

## V. MECANISMOS DE GARANTÍA DEL DERECHO A UNA VIVIENDA ADECUADA

Una vez analizada la cuestión de la delimitación del contenido de los derechos habitacionales y de las obligaciones que los mismos involucran, es obligado referirse al tema de sus garantías. Se ha sostenido, no sin razón, que un derecho sin garantías es apenas algo más que un «derecho en el papel».<sup>1</sup> En efecto, garantizar un derecho supone, en un sentido amplio, establecer algún mecanismo que permita tutelar o hacer efectivo el acceso a los recursos o bienes que conforman su contenido. En lo que respecta a los derechos habitacionales, como en todos los derechos humanos, esos mecanismos de protección pueden ser básicamente de dos tipos: institucionales o extrainstitucionales. Los mecanismos institucionales de garantía son aquellos cuya puesta en marcha corre a cargo, precisamente, de órganos y poderes públicos como el gobierno, los legisladores, la administración o los jueces. Los mecanismos extra-institucionales de tutela, en cambio, son aquellos en los que es determinante la participación de actores no estatales: desde los propios afectados hasta los ciudadanos y movimientos sociales vinculados a los mismos.

Los mecanismos institucionales de garantía admiten al menos dos variantes: los mecanismos políticos de garantía y los mecanismos jurisdiccionales de garantía. Los primeros corresponden a todas aquellas obligaciones relacionadas al derecho a la vivienda establecidos por el poder legislativo (constitucional u ordinario), por el gobierno

---

1. Vid. R. Guastini, «Derechos: una contribución analítica...», op. cit.

o por la administración. Los segundos, en cambio, se refieren a todos aquellas obligaciones reconocidas, fundamentalmente, por órganos de tipo jurisdiccional, esto es, por tribunales ordinarios o constitucionales.

Normalmente, los mecanismos políticos de garantía de un derecho consisten en normas y actos que los órganos legislativos y administrativos adoptan en tutela del mismo. En el caso del derecho a la vivienda, ese conjunto de normas y actos conformados por el eventual reconocimiento constitucional, la legislación ordinaria, los programas y las políticas públicas habitacionales, pueden considerarse como garantías primarias del derecho. Las garantías jurisdiccionales, por su parte, son garantías secundarias, que se activan en caso de que las garantías políticas fallen, se incumplan o resulten insuficientes.<sup>2</sup> En otras palabras: la existencia de garantías secundarias supone la posibilidad de que la vulneración, positiva o negativa, de las garantías primarias, políticas, pueda ser impugnada ante un tribunal, o incluso ante un órgano semi-jurisdiccional, como las comisiones de derechos humanos o las defensorías del pueblo, con potestad para identificar la vulneración y establecer algún tipo de sanción, reparación o control al respecto.<sup>3</sup>

Las garantías no-institucionales, o garantías sociales, comprenden por su parte todos aquellos mecanismos ciudadanos de participación en la construcción de las garantías institucionales (el derecho de voto, de petición, de iniciativa legislativa popular, de participación en los procesos administrativos o jurisdiccionales) así como aquellos que persiguen la autotutela de los derechos habitacionales (los procesos de autoconstrucción, la constitución de cooperativas de viviendas, la ocupación de viviendas abandonadas o de tierras improductivas, etc.).

Sin perjuicio de esta distinción analítica, es evidente que en la realidad todos estos elementos se presentan interrelacionados. De hecho, un modelo exigente de derechos habitacionales reside en la

---

2. La distinción entre garantías primarias y secundarias procede de L. Ferrajoli, «Los derechos fundamentales», en *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Trotta, Madrid, 1999.

3. Vid., al respecto, C. Salazar, *Dal riconoscimento alla garanzia dei diritti sociali*, Giappichelli, Turín, 2000, pp. 9 y ss.

posibilidad de concebir la relación entre garantías institucionales y extra-institucionales no a partir de un vínculo jerárquico, sino por el contrario, como una relación circular, no exenta de tensiones, en la que tanto los espacios estatales (legisladores, gobierno, jueces) como los no estatales (afectados, ciudadanos allegados, movimientos sociales) puedan desempeñar su papel en la protección del derecho, sin que nadie pretenda monopolizarlo por completo.

### **Mecanismos normativos de garantía**

Las garantías normativas, políticas, de los derechos habitacionales, pueden manifestarse en diferentes instancias jurídicas: constituciones, leyes, códigos, reglamentos y otras disposiciones administrativas.

### **Las previsiones constitucionales en materia urbanística y habitacional**

La garantía normativa por excelencia de los derechos habitacionales, la manera más directa de hacerlos visibles como intereses jurídicos protegidos es, como ya se ha apuntado, su consagración constitucional. Por su impacto político, en todo caso, y por la pervivencia de los estados como fuente principal de producción y aplicación de normas desde un punto de vista jurídico-formal, la constitucionalización de los derechos habitacionales sigue siendo el ámbito primario en el que se juegan tanto la identificación del contenido de los mismos como el establecimiento de las obligaciones a cargo de los poderes públicos.

Así, algunas constituciones, como ya se ha explicado antes, no recogen derechos sociales o bien restringen la tutela jurisdiccional en sentido fuerte a uno o dos de ellos.<sup>4</sup> Por ejemplo, hay ordenamientos que no constitucionalizan el derecho a la vivienda de manera explícita, pero sí derechos conexos como el derecho a la libertad de domici-

---

4. La Ley Fundamental de Bonn (art. 27), la Constitución española (art. 27), la Carta Canadiense de Derechos y Libertades (art. 23) o algunas Constituciones estatales norteamericanas (por ejemplo, la de Virginia, en su art. XII) consagran el derecho a la educación como un derecho fundamental en sentido fuerte. En cambio, no prevén otros derechos sociales fundamentales o los contemplan (aunque no siempre de manera coherente) como «principios rectores o mandatos al legislador».

lio, a la intimidad y a la vida familiar, a la seguridad personal, a la integridad física, a un ambiente sano, a la intimidad, a la dignidad, e incluso a la propiedad. Algunos textos constitucionales, por su parte, consagran la protección de la vivienda como un derecho subjetivo;<sup>5</sup> otros, simplemente como un principio rector de las políticas públicas o como un mandato al legislador.<sup>6</sup> Algunos reconocen la titularidad individual del derecho a la vivienda o a la tierra; otros, en cambio, incluyen también la posible titularidad colectiva<sup>7</sup> o, al menos, formas individuales de titularidad de ejercicio colectivo. Hay constituciones que reconocen el derecho a la vivienda a todas las personas,<sup>8</sup> otras sólo mencionan a los ciudadanos.<sup>9</sup> Algunos textos

---

5. Así, la Constitución sudafricana de 1996.

6. Así, por ejemplo, la Constitución italiana de 1947. O la Constitución mexicana, que tras la reforma en materia indígena de 2001 prevé, en el apartado B del artículo 2, el deber de los poderes públicos de «facilitar el acceso a los indígenas al financiamiento público y privado para la construcción y mejoramiento de vivienda». Un caso particular es, una vez más, el de Constitución española de 1978. Regula la protección de la vivienda en un capítulo, el III del título I, que denomina, «Principios rectores de la política económica y social», con el objeto aparente de devaluar su fundamentalidad por razones «realistas». Sin embargo, la consagra literalmente como «derecho» de todos los españoles en un Título general que, al mismo tiempo, califica: «De los derechos y deberes fundamentales».

7. Según el párrafo 5º del art. 4º de la Constitución mexicana, por ejemplo, el derecho a disfrutar de una vida digna y decorosa se reconoce no a los individuos sino «a toda familia».

8. Por ejemplo, la Constitución belga de 1994, en su art. 23.

9. La Constitución española de 1978, por ejemplo, limita el reconocimiento del derecho a la vivienda a «todos los españoles» (art. 47). Se trata, sin embargo, de un principio cuyo aparente alcance literal debe ser matizado. En otras ocasiones (por ejemplo, en la STC 94/1993) el propio Tribunal Constitucional ha reconocido que derechos literalmente reconocidos a los «españoles» (como el recurso de amparo) deben extenderse también a los extranjeros. Algo similar podría afirmarse en el caso del derecho a la vivienda. En su artículo 13, la Ley Orgánica 8/2000 sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, reserva a los «extranjeros residentes» el derecho al sistema público de ayudas en materia de vivienda en las mismas condiciones que los españoles. Sin embargo, lo que resulta de una interpretación sistemática del artículo 47, en conexión con principios como el de «dignidad de la persona» (artículo 10) o el de una igualdad y una libertad «reales y efectivas» para los individuos y los grupos en los que éstos actúan (artículo 9.2), es más bien una aproximación garantista a los derechos habitacionales de los inmigrantes, incluidas las medidas de acción positivas que persigan su integración social.

básicos identifican obligaciones a cargo de los poderes públicos, otros incluyen también obligaciones que vinculan a los particulares y poderes privados.<sup>10</sup> Algunas constituciones reconocen los criterios de interpretación derivados de los estándares internacionales de protección de los derechos humanos, incluidos los derechos sociales;<sup>11</sup> otras no. Por su privilegiada posición y su potencial de irradiación sobre el resto del ordenamiento jurídico estatal, en todo caso, la consagración constitucional de preceptos vinculados a derechos habitacionales puede ofrecer una base sólida para el desarrollo legislativo y administrativo de normas que tutelen el derecho a la vivienda en sus diferentes dimensiones.

### La configuración legislativa en materia urbanística y de vivienda

Todos los derechos constitucionales, al tiempo que encierran un núcleo indisponible para el legislador, son derechos de configuración legislativa. La sola constitucionalización, en efecto, supone la existencia de un contenido mínimo cuyos contornos no siempre vienen dados de antemano y deben, por lo tanto, ser permanentemente delimitados a través de la intervención de los operadores jurídicos autorizados. Sin embargo, más allá de ese límite infranqueable, las constituciones son por su naturaleza documentos abiertos, que dejan en manos de las mayorías electorales la especificación y desarrollo del régimen concreto de los derechos fundamentales. Ocurre así con los derechos sociales, que necesitan del complemento de la ley para ver especificado el alcance tanto de su contenido como de las obligacio-

---

10. Así, de modo indirecto, el artículo 65 de la Constitución portuguesa, en conexión con el artículo 18. 1. O el artículo 123, apartado A, fracción XII de la Constitución mexicana, que establece que «toda empresa agrícola, industrial, minera o de cualquier otra clase de trabajo estará obligada, según lo determinen las leyes reglamentarias, a proporcionar a los trabajadores habitaciones cómodas e higiénicas». Para agregar luego que «esta obligación se cumplirá mediante las aportaciones que las empresas privadas hagan a un fondo nacional de la vivienda a fin de constituir depósitos a favor de sus trabajadores y establecer un sistema de financiamiento que permita otorgar a éstos crédito barato y suficiente para que adquieran en propiedad tales habitaciones». Vid., al respecto, M. Carbonell, *La Constitución en serio. Multiculturalismo, igualdad y derechos sociales*, Porrúa, UNAM, México, 2001, pp. 220 y ss.

11. Así, por ejemplo, la Constitución argentina reformada en 1994, en su artículo 75. 22.

nes que incumben a los poderes públicos. Pero también es el caso de los derechos civiles y políticos clásicos, cuyo régimen jurídico no podría completarse sin la intervención legal. El derecho de propiedad, por ejemplo, incluye múltiples formas de propiedad que recaen sobre bienes diversos (la agraria, la urbana, la industrial, la intelectual, la de dominio público,) y su estatuto, más allá de un mínimo común, sería del todo indiscernible sin su respectiva configuración legislativa. Lo mismo puede afirmarse del derecho a la vida, derecho fundamental por excelencia, cuyo alcance en cuestiones como la experimentación con embriones, el aborto o la eutanasia, no podría extraerse en ningún caso de simplemente de su contenido constitucional. O con el derecho de voto, cuyo ejercicio requiere de complejas previsiones que sólo una legislación electoral adecuada puede regular.

En lo que concierne al derecho a la vivienda, lo cierto es que la mayoría de los países ha aprobado algún tipo de legislación interna referida a cuestiones urbanísticas y a derechos habitacionales. Muchas de esas regulaciones normativas son la prueba de que, cuando existe la voluntad política, o mejor, cuando la presión social es lo suficientemente intensa, es posible avanzar en el cumplimiento de las obligaciones que el derecho impone. O al menos, es posible identificar ciertas actuaciones públicas y privadas no sólo como acciones u omisiones política y moralmente injustificadas, sino además como auténticas vulneraciones jurídicas de un orden consentido por los propios estados, con toda la carga de deslegitimación que ello supone.<sup>12</sup>

El artículo 2.1 del PIDESC coloca especial énfasis en la adopción de medidas legislativas como medio para garantizar los derechos reconocidos en el Pacto. Así, el Comité de DESC ha recordado que «en muchos casos, la existencia de legislación es altamente deseable, en otros incluso indispensable».<sup>13</sup> En el contexto actual, la reserva de ley en la regulación de derechos sociales puede desempeñar un papel central tanto en un sentido formal como en un sentido material:

12. Sobre el papel deslegitimador del poder que puede revestir el derecho, Vid. L. Ferrajoli, *Derecho y razón*, Trotta, Madrid, 1998.

13. OG nº 3, punto 3

- a) Desde un punto de vista formal, introduciendo la obligación de que sea el legislador, en condiciones adecuadas de debate, contradicción y publicidad, quien regule las materias básicas que involucran dichos derechos, restringiendo de ese modo los márgenes para el vaciamiento de sus competencias en beneficio de sedes administrativas, o peor, mercantiles.<sup>14</sup>
- b) Desde un punto de vista material, recuperando para los derechos sociales el contenido tendencialmente general de las leyes y evitando así la fragmentación y focalización de las políticas sociales a las que se asiste en la actualidad.<sup>15</sup>

Ciertamente, sólo un ingenuo formalismo podría ver en la existencia de garantías normativas, legislativas y administrativas, un instrumento suficiente para asegurar la efectiva vigencia de los derechos habitacionales. Es más, la simple aprobación de legislación social ni siquiera constituye una prueba acabada de que un Estado haya cumplido con las obligaciones que el derecho internacional, y a veces su propia Constitución, le impone en materia de derechos fundamentales. Sin embargo, lo que las «mejores prácticas» legislativas y administrativas revelan es que es perfectamente posible dotar a los derechos sociales de un contenido normativo que imponga a los poderes públicos y a los particulares obligaciones jurídicas claras, concretas, y en último término, exigibles frente al propio poder.

La primera y más directa legislación de desarrollo de los derechos habitacionales suele ser la legislación de protección de la vi-

---

14. La extensión de esta garantía formal al contenido indisponible de los derechos sociales, sobre todo cuando sea evidente su conexión con otros derechos civiles protegidos, reviste particular relevancia en el actual marco de proliferación de políticas neoliberales. En especial si se tiene en cuenta que muchas de las vulneraciones de los derechos sociales tienen lugar a través de excepcionales procedimientos de «urgencia», amparados en razones de «interés general» o en «imperativos económicos» y desvinculados de los controles discursivos y justificatorios que supone su tramitación legislativa. Sobre la relación funcional entre derechos sociales y reserva de ley, Vid., entre otros, J.J. Solozábal, «Una revisione della teoria dei diritti fondamentali», en G. Rolla (ed.), *Tecniche di garanzia dei diritti fondamentali*, op.cit., pp. 59 y ss.

15. C. de Cabo, *Sobre el concepto de ley*, Trotta, Madrid, 2002.

vienda, aunque existen otras importantes referidas a medidas fiscales de apoyo, la legislación de defensa de los consumidores, la legislación de derecho privado relativa a la contratación y a los arrendamientos, la legislación hipotecaria y registral, la legislación penal y sobre medio ambiente urbano. Lo cierto es que a partir de la legislación secundaria, los reglamentos de desarrollo, las cartas o algunas constituciones locales aprobadas en el derecho comparado, es posible componer un vasto muestrario de técnicas de tutela del derecho a la vivienda en diferentes ámbitos. Así, en lo que concierne a la obligación de proteger a los grupos más vulnerables, a la garantía de seguridad en la tenencia, a la prohibición de desalojos arbitrarios, al deber de no discriminación, a la garantía de habitabilidad y de accesibilidad económica o a la obligación de alojamiento de las personas sin hogar.

### *La ley y la garantía de seguridad en la tenencia*

Un aspecto del derecho a la vivienda en el que es posible encontrar interesantes desarrollos legislativos garantistas, en efecto, es el de seguridad en la tenencia. El caso de Brasil es tal vez uno de los más llamativo en ese aspecto. El ya aludido «Estatuto de la Ciudad» (Ley Federal nº 10527/01), define una serie de instrumentos que los gobiernos pueden utilizar para paliar la precariedad en la tenencia de vivienda.<sup>16</sup> Teniendo en cuenta que millones de familias brasileñas viven en *favelas*, en asentamientos irregulares, en tierras y edificios ocupados, el Estatuto otorga un papel central a la usucapión urbana como instrumento de regulación de la tenencia de la vivienda y como herramienta de garantía de la función social de la propiedad. Según el artículo 183.1 del Estatuto, la usucapión, que es una forma original de adquisición del derecho a la propiedad como producto de la posesión durante un cierto lapso de tiempo, puede proceder cuando se trate: 1) de la posesión de un área urbana con un máximo de 250 metros cuadrados; 2) durante al menos cinco años; 3) de manera ininterrumpida e indisputada; 4) utilizada como morada por la persona o su familia; 5) siempre que ésta

16. Vid., al respecto, N. Saule Júnior y M. Elena Rodríguez, «Housing rights in Brazil», en *National Perspectives on Housing Rights*, op. cit., p. 187 y ss.