

Naturalmente, tratándose de evaluar políticas habitacionales más amplias, existen límites técnicos a lo que un tribunal puede ordenar. Los jueces no son economistas y no siempre están equipados para evaluar el impacto que una determinada asignación de recursos puede llegar a tener. Sin embargo, como se verá más adelante, pueden considerarse, a la luz de los derechos y principios fundamentales reconocidos en el ordenamiento, la razonabilidad de las políticas sociales adoptadas por el ejecutivo o el legislativo. A partir de ello, pueden reenviar la cuestión a las instancias legislativas y administrativas para que, dentro de unos parámetros de constitucionalidad lo suficientemente generales como para dejar «espacio» a su libertad de configuración, adopten, en un tiempo razonable, alguna de las medidas que se encuentran a su alcance para remediar su actuación.<sup>52</sup> Y si bien son los órganos políticos quienes han de establecer las respuestas concretas, los tribunales siempre podrían llegar a controlar la razonabilidad de dichas soluciones y a evaluar, una vez más, si suponen o no un cumplimiento de las disposiciones constitucionales en juego.<sup>53</sup>

#### *El argumento de la ausencia de mecanismos procesales idóneos*

Otro obstáculo que suele oponerse a la exigibilidad jurisdiccional de los derechos sociales es la ausencia de mecanismos adecuados para su tutela. Según este argumento, las vías procesales articuladas por la mayoría de los ordenamientos jurídicos han sido pensadas para la protección de los derechos civiles y políticos. Al menos tres argumentos permitirían avalar este punto de vista.<sup>54</sup>

---

52. En su sentencia 221/1991, el Tribunal Constitucional español ha admitido parcialmente esta posibilidad a propósito de la obligación de los poderes públicos de promover las condiciones para que la igualdad de los individuos y los grupos sea real y efectiva. Así, mantuvo que «si bien no cabe, por lo general, mesurar *ex constitutione* la falta de celo y presteza del legislador en la procura de aquella corrección cuando una desigualdad de hecho no se traduce en una desigualdad jurídica, la concurrencia de ésta última por la pervivencia en el ordenamiento de una discriminación no rectificada en un lapso de tiempo razonable habrá de llevar a la calificación como inconstitucionales de los actos que la mantengan» (FJ 5).

53. Para una respuesta al argumento de la falta de «competencia técnica» de los tribunales para resolver cuestiones sociales con repercusiones económicas, Vid., entre otros, S. Liebenberg, «The protection of Economic and Social Rights in Domestic Legal Systems», op. cit., pp. 60 y 61.

54. V. Abramovich y C. Courtis, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, op.cit., pp. 129 y ss.

- 10
1. En primer lugar, la *incidencia colectiva* de la mayoría de los derechos sociales. En efecto, los mecanismos procesales de protección de derechos, pensados en torno a los derechos liberales y a la teoría clásica del derecho subjetivo, suelen estar diseñados para resolver conflictos individuales, con todas las dificultades de legitimación activa y de participación procesal que ello encierra cuando se trata de sujetos colectivos o de grupos numerosos de víctimas.
  2. En segundo lugar, las violaciones de derechos sociales requieren al mismo tiempo *satisfacción urgente y amplitud de prueba*. Sin embargo, se trata de exigencias en ocasiones excluyentes, ya que mientras acciones como las de amparo u otras similares requieren un derecho líquido, las medidas cautelares demandan un derecho verosímil, y en ambos tipos de procedimientos el derecho procesal y la jurisprudencia suelen reducir al mínimo el marco probatorio.
  3. Por último las sentencias que condenan al Estado a cumplir obligaciones positivas de hacer carecen de resguardos suficientes y resultan a veces de difícil ejecución.

Aunque algunas de estas cuestiones ciertamente plantean inconvenientes, no se trata en ningún caso de obstáculos insuperables.

- a) Desde el punto de vista de los *sujetos procesalmente legitimados*, es posible señalar una serie de herramientas, como las acciones de tutela o los amparos colectivos,<sup>55</sup> las acciones populares y las que, en general, protegen intereses de clase o de grupo. Debidamente perfeccionados y adaptados a los diferentes ordenamientos, estos instrumentos pueden permitir a las personas y grupos vulnerables

---

55. Las acciones de tutela (es el nombre que reciben, por ejemplo, en el ordenamiento colombiano) o de amparo son, en términos generales, instrumentos procesales de protección de los derechos caracterizados por su sencillez, agilidad, informalidad y preferencia. Algunos ordenamientos, como el argentino, prevén una figura intermedia entre el amparo individual y las acciones populares: la acción de amparo colectivo. El art. 43 de la Constitución argentina reformada en 1994 establece que el amparo colectivo puede interponerse «contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen el ambiente, la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, al afectado, al defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines».

ir más allá de los límites individualistas que inevitablemente plantean las estrategias jurisdiccionales fundadas en la concepción patrimonialista de los derechos públicos subjetivos.<sup>56</sup> En efecto, la fuerza jurídica de estas acciones tiene muchas veces que ver con la posibilidad de que los pobres de manera conjunta tengan acceso a la justicia, evitando el excesivo coste que supone la interposición de acciones individuales.<sup>57</sup>

- b) Desde el punto de vista de los *órganos jurisdiccionales*, también sería posible identificar una serie de instrumentos que permitirían a los tribunales lidiar con algunos de los problemas que supone la tutela específica de derechos sociales. Así, por ejemplo, las medidas cautelares,<sup>58</sup> las acciones declarativas de certeza, las acciones de cumplimiento,<sup>59</sup> o las acciones de reparación por daños y perjuicios son técnicas procesales que bien pueden utilizar-

---

56. En materias como el medio ambiente, la salud o la protección de consumidores y usuarios, se ha manifestado la necesidad de reconocer al conjunto de los ciudadanos o a determinados colectivos una legitimación procesal amplia que, por su propia naturaleza, excluye la posibilidad de acreditar un interés directo o una lesión individual. Las acciones populares, de intereses difusos, colectivos o de interés general son variantes de este tipo de instrumentos procesales. Al respecto puede verse, en general, L. Bujosa Vadell, *La protección jurisdiccional de los intereses de grupo*, Cedecs, Barcelona, 1995.

57. Vid. D. Martínez y A. Uribe, «Estrategia de exigibilidad jurídica de los DESC mediante acciones en los planos nacional e internacional», en *Para exigir nuestros derechos*, Plataforma Interamericana de Derechos Humanos, Democracia y Desarrollo, Bogotá, 1999, p. 90.

58. De acuerdo con la definición ya clásica de P. Calamandrei, las medidas cautelares constituyen una suerte de anticipación provisional de ciertos efectos de la providencia definitiva, efectos encaminados a prevenir el daño que podría derivarse del retardo del fallo de fondo. Respecto de su función en el derecho moderno, E. García de Enterría comenta: «(C)omo una manifestación más del proceso de subjetivización resuelta de la justicia administrativa, ha pasado a primer término en la última mitad del siglo XIX, la cuestión de la disponibilidad por los recurrentes de un amplio sistema eficaz de medidas cautelares frente a la expeditividad de la actuación administrativa, amparada en el viejo y sólido privilegio de la ejecutoriedad inmediata de sus decisiones», en *Problemas del derecho público al comienzo de siglo*, Civitas, Madrid, 2001. p. 51

59. La acción de cumplimiento, prevista por ejemplo en el ordenamiento colombiano, tiene como finalidad hacer efectivos deberes consagrados en leyes o actos administrativos que han sido desconocidos o incumplidos por negligencia o mora irrazonable de las autoridades públicas.

se como herramientas para prevenir o sancionar violaciones administrativas directas en materia de derechos sociales, pudiendo disponer de vías de compensación para casos concretos.<sup>60</sup>

Igualmente, los tribunales constitucionales han ido desarrollando mecanismos de intervención, que llegado el caso, pueden ser útiles para controlar la ausencia de políticas públicas constitucionalmente razonables o incluso la ausencia de las mismas. Las sentencias de inconstitucionalidad sin nulidad,<sup>61</sup> las sentencias con efectos aditivos, tanto de prestación como de principio,<sup>62</sup> e incluso las sentencias de

---

60. En ese sentido, el Tribunal Constitucional español ha sostenido, entre otras en su Sentencia 238/1992, que «Los instrumentos procesales han de articularse de tal modo que aseguren, sin inmunidades del poder, una fiscalización plena del ejercicio de las atribuciones administrativas (en virtud) del mandato de plena justiciabilidad del actuar administrativo, presente en el artículo 106.1 de la Constitución». No hay elementos de peso para que un juicio de esta índole no se extienda con igual contundencia al ámbito de tutela directa o indirecta de los derechos sociales.

61. A través de las sentencias de inconstitucionalidad sin nulidad los tribunales constitucionales reconocen que una norma o un precepto son constitucionalmente ilegítimos, pero se abstienen de pronunciar una sentencia estimatoria (que tendría el efecto de anular la norma en cuestión, dejando una laguna en la materia o resucitando, de manera indeseada, normas ya derogadas) Como alternativa, dirigen una recomendación al legislador para que corrija la vulneración y la adecue al dictado constitucional.

62. Las sentencias aditivas son sentencias parcialmente estimatorias mediante las cuales los tribunales constitucionales anulan una disposición «en la parte en que no prevé» algo que debería haber contemplado para ser conforme a la Constitución. Así, cuando una ley conecta una determinada consecuencia jurídica (el otorgamiento de una prestación, por ejemplo) a un cierto supuesto de hecho pero omite conectar la misma consecuencia a otro supuesto que, según el tribunal, es igual o similar al supuesto regulado, y por tanto merecería la misma regulación jurídica.

Las sentencias aditivas están vinculadas a la problemática de la inconstitucionalidad por omisión ya que el asunto que se sustancia en sede jurisdiccional tiene que ver, precisamente, con un insuficiente desarrollo legislativo. Dicho en términos más concretos, las sentencias aditivas suelen utilizarse para hacer frente a las llamadas omisiones relativas, es decir, a vulneraciones del principio de igualdad provocadas por una omisión parcial del legislador.

Tratándose de casos que comprenden la asignación de prestaciones, los tribunales pueden: 1) anular la disposición que prevé la prestación, por considerarla un «privilegio» discriminatorio; 2) disponer una igualación «hacia arriba», ordenan-

inconstitucionalidad por omisión<sup>63</sup> o los *mandados de injunção*<sup>64</sup> son herramientas que podrían permitir —y de hecho han permitido— a los tribunales establecer un diálogo garantista y no siempre condescendiente con las instituciones políticas, contribuyendo a identificar, a hacer visibles y eventualmente, a reparar, incumplimientos del legislador en materia de derechos fundamentales que de otro modo hubieran sido consideradas opciones políticas no susceptibles de control.<sup>65</sup>

do la extensión de la prestación a los sujetos arbitrariamente excluidos (sentencias aditivas de prestación); o 3) establecer los principios que el legislador debería observar para reparar su omisión (sentencias aditivas de principio).

Para un análisis más profundo del tema, Vid., para el caso español, M. González Beilfuss, *Tribunal Constitucional y reparación de la discriminación normativa*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 2000; F. J. Díaz Revorio, *Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional*, Lex Nova, Valladolid, 2001. Para el caso italiano, pueden consultarse, entre otros, los estudios de C. Colapietro, *La giurisprudenza costituzionale nella crisi dello stato sociale*, Cedam, Padua, 1996 y C. Salazar, *Dal riconoscimento alla garanzia dei diritti sociali*, op. cit. pp. 127 y ss.

63. En un sentido amplio, la inconstitucionalidad por omisión consiste en la falta de desarrollo por parte del poder legislativo, durante un tiempo irrazonablemente largo, de aquellas normas constitucionales de obligatorio y concreto desarrollo, de forma tal que se impide su eficaz aplicación.

La posibilidad de controlar omisiones absolutas del legislador es una de las que más reticencias suscita en la doctrina constitucional tradicional (Vid., por todos, J. Pérez Royo, «Inconstitucionalidad por omisión», en M. Aragón (coord.), *Temas básicos de derecho Constitucional. Tomo I*, Civitas, Madrid, pp. 66 y ss.). No han faltado, sin embargo, ordenamientos que han previsto mecanismos para amonestar al órgano remiso en caso de incumplimiento. Así, la Constitución yugoslava de 1974, en su artículo 337. O posteriormente, la Constitución portuguesa de 1976 (con sus reformas de 1982) y la húngara o la brasileña de 1982. Al respecto Vid., entre otros, J. Fernández Rodríguez, *La inconstitucionalidad por omisión*, Civitas, 1998, Madrid, p. 85; I. Villaverde Menéndez, *La inconstitucionalidad por omisión*, Mc Graw Hill, Madrid, 1997.

64. Siguiendo la tradición de los *writs of mandamus* del derecho anglosajón, la Constitución de Brasil de 1998 prevé, junto a la acción de inconstitucionalidad por omisión (art. 103 párr. 2), el *mandado de injunção* (art. 5, inciso LXXI). Dicha figura permite, en caso de que la ausencia de norma de desarrollo torne inviable el ejercicio de «los derechos y libertades constitucionales y de las prerrogativas inherentes a la nacionalidad, a la soberanía y a la ciudadanía», la suplencia de la misma por parte del poder judicial con efectos entre las partes. Vid. A. Rachid Coutinho, «Tutela jurisdiccional de los derechos sociales», en *Contextos*, n° 3, Buenos Aires, 1999. pp. 32 y ss.

65. Para el caso europeo Vid., por todos, E. Aja (coord.) *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el legislador de la Europa actual*, Ariel, Barcelona, 1998.

Naturalmente, la puesta en marcha y el perfeccionamiento de estos mecanismos pueden exigir, dependiendo del ordenamiento, interpretaciones garantistas creativas por parte de la jurisdicción o, allí donde no fuera posible, la introducción de reformas legislativas o constitucionales.<sup>66</sup> Lo importante, en lo que aquí concierne, es que la ausencia de dichas herramientas procesales en un ordenamiento concreto no depende de límites estructurales e insuperables. Por el contrario, depende más bien de la imaginación y del valor de juristas y políticos, así como de la presión que la ciudadanía ejerza para regenerar los débiles mecanismos de garantía de los derechos sociales vigentes en los sistemas jurídicos actuales.

- c) Algo similar puede decirse con respecto a las dificultades que puede presentar la ejecución de condenas contra el Estado. Aunque ha sido típico en la tradición administrativa continental otorgar a los estados ventajas procesales que serían impensables en conflictos suscitados entre particulares, es un principio inherente a la lógica del constitucionalismo considerar que la discrecionalidad absoluta, la falta de imparcialidad o la ruptura de la igualdad de

---

66. En el caso español, por ejemplo, las garantías jurisdiccionales de los derechos fundamentales vinieron fijadas por una ley preconstitucional, la 62/78. Este panorama se modificó, de manera tardía, con la aprobación de la Ley 29/1998, que regula la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LJCA); de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil (LEC), y del Real Decreto Legislativo 2/1995, de Procedimiento Laboral (RDPL).

La amplia legitimación procesal contemplada tanto en la LJCA como en la LEC podrían abrir interesantes cauces de exigibilidad aplicada al ámbito de los derechos habitacionales. El art. 11 de la LEC, por ejemplo, reconoce legitimación procesal no sólo al perjudicado individual, sino también a las asociaciones legalmente constituidas con el objeto de proteger a consumidores y usuarios, así como a los propios grupos afectados. El art. 18 de la LJCA, por su parte, establece que «tienen capacidad procesal ante el orden jurisdiccional contencioso administrativo, además de las personas que la ostenten de acuerdo a la Ley de Enjuiciamiento Civil (...) los grupos de afectados, uniones sin personalidades o patrimonios independientes o autónomos». Y a tenor del art. 19 «están legitimados ante el orden jurisdiccional contencioso administrativo: a) Las personas físicas o jurídicas que ostenten un interés legítimo; b) Las corporaciones, asociaciones, sindicatos y grupos y entidades a que se refiere el artículo 18 que resulten afectados o estén legalmente habilitados para la defensa de los derechos e intereses legítimos colectivos».