciones entre particulares. En segundo lugar, aquéllas que involucren un control de razonabilidad de políticas públicas en materia de vivienda. Finalmente, aquellos casos en los que la administración incumpla un beneficio legal ya previsto o frustre, de manera injustificada, una legítima expectativa creada por su propia actuación⁴¹.

280

4. Reconstruir las garantías sociales: el acceso a la vivienda como derecho de participación ciudadana

Como puede verse, muchas son las garantías institucionales susceptibles de ponerse en marcha en resguardo del derecho a la vivienda adecuada. No sólo en razón de criterios dogmáticos externos, sino a partir de disposiciones de derecho positivo de las que gobiernos, administraciones y tribunales, en diversos contextos y con los límites que se quiera, han sabido extraer consecuencias garantistas. Estas actuaciones institucionales constituyen un botón de muestra de las estrategias efectivamente disponibles en orden a hacer del derecho a la vivienda un derecho exigible. Pero no se articulan ni se aplican en el vacío, más bien, estarían condenadas a la esterilidad o a una fácil reversión sin garantías sociales y ciudadanas extensivas, que involucren a los propios afectados en la conquista y protección del derecho.

41. En el caso *Coughlan*, de 2001, la Corte de Apelaciones del Reino Unido sostuvo, interpretando una vez más el art. 8 del Convenio Europeo, que la promesa de una prestación específica a sujetos concretos podía dar lugar a un derecho exigible, sobre todo cuando éste tuviera una base constitucional o cuasi-constitucional.

En otras palabras, si las garantías institucionales del derecho a la vivienda, por eficaces que resulten en un caso concreto, acaban por expropiar a los más débiles la tutela de sus intereses, lo que resulta de ello es, acaso, una garantía para los más vulnerables, pero sin los más vulnerables. Y ese tipo de garantía, tecnicada, desprovista de la pasión que originan la indignación frente a la injusticia y el reclamo de un derecho, puede tal vez producir un episodio constitucional, pero en ningún caso un movimiento constitucional. La diferencia es crucial. Lo primero es un hecho anecdótico, de efectos limitados y fácilmente revocable por el propio poder. Un movimiento constitucional, en cambio, comporta un auténtico espacio de resistencia y reconstrucción, un contrapoder prolongable a lo largo del tiempo que convierte a los propios sectores vulnerables en defensores últimos de sus necesidades y con ellas, de las de todos.

De ahí la importancia del derecho de las personas a participar en la creación y control de las garantías del derecho a una vivienda adecuada. Esto es, como sostiene el art. 12 del PCIDV, el derecho de todas las persona a participar de manera plena y democrática en todas las decisiones que afecten las políticas nacionales o locales relativas a la vivienda, incluso aquéllas de diseño, desarrollo, renovación o mejora de vecindarios y de gestión. Lo cual supone, en último término, la posibilidad de ejercer control sobre la propia vivienda, pública o privada, así como el derecho de asociarse para la promoción y protección de intereses comunes, sean estos políticos, económicos, sociales o culturales⁴².

281

El carácter crucial de esta participación en la garantía final del derecho es un argumento adicional y definitivo a favor de la seguridad jurídica en la tenencia. Vivir sin seguridad, en un status incierto, supone en esencia que las personas no tienen control último sobre sus vivienda. Ello explica que las personas, grupos y familias expuestos a esa situación se muestren con frecuencia reticentes a introducir mejoras en sus hogares por miedo a que éstos les sean destruidos o simplemente arrebatados como consecuencia de un desalojo. La falta de seguridad en la tenencia, en definitiva, refuerza la exclusión social y la pobreza y desalienta la participación.

De hecho, uno de los prejuicios más graves y extendidos en un contexto generalizado de falta de vivienda, es el que estigmatiza a los ocupantes precarios (que viven en una propiedad sin un título legal para ello) como delinquentes, como parásitos sociales que no demuestran interés

42. Vid. art. 12 PCIDV, párr. 2 y 3.

en el trabajo. A resultas de ello, en muchos países son criminalizados por las leyes penales y, en la práctica, arrestados, perseguidos, golpeados y en ocasiones incluso asesinados.

Tratar a los ocupantes de tierras o viviendas abandonadas como delincuentes es un acto de necedad y de arbitrariedad frente a una realidad caracterizada por una distribución abiertamente desigual de estos recursos. Las personas sin tierra y sin hogar son parte importante de la economía de sus países y en algunos sitios comprenden cientos de miles de campesinos, indígenas, inmigrantes, jóvenes, e incluso a empleados públicos y privados. Allí donde los mecanismos institucionales permanecen bloqueados o no son capaces de reaccionar frente a fenómenos como la especulación inmobiliaria o la concentración de tierras su actuación constituye un instrumento importante para devolver a la propiedad un uso social y productivo y para hacer visible actuaciones públicas o privadas que de otro modo permanecerían impunes.

La criminalización y la utilización del derecho penal para resolver este tipo de casos sólo multiplica y agrava los problemas. El establecimiento de mecanismos de diálogo entre los potenciales afectados y las instituciones, o la provisión de seguridad en la tenencia promueve en cambio efectos opuestos. El reconocimiento legal de poblaciones enteras no es el menor. Tampoco la concesión a los grupos afectados de un clima de certidumbre que les permite participar e involucrarse en el cuidado y mejora de sus viviendas, de sus barrios y del entorno en general. En realidad, estas acciones de autotutela del derecho a la vivienda aumentan la legitimidad de las políticas públicas en la materia, disminuyen las posibilidades de corrupción, al evitar intermediaciones gubernamentales “de favor”, y permiten recoger información de campo que las autoridades no tendrían de otro modo a su disposición.

Sobran evidencias, en ese sentido, de que en un contexto pacífico florecen actividades comunitarias de autoempleo, educación, e incluso formas de vida cultural alternativas y enriquecedoras. La seguridad jurídica en la tenencia y la participación de los propios afectados en la construcción de la misma se convierte, así, en piedra de toque de la autotutela del derecho a una vivienda adecuada: un medio no costoso, realista y solidario de tomarse en serio el derecho en cuestión.