

personal. La falta de instalaciones de saneamiento en el hogar puede obligar a las mujeres y a las muchachas a utilizar lugares apartados fuera de la casa, exponiéndolas a riesgo de abuso sexual.³⁵

Es el caso de las poblaciones indígenas, para las que el derecho a la vivienda debe interpretarse 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 poblaciones.³⁶

Hacia una definición del contenido «mínimo» del derecho

Constatados estos elementos y el resto de derechos que integran la noción de derechos habitacionales, surge un interrogante inevitable: ¿deben los estados observar ese contenido de manera inmediata y en todas las circunstancias?

Una noción fundamental que puede ayudar a resolver ese problema es la de «realización progresiva», que el PIDESC esboza en su artículo 2. Los derechos sociales, como el derecho a la vivienda, deben en efecto garantizarse de manera progresiva. Algunos han querido ver en esa característica una prueba acabada de la tajante distinción existente entre derechos civiles y políticos, de efecto directo e inmediato, y derechos sociales, de satisfacción progresiva y mediata. Sin embargo, como bien ha aclarado el Comité de DESC, el principio de progresividad no comporta una carta en blanco para la delación *sine die* de las obligaciones estatales en relación con el derecho. Por el contrario, supone al menos:

- a) Evitar las medidas *deliberadamente regresivas* en materia habitacional.

35. Algunos estudios han demostrado que el acceso a las instalaciones de saneamiento a menudo depende del sexo del jefe de familia. Por ejemplo, en Nairobi, alrededor del 9,2% de las familias encabezadas por mujeres utilizaban el monte para la eliminación de materias fecales, mientras que en las familias encabezadas por hombres, las tasas se reducían al 2,2%. Vid. Doc ONU E/CN.4/2003/5.

36. Vid. Doc. ONU, E/CN.4/2001/51; párr. 74.

- b) Dedicar el *máximo de esfuerzos* y el *máximo de recursos disponibles* a la atención del derecho, dando *prioridad* a los casos *más urgentes*.
- c) Satisfacer, incluso en períodos de recesión, crisis o ajustes, al menos el *contenido mínimo* del derecho en cuestión.

Evidentemente, lo que sean «medidas regresivas», «máximos recursos disponibles» o «contenido mínimo» del derecho a una vivienda adecuada no puede definirse de antemano, de manera abstracta, por lo que inevitablemente ha de atenderse a contextos temporales y espaciales concretos. Esa tarea de interpretación, evidentemente, no está exenta de polémica. Con la notable excepción de los derechos laborales, el contenido y alcance de los derechos sociales sigue sin estar bien definido. El contenido «mínimo» es sólo un ejemplo de esa dificultad más amplia.

En realidad, la exigencia de respeto al contenido «mínimo» de los derechos no es sólo una obligación presente en el derecho internacional de los derechos humanos. Numerosos ordenamientos estatales han consagrado el deber de respetar el contenido «esencial» de los derechos y libertades.³⁷ El más significativo es tal vez el artículo 19.2 de la Ley Fundamental de Bonn, que permite al legislador la restricción de los derechos fundamentales pero con la condición de que no se afecte la esencia de los mismos. Inspirada en la regulación alemana, también la Constitución de Portugal prevé una disposición similar en su artículo 18. 3. La española de 1978, por su parte, establece en su artículo 53 que el legislador, al regular el ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo II del Título I ha de respetar su «contenido esencial».³⁸ Algo similar, guardando las distancias, se pretende sostener en la tradición anglosajona, cuando se atribuye a los derechos un núcleo indisponible

37. Vid. T. Freixes Sanjuán, «Contenido esencial de los derechos fundamentales», en M. Aragón (coord.) *Temas básicos de derecho constitucional. Tomo III*, Civitas, Madrid, 2001. pp. 128 y ss.

38. Para una relación entre la noción de contenido esencial en Alemania y España, Vid. J. C. Gavara de la Cara, *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo. La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994.

caracterizado como «triunfo frente a las mayorías»,³⁹ comenzando por las legislativas.⁴⁰

Se ha dicho, no sin razón, que por el solo hecho de estar constitucionalizado todo derecho goza de un contenido básico e indisponible para los poderes públicos.⁴¹ Ese contenido «mínimo» o «esencial» o «indisponible», en efecto, está constituido por un umbral que ningún poder público puede limitar o dejar de satisfacer. Lo que se establece, así, es un ámbito de indisponibilidad negativa y positiva, es decir, una esfera, en relación con el derecho, de lo que no se puede hacer y de lo que no se puede dejar de hacer. La indisponibilidad negativa entraña un límite a la libertad de configuración del legislador en relación con el ejercicio de los derechos, es decir, lo que se conoce como «límite a los límites». La indisponibilidad positiva, por su parte, comporta una afirmación de la sustancia del derecho constitucionalmente reconocido.⁴²

Fuera del contenido esencial, en efecto, la actividad limitadora no es posible, de modo que el titular del derecho, en ningún contexto, puede quedar absolutamente excluido del acceso al bien o recurso

39. Esta es la conocida caracterización de R. Dworkin, *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona, 1984.

40. La propia Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (Carta de Niza) recoge esta noción en su artículo 52: «Cualquier limitación del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos por la presente Carta deberá ser establecida por la ley y respetar el contenido esencial de dichos derechos y libertades (...)».

41. Así, P. Häberle, «El legislador de los derechos fundamentales», en A. López Pina (ed.), *La garantía constitucional de los derechos fundamentales: Alemania, España, Francia, Italia*, Universidad Complutense—Civitas, Madrid, 1991. En sentido similar, I. de Otto sostiene que «la garantía del contenido esencial tiene valor declarativo y no constitutivo: no añade ningún límite de los límites distinto al que resulta del propio valor constitucional de los derechos fundamentales. Por eso la garantía del contenido esencial no es privativa de los derechos fundamentales, sino común a cualquier norma constitucional». Vid. «La regulación del ejercicio de los derechos y libertades. La garantía de su contenido esencial en el art. 53.1 de la Constitución», en L. Martín—Retortillo e I. de Otto, *Derechos fundamentales y Constitución*, Civitas, Madrid, 1988.

42. Vid., por ejemplo, L. Parejo Alfonso, «El contenido esencial de los derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional: a propósito de la STC de 8 de abril de 1981», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 3, Madrid, 1981.

que se intenta proteger.⁴³ La idea de fondo es que sin el respeto de ese contenido mínimo el derecho en cuestión quedaría desnaturalizado, desfigurado, y resultaría, en último término, irreconocible e impracticable.⁴⁴ En el caso del derecho a la vivienda, dicho umbral seguramente debería incluir la provisión, a aquellos que no pudieran satisfacer el derecho a través del mercado, de algún tipo de albergue o alojamiento público simple, seguro y accesible. O al menos, de la asistencia, ayuda e información suficientes para que pudieran procurárselo de otros particulares.

Si bien la tarea de interpretación de órganos como el Comité de DESC puede contribuir a fijar los contenidos esenciales que identifiquen el derecho a la vivienda, resulta claro que tal propósito no puede alcanzarse sólo con volcar conceptos jurídicos en un texto. Después de todo, incluso el de contenido mínimo es un concepto dinámico. Depende, como no puede ser de otro modo, de la «conciencia histórica», del «sentido común» o de la variable «imagen dominante» que del propio derecho tenga una comunidad determinada.⁴⁵ Algunos activistas en derechos humanos consideran incluso que concentrarse en la definición de un contenido esencial puede ser con-

43. El Tribunal Constitucional español se ha hecho eco de esta imagen recurrente al caracterizar al contenido esencial de «barrera infranqueable» (STC 6/1981 FJ nº 4), de «núcleo indisponible» (STC 37/1981 FJ nº 2) o «irreductible» (STC 101/1991 FJ nº 2) del derecho, expresiones todas ellas alusivas a un reducto «interno» del derecho frente al que se habría de detener la acción del legislador.

44. En su Sentencia 11/1981, por ejemplo, el Tribunal Constitucional español sostuvo a propósito del contenido esencial del derecho de huelga: «El contenido esencial del derecho subjetivo al que se refiere el art. 53 de la Constitución española puede determinarse a partir del tipo abstracto, conceptualmente previo al momento legislativo, que resulta de las ideas generalizadas o convenciones admitidas entre los juristas, los jueces y, en general, los especialistas en Derecho, de modo que constituyen el contenido esencial de un derecho subjetivo aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como pertinente al tipo descrito.

El contenido esencial puede determinarse también complementariamente a partir de lo que se llama los intereses jurídicamente protegidos, de modo que se rebasa o desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que los hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección».

45. Vid. J. Jiménez Campo, *Derechos fundamentales. Concepto y garantías*, Trotta, Madrid, 1999. pp. 71 y ss.

traproducente para una protección extensiva del derecho; otros, en cambio, piensan que esa definición es crucial para lograr resultados incluso en contextos de crisis económicas, supuestas o no, o de escasez de recursos.⁴⁶

Entre los argumentos en contra de la definición de contenido esencial es recurrente el que advierte acerca de la posibilidad de que ésta pueda resolverse en la separación entre un contenido «esencial» del derecho, que los tribunales deberían proteger de la arbitrariedad del resto de poderes, y un contenido «accidental», «complementario» o «adyacente» que las instancias políticas podrían configurar a discreción.⁴⁷ Igualmente, se sostiene que la utilización del contenido mínimo podría resultar contraindicada en el contexto de algunos países avanzados donde el problema suele ser más bien el incumplimiento, por parte de los poderes públicos, de utilizar el «máximo de recursos disponibles» para satisfacer el derecho.⁴⁸

En este mismo sentido, hay que recordar que en buena parte del derecho continental europeo se reconoce que las normas que consagran derechos fundamentales, incluidos los derechos sociales, revisiten no sólo una dimensión subjetiva sino también una dimensión objetiva.⁴⁹ Aunque ambas suelen confundirse no pocas veces, entrañan concepciones diversas. Desde un punto de vista subjetivo, las cláusulas sobre derechos fundamentales operarían como normas que atri-

46. Vid. L. Bolívar y E. González, «¿Cómo definir el contenido de los DESC? Problemas y perspectivas», en *Círculo de Derechos. Una herramienta de entrenamiento para el activismo en defensa de los derechos económicos, sociales y culturales*, International Human Rights Program—Forum—Asia, 2000, p. 174 y ss.

47. En la doctrina española, por ejemplo, F. Balaguer sostiene que: «la garantía no debe ser entendida desde la perspectiva de la protección de un contenido mínimo frente a otro accesorio que quedaría desprotegido. Por el contrario, cuando se garantiza el contenido esencial del derecho es el derecho mismo, en su contenido propio, el que no puede ser desnaturalizado cuando en su regulación haya que conciliar su ejercicio con el de otros derechos fundamentales». Vid. «Capacidad creativa y límites del legislador en relación con los derechos fundamentales. La garantía del contenido esencial de los derechos», en M. A. Aparicio (coord.) *Derechos constitucionales y Formas Políticas*, Cedecs, Barcelona, 2002. p. 116

48. Vid., por ejemplo, B. Porter, «The Right to Adequate Housing in Canada», en *National Perspectives on Housing Rights*, cit. p. 126.

49. Sobre esta distinción, Vid., por todos, J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria de la Constituição*, Almedina, Coimbra, 1999, pp. 1178 y ss.

buyen a sus titulares posiciones subjetivas, negativas y positivas, frente al poder. Desde un punto de vista objetivo, en cambio, actuarían más bien como principios que imponen a los poderes públicos el deber de tutelar las instituciones públicas o institutos privados que hacen posible el ejercicio mismo de los derechos. Así, por ejemplo, el deber de respetar el reducto básico que hace reconocible un sistema público de educación, de sanidad, de seguridad social o, incluso, en un ámbito como el aquí abordado, un sistema público de viviendas protegidas.⁵⁰

Es precisamente pensando, no tanto en el componente subjetivo del derecho a la vivienda como en su vertiente objetiva, que numerosas opiniones han insistido en la necesidad de adoptar indicadores que puedan servir como parámetro para distinguir, por ejemplo, si el incumplimiento de las obligaciones estatales en materia de derechos habitacionales ha de atribuirse a la falta de capacidad o, en cambio, a falta de voluntad. O para establecer si en un Estado concreto se han producido, entre un período determinado de tiempo y otro, situaciones de regresión, de estancamiento o de progreso insuficiente en materia de políticas habitacionales. Dichos indicadores, también ellos susceptibles de evolucionar en el tiempo, servirían en último término para determinar qué datos fácticos deben tenerse en cuenta a la hora de definir el contenido «mínimo» objetivo del derecho y de las instituciones que hacen posible su garantía.

50. La distinción entre dimensión subjetiva y objetiva de los derechos, o si se prefiere, entre derechos fundamentales y garantías institucionales, se remonta al contexto constitucional de Weimar, hacia 1919. En el ámbito español, ha tenido una aplicación limitada a aquellas instituciones o institutos que, garantizados constitucionalmente y sin relación directa con los derechos fundamentales, comportan un núcleo que limita la libertad de configuración del legislador. En su Sentencia 37/1994, por ejemplo, si bien reconoce la libertad del legislador para modular la acción protectora del sistema de seguridad social, el Tribunal Constitucional recuerda que el artículo 41 «consagra en forma de garantía institucional un régimen público» cuyo «núcleo o reducto indisponible para el legislador (...) ha de ser preservado en términos reconocibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar». Sobre el concepto de garantías institucionales y su vínculo con la noción de derechos fundamentales, Vid., por todos, A. Gallego Anabitarte, *Derechos fundamentales y garantías institucionales: análisis doctrinal y jurisprudencial (derecho a la educación, autonomía local y opinión pública)*, Civitas, Madrid, 1994.