

armas constituyen violaciones al debido proceso y a la tutela judicial efectiva.⁶⁷

Es más, el principio de control de todo poder que inspira la doctrina constitucionalista debe extenderse incluso a las omisiones legislativas que ocasionen vulneraciones de derechos. En el estado actual de desarrollo de las técnicas jurisdiccionales en el derecho comparado no cabe sostener que los tribunales constitucionales sean impotentes frente a un legislador inoperante.⁶⁸ Las recomendaciones y los mandatos al legislador, como se ha sostenido, son una prueba de ello. Y los datos al legislador, como se ha sostenido, son una prueba de ello. Y los son a pesar de su limitada fuerza ejecutiva, puesto que en ciertos ámbitos la evaluación del alcance normativo de las constituciones y de los derechos contenidos en ella no puede realizarse solamente en función de la existencia o no de instrumentos de sanción propios de otras áreas del derecho. En último término, lo importante es que existan controles que restrinjan la discrecionalidad del poder legislativo y, llegado el caso, lo obliguen a argumentar y a defender sus acciones, o su inercia, ante la opinión pública.

En Alemania, por ejemplo, ante mandatos explícitos dirigidos al legislador por la Ley Fundamental, el Tribunal constitucional puede, en un primer momento, emitir una ordenanza de ejecución. Si el legislador continúa inactivo, puede censurar su pasividad y fijarle un plazo reglamentario para la elaboración de la norma. Una vez concluido ese plazo, si se mantiene el incumplimiento, el Tribunal puede declarar al Legislativo (o al Ejecutivo, según el caso) incurso en violación constitucional. Y lo interesante es que, si bien el Tribunal ha sido prudente a la hora de hacer valer este procedimiento, en la mayoría de los casos ha bastado que el Tribunal simplemente amenazase con un veredicto de violación constitucional, para activar al legislador. De ahí que, como bien se ha afirmado, no quepa «de entrada, descalificar como ineficaz

67. Así lo entendió el propio ordenamiento comunitario europeo cuando el Tratado de Maastricht modificó el artículo 171 del Tratado de Roma (influido tal vez por la tradición francesa) para que el Tribunal de Justicia pudiera forzar, mediante el sistema de multas coercitivas o *astreintes*, las medidas particulares que se derivan de una sentencia condenatoria de un Estado por incumplimiento de las obligaciones del Derecho Comunitario. Vid. E. García de Enterría, *Problemas del derecho público al comienzo de siglo*, op. cit., p. 50.

68. R. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, op. cit., pp. 496 y ss.

4

en el Estado social la función de los derechos fundamentales entendidos como reglas de actuación legislativas». ⁶⁹

Por el contrario, a pesar del alcance práctico notoriamente insuficiente de la inconstitucionalidad por omisión en ciertos contextos, debe decirse que la mayor o menor eficacia de las recomendaciones a los parlamentos omisos no ha dependido tanto de la ausencia de sanciones para los casos de incumplimiento como de la propia resistencia por parte de los jueces a la hora de utilizar estos mecanismos. ⁷⁰ Por eso, las propuestas de exclusión de la inconstitucionalidad por omisión de aquellos ordenamientos en los que se encuentra prevista, así como la reticencia a admitirla en otros, lejos de ser un criterio «realista», desempeña un papel regresivo desde el punto de vista de la eficacia normativa de los derechos sociales.

El argumento de la escasa tradición jurisdiccional en la materia

A los argumentos expuestos contra la justiciabilidad podría agregarse uno más general, de tipo cultural, que condiciona en cierto modo

69. H. P. Schneider, *Democracia y Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991. p. 146.

70. En la doctrina española, por ejemplo, F. Tomás y Valiente defendió las ventajas de las «recomendaciones orientadoras» en un interesante ensayo: «Notas sobre y desde el Tribunal Constitucional al legislador», en *Escritos sobre y desde el Tribunal Constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993. pp. 101 y ss.

El Tribunal Constitucional, por su parte, reconoció tempranamente en el FJ 8 de su Sentencia 15/1982 sobre la objeción de conciencia que «cuando se opera con (una) reserva de configuración legal el mandato constitucional puede no tener, hasta que la regulación se produzca, más que un mínimo contenido (...) pero ese mínimo contenido ha de ser protegido ya que de otro modo el amparo previsto en el artículo 53.2 de la Constitución carecería de efectividad y se produciría la negación radical de un derecho que goza de la máxima protección constitucional en nuestro ordenamiento». «La dilación en el cumplimiento del deber que la Constitución impone al legislador —remata el TC— no puede lesionar un derecho reconocido en ella».

Se trata, por desgracia, de una posición que el propio Tribunal, suscribiendo la teoría de los dos tipos contrapuestos de derechos, ha abandonado al referirse a los Principios Rectores de la Política Económica y Social recogidos en el Capítulo III del Título I. Así, en la STC 45/1989, sostuvo que, teniendo en cuenta la «naturalidad» de dichos principios, «es improbable que una norma legal cualquiera pueda ser considerada inconstitucional por omisión, esto es, por no atender, aisladamente considerada, el mandato a los poderes públicos y en especial al legislador, en el que cada uno de esos principios por lo general se concreta» (FJ 4).

a los anteriores: la ausencia, tanto desde el punto de vista institucional y académico, como desde la perspectiva de las propias víctimas, de una tradición arraigada de exigibilidad de derechos sociales no estrictamente laborales —a la salud, a la educación, a la vivienda, a la alimentación— a través de vías jurisdiccionales.⁷¹

Pese a la existencia, se afirma, de normas de jerarquía constitucional que consagran derechos sociales, el enfoque dominante tanto en las facultades de derecho como en la práctica judicial es a menudo el de considerarlos como derechos secundarios, esto es, como simples derechos de configuración legal cuya protección por parte de los tribunales supondría, además de una inminente rendición del sistema político al designio de los jueces, una sobrecarga intolerable para las arcas públicas.⁷² Es más: incluso en aquellos casos que de hecho com-

71. V. Abramovich y C. Courtis, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, op. cit. pp. 131 y ss.

72. La propia categoría de derechos de configuración legislativa como categoría atribuida a un tipo específico de derechos debería considerarse problemática en una democracia constitucional en la que todos los derechos, por su solo rango constitucional, gozan de un núcleo indisponible que debería poder exigirse de manera directa aun en caso de omisión legislativa.

Refiriéndose a este tema en el ámbito español, J.L. Requejo Pagés sostiene que «prácticamente todos los derechos fundamentales (...) precisan, en mayor o menor medida, de la intervención legislativa, siquiera sólo sea a los efectos de regular las condiciones de su ejercicio». Sin embargo, luego intenta distinguir entre unos «derechos de libertad» que habrían sido enunciados de un modo «conciso y lapidario» y cuya concreción última de contenido «sólo puede ser la decidida en última instancia por el Tribunal Constitucional» y otros derechos, «de configuración legal», en los que el legislador no sólo ha de «arbitrar los medios precisos para la ordenación de la conducta en que el derecho consiste», con un ámbito de discrecionalidad casi ilimitado, sino además ha de «definir el contenido mismo del derecho», que se integraría así, «además de por el núcleo esencial indisponible (art. 53 CE)», por el legislativamente configurado.

Dejando de lado por ahora la polémica acerca de la fundamentalidad de los derechos sociales en la Constitución española, la tesis resulta discutible. No se ve, en efecto, por qué los jueces no podrían participar en la configuración del contenido mínimo de otros derechos que no sean los clásicos civiles y políticos. En última instancia, el propio Requejo reconoce que todos los derechos aparecen en la Constitución descritos «en términos de una generalidad y una abstracción tales que se hace imprescindible, de un lado, concretar adecuadamente su contenido y, de otro, disponer las condiciones en que pueden ser ejercitados». Vid. «Derechos de configuración legal», en M. Aragón (coord.) *Temas básicos de derecho constitucional*. Tomo III, Civitas, Madrid, 2001, pp. 134 y ss.

portan la protección jurisdiccional de derechos sociales por su relación de conexión con otros derechos civiles y políticos, la tendencia es la de «narrar» jurídicamente lo ocurrido en términos de una simple protección de derechos liberales clásicos. Como si la sola toma de conciencia, como si la sola «visibilidad» argumentativa de que los derechos sociales pueden protegerse ante los tribunales pudiera arrojar a las instituciones a una pendiente resbaladiza cuyos efectos resultarían, a la postre, incontrolables.

Desde el punto de vista de las víctimas, igualmente, no es extraño que la violación de necesidades habitacionales, sanitarias o educativas básicas sean contemplados, en un conflicto concreto, antes como un acto de injusticia política que como la vulneración de un derecho reconocido por los propios poderes públicos. Incluso en este último caso, la explicable desconfianza frente a jueces y abogados hace que las estrategias de exigibilidad política —movilizaciones, protestas públicas, campañas de divulgación y de presión, entre otras— desplacen a las de tipo jurisdiccional.

Ahora bien, sin perjuicio del peso que estas dificultades puedan tener, nada obliga a aceptarlas como parte de un horizonte inmodificable. En último término, los tratados, las constituciones o los derechos fundamentales no son otra cosa que un conjunto de significados.⁷³ Rigen, funcionan, mientras su sentido es compartido. Por eso la lucha por el derecho y por los derechos sociales debe verse también como una batalla cultural dirigida a modificar el «sentido común» dominante y a hacer madurar en la conciencia civil la idea de que también los derechos, cuando vienen acompañados de los respectivos contrapoderes ciudadanos, pueden convertirse en leyes del más débil contra la ley del más fuerte que inevitablemente campa en su ausencia.⁷⁴ Como bien se ha señalado al respecto:⁷⁵

73. Vid. L. Ferrajoli, «El Estado constitucional de derecho hoy: el modelo y su divergencia de la realidad», en P. Andrés Ibáñez (ed.) *Corrupción y Estado de derecho. El papel de la jurisdicción*, Trotta, Madrid, 1996. pp. 28 y ss.

74. Para un interesante panorama de estrategias jurídicas de defensa de grupos vulnerables, Vid. A. Sarat y S. Scheingold, *Cause Lawyering. Political Commitments and Professional Responsibilities*, Oxford University Press, Nueva York, 1998.

75. V. Abramovich y C. Curtis, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, op. cit. p. 132.

Una tradición, con todo el peso que pueda tener, no es más que un conjunto arraigado de actitudes y creencias contingentes. La manera de revertirla es, justamente, avanzar en el planteamiento de casos judiciales sólidos, en los que se reclame por la violación de derechos económicos, sociales y culturales. La gradual acumulación de precedentes judiciales que permitan extraer principios de actuación operables en contextos análogos, hará posible un cambio de actitud por parte de los tribunales, y una posible visibilidad de la posibilidad de reclamo judicial por parte de las propias víctimas. Nada mejor que recordar aquí la máxima hegeliana: «A nadar se aprende nadando».

La justiciabilidad, en síntesis, es un concepto contingente, fluido, que varía de acuerdo al contexto y sobre todo de acuerdo al tiempo. Su alcance no se encuentra definido de una vez y para siempre.⁷⁶ Tratándose de la justiciabilidad frente a la administración, difícil sería discrepar con la afirmación según la cual lo que ha tenido lugar en buena parte del derecho moderno es un auténtico «cambio de paradigma».⁷⁷ En virtud del mismo, el contencioso administrativo, de ser un medio de orden público de protección de la legalidad de la administración, ha pasado a conformar un sistema de tutela o protección de derechos e intereses legítimos de las personas, en tensión con la idea de inmunidad del poder.

Y algo similar puede decirse en relación con los controles jurisdiccionales frente al legislador. La idea de que el constitucionalismo es una técnica reñida con la soberanía de todo poder, incluso del electoralmente legitimado, abre un amplísimo campo de experimentación del que la tutela de los derechos sociales no puede quedar fuera. En las condiciones actuales, en todo caso, que los órganos jurisdiccionales tengan algo que decir en materia de control y garantía de los derechos sociales no supone que deban tener la última y ni siquiera la última palabra en la cuestión. De las muchas

76. Así, S. Craig y P. Macklem, «Constitutional Ropes of Sand or Justiciable Guarantees? Social Rights in a new South African Constitution», en *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 144, nº 1, 1992. p. 17.

77. De «cambio de paradigma», en el sentido de Kuhn, habla E. García de Enterría, *Problemas del derecho público al comienzo de siglo*, op. cit. p. 85.

opciones que el legislador tiene, por ejemplo, en materia de política habitacional, los jueces pueden exigirle que ponga en marcha grupos más necesitados e incluso sugiriéndole un término sensato para hacerlo.

Los controles intermedios, desde esta perspectiva, no tienen por que ser controles definitivos, y el intercambio de información y de demandas entre instancias jurisdiccionales, legislativas, administrativas y ciudadanas puede constituir una mejor manera, más eficaz y dialógica (aunque no exenta de conflictos y presiones) de identificar los supuestos de violación de los derechos y los mecanismos más idóneos para su reparación.⁷⁸

En su Informe de 1995, el Relator Especial sobre Derecho a la Vivienda de Naciones Unidas identificó, sin pretensión de exhaustividad, una serie de supuestos en los que, siguiendo los criterios establecidos por la OG nº 4 del Comité de DESC, el derecho a la vivienda resultaba desde un punto de vista técnico perfectamente justiciable tanto en el ámbito interno como en el internacional.⁷⁹

- a) Las demandas destinadas a evitar desalojos planeados o demoliciones mediante la emisión de mandatos de los tribunales.
- b) Los procedimientos que persiguen la indemnización de un desalojo ilegal.

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

79. UN Doc. E/CN.4/Sub.2/1995/12, parágrafo 95.

- c) Las demandas contra acciones ilegales realizadas o apoyadas por propietarios públicos o privados en relación con los niveles de alquiler, el mantenimiento de la vivienda y la discriminación racial o de otro tipo de los inquilinos.
- d) Las denuncias de cualquier forma de discriminación en la asignación y acceso a la vivienda;
- e) Las demandas contra arrendadores por condiciones insalubres o inadecuadas de vivienda;
- f) En aquellos sistemas procesales que lo permitan, la interposición de acciones de clase (colectivas) relacionadas con situaciones de incremento significativo en los niveles generales de falta de hogar.

Del mismo modo, como ya se ha apuntado con anterioridad, la OG nº 7, referida a los desalojos forzosos, identifica una serie de garantías procesales, todas ellas exigibles ante órganos jurisdiccionales, que se podrían aplicar en el contexto de los desahucios. Estos elementos, combinados con otros principios del derecho internacional referidos a la justiciabilidad de derechos (incluidos los derechos civiles y políticos) así como con la práctica de los sistemas jurisdiccionales estatales, proporciona elocuente evidencia en torno a las posibilidades —y a la obligación— de los estados de asegurar el acceso a garantías secundarias en caso de que las garantías normativas primarias resulten vulneradas.

No se trata, por tanto, de simples invenciones teóricas o de propuestas de *lege ferenda*. Tanto la justiciabilidad directa de los derechos habitacionales, como su protección a través de otros derechos civiles y políticos, desde el derecho al proceso debido y a la igualdad hasta el derecho a la información o a la seguridad personal, son realidades lo suficientemente consolidadas en el derecho estatal comparado y en el derecho internacional como para rechazar las objeciones «estructurales» que pretenden reducir los derechos habitacionales a simples derechos de configuración legal, supeditados al humor de los órganos políticos e inaccesibles a todo tipo de escrutinio judicial.

La tutela jurisdiccional de los derechos habitacionales en el ámbito estatal

Un primer tipo de casos en los que es posible constatar la protección jurisdiccional directa o indirecta del derecho a la vivienda son los

que provienen de los propios estados. A menudo suele lamentarse que, a diferencia de los derechos civiles y políticos, no exista un cuerpo jurisprudencial en materia de derechos sociales que permita su elaboración y perfeccionamiento ulterior. Sin, embargo, como se ha intentado argumentar, esto es sólo parcialmente cierto. Aunque se trata de un cuerpo embrionario, pocas veces compilado de manera sistemática, son numerosos los casos que demuestran que los derechos sociales pueden ser invocados y protegidos por órganos de tipo jurisdiccional o semi-jurisdiccional. Esta jurisprudencia se ha manifestado básicamente de dos maneras.⁸⁰

- a) Por un lado, los tribunales han reconocido paulatinamente que también los derechos civiles y políticos presentan una dimensión socio-económica.⁸¹ Muchas veces, sobre todo en aquellos ordenamientos cuyas constituciones no consagran de manera explícita derechos sociales o los recogen como simples principios normativos, estos derechos «clásicos» han servido para garantizar aspectos negativos de derechos sociales tradicionales (como en el caso de la prohibición de desalojos arbitrarios) o para extender el alcance del principio de igualdad y de no discriminación al ámbito socio-económico (protección de minorías en cuestiones de educación, vivienda, salud y políticas públicas en general). Otras veces, los tribunales han deducido la existencia de derechos sociales exigibles por su conexión con derechos civiles y políticos positivamente consagrados (así, el derecho a la

80. Vid. «50 Leading Cases on Economic, Social and Cultural Rights: Summaries», *Working Paper n° 1, ESC Rights Litigation Programme*, Centre on Housing Rights and Evictions, Ginebra, 2003.

81. La Ley Fundamental de Bonn, por ejemplo, no consagra prácticamente — salvo en cuestiones vinculadas a la educación y a la protección de la familia— derechos sociales. Sin embargo, a partir del principio del Estado social (artículos 1.1, 20.1 y 28.1) y de algunos derechos civiles y políticos fundamentales el Tribunal Constitucional ha derivado el reconocimiento de derechos sociales básicos. Así, del derecho al libre desarrollo de la personalidad (artículos 2), la exigencia de un mínimo vital garantizado por el Estado; del derecho a la libre elección de profesión (art. 12), la exigencia de cobertura por desempleo; de la inviolabilidad del domicilio, la tenencia de una vivienda que al menos permita a un individuo mantener preservada su intimidad. Vid. H. P. Schneider, *Democracia y Constitución*, op. cit. pp. 144 y ss.

alimentación o al agua como deducción por conexión del derecho a la vida).⁸² Algunos ejemplos extraídos de la práctica jurisprudencial de los Estados Unidos, Canadá, el Reino Unido o la India pueden ser ilustrativos respecto a estos supuestos de protección indirecta.

- b) Por otra parte, una jurisprudencia más clara en materia de derechos sociales ha comenzado a desarrollarse en muchos ordenamientos, sobre todo de América Latina y África del Sur, cuyas constituciones fueron reformadas como producto de los procesos de democratización de las décadas de los 80 y los 90. En muchas de dichas constituciones los derechos sociales se consagran como derechos explícitamente justiciables. A partir de dicho principio y de la influencia del derecho internacional en la materia, muchos tribunales han emitido decisiones creativas y establecido estándares avanzados de protección. El caso sudafricano o el argentino ofrecen algunos ejemplos interesantes al respecto.

Casos de justiciabilidad indirecta y directa de los derechos habitacionales

Aunque el análisis de casos aislados dice poco acerca de los avances, permanencias y retrocesos de las grandes políticas en materia de vivienda, en cambio ofrece una muestra de lo que los tribunales pueden efectivamente hacer cuando existe «voluntad de Constitución»⁸³

82. El caso del derecho al agua es paradigmático. El Tribunal de Arbitraje de la Comuna de Wemmel, en Bélgica, reconoció en su sentencia 36/1984 el derecho de todos a un mínimo de agua potable a partir del artículo 23 de la Constitución que tutela el derecho a un ambiente sano.

Los tribunales indios dedujeron una pretensión similar del derecho a la vida (art. 21 de la Constitución). En *F.K. Hussain v. Union of India* (1990), por ejemplo, el Tribunal Supremo sostuvo que «el derecho al agua dulce y al aire fresco son atributos del derecho a la vida en la medida en que son elementos básicos para que ésta sea posible».

En Argentina, por su parte, la Cámara de Apelaciones de la Provincia de Neuquén confirmó en 1997 una sentencia que obligaba al poder ejecutivo local a proporcionar agua potable a los miembros de una Comunidad Mapuche Paynemil. La Cámara entendió que el poder ejecutivo había permitido que una empresa petrolera vulnerara el derecho a la salud de los integrantes de dicha comunidad, incluidos los niños.