

EL DERECHO A UNA VIVIENDA ADECUADA



Nicolás Espejo Yaksic

Profesor de la Universidad Adolfo Ibáñez y de la Universidad Central de Chile. Consultor de UNICEF. Socio Fundador de la Corporación Interés Público (www.ipublico.cl). Abogado, Master of Studies in International Human Rights Law (Oxford), Doctor of Philosophy in Law (Warwick).

1. Los Derechos Sociales y el Estado Democrático y Constitucional de Derecho.

En un Estado Democrático y Constitucional de Derecho, el pleno goce y ejercicio de los derechos sólo se logra por medio de un complejo entramado de garantías, tanto políticas como jurisdiccionales, destinadas a actualizar los imperativos de igualdad social que ahora resultan representadas también, por la noción de derechos sociales. Así, y en primer término, es necesario garantizar la provisión de partidas presupuestarias adecuadas, que – en la lógica de la división de poderes de la democracia republicana y representativa – se centra en la discusión y aprobación pública de las leyes de presupuesto (garantías primarias).

La existencia de partidas presupuestarias adecuadas constituye una demostración de la seriedad con la que los poderes políticos toman la implementación de sus obligaciones en materia de salud, educación, vivienda y otros. Sin embargo, tales garantías políticas o primarias deben ser debidamente complementadas por garantías jurisdiccionales, las que otorgan a los titulares de derechos la capacidad de someter denuncias de incumplimiento de las obligaciones emanadas de esos derechos ante un poder independiente de los sujetos –públicos o privados – obligados y, dado el caso, confieren competencia a ese poder independiente para forzar el cumplimiento y establecer reparaciones o sanciones (Ferrajoli, 1999; Pisarello, 2007).

Se trataría, en otras palabras, de complementar las garantías políticas o primarias con garantías jurisdiccionales o secundarias, es decir, con garantías que sólo entran en juego cuando los poderes encargados de concretar e implementar derechos incumplen con su obligación, lo que implica, a su vez, que las garantías políticas han fallado.¹ Siguiendo la lógica contractual, podría decirse que la solución de controversias vinculadas con alegados incumplimientos se inicia con el diálogo entre los contratantes, y –dado el carácter contencioso, los costos y el tiempo que puede insumir este recurso – sólo cuando queda claro que no hay solución posible por otra vía se

acude al litigio judicial.²

De esta forma, bajo la estructura del Estado Constitucional y Democrático de Derecho, los *derechos* no se reducen a mandatos políticos o, con suerte, normas de efecto indirecto, cuya exigibilidad jurisdiccional resulta supeditada a una previa interposición legislativa y administrativa (Pisarello, 2003). En dicho Estado los derechos pasan a tomar la estructura y contenido de los derechos fundamentales; es decir, se consideran como posiciones tan importantes que su otorgamiento o no otorgamiento no puede quedar (exclusivamente) en manos de la simple mayoría parlamentaria (Alexy, 2007). A su vez, las *garantías* no se confunden con la estructura de los derechos, sino que se vinculan estrechamente a la efectividad o concreción fáctica de la promesa normativa que se encuentra en esos derechos. Esta efectividad supone a) el reconocimiento y consagración positiva del derecho, b) la configuración de los requisitos que deben cumplirse para que tal derecho pueda ser afectado dentro del orden constitucional (Ej. contenido esencial, reserva legal, etc.) y, una vez satisfechos estos supuestos, c) los específicos mecanismos de defensa en caso de trasgresión (recursos y acciones procesales de naturaleza política, administrativa y judicial) (Aldunate, 2008).

Consecuentemente, señalar que los derechos sociales como la vivienda, la salud, la educación, el agua, la alimentación adecuada y otros son *derechos fundamentales*, se refiere a que tales derechos pueden, en caso de fallar las garantías primarias de protección, ser objeto de protección judicial ante un tribunal administrativo y/o judicial (es decir, que son justiciables). Pero al decir que derechos sociales son justiciables, con ello podríamos querer decir a) que a las cortes les está permitido interpretar extensivamente tales derechos, creando nuevos derechos no previstos expresamente por la Constitución; b) que las cortes se encuentran facultadas sólo para otorgar protección judicial a nivel del contenido mínimo o esencial de un derecho social o; c) que, requeridas por un demandante, las cortes sólo deben declarar la violación de un derecho social y, acto seguido, reenviar el asunto bajo debate al órgano político correspondiente para que este último –y no el tribunal– adopte las medidas que corresponda en la especie.³

Como he señalado (Espejo 2010), una estrategia de

¹ De lo cual no ha de seguirse una tesis particularmente intensa o excesivamente protagónica para las cortes en materia de justiciabilidad de derechos sociales. Esto es importante remarcarlo, toda vez que la preocupación tradicional sobre la capacidad de los tribunales de justicia de hacer justiciables los derechos sociales suele asumir que la única forma de hacerlo es por medio de maneras intensas o fuertes de revisión judicial.

² Para la utilización de la metáfora del contrato social y sus implicancias para las condiciones de la cohesión social contemporánea, ver Courtis y Espejo (2007).

³ Sobre este último caso considérese, por ejemplo, el efecto que tiene el principio *pro personae* para la determinación del ejercicio de interpretación que debiera desarrollar un juez, una vez requerida su intervención. Ver Convención Americana Sobre Derechos Humanos, Artículo 29 (Normas de Interpretación).

defensa a favor de la justiciabilidad de los derechos sociales- debiera evitar invisibilizar lo que ocurre cuando los jueces constitucionales intervienen revocando la legislación o declarando un acto u omisión como inconstitucional. Por cierto, de lo anterior no ha de seguirse que carezcamos de razones prácticas para asumir dicho costo. Lo anterior podrá ocurrir, por ejemplo, cuando consideremos que cierta pérdida democrática es justificable con el objeto de la protección de los derechos y siempre y cuando tal costo pueda ser debidamente minimizado.⁴ Sin embargo, incluso cuando aceptemos dicha pérdida democrática no debiéramos perder de vista que una democracia constitucional, “tutelada por jueces”, puede ser una solución práctica para proveer de legitimidad a un sistema de gobierno imperfectamente democrático. Pero el riesgo de esa solución es que pueda conducir a consolidar y acrecentar un recelo hacia la democracia y una relativización del valor del proceso democrático como auto-gobierno (Ahumada, 2009).

En consecuencia, un modelo de justiciabilidad de los derechos sociales (incluido el derecho a la vivienda adecuada) debiera ser compatible con el logro o maximización de dos valores fundamentales: 1) los compromisos normativos de un estado social y democrático de derecho (que incluyen la debida protección de los derechos sociales) y; 2) con la necesaria deferencia al poder político al interior de una república democrática. Mark Tushnet ha captado esta cuestión de forma impecable al sugerir que la preocupación tradicional sobre la capacidad de los tribunales de justicia de hacer justiciables los derechos sociales suele asumir que la única forma de hacerlo es por medio de maneras intensas o fuertes de revisión judicial (*strong adjudication*). En un modelo de revisión judicial fuerte las interpretaciones judiciales de la Constitución resultan finales e irrevisables por parte de las mayorías legislativas ordinarias. Pero lo cierto es que tal presunción de intervención judicial fuerte desconoce la posibilidad de otras formas, más atenuadas o deferentes de intervención judicial (*weak adjudication*). En modelo de revisión judicial débil, en tanto, se busca promover un diálogo en tiempo real entre las cortes y el legislador, proveyendo mecanismos para que el pueblo responda a las decisiones que consideran razonablemente equivocadas y que pueden ser desplegados de manera más rápida que las reformas constitucionales o la designación de jueces (Tushnet, 2008).

La distinción formulada por Tushnet genera una gran ventaja. Al distinguir entre formas débiles y fuertes de revisión judicial, es posible advertir la posibilidad de concebir la intervención judicial en materia de derechos

⁴ Una línea de argumentación en este sentido se encuentra en Raz (1998), para quien la posibilidad de argumentar nuestro caso frente a un tribunal imparcial podría dar mejores garantías del respeto de nuestros derechos, que hacerlo frente a una multitud en una democracia participativa.



sociales -y de cualquier otro derecho- de un modo que las pérdidas en el ideal del auto-gobierno se reduzcan lo más posible. Así, por ejemplo, en base a un modelo de adjudicación de derechos más deferente, quedarían excluidas aquellas interpretaciones constitucionales en las que los jueces constitucionales entienden que son ellos los que retienen la **última palabra** en materia de interpretación constitucional,⁵ no distinguiendo debidamente entre: a) la posibilidad que los jueces participen de la lectura colectiva de la constitución, por vía de las herramientas y procedimientos propios del derecho

⁵ Es el caso de algunas sentencias de la Corte Suprema de los Estados Unidos de America, *Cooper v. Aaron*, 358 U.S. 1, 18 (1958); *Baker v. Carr*, 369 U.S. 186 (1962); *United States v. Nixon*, 418 U.S. 683 (1974).



constitucional (“revisión judicial”) y; b) la idea que los jueces representen la última instancia para la solución de los conflictos constitucionales que pudieran emerger (“supremacía constitucional”).⁶

Por otra parte, la distinción de Tushnet permite concebir las ideas de revisión judicial (y adjudicación de los derechos sociales) como una herramienta de control particularmente *deferente* con la legislación. Si es que el

ideal del auto-gobierno realmente importa, entonces los jueces debieran operar en base a un ideal de “auto-restricción”, evitando el control de decisiones propiamente políticas o prudenciales adoptadas por los órganos de representación popular (Parker, 1994). De lo que se sigue que la revisión judicial no debiera ser entendida como un mecanismo para desplazar la voluntad popular, reemplazando el juicio de los cuerpos políticos por el de la Corte. En cambio, la revisión judicial solo se justificaría en la medida que ella se ancle en el escrutinio estricto de la existencia de razones por parte de la autoridad y su compatibilidad con el contenido básico de los derechos reconocidos por el sistema constitucional.

En otras palabras, lo que está en juego no es que estemos dispuestos a permitir un control extra-político sobre las

⁶ Como indica Kramer, la idea de la supremacía constitucional se fue instalando progresivamente en la teoría y el discurso constitucional de los Estados Unidos de América, permitiendo que la Corte Suprema desarrollara una posición de supremacía interpretativa plena de la Constitución, ya no sólo respecto de los derechos constitucionales sino de cualquier aspecto constitucional..

decisiones mayoritarias, razones puede haber muchas y, como he sugerido, el respeto a los derechos fundamentales es una de ellas.⁷ Lo que interesa relevar es cómo la labor de protección judicial de los derechos fundamentales en general y de los derechos sociales en particular, debiera evitar formas intensas de intervención judicial, normalmente fundadas en una suerte de *esencialismo* del discurso de los derechos fundamentales, incapaz de advertir no sólo las potencialidades de la intervención judicial, sino también, sus límites como herramienta de cambio estructural.⁸ Bajo esta perspectiva, el modelo de justiciabilidad de derechos sociales debiera ser visto como una forma de intervención *no ideal*, pero *necesaria*, particularmente en contextos de bloqueo institucional o político –como los de gran parte de las democracias Latinoamericanas– y que impiden la mínima realización de los derechos de parte importante de la población.⁹

2. La Consagración del Derecho a la Vivienda Adecuada en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

El derecho a una vivienda constituye un derecho social fundamental que protege el interés que tiene toda de persona a vivir en seguridad, paz y dignidad en alguna parte.¹⁰ Como tal, el derecho a la vivienda es reconocido por la *Declaración Universal de Derechos Humanos* señala en su artículo 25, numeral 1º que “toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstan-

7 Esta razón debe ser debidamente distinguida del hecho que las cortes, en la especie, hayan permitido maximizar o no el respeto de los derechos fundamentales.

8 Para algunos estudios en este sentido y desarrollados en Latinoamérica ver Uprimny (2008), Puga (2008), Cels (2008), Abramovich et. al (2009).

9 Por “bloqueo institucional o político” entiendo aquellos arreglos constitucionales en los sistemas políticos Latinoamericanos, caracterizados por una particular hostilidad hacia las prácticas mayoritarias y por una reforzada protección de la propiedad privada. Ver Gargarella (s/d) y Lovera (2009).

10 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General N° 4, “El derecho a una vivienda adecuada (párrafo 1 del artículo 11 del Pacto)”, párr 7. Una definición similar es aquella dada en los trabajos de la Campaña Nacional India de Promoción de los Derechos en materia de Vivienda, la Coalición Internacional Hábitat y el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. .

cias independientes de su voluntad.”¹¹ Por su parte, el *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC)*, señala en su artículo 11, numeral 1º que “los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia. Los Estados Partes tomarán medidas apropiadas para asegurar la efectividad de este derecho, reconociendo a este efecto la importancia esencial de la cooperación internacional fundada en el libre consentimiento.”¹²

El derecho a una vivienda adecuada también se reconoce en otros instrumentos internacionales centrados en la necesidad de proteger los derechos de determinados grupos. Algunos ejemplos de lo anterior lo constituyen el apartado h del párrafo 2 del artículo 14 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (1979), el párrafo 1 del artículo 16 y el párrafo 3 del artículo 27 de la Convención sobre los Derechos del Niño (1989) y el artículo 21 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados (1951), entre otros.

Finalmente, una serie de declaraciones y recomendaciones internacionales contienen diversas referencias y disposiciones relativas a los derechos a la vivienda. Entre otras, la Declaración de los Derechos del Niño (1959, principio 4), la Recomendación N° 115 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), sobre la vivienda de los trabajadores (1961, sec. II, párr. 2; sec. III, párr. 8.2 b); sec. VI, párr. 19; y Sugerencias acerca de los métodos de aplicación, sec. I, párr. 5); la Declaración sobre el Progreso y el Desarrollo en lo Social (1969, parte II, art. 10); la Declaración de los Derechos de los Impedidos (1975, art. 9); la Declaración de Vancouver sobre los asentamientos humanos (1976, sec. III.8 y cap. II.A3) y la Declaración de la UNESCO sobre la raza y los prejuicios raciales (1978, art. 9.2); entre otros.

3. El contenido normativo del derecho a una vivienda adecuada.

La incapacidad de los mercados formales de vivienda de brindar soluciones habitacionales a una población

11 Artículo 25° de la Declaración Universal de Derechos Humanos, adoptada y proclamada por la Asamblea General en su resolución 217 A (III), de 10 de Diciembre de 1948.

12 Artículo 11° del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), adaptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de Diciembre de 1966 y cuya entrada en vigor se hizo efectiva el 3 de Enero de 1976.

urbana cada vez más numerosa, ha llevado a 128 millones de personas a vivir en los barrios marginales de América Latina. Menos del 25% de todas las viviendas de la región se financian a través de mecanismos formales, y las hipotecas todavía representan una pequeña fracción del crédito total (Abbas, 2010). La mayoría de la población rara vez paga impuestos a la propiedad, le resulta difícil cumplir con las normas y regulaciones existentes en las nuevas ocupaciones de suelo y depende de arreglos informales para acceder al suelo y los servicios y para, gradualmente, construir sus casas. En este contexto de un crecimiento de la pobreza urbana, organismos públicos débiles e instituciones financieras inaccesibles, el acceso al suelo se convierte en un sustituto del acceso a la vivienda. Más de dos terceras partes de las nuevas viviendas están siendo construidas fuera del mercado formal de la vivienda y los agentes privados, en mercados de subsidios inadecuados, no tienen ni la capacidad ni el deseo de tratar con familias de bajos recursos puesto que las mismas no constituyen un mercado de vivienda viable (Lincoln Institute, 2002).

De esta forma, el problema de vivienda en la región involucra tanto un déficit cuantitativo (viviendas que se necesita construir para dar refugio a quienes carecen de alojamiento) como cualitativo (aquellas unidades existentes que presentan diversas carencias: servicios, materialidad precaria o inseguridad en la tenencia, entre otros). Por lo mismo, el derecho a la vivienda no debe interpretarse en un sentido restrictivo que lo equipare, tal y como lo ha señalado el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas (DESC), con el cobijo que resulta del mero hecho de tener un tejado por encima de la cabeza o lo considere exclusivamente como una comodidad.¹³ En cuanto derecho humano, el derecho a la vivienda adecuada se sujeta al principio general de interpretación integradora y *pro personae*. En virtud de este principio general, debe siempre escogerse aquella interpretación más favorable a la persona humana (Pinto, 1997). Más específicamente, para el caso de una interpretación judicial del derecho a la vivienda el intérprete debiera proceder del siguiente modo: a) identificando el derecho a la vivienda adecuada en el texto constitucional respectivo, b) comparando los diversos textos que consagran el derecho a la vivienda; c) integrando interpretativamente los aspectos más favorables a la persona humana contenidos en esos diversos textos (Courtis, 2005). A su vez, en virtud de los Principios de *Universalidad e Indivisibilidad* de todos los derechos humanos, el derecho a la vivienda adecuada no debe ser considerado aisladamente, sino que su interpre-

tación y aplicación debe resultar congruente con el respeto, garantía y satisfacción de otros derechos humanos. **Una vivienda digna resulta fundamental para la supervivencia y para llevar una vida decente, en paz y con seguridad. Se trata de un derecho compuesto, cuya violación hace peligrar el derecho a un empleo (que se torna difícil de asegurar y mantener), que afecta el derecho a la salud física y mental, dificulta el derecho a la educación y menoscaba el derecho a la integridad física, a elegir residencia, a la privacidad, o a la vida familiar. Un techo inadecuado e inseguro amenaza la calidad de vida de los individuos, atentando directamente contra su salud física y mental. En otras palabras, la violación del derecho a la vivienda niega la posibilidad de una vida digna.**¹⁴ Incluso se advierten otras vinculaciones tales 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 en algunos casos al goce pacífico de las propias posesiones. Es decir, el derecho a una vivienda adecuada involucra cuestiones elementales vinculadas al igual respeto y consideración de las personas e incluso a su propia supervivencia (Ver Kothari 2003).

Es precisamente en virtud de las consideraciones anteriores que la expresión adecuada, no debe ser entendida en un sentido restrictivo o mínimo. Por ello el Comité DESC indica en su Observación General N° 4, que “el ‘concepto de adecuación’ es particularmente significativo en relación con el derecho a la vivienda, puesto que sirve para subrayar una serie de factores que hay que tener en cuenta al determinar si ciertas formas de vivienda se puede considerar que constituyen una vivienda adecuada a los efectos del Pacto.” (Kothari, 2003) A la luz de tal consideración, el Comité identifica en la misma Observación General 4°, ciertos aspectos o contenidos normativos fundamentales del derecho a la vivienda adecuada:¹⁵

a) Seguridad jurídica de la tenencia. La tenencia adopta una variedad de formas, como el alquiler (público y privado), la vivienda en cooperativa, el arriendo, la ocupación por el propietario, la vivienda de emergencia y los asentamientos informales, incluida la ocupación de tierra o propiedad. Sea cual fuere el tipo de tenencia, todas las personas deben gozar de cierto grado de seguridad de tenen-

¹³ Comité DESC, Observación General 4°: El derecho a una vivienda adecuada (párrafo 1 del artículo 11 del Pacto), Párr. 7.

¹⁴ “En Profundidad, El Derecho a Una Vivienda Adecuada”, en <http://www.choike.org/nuevo/informes/1119.html>, visitada el 21 de marzo de 2008.

¹⁵ Estos elementos normativos se citan textualmente de la Observación General N° 4, Párrafo 8.

cia que les garantice una protección legal contra el desahucio, el hostigamiento u otras amenazas. Por consiguiente, los Estados Partes deben adoptar inmediatamente medidas destinadas a conferir seguridad legal de tenencia a las personas y los hogares que en la actualidad carezcan de esa protección consultando verdaderamente a las personas y grupos afectados.

El derecho a la tierra está inextricablemente unido al derecho a una vivienda adecuada. Teniendo en cuenta que, de acuerdo a datos del BID, América Latina tiene una de las tasas de urbanización más altas del mundo y se prevé que para 2020 el porcentaje de su población que habitará en zonas urbanas superará el de los países desarrollados, convirtiéndose en la región urbanizada con casi el 80% de sus 600 millones de habitantes viviendo en ciudades, garantizar la seguridad jurídica de la tenencia de dichas viviendas será fundamental. Lo anterior se vuelve más agudo aún, cuando se toma en cuenta el hecho de que en muchos casos, la vivienda que habiten grandes grupos de la población se constituirá en torno a campamentos, asentamientos irregulares y zonas habitadas por población desplazada.¹⁶ A lo anterior ha de sumarse una particular consideración por la inseguridad en la tenencia de la vivienda respecto de grupos especialmente vulnerables, tales como los niños, las minorías sexuales y las mujeres, toda vez que la realización del derecho a una vivienda adecuada está generalmente supeditada al derecho a tener acceso a la tierra, poseerla, administrarla y heredarla. Lo mismo puede ser advertido respecto de los pueblos indígenas, sujetos a regímenes legales generalmente indiferentes a la demarcación de sus tierras y a la generación de estatutos de protección a la tenencia y dominio pleno de los lugares que habitan (Nash, 2009).

b) Disponibilidad de servicios, materiales, facilidades e infraestructura. Una vivienda adecuada debe contener ciertos servicios indispensables para la salud, la seguridad, la comodidad y la nutrición. Todos los beneficiarios del derecho a una vivienda adecuada deberían tener acceso permanente a recursos naturales y comunes, a agua potable, a energía para la cocina, la calefacción y el alumbrado, a instalaciones sanitarias y de aseo, de almacenamiento de alimentos, de eliminación de desechos, de drenaje y a servicios de emergencia.

Como es fácil de advertir, varios de los elementos referidos a la disponibilidad de servicios, materiales, facilidades e infraestructura de la vivienda adecuada se relacionan con

el contenido normativo de otros derechos sociales, particularmente el derecho a una alimentación adecuada, el derecho al agua y el derecho a la salud, todos consagrados por el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. En muchos casos, la satisfacción del cumplimiento de dichos derechos resultará supeditado a las fuertes exigencias que la privatización de servicios básicos puede imponer a quienes son usuarios de dichos servicios. Por ello, es necesario que sin perjuicio de proceder a la externalización de los costos asociados a la satisfacción directa de bienes públicos como agua, electricidad o salud, los Estados velen porque quienes se encuentran en una situación de desventaja social puedan hacer uso de dichos servicios y condiciones en un pie de igualdad. "(...) Los gobiernos tienen la responsabilidad de realizar intervenciones dirigidas a grupos específicos a fin de asegurar el acceso universal a los servicios públicos sobre una base justa y equitativa; este es un elemento fundamental para la realización del derecho a una vivienda adecuada. Al participar en las negociaciones comerciales que se están celebrando en la OMC, los Estados no deberían olvidar su responsabilidad de velar por que sus políticas sean compatibles con sus obligaciones a tenor de los instrumentos internacionales de derechos humanos." (Kothari 2001).

c) Gastos soportables. Los gastos personales o del hogar que entraña la vivienda deberían ser de un nivel que no impidiera ni comprometiera el logro y la satisfacción de otras necesidades básicas. Los Estados Partes deberían adoptar medidas para garantizar que el porcentaje de los gastos de vivienda sean, en general, conmensurados con los niveles de ingreso. Los Estados Partes deberían crear subsidios de vivienda para los que no pueden costearse una vivienda, así como formas y niveles de financiación que correspondan adecuadamente a las necesidades de vivienda. De conformidad con el principio de la posibilidad de costear la vivienda, se debería proteger por medios adecuados a los inquilinos contra niveles o aumentos desproporcionados de los alquileres. En las sociedades en que los materiales naturales constituyen las principales fuentes de material de construcción de vivienda, los Estados Partes deberían adoptar medidas para garantizar la disponibilidad de esos materiales.

Los costos de los préstamos para la vivienda pueden transformarse en una carga imposible de sobrellevar cuando las unidades de cobro de las deudas implican un constante aumento de la deuda –y por consiguiente del precio– de la vivienda. En ocasiones, la creación de unidades de cobros especiales ha significado que aquellas personas que habían adquirido viviendas en virtud de planes sociales no están en condiciones de seguir sol-

¹⁶ Según COHRE (2006), en América Latina la tenencia informal es común y representa aproximadamente un tercio de la tenencia de viviendas, entre el 30% y 80%.

ventando las deudas. En la medida en que las deudas quedan entregadas a la banca privada, se tiende a considerar que el Estado no tiene responsabilidad alguna en la situación que afecta a los deudores y que arriesgan la pérdida de su techo por falta de pago.¹⁷ Ello afectará de manera significativa en mujeres jefas de hogar, cuyas remuneraciones son más bajas que la de los hombres y cuyas condiciones y precariedad en el empleo están en desventaja respecto de los varones. A su vez, el denominado proceso de *aburguesamiento* de zonas urbanas deprimidas, que va acompañado de un aumento del valor de la propiedad y de los alquileres, hace que familias de bajos ingresos vivan en condiciones precarias e incluso que se queden sin vivienda (Kothari 2005, Rodríguez y Sugranyes, 2005). Este panorama de la vivienda plantea cuestiones fundamentales sobre los impactos del libre mercado y la globalización de la economía sobre la vivienda y que el sistema jurídico no puede obviar. Además, la creciente tendencia a la privatización de los servicios y del mercado de la vivienda también provoca por lo general la especulación de los terrenos, la comercialización de la vivienda como un producto más, la aplicación de tasas por la utilización de ciertos servicios, como agua, saneamiento y electricidad, y la revocación o enmienda de las leyes sobre control de alquileres o precios máximos de la tierra; el resultado ha sido una marginación cada vez mayor de los indigentes." (Kothari 2001).

d) Habitabilidad. Una vivienda adecuada debe ser habitable, en sentido de poder ofrecer espacio adecuado a sus ocupantes y de protegerlos del frío, la humedad, el calor, la lluvia, el viento u otras amenazas para la salud, de riesgos estructurales y de vectores de enfermedad. Debe garantizar también la seguridad física de los ocupantes. El Comité exhorta a los Estados Partes a que apliquen ampliamente los Principios de Higiene de la Vivienda preparados por la OMS, que consideran la vivienda como el factor ambiental que con más frecuencia está relacionado con las condiciones que favorecen las enfermedades en los análisis epidemiológicos; dicho de otro modo, que una vivienda y unas condiciones de vida inadecuadas y deficientes se asocian invariablemente a tasas de mortalidad y morbilidad más elevadas.

En el año 1990 de un déficit total de 38 millones de viviendas en la región, 46% correspondía al déficit cuantitativo y 54% al déficit cualitativo; en el año 2000 el déficit total aumenta a 52 millones de viviendas de las cuales un 39% corresponde al déficit cuantitativo y un 61% al déficit cualitativo. Los dos principales problemas que afectan a los hogares son: falta de saneamiento adecuado (24%) e inseguridad en la tenencia (23%); la carencia menos generalizada es la falta de vivienda, que sólo corresponde a un 15% de los hogares (Saborido, 2006). Si las condiciones de la vivienda provocan problemas en la salud de los miembros de la familia, normalmente serán las mujeres quienes tendrán que soportar la carga de las falencias de una vivienda digna: la falta de agua potable, redes de alcantarillado, servicios de salud y escuelas para los niños son cuestiones que tienen una significación especial. Si los niños enferman por diarreas constantes por la falta de agua potable o redes de alcantarillado, o no tienen acceso servicios de salud cercanos a los lugares que habitan, es muy probable que las mujeres a su cargo deban desplegar el doble de esfuerzos en sus labores reproductivas, en desmedro de su capacidad productiva.

e) Asequibilidad. La vivienda adecuada debe ser asequible a los que tengan derecho. Debe concederse a los grupos en situación de desventaja un acceso pleno y sostenible a los recursos adecuados para conseguir una vivienda. Debería garantizarse cierto grado de consideración prioritaria en la esfera de la vivienda a los grupos desfavorecidos como las personas de edad, los niños, los incapacitados físicos, los enfermos terminales, los individuos VIH positivos, las personas con problemas médicos persistentes, los enfermos mentales, las víctimas de desastres naturales, las personas que viven en zonas en que suelen producirse desastres, y otros grupos de personas. Tanto las disposiciones como la política en materia de vivienda deben tener plenamente en cuenta las necesidades especiales de esos grupos. En muchos Estados Partes, el mayor acceso a la tierra por sectores desprovistos de tierra o empobrecidos de la sociedad, debería ser el centro del objetivo de la política. Los Estados deben asumir obligaciones apreciables destinadas a apoyar el derecho de todos a un lugar seguro para vivir en paz y dignidad, incluido el acceso a la tierra como derecho.

En virtud del principio de no discriminación consagrado en los derechos humanos se considera a todas las personas como titulares de derechos, incluidas las personas con discapacidad. La vivienda no sólo debe ser accesible física y económicamente a las personas con discapacidad, sino que éstas deben disfrutar también de una participación efectiva en la vida de la comunidad en que

¹⁷ Un ejemplo crítico de esta situación es el representado por las demandas de grupos de deudores habitacionales con el sector privado. En Chile, la Agrupación Nacional de Derechos Habitacionales Andha Chile a Luchar busca relevar diversas dimensiones problemáticas de los deudores habitacionales y que suelen ser desatendidas por el Estado, en razón de corresponder a deudas contraídas con el sector privado. Ver, <http://www.aluchar.es.tl/Inicio.htm>

viven (Kothari, 2003). En el caso de las mujeres, la desigualdad en el acceso y la tenencia a la tierra no sólo obedece a cambios económicos estructurales, sino también culturales y jurídicos en que niegan o limitan el derecho de las mujeres el acceso a la herencia, a la adquisición de préstamos de parte de instituciones públicas o privadas o el establecimiento de requisitos que implican una desventaja para este grupo (Kothari 2001).

De la misma manera, si la capacidad jurídica de la mujer está limitada por su estado civil, requerirá de la anuencia del cónyuge o pareja para celebrar contratos, o se convertirá en una barrera para ejercer derechos frente a terceros sobre su vivienda. Ello resulta particularmente relevante cuando los programas habitacionales diseñados por el Estado están infiltrados por estereotipos. Se suelen otorgar subsidios habitacionales, entregas de tierra o regularización de títulos al cabeza de hogar, o “al jefe de familia”, lo que tiende a entenderse al hombre¹⁸. En el caso de Chile, por ejemplo, los planes de regularización de predios rurales han significado que las mujeres obtienen regularización de títulos predios más pequeños que los hombres.¹⁹

Debe entenderse que el acceso a una vivienda adecuada, en el contexto de la noción de asequibilidad, integra existencia de medidas temporales o permanentes para todos aquellos grupos más vulnerables. Así por ejemplo, el alojamiento temporal a través de casas de refugio para mujeres que experimentan violencia doméstica, o condiciones carcelarias adecuadas para aquellas personas privadas de libertad (Kothari 2005).

f) Lugar. *La vivienda adecuada debe encontrarse en un lugar que permita el acceso a las opciones de empleo, los servicios de atención de la salud, centros de atención para niños, escuelas y otros servicios sociales. Esto es particularmente cierto en ciudades grandes y zonas rurales donde los costos temporales y financieros para llegar a los lugares de trabajo y volver de ellos puede imponer exigencias excesivas en los presupuestos de las familias pobres. De manera semejante, la vivienda no debe construirse en lugares contaminados ni en la proximidad inmediata de fuentes de contaminación que amenazan el derecho a la salud de los habitantes.*

El desarrollo de asentamientos urbanos, y especialmente

el desarrollo de planes habitacionales sociales, deben estar precedidos, en lo posible, por una evaluación de las posibles fuentes de contaminación, las condiciones climáticas o geográficas que permitan que las viviendas allí construidas sean seguras. En muchas ocasiones, los planes de vivienda social se ubican en zonas periféricas de las ciudades sin infraestructura social básica, sin acceso a los empleos, o red de transporte urbano con lo cual no logran cumplir los objetivos de aliviar las condiciones de vida de los sectores sociales más vulnerables. El costo del suelo tiende a que las viviendas de personas de menos ingresos se encuentren en áreas geográficamente accidentadas, que estén más expuestas a las catástrofes naturales. Si bien ellas no son situaciones imputables al Estado, los efectos en algunos asentamientos humanos pueden serlo en la medida en que no se hayan realizado los controles administrativos que permitan morigerar o evitar los efectos de estos desastres.

g) Adecuación cultural. *La manera en que se construye la vivienda, los materiales de construcción utilizados y las políticas en que se apoyan deben permitir adecuadamente la expresión de la identidad cultural y la diversidad de la vivienda. Las actividades vinculadas al desarrollo o la modernización en la esfera de la vivienda deben velar por que no se sacrifiquen las dimensiones culturales de la vivienda y por que se aseguren, entre otros, los servicios tecnológicos modernos. La cuestión de la adecuación cultural de la vivienda resulta fundamental para respetar la diversidad de sociedades complejas. Lo anterior implica una particular preocupación por respetar las formas de vida, tradiciones y prácticas habitacionales de minorías etno-culturales, como los pueblos indígenas, a la hora de diseñar e implementar las políticas de vivienda a nivel local, regional y nacional.*

4. Obligaciones generales vinculadas al derecho a la vivienda adecuada.

Un derecho social puede considerarse vulnerado cuando su negación es producto de un acto de abuso de poder, pudiendo provenir tanto de omisiones como de acciones, por parte del Estado o de agentes privados. Tratándose específicamente del Derecho a una Vivienda Adecuada, la obligación del Estado radica en procurar por todos los medios posibles, que todos tengan acceso a recursos habitacionales adecuados para su salud, bienestar y seguridad. Lo anterior no significa 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.

¹⁸ Véase por ejemplo, *Observaciones Finales CEDAW: República Dominicana*, 14/05/98/, A./53/38, párs. 332 y 343.

¹⁹ El Ministerio de Bienes Nacionales de Chile implementó en 1992 un programa de regularización de títulos de propiedades rurales. En la evaluación realizada en 1996, se constató que un 45,4% de los beneficiados eran mujeres, y el restante hombres, mientras que en el caso de las parcelas, ese porcentaje bajaba a 39,8%. Véase, Zavala (s/f).

Es claro que los Estados no pueden satisfacer de forma inmediata todos los elementos que integran el contenido del derecho, siempre que se procure por una satisfacción progresiva del derecho en un tiempo razonablemente breve, garantizando así, un “umbral mínimo” hasta el máximo de los recursos disponibles, otorgando prioridad a los grupos más vulnerables.

En base a estas consideraciones generales, el Comité de DESC ha consolidado una estructura tripartita de obligaciones de respeto, protección y cumplimiento de los derechos sociales, las que pueden ser entendidas de la siguiente manera:

a. La obligación de *respetar* el derecho a la vivienda adecuada.

En términos generales, la obligación de *respetar* los derechos sociales importa el cumplimiento de una obligación de carácter negativo por parte de cualquier órgano o funcionario del Estado o de una institución de carácter público, consistente en no lesionar directamente los derechos. Conforme a esta obligación, los Estados se comprometen a no dañar los derechos establecidos en su sistema jurídico interno (que incluye las obligaciones internacionales de derechos humanos ratificadas), por ejemplo, a través de la abstención de ejecutar actos públicos que importen la privación de alguno de los derechos sociales. En este sentido, por ejemplo, el Comité DESC ha señalado respecto a los desahucios o desalojos forzados que: “[...] las instancias de desahucios forzados son **prima facie** incompatibles con los requisitos del Pacto y solo podrían justificarse en las circunstancias más excepcionales y de conformidad con los principios pertinentes del derecho internacional”.²⁰

El Comité también ha consignado la obligación de todo estado de intentar disminuir los impactos de desalojos forzados sobre poblaciones vulnerables (mujeres, los niños, los jóvenes, los ancianos, los pueblos indígenas, las minorías étnicas y de otro tipo) y, particularmente,

20 Comité DESC, *Observación general N° 4, El derecho a una vivienda adecuada (párrafo 1 del artículo 11 del Pacto)*, E/1991/23, 13 de diciembre de 1991, Párr. 18. El término “desahucio o desalojo forzoso” se define como el hecho de hacer salir a personas, familias y/o comunidades de los hogares y/o las tierras que ocupan, en forma permanente o provisional, sin ofrecerles medios apropiados de protección legal o de otra índole ni permitirles su acceso a ellos. Sin embargo, la prohibición de los desalojos forzados no se aplica a los desalojos forzados efectuados legalmente y de acuerdo con las disposiciones del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Comité DESC, *Observación General N° 7, El derecho a una vivienda adecuada (párrafo 1 del artículo 11 del Pacto): los desalojos forzados, en particular, párrafos 3 y 8.*

respecto de aquellos que no dispongan de recursos suficientes, para que se proporcione otra vivienda, reasentamiento o acceso a tierras productivas, según proceda.²¹ Tratándose de mujeres víctimas de desalojos forzados, éstas suelen ser objeto de formas agravadas de vulnerabilidad socioeconómica, aumento de la morbilidad, pérdida de medios de vida e ingresos, aumento de la presión por conseguir trabajo, falta de indemnizaciones, movilidad y acceso al dominio público, desmembración de su pertenencia comunitaria y violencia.²² En el caso de niños, niñas y adolescentes que experimentan desalojos forzados, suele haber afectaciones graves a su dignidad humana, salud física y mental y la calidad de vida general, relacionadas con la pérdida del vínculo con el hogar.²³ A su vez, las comunidades indígenas, las minorías nacionales (como los Romaní) y los propios defensores de derechos humanos suelen resultar particularmente afectados por las prácticas de desalojos forzados y por ello, debe proveerse de medidas especiales de protección a estos grupos.²⁴

b. Obligación de *proteger* el derecho a la vivienda adecuada.

La obligación de proteger los derechos sociales se ordena hacia la realización de todas aquellas acciones positivas por parte del Estado y que tienen por objeto el prevenir el abuso de terceras personas en contra de los derechos de otros particulares. En otras palabras, la obligación de proteger requiere que los Estados adopten medidas legislativas o de otra índole, destinadas a impedir que terceros -particulares, grupos, empresas y otras entidades, así como quienes obren en su nombre- menoscaben en modo alguno el disfrute de un derecho social. En materia de derecho a la vivienda adecuada, esta obligación implicará, por ejemplo, que los Estados pongan a disposición de las personas y grupos bajo su jurisdicción: “a) apelaciones jurídicas destinadas a evitar desahucios planeados o demoliciones mediante la emisión de mandatos de los tribunales; b) procedimientos jurídicos que buscan indemnización después de un desahucio ilegal; c) reclamaciones contra acciones ilegales realizadas o apoyadas por los propietarios (sean públicos o privados) en relación con los niveles de alquiler, mantenimiento de la vivienda y discriminación racial u otras formas de discriminación; d) denuncias de cualquier forma de discriminación en la asignación y disponibilidad de acceso a la vivienda; y e) reclamaciones contra los propietarios

21 *Idem*, Párrs., 10 y 16.

22 *Idem*, párrs. 49-56.

23 *Idem*., párrs. 58-61.

24 *Idem*., Párrs. 62-67.

acerca de condiciones de viviendas insalubres o inadecuadas. En algunos sistemas jurídicos podría ser también adecuado estudiar la posibilidad de facilitar juicios en situaciones que implican niveles de gran aumento de personas sin hogar.”²⁵

Adicionalmente, la obligación de proteger el derecho a la vivienda adecuada resulta particularmente relevante como garantía para intentar disminuir los impactos de los procesos de privatización sobre poblaciones vulnerables. Si bien la mayoría de la población mundial vive en algún tipo de alojamiento, aproximadamente la mitad no goza de todos los derechos necesarios para que esa vivienda pueda considerarse adecuada. **Según las estimaciones de las Naciones Unidas, cerca de 100 millones de personas en todo el mundo no tienen donde vivir y más de 1.000 millones no tienen una vivienda adecuada (Kothari 2005).** Tal escenario carece de una causa única y fácilmente identificable. Con todo, diversos estudios desarrollados en la materia tienden a sugerir que las razones de dicha falta serían diversas y polifacéticas. Entre otras causas, se indica la falta de vivienda asequible, la especulación con la vivienda y las tierras con fines de inversión, la privatización de los servicios comunitarios, la migración del campo a la ciudad sin planificación previa y la destrucción y desplazamientos causados por los conflictos o los desastres naturales (Un Hábitat 2003).

c. Obligación de *cumplir* con el derecho a la vivienda adecuada.

Conforme a esta tercera obligación general, los Estados se comprometen a adoptar medidas apropiadas de carácter legislativo, administrativo, presupuestario, judicial o de otra índole para dar plena efectividad a los derechos sociales.²⁶ Esta obligación, a su vez, se divide en tres obligaciones específicas: 1) Facilitar (que exige que los Estados Partes adopten medidas positivas que permitan y ayuden a los particulares y las comunidades a ejercer los derechos sociales); 2) Promover (que impone al Estado Parte la adopción de medidas para que se difunda información adecuada acerca de los derechos sociales) y; Garantizar (que implica el deber de hacer efectivos los derechos sociales en aquellos casos en que los particulares o los grupos no están en condiciones, por razones ajenas a su voluntad, de ejercer por sí mismos esos derechos con los medios a su disposición).²⁷

En materia de derecho a la vivienda adecuada la obligación de cumplir puede ser traducida de diversas formas. La sub-obligación de *facilitar*, puede satisfacerse, por

ejemplo, garantizando la seguridad en la tenencia por medio de la provisión de títulos de tierra, del aseguramiento de provisiones anti-discriminatorias o del apoyo legal a organizaciones comunitarias. Además puede entrañar prestaciones concretas y medidas redistributivas, tales como reformas tributarias progresivas, oferta pública de viviendas subvencionadas o promoción y apoyo financiero de planes para facilitar el acceso a una vivienda económicamente asequible. La sub-obligación de *promover*, a su turno, puede incluir el deber estatal de informar y dar publicidad a leyes y disposiciones administrativas en materia de vivienda, particularmente a aquellas referidas a la oferta existente, a la situación de viviendas no ocupadas o disponibles para ocupar, a los peligros ambientales próximos a las viviendas, entre otros datos. Mas generalmente, la sub-obligación de *promover* debiera implicar que todos aquellos proyectos (viales, habitacionales, medioambientales, entre otros) que puedan afectar la vivienda de las personas, vayan acompañados de información disponible a las personas y comunidades afectadas, de forma oportuna y completa. Finalmente, la sub-obligación de garantizar, se podrá manifestar de diversas formas y tendrá una directa relación con el principio de progresividad en el cumplimiento de los derechos sociales y su carácter subsidiario.

5. Obligaciones inmediatas vinculadas al derecho a la vivienda adecuada.

Como es bien sabido, los derechos sociales implican el cumplimiento de una serie de obligaciones que permitan a los estados avanzar “progresivamente” hacia la plena satisfacción de tales derechos, y en base “a los recursos de que dispongan”. Sin perjuicio de esta idea de progresividad –que intentare precisar en el siguiente acápite- todos los derechos sociales importan una serie de obligaciones de carácter *inmediato* para los estados (es decir, no sujeta a la cláusula de progresividad y limitación presupuestaria).

En primer lugar, de la obligación estatal de implementación progresiva de los DESC se deriva que la obligación mínima asumida por el Estado al respecto es la obligación de no regresividad, es decir, “*la prohibición de adoptar políticas y medidas, y por ende, de sancionar normas jurídicas, que empeoren la situación de los DESC de los que gozaba la población al momento de adoptado el tratado internacional respectivo, o bien cada mejora “progresiva.”*”²⁸ En efecto, de la obligación de cumplimiento progresivo se deriva el deber de avanzar en los

²⁵ Comité DESC, Observación General N°4, Párr. 17.

²⁶ Comité DESC, Observación General N° 14, Párr. 33.

²⁷ Comité DESC, Observación General N° 15, Párrs. 25-29.

²⁸ Víctor Abramovich y Christian Courtis, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Editorial Trotta S.A., 2002, Madrid, página 94.

niveles de satisfacción de los DESC. Por tal razón las medidas regresivas en materia de DESC sólo se justifican si es que el Estado acredita que dichas restricciones han sido establecidas en atención a todos los derechos que el tratado consagra y en el contexto de una máxima utilización de los recursos disponibles.²⁹ Al mismo tiempo, toda medida de carácter regresivo, una vez que sea acreditada la excepcionalidad de su procedencia de acuerdo a la aplicación estricta de los criterios señalados, debe establecer paralelamente medios de compensación que tiendan a disminuir los impactos negativos que este tipo de decisiones públicas generan en la población más vulnerable de la sociedad. En otras palabras, al constituir una limitación a los derechos establecidos en los tratados de derechos humanos, las medidas de carácter regresivo requieren de una fuerte justificación de acuerdo a las disposiciones generales sobre restricciones y/o suspensiones a los derechos y a los principios que inspiran una sociedad democrática (Alston y Quin 1987).

En segundo lugar, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos no se limita a establecer un conjunto de obligaciones progresivas, sin un contenido actual o inmediato.³⁰ Tal y como lo establecen los *Principios de Limburgo*, “La obligación de ‘alcanzar de manera progresiva la total protección de los derechos’ insta a los Estados Partes a tomar pasos tan rápido como sea posible dirigidos a la realización de los derechos. Bajo ninguna circunstancia podrá esto ser interpretado en el sentido de que el Estado pueda disuadir de manera indeterminada sus esfuerzos para asegurar su total realización. Por el contrario, todos los Estados Partes tienen la obligación de comenzar de manera inmediata a adoptar medidas para dar cumplimiento a sus obligaciones bajo el Pacto”.³¹

En base a estas consideraciones, todos los estados – independientemente de su nivel de desarrollo y acceso a recursos- tienen el deber jurídico inmediato de satisfacer, a lo menos, las siguientes obligaciones:

a) Utilización del máximo de los recursos disponibles.

Como ya hemos indicado, las medidas destinadas a lograr el pleno goce de los derechos económicos, sociales y culturales deben ser adoptadas hasta el máximo de los recursos disponibles.³² Pues bien ¿Qué quiere decir la expresión “hasta el máximo de los recursos disponibles? La expresión “recursos” no se refiere exclusivamente al

gasto público o fiscal.³³ En otras palabras, las obligaciones derivadas del PIDESC exigen una interpretación amplia sobre la disponibilidad de recursos por parte de los Estados que incluya no sólo el gasto público, sino que considere: a) recursos humanos, b) recursos tecnológicos, c) recursos informativos, d) recursos naturales y, e) recursos financieros (Robertson 1994); considerando el establecimiento de un marco regulatorio legal y administrativo que permita al Estado tomar en cuenta aquellos recursos sobre los que no posee un control directo y que le permita hacer efectivos niveles mínimos de redistribución (Turk, 1992).

En consecuencia, la obligación de adoptar medidas “hasta el máximo de los recursos disponibles” requiere que los Estados intensifiquen la búsqueda y creación de todos aquellos medios -no sólo financieros- que permitan cumplir con los estándares mínimos de protección. De lo contrario, la sola escasez de recursos no excusará al Estado -a priori- del cumplimiento de sus obligaciones internacionales.

b) Obligación absoluta de respetar el contenido esencial o mínimo de los DESC.

El término “contenido esencial” hace referencia a aquel contenido básico sin el cual todo derecho pierde su significancia sustantiva como derecho humano (Coomans, 1995). En el contexto general de la escasez de recursos más o menos limitada que se presupone respecto de todo Estado, la noción de contenido esencial o mínimo viene a constituir un límite básico para la acción discrecional de este último. Conforme a esta visión, la obligación de respetar el contenido mínimo o esencial no busca que se garantice la plena satisfacción de los DESC. Por el contrario, esta obligación se orienta a impedir que los Estados permitan que una persona o un grupo de personas caigan por debajo de un nivel básico de vida que les permita reconocerse y ser reconocidas como personas dignas de igual consideración y respeto por los demás (Arango 2004).

En otras palabras, la obligación de respetar el contenido mínimo o esencial de los DESC se basa en el reconocimiento de que no habría justificación para elevar una reclamación a la condición de un derecho -con todas las connotaciones que este concepto presuntamente tiene- si su contenido normativo puede ser tan indeterminado que permita la posibilidad de que quienes lo ostentan, no posean ningún derecho particular a nada (Alston 1987). Como bien sabemos, no son pocos los desafíos que los

29 Comité del PIDESC, Observación General No. 3, Párr. 9.

30 Comité del PIDESC, Observación General No. 3, Párr. 9.

31 *The Limburg Principles on the Implementation of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, UN/Document E/CN.4/1987/17, Ver Principios 21-24.

32 PIDESC, Artículo 2 (1).

33 De hecho, las discusiones seguidas durante los trabajos preparatorios del PIDESC, denotan que el término “recursos” fue utilizado en un sentido eminentemente amplio que excede, por mucho, el del solo gasto público o fiscal. Philip Alston and Gerard Quin, *op. cit.*, pp. 156-178.

Estados –particularmente aquellos más pobres- deben enfrentar para satisfacer las condiciones básicas de justicia respecto de las personas sujetas a su jurisdicción. Al mismo tiempo, no resulta fácil identificar de manera objetiva los denominados contenidos mínimos o esenciales de cada DESC. Con todo, tales desafíos no deben ser vistos como límites insuperables para una debida implementación de obligaciones mínimas que, por medio de una amplia gama de medidas internas y de la cooperación internacional, permitan a los Estados establecer un umbral de decencia básico para las personas sujetas a su jurisdicción.

c) Obligación de no discriminar en el ejercicio de los DESC.

La obligación general de no discriminación constituye un principio fundamental del Derecho Internacional de los Derechos Humanos aplicable a todo derecho, sea este civil, político, económico, social o cultural. En cuanto tal, la obligación de no discriminar en el ejercicio de los derechos humanos importa la prohibición de establecer distinciones arbitrarias basadas en criterios tales como raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional, origen social, posición económica, nacimiento, y cualquier otra condición social (Palacios 2006). En particular, las obligaciones en materia de DESC deben ser adoptadas de manera tal de evitar aquellos factores que influyen negativamente en la igualdad de derechos del hombre y la mujer al disfrute de tales derechos.³⁴

6. Obligaciones progresivas vinculadas al derecho a una vivienda adecuada.

El concepto de “progresiva efectividad” de los derechos sociales constituye un reconocimiento del hecho de que la plena efectividad de todos los derechos económicos, sociales y culturales en general no podrá lograrse en un breve período de tiempo. Con todo, dicho carácter progresivo de los derechos sociales no altera la naturaleza de las obligaciones legales de los Estados. Tales obligaciones requieren que algunas medidas se tomen de manera inmediata –tales como la obligación de adoptar medidas, no discriminar en la aplicación de las mismas o respetar el contenido mínimo o esencial de los derechos- y otras tan pronto sea posible. En el caso de las obligaciones progresivas, las medidas adoptadas por los Estados deben ser deliberadas, concretas y orientadas

³⁴ En este sentido, ver las opiniones del Comité DESC sobre las dimensiones de discriminación que afectan a las mujeres en el ejercicio del derecho a la vivienda adecuada, a la alimentación adecuada, a la educación, al más alto nivel posible de salud y al agua.

lo más claramente posible hacia la satisfacción de las obligaciones reconocidas en el Pacto.³⁵ En virtud de este último estándar, será siempre de carga de los propios Estados el acreditar un progreso notorio hacia la realización total de los derechos consagrados en el Pacto, sin poder justificar su inactividad en el carácter “meramente progresivo” de las obligaciones internacionales.³⁶

La cláusula de progresividad nos deriva necesariamente a los denominados *indicadores de derechos humanos* en general, y de los derechos sociales en particular. Como señala Courtis (en Arcidiácono et. al, 2010), la posibilidad conceptual de desarrollar indicadores en materia de derechos humanos supone la posibilidad de “traducir” dimensiones de los distintos derechos humanos reconocidos por tratados internacionales (o por constituciones) en variables susceptibles de ser controladas u observadas. Estas variables pueden ser tanto cuantitativas como cualitativas. Una parte importante de los desafíos en esta materia se deben a la complejidad del contenido de cada derecho humano –y esto es aplicable particularmente a los derechos económicos, sociales y culturales, cuya incorporación a instrumentos internacionales de derechos humanos incluye generalmente tanto obligaciones de acción como metas o resultados a alcanzar (Courtis en Arcidiácono et. al 2010, Abramovich et. al. 2007, Malhotra y Fasel 2005)

Como se ha señalado, al igual que todo derecho social, el derecho a la vivienda adecuada posee cierto contenido normativo que permite avanzar en su precisión conceptual. Entre otros factores o atributos de la vivienda, el intérprete debe tener en cuenta los siguientes: a) habitabilidad, b) acceso a los servicios, c) asequibilidad de la vivienda y, d) seguridad de la tenencia. Sin embargo, una vez identificados los atributos del derecho de una forma mutuamente exhaustiva, el paso siguiente es determinar una configuración de indicadores estructurales, de proceso y de resultado, que permitan precisar el modo de satisfacción de tales elementos normativos. Entre tales indicadores, el Relator Especial sobre una vivienda adecuada, como parte del derecho a un nivel de vida adecuado, Miloon Kothari, ha destacado los siguientes:

“10. Indicadores estructurales. Esos indicadores reflejan la ratificación/aprobación de instrumentos jurídicos y la existencia de mecanismos institucionales básicos que se consideran necesarios para facilitar la realización de un determinado derecho. Entre los indicadores estructurales, que probablemente serán de carácter cualitativo y no cuantitativo, se consideran indicadores tales como el marco temporal y la

³⁵ Comité del PIDESC, Observación General No. 3, Párr. 2.

³⁶ The Maastricht Guidelines on Violations of Economic, Social and Cultural Rights en SIM Special No. 20, 1998, Lineamiento N° 8.

cobertura de las declaraciones y estrategias sobre la política nacional de vivienda para la aplicación progresiva de medidas en pro del derecho a una vivienda adecuada a diferentes niveles del gobierno, cuando resulte aplicable.

11. Indicadores de proceso. Estos indicadores relacionan los instrumentos normativos del Estado con los acontecimientos importantes, que a su vez se irán sumando convirtiéndose en indicadores de resultado que se pueden relacionar más directamente con la realización de los derechos humanos. Tales indicadores contribuyen a evaluar un aspecto importante del concepto de rendición de cuentas. A diferencia de los indicadores de resultado, los de proceso son más sensibles a los cambios, y por tanto reflejan mejor el ejercicio progresivo del derecho y los esfuerzos de los Estados Partes para proteger los derechos, en particular su obligación plasmada en el artículo 2 del Pacto. Por ejemplo, indicadores tales como “parte del presupuesto público de desarrollo utilizada para vivienda social/de la comunidad” refleja el esfuerzo del Estado Parte para cumplir su obligación de proteger y promover el derecho a una vivienda adecuada.

12. Indicadores de resultado. Registran los logros, individuales y colectivos, que reflejan el estado de realización del derecho humano en un contexto determinado. Los indicadores de resultado tienen dos características importantes. En primer lugar, como ya se ha dicho, están relacionados más directamente con la realización del derecho correspondiente. En segundo lugar, una serie de procesos pueden contribuir al logro de un resultado único. En este caso resulta útil hacer una distinción entre el indicador de proceso y el indicador de resultado. Un ejemplo de un indicador de resultado sería “la parte de hogares con una protección jurídicamente exigible de carácter contractual, estatutario o de otro tipo que proporciona seguridad de la tenencia”. (Kothari 2007)

La elaboración de un marco operacional adecuado para la plena exigibilidad del derecho a una vivienda adecuada se encuentra necesariamente vinculada al desarrollo de indicadores y métodos para vigilar y medir el proceso de desarrollo de este derecho (Kothari 2003). Por ello, resulta indispensable que los Estados avancen en la identificación de indicadores de vivienda precisos. Como es sabido, los estados Latinoamericanos suelen caracterizarse por una cierta ligereza en la ratificación de instrumentos internacionales de derechos humanos, pero sin poseer instrumentos de medición más precisos que permitan luego dar cuenta del cumplimiento de las obligaciones que se derivan de dichos instrumentos internacionales. Mientras ciertas obligaciones contienen un carácter jurídico más preciso, otras, como las

de habitabilidad, disponibilidad o asequibilidad, necesariamente nos desafían a pensar formas de medición de tales dimensiones que vayan más allá de los términos a los que los defensores de derechos humanos estamos acostumbrados.

7. A modo de conclusión

El caso del derecho a la vivienda adecuada es, precisamente, uno de esos casos en los que, como he tratado de graficar, las políticas sociales dejan de ser resorte exclusivo de decisiones contingentes de un gobierno en particular. Sea en virtud de las obligaciones genéricas de respeto, garantía y protección o basado en el set de obligaciones inmediatas e inmediatas que se derivan del Derecho Internacional, los estados deben ser capaces de traducir sus esfuerzos en materia de vivienda al lenguaje de una normatividad de la que ya no les es permitido prescindir. A su vez, el contenido normativo del derecho a la vivienda adecuada (seguridad, disponibilidad, habitabilidad, etc.) y que ha sido progresivamente desarrollado por los órganos internacionales de supervisión, nos permite advertir como este derecho no constituye, como algunos creen, un concepto vacío, sin criterios específicos que orienten su interpretación. Tales elementos normativos, sumados a los esfuerzos por establecer indicadores precisos de la satisfacción progresiva de cada uno de los primeros, coloca al derecho a la vivienda adecuada como un horizonte normativo y político que puede ayudar a orientar la lucha por más y mejores viviendas para la población Latino Americana.

Una perspectiva de derechos a los desafíos sociales importa combinar tanto las herramientas de las políticas públicas como los imperativos normativos que pesan sobre estados que se auto-definen como democráticos y constitucionales. No se trata, en consecuencia, de suplantar los esfuerzos por construir programas anclados en políticas sociales tendientes a mejorar la posición de los sectores más vulnerables de la sociedad, sino de advertir como dichas políticas no puedan ya prescindir de criterios legales que se derivan del derecho internacional y del derecho interno. Los derechos, desde esta perspectiva, circunscriben el actuar estatal, pero también –a diferencia de una tradición liberal escéptica de los derechos sociales- buscan orientar positivamente el desarrollo de la legislación, la interpretación judicial y el diseño e implementación de las políticas sociales.

Referencias Bibliográficas

- Abhas, Jha (2010). "La Vivienda Popular en América Latina y el Caribe", citado en Lorena Balardini, Laura Royo y Florencia G. Wagmaister, "La puesta en práctica de los estándares internacionales: la construcción de indicadores para la evaluación del cumplimiento del derecho a la vivienda adecuada", en Arcidiacono et. al.
- Abramovich, Víctor y Laura Pautassi, (Eds.) (2009). La revisión judicial de las políticas sociales: estudios de caso, Editores del Puerto, Buenos Aires.
- Abramovich, Courtis, Pérez Murcia (2007). "Desarrollo, derechos sociales y políticas públicas", en Pérez Murcia, Rodríguez y Uprimny, Los derechos sociales en serio: hacia un diálogo entre derecho y políticas públicas, DeJusticia-IDEP, Bogotá.
- Ahumada, Marian (2009). "Tribunales Constitucionales y Democracias Desconfiadas", en Marcelo Bergman y Carlos Rosenkrantz (Coordinadores), Confianza y derecho en América Latina, Fondo de Cultura Económica, Ciudad de México.
- Aldunate, Eduardo (2008). Derechos Fundamentales, Legal Publishing, Santiago.
- Alexy (1997). Teoría de los derechos fundamentales, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
- Alston y Quin (1987). "The nature and scope of states parties obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights", en Human Rights Quarterly, Vol. 9, No. 2.
- Arango, Rodolfo (2004). "Derechos, constitucionalismo y democracia", Universidad Externado de Colombia, Bogotá.
- Arcidiacono, Espejo y Rodríguez (Eds.) (2010), Derechos Sociales: Derecho, Políticas Públicas y Economía en América Latina, Editorial Siglo del Hombre, Uniandes, Bogota, (en imprenta).
- CELS (2008). La Lucha por el Derecho: Litigio Estratégico y Derechos Humanos, Siglo Veintiuno Editores, Buenos Aires.
- COHRE /2006). "Desalojos en América Latina. Los casos de Argentina, Brasil, Colombia y Perú", en <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/6567.pdf>, visitado el 03 de enero de 2010.
- Coomans (1995). "Clarifying the Core Elements of the Right to Education", en The Right to Complain about Economic, Social and Cultural Rights, SIM Special No. 18.
- Courtis, Christian (2005). "La aplicación de tratados e instrumentos internacionales sobre derechos humanos y la protección jurisdiccional del derecho a la salud en Argentina", en Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Programa de Cooperación sobre Derechos Humanos México-Comisión Europea, Secretaria de Relaciones Exteriores de México, Ciudad de México.
- Courtis, Christian (2010). "Apuntes sobre la elaboración y utilización de indicadores en materia de derechos económicos, sociales y culturales", en Arcidiacono et. al.
- Courtis y Espejo (2007). Por un contrato de cohesión social: apuntes exploratorios, CEPAL, División de Desarrollo Social, Serie Políticas Sociales 129, Santiago de Chile. En http://www.eclac.org/publicaciones/xml/3/28463/sps_LCL2699.pdf, visitado el 25 de mayo de 2009.
- Espejo, Nicolás (2010). "Derechos sociales, estado de derecho y republicanism: un modelo de justiciabilidad", en Arcidiacono et. al.
- Ferrajoli, Luigi (1999). Derechos y garantías: La ley del más débil, Trotta, Madrid.
- Gargarella, Roberto (2009). "Injertos y Rechazos: Radicalismo Político y Transplantes Constitucionales en América".
- Kothari, Miloon (2001). Informe del Relator Especial sobre la vivienda adecuada como elemento integrante del derecho a un nivel de vida adecuado, E/CN.4/2001/51.
- Kothari, Miloon (2003). Informe del Relator Especial sobre una vivienda adecuada, como parte del derecho a un nivel de vida adecuado y sobre el derecho a la no discriminación, E/CN.4/2003/5.
- Kothari, Miloon (2005). Informe del Relator Especial sobre una vivienda adecuada como elemento integrante del derecho a un nivel de vida adecuado y sobre el derecho de no discriminación a este respecto, E/CN.4/2005/48.
- Kothari, Miloon (2007). Informe del Relator Especial sobre una vivienda adecuada, como parte del derecho a un nivel de vida adecuado, A/HRC/4/18.