

La justiciabilidad del derecho a la vivienda en la reciente jurisprudencia sudafricana

Victor ABRAMOVICH y Christian COURTIS

Este breve trabajo tiene por objeto comentar una reciente sentencia de la Corte Constitucional de la República de Sudáfrica, en la que el tribunal ha comenzado a marcar pautas interpretativas vinculadas con la tutela judicial de derechos sociales¹. Aunque la atención internacional se haya centrado mayormente sobre el trabajo de la Comisión de Verdad y Reconciliación, el proceso de construcción de un nuevo Estado de derecho en Sudáfrica supone una tarea mucho más vasta, que incluye no sólo el establecimiento de aquellas reglas formales características de la democracia republicana, sino también la remoción de los obstáculos sociales y económicos —directamente generados por décadas de imperio del *apartheid*— que impiden a gran parte de la población participar de la vida política y acceder a la distribución de la riqueza de ese país. Uno de los hitos de ese proceso fue la aprobación, en 1996, de una Constitución de corte social, entre cuyas fuentes de inspiración se cuenta el constitucionalismo social europeo —en especial, la Ley Fundamental alemana— y el derecho internacional de los derechos humanos. La Constitución sudafricana incorpora, sin distinción, derechos civiles, políticos y sociales², y una garantía expresa de justiciabilidad de todos ellos³, amén de un sistema de control de constitucionalidad concentrado basado sobre el modelo alemán. Dado lo reciente de este instrumento constitucional, los tribunales sudafricanos recién están decidiendo los primeros casos fundados en la aplicación de estas normas⁴, aunque la Corte Constitucional ya había manifestado —en el procedimiento de certificación de la Constitución previsto por la misma como requisito para su en-

trada en vigencia, y ante la impugnación de la inclusión de derechos sociales en el texto constitucional por parte de grupos conservadores— su compromiso con la exigibilidad de las obligaciones estatales de respeto y protección de estos derechos⁵.

En el caso "*The Government of the Republic of South Africa and others vs. Grootboom, Irene and others*"⁶, del 4 de octubre de 2000, la Corte Constitucional se enfrentó por primera vez a la cuestión de la justiciabilidad del derecho a la vivienda. En esa contienda, el tribunal analizó una apelación interpuesta por el gobierno sudafricano contra la orden de proveer refugio a 390 personas mayores de edad y 510 niños que habían sido desalojados de un terreno privado en la Provincia del Cabo Occidental.

Irene Grootboom y los demás demandantes habían requerido al tribunal superior del Cabo de Buena Esperanza una orden judicial exigiendo al gobierno local y federal la provisión de un refugio en condiciones adecuadas o un alojamiento provisorio hasta que obtuvieran una vivienda permanente, luego de haber sido desalojados de un terreno que ocupaban, a su vez afectado a planes oficiales de construcción de viviendas.

Los demandantes basaron sus reclamos sobre dos cláusulas constitucionales. En primer término invocaron el artículo 26 de la Constitución sudafricana, que establece que toda persona tiene el derecho de acceder a una vivienda adecuada, e impone al Estado en la sección 26 (2) la obligación de adoptar medidas de orden legislativo y otro tipo de medidas razonables para asegurar la realización progresiva del derecho dentro de los recursos disponibles⁷. En segundo término invocaron el artículo 28 (1) (c), que establece el derecho de los niños a un refugio básico⁸.

¹ El trabajo forma parte de una investigación más amplia sobre la justiciabilidad de los derechos sociales, de próxima publicación en Editorial Trotta. Para un avance preliminar, v. Abramovich, V. y Courtis, C., "Hacia la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. Estándares internacionales y criterios de aplicación ante los tribunales locales", en Abregú, M. y Courtis, C. (comps.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, CELS-Ed. del Puerto, Buenos Aires, 1997.

² Constitución de la República de Sudáfrica, artículo 23 (derechos laborales y sindicales), artículo 24 (derechos ambientales), artículo 26 (derecho a la vivienda), artículo 27 (derecho a la asistencia médica, agua, alimentación y seguridad social), artículo 28 (derechos de los niños), artículo 29 (derecho a la educación), artículos 30 y 31 (derechos culturales).

³ Constitución de Sudáfrica, artículo 38.

⁴ Para una revisión de las primeras aplicaciones jurisprudenciales en la materia, v. Brand, D., "*Hard cases. A review of cases and international developments relating to socio-economic rights*", en *Economic and Social Rights Review*, vol. 1, marzo 1998 (editada por el Centro de Derechos Socio-económicos de la Universidad de Pretoria). Agradecemos al autor por la gentil remisión de una copia del trabajo

⁵ V. Corte Constitucional de Sudáfrica, *In re. Certification of the Constitution of the Republic of South Africa, 1996, 1996* (10) BCLR 1253 (CC)

⁶ Corte Constitucional de Sudáfrica, caso CCT 11/00, *The Government of the Republic of South Africa and others vs Irene Grootboom and others*.

⁷ Constitución de Sudáfrica, artículo 26. "(1) Todos tienen derecho a acceder a una vivienda adecuada; (2) El Estado debe adoptar medidas razonables, tanto legislativas como de otra índole, conforme a los recursos disponibles, para lograr la realización progresiva de este derecho; (3) Nadie puede ser desalojado de su hogar, o sufrir la demolición de su hogar, sin orden judicial adoptada una vez consideradas todas las circunstancias relevantes. La legislación no puede permitir los desalojos arbitrarios".

⁸ Constitución de Sudáfrica, artículo 28 (1) c. "Todo niño tiene derecho a la alimentación y refugio básicos, y a servicios de salud y servicios sociales básicos".

El tribunal local aceptó la petición y ordenó al gobierno proveer refugio a las familias con niños, estableciendo que debía reunir ciertas condiciones mínimas como letrinas y suministro regular de agua. El tribunal fundó su decisión en el artículo 28 (1) (c) de la Constitución y trató de definir cuáles eran los elementos básicos que debía reunir ese refugio, considerando sin embargo a esta protección como rudimentaria en relación con la provisión de una casa o una vivienda adecuada, en el esquema de obligaciones de la Constitución. El gobierno nacional y el de la Provincia del Cabo Occidental apelaron la decisión ante la Corte Constitucional de Sudafrica.

El caso ponía en evidencia un serio conflicto social que tenía sus raíces en el régimen del *apartheid*. Uno de los puntos centrales de esa política fue el férreo control tendente a excluir a la población africana (negra) de las zonas urbanas, favoreciendo el asentamiento de población mestiza (*coloured*). En la Provincia del Cabo Occidental, donde se desarrollan los hechos del caso, la entrega de viviendas en áreas urbanas a familias de la comunidad africana estaba congelada desde hacía aproximadamente treinta años. Pese a ello, los traslados de familias de la comunidad africana desde zonas rurales a zonas urbanas, en busca de oportunidades laborales, no había cesado. Cientos de miles de personas habitaban en asentamientos precarios situados en terrenos ocupados, sufriendo el hostigamiento de las fuerzas policiales que procedían habitualmente a realizar violentos desalojos masivos. Finalizado el régimen del *apartheid*, las autoridades debieron enfrentar como legado un profundo déficit de viviendas en las ciudades. El gobierno nacional y el local habían adoptado una serie de medidas de orden legislativo y comenzado la ejecución de varios programas de vivienda en las diversas instancias. Muchos de los demandantes habían ingresado en calidad de beneficiario a un programa municipal de subsidios para la obtención de viviendas de bajo costo, pero estaban en lista de espera desde hacía más de siete años y, pese a haber formulado reclamos formales por las demoras en el programa, no habían obtenido respuesta de las autoridades.

La Corte decidió analizar el caso no bajo el precepto sobre derecho de los niños a un refugio, sino sobre la base del más complejo artículo 26, que regula el derecho de acceso a una vivienda adecuada. El punto de partida del análisis del tribunal fue entender a los derechos económicos y sociales como derechos justiciables a partir de su reconocimiento expreso en la Constitución. "Los derechos económicos y sociales están expresamente reconocidos en la declaración de derechos de la Constitución y no puede decirse de ellos que existen sólo en el papel. La sección 7(2) de la Constitución requiere al Estado respetar, proteger, promover y garantizar los derechos constitucionales y los tribunales están obligados constitucionalmente a asegurar que esos derechos sean protegidos y garantizados. La cuestión entonces no es si los derechos económicos y sociales son justiciables en la Constitución sino cómo los hacemos efectivos en un caso determinado".

A fin de analizar el alcance de la obligación del Estado de garantizar el derecho de acceso a una vivienda adecuada, la Corte toma en cuenta un memorial *amicus curiae* presentado por el Legal Resources Centre con relación a los desarrollos del derecho internacional de los derechos humanos en esta materia. Así, evalúa el contenido de la obligación del Estado en materia de vivienda sobre la base de las Observaciones Generales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas. El memorial *amicus curiae* sugiere a la Corte avanzar en la determinación de ciertos contenidos mínimos o esenciales del derecho a la vivienda adecuada⁹, pero el tribunal entiende que la fijación de esos estándares resulta una cuestión excesivamente espinosa. Para la Corte la cuestión real, en términos de la Constitución, es determinar si las medidas adoptadas por el Estado en sus distintas jurisdicciones para realizar el derecho a la vivienda han sido razonables. Reconoce no obstante que pueden existir casos en los cuales resulte posible y a la vez apropiado considerar el contenido mínimo de un derecho para determinar la razonabilidad de las medidas adoptadas por el Estado. Pero para hacerlo es necesario contar con suficiente información y, en el caso, la Corte entiende que no cuenta con ella.

Ahora bien, ¿qué significa que el Estado¹⁰ debe adoptar medidas razonables para garantizar el derecho de acceso a una vivienda adecuada? La Corte avanza algunos criterios que son de enorme utilidad para entender las posibilidades de control judicial de políticas públicas en el área social.

Quizá uno de los elementos más interesantes en el examen que desarrolla el tribunal es su intento por determinar en líneas generales el margen de discrecionalidad del Estado para la elección de las medidas concretas que adopte a efectos de garantizar el derecho social. En este punto corresponde recordar que el criterio de control judicial establecido en el artículo 26 de la Constitución sudafricana es la *razonabilidad*, mientras que el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales establece que las medidas deben ser "apropiadas". Obvia-

⁹ V. Eide, A., "Realización de los derechos económicos, sociales y culturales. La estrategia del nivel mínimo", en *Revista de la Comisión Internacional de Juristas* n.º 43, diciembre de 1989, págs. 46-60. Ver también Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas, Observación General 4, "El derecho a una vivienda adecuada (par. 1 del art. 11 del Pacto)", del 13/12/91, y Observación General 7, "El derecho a una vivienda adecuada (par. 1 del art. 11 del Pacto): los desalojos forzados", del 20/05/97. Las Observaciones Generales del Comité pueden consultarse en el sitio de [internet://www.unhcr.ch/vbs/doc.nsf/](http://www.unhcr.ch/vbs/doc.nsf/)

¹⁰ La Corte se refiere a las diversas instancias del Estado y a las diferentes jurisdicciones como responsables de la adopción de estas medidas. Por ello, uno de los elementos que determinarán la razonabilidad de las medidas y políticas se vincula a la coordinación de las distintas áreas del gobierno y las diversas jurisdicciones, nacionales, provinciales y municipales. La Corte sostiene por lo tanto: "Cada jurisdicción debe aceptar su responsabilidad en la ejecución de una parte de los programas de vivienda, pero el gobierno nacional debe asumir la responsabilidad de garantizar que sus leyes, políticas, programas y estrategias sean adecuadas para satisfacer la obligación impuesta por el artículo 26". Existen algunas consecuencias concretas de este principio. El Estado nacional tiene, por ejemplo, la obligación de asegurar que la distribución de recursos fiscales destinados a vivienda entre las provincias y las municipalidades sea equitativa.

mente los requisitos que debe cumplir una medida estatal para ser considerada “apropiada” resultan más estrictos que los que exige la noción de razonabilidad. El examen es más gravoso para el Estado bajo el Pacto que bajo la Constitución de Sudáfrica. La Corte enfatiza esa diferencia con el Pacto, y procura fijar el margen de decisión política del Estado en la elección de las medidas. Así afirma el tribunal: “Cuando la Corte en un caso considera la razonabilidad de una medida, no deberá preguntarse si hubieran podido adoptarse otras medidas más deseables o favorables, o si el dinero público hubiera podido utilizarse mejor. La cuestión será si la medida adoptada es razonable. Es necesario reconocer que el Estado cuenta con un amplio espectro de posibles medidas que podría adoptar para cumplir su obligación. Muchas de esas medidas podrían satisfacer el estándar de razonabilidad. Una vez que se demuestra que la medida adoptada satisface el estándar, la obligación del Estado se tiene por cumplida”.

Sin embargo, como la Corte sudafricana pone de manifiesto en el caso, aun bajo el estándar más laxo de razonabilidad, el Poder Judicial tiene un margen considerable de acción y la posibilidad concreta de analizar el diseño y la ejecución de esas medidas o políticas.

Si bien, como vimos, el tribunal descarta la posibilidad de definir contenidos mínimos, decide incorporar al examen de razonabilidad el análisis del alcance de las medidas o políticas, considerando que, para ser razonables, las medidas deben atender a quienes más lo necesitan, a aquellos que se encuentran en una situación de mayor peligro o vulnerabilidad en el acceso al derecho social, más allá de su cobertura general. La Corte se refiere a aquellas personas cuyas necesidades son urgentes o imperiosas y cuyas posibilidades de gozar del derecho se encuentran en mayor riesgo: “Las medidas estadísticamente exitosas pero que no respondan a las necesidades de aquellos que resultan más vulnerables, no podrán pasar el examen”. El criterio que sostiene la Corte es de enorme importancia para la justiciabilidad de las políticas sociales. El Estado, para superar el examen de razonabilidad, debería conocer antes de formular sus medidas qué sectores sociales son los que tienen necesidades más urgentes y mayor vulnerabilidad. Necesita producir información sobre el punto. No se trata de los sectores más vulnerables en general, sino de los más vulnerables en el acceso o el goce de ese derecho social en particular. La definición del derecho determina el universo que debe explorarse para identificar al sector mínimo, que no puede quedar excluido del alcance de las políticas. Si un Estado no produce esa información antes de diseñar una medida o política tendiente a garantizar un determinado derecho social, esa medida o política ni siquiera calificarán para el examen de razonabilidad propuesto por la Corte en este caso.

La Corte, sobre la base de la hermenéutica del precepto constitucional y de los criterios de razonabilidad expuestos, examina luego pormenorizadamente las políticas de vivienda en las diversas jurisdicciones del Estado.

Concluye que el concepto central de esas políticas de vivienda es el concepto de “desarrollo habitacional” (*housing development*) en función del cual se procura proveer a los ciudadanos y residentes permanentes el acceso a una vivienda con determinadas características de confort. La vivienda diseñada procura asegurar la privacidad, la seguridad jurídica de la tenencia, y la oportunidad de acceso a servicios educativos, sanitarios y a otros servicios sociales. La definición de “desarrollo habitacional” como principio general de las políticas de vivienda no contempla la provisión de viviendas que no alcancen los estándares reseñados. En otras palabras, no existe ninguna provisión presupuestaria destinada a facilitar el acceso a una solución habitacional temporaria para aquellas personas que no tienen acceso a la tierra, ni a un “techo sobre su cabeza”, o que sobreviven en condiciones intolerables como consecuencia de desastres naturales, como inundaciones o incendios, o porque sus viviendas están bajo riesgo de demolición. Esas personas que padecen necesidades imperiosas podrían obtener solución temporal mediante la provisión de viviendas que reúnan determinadas características de durabilidad y habitabilidad, aun cuando no lleguen a satisfacer el alto estándar de vivienda que se deriva del principio de “desarrollo habitacional” que inspira la política estatal.

La Corte considera que la política de vivienda del gobierno sudafricano es coherente y coordinada entre las diversas jurisdicciones, y representa “una respuesta sistemática a una necesidad social apremiante”. Sin embargo, señala el tribunal, no parece ser lo suficientemente flexible como para responder a las urgentes necesidades de la población más expuesta —a la cual pertenecen los demandantes—, que requiere soluciones inmediatas o de corto plazo. Luego de analizar la situación habitacional de esta población en la Provincia del Cabo Occidental sobre la base de información pública, la Corte concluye que el programa estatal no brinda ninguna solución de vivienda aplicable a los sectores con necesidades imperiosas. La ausencia de previsiones para solucionar este tipo de urgencias sería entendible si el programa nacional estuviera en condiciones de satisfacer las necesidades habitacionales de la población en un razonable corto plazo. Pero como en atención a la magnitud del déficit ello no sucederá, la población vulnerable queda excluida de toda forma de asistencia. Esta exclusión no hace más que incentivar nuevas invasiones de tierra, incluso de aquellas dispuestas para la construcción de viviendas adecuadas —como ocurría en el caso—, frustrando los objetivos de mediano y largo plazo del programa. Por ello, concluye la Corte: “el Estado no está cumpliendo con la obligación impuesta por el artículo 26 (2) de la Constitución en el área metropolitana del Cabo. En particular, los programas adoptados por el Estado no alcanzan a cumplir las condiciones del artículo 26 (2) desde que no prevén ninguna solución para la categoría de personas bajo necesidades imperiosas que fueron antes identificadas”.

La Corte decide emitir una orden declarativa por la cual "requiere al Estado actuar para cumplir la obligación impuesta por el artículo 26 (2) de la Constitución. Esta incluye la obligación de diseñar, solventar, implementar y evaluar medidas para proveer solución a aquellas personas con necesidades de vivienda imperiosas". A fin de auxiliar en la supervisión de la ejecución de la sentencia, la Corte pone a cargo de la Comisión de Derechos Humanos (*Human Rights Commission*)¹¹ las tareas de controlar el cumplimiento del Estado y mantener informado al tribunal de los pasos que el Estado adopte para llevar a cabo la decisión.

El caso *Grootboom* no es sólo un caso testigo sobre la posibilidad de exigencia directa del derecho a la vivienda, sino que debería ser leído como un ejemplo de las enormes posibilidades que tiene la justicia de avanzar frente a un caso particular, con herramientas de análisis jurídico, en el examen de medidas y políticas públicas en el área social. Formularemos algunos comentarios acerca de la manera en que el tribunal enfrenta argumentos que tradicionalmente se han empleado para cuestionar la justiciabilidad de los derechos sociales.

En lo que hace a la determinación de la conducta debida, el tribunal, aceptando que el Estado tiene un gran abanico de posibilidades para satisfacer el derecho, somete sin embargo a la opción elegida por el Estado a un examen de razonabilidad. Como puede apreciarse, ni la Constitución define estrictamente la conducta debida para cumplir con la satisfacción del derecho, ni las circunstancias fácticas limitan las alternativas posibles, de modo de determinarla por exclusión. Sin embargo, adoptado un curso de acción por el Estado, el tribunal tiene la posibilidad de examinar si la alternativa elegida se adecua a las exigencias establecidas por la Constitución. Si de su examen surge que la decisión estatal excluye a grupos sociales merecedores de especial protección, la elección hecha por el Estado no se ajusta a la exigencia constitucional. No se trata de un análisis de oportunidad, mérito o conveniencia: la cuestión que se pone bajo escrutinio judicial es la idoneidad de la medida adoptada por el Estado para garantizar el acceso de grupos de personas en condición de particular precariedad al derecho.

En cuanto al problema del carácter político o técnico de la cuestión, que a veces se alega como límite a la actuación judicial, el aspecto central que conviene recalcar es que el tribunal se apoya en un estándar jurídico y elabora desde allí el análisis de la política en cuestión. La pregunta relevante del caso no es la bondad de la política pública en general, sino la razonabilidad de la política pública para satisfacer el derecho de los peticionantes. El Estado tiene un amplio margen para decidir las medidas para satisfacer el derecho, pero debe —para dar cumplimiento al dere-

cho en cuestión— cubrir también las necesidades del grupo afectado. La solución adoptada no es la de imponer al Estado una política específica, sino la de exigirle que tenga en cuenta las necesidades del grupo afectado que habían sido ignoradas por el diseño de la política llevada a cabo.

En cuanto a las dificultades procesales, no se plantean en el caso problemas vinculados con la legitimación o el carácter colectivo de la acción, dada la gran generosidad de la Constitución sudafricana en la materia¹². La cuestión que sí merece comentario son los aspectos vinculados con la ejecución de la decisión judicial por el mismo Estado. Pueden destacarse dos puntos: en primer lugar, los términos de la decisión judicial requieren del Estado el diseño e implementación de un programa comprensivo que incluya la satisfacción del derecho de los peticionantes. Como puede notarse, no es la Corte Constitucional la que asume el diseño o implementación del programa: la decisión judicial se limita a constatar la omisión de medidas que tengan en consideración las necesidades de los peticionantes, y a exigir al Estado que las incluya dentro del diseño de la política pública correspondiente. El control de constitucionalidad funciona en estos casos como un *diálogo* entre los órganos del Estado, destinado a garantizar la supremacía de la Constitución sin perder de vista el alcance de las funciones y la diferente fuente de legitimación de los distintos poderes¹³.

En segundo término, también es interesante la medida adoptada por el tribunal para garantizar el seguimiento del cumplimiento de la sentencia: no es la Corte, sino un ente de contralor independiente el encargado de vigilar e informar al tribunal de los esfuerzos realizados por el Estado para dar satisfacción al mandato judicial. La tendencia de asignar a un órgano de contralor independiente, como la Comisión de Derechos Humanos o el Defensor del Pueblo, constituye una respuesta imaginativa frente a las dificultades de seguimiento de la implementación de medidas que tiene el Poder Judicial —estructurado en general a partir de la resolución de casos—. Puede concederse que, por razones funcionales, un cuerpo administrativo de carácter permanente está en mejores condiciones de monitorear el cumplimiento de un programa que el Poder Judicial, que tradicionalmente actúa de manera reactiva frente al planteo de un caso o una situación concreta. La solución de la Corte Constitucional distribuye inteligentemente las funciones: las tareas permanentes de monitoreo, recepción de

¹² El artículo 38 de la Constitución sudafricana concede legitimación para reclamar la tutela judicial ante la afectación de un derecho incluido en la Declaración de Derechos a:

- a. toda persona que actúe en su propio interés;
- b. toda persona que actúe en representación de otra persona que no pueda actuar por sí misma;
- c. toda persona que actúe como miembro o en representación de un grupo o de una clase de personas;
- d. toda persona que actúe en representación del interés público;
- e. una asociación que actúe en representación del interés de sus miembros".

¹³ V. Gargarella, R., *La justicia frente al gobierno*, Ariel, Barcelona, 1996, págs. 174-177; Ferrajoli, L. "El derecho como sistema de garantías", en *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Trotta, Madrid, 1999, págs. 26-27.

¹¹ La Comisión de Derechos Humanos es un órgano constitucional de contralor. El artículo 184 (1) de la Constitución de Sudafrica le asigna la función de supervisar y evaluar la observancia de los derechos humanos en la República. La sección (2) del artículo le concede facultades para "(a) investigar y elaborar informes sobre la observancia de los derechos humanos", y "(b) adoptar medidas para asegurar la reparación adecuada cuando un derecho humano haya sido violado".

información e informe de las medidas de cumplimiento quedan a cargo de un cuerpo administrativo, mientras al tribunal le corresponde evaluar periódicamente si esas medidas se adecuan al mandato judicial y —en caso negativo— expedir nuevas instrucciones de ejecución.

Por último, en lo que hace al problema de la ausencia de tradición de control judicial de satisfacción de estos derechos, nada impide que la tradición de un Poder Judicial renovado se inicie justamente en

el sentido de desarrollar estándares de control judicial en estas materias. El caso *Grootboom* constituye una buena muestra de ello. Las referencias a la íntima vinculación entre el déficit de vivienda disponible para la población africana en la zona del Cabo y el pasado régimen del *apartheid* pueden ser leídas como un intento de construcción de legitimidad de la reciente Corte Constitucional sudafricana para la fundación de esta nueva tendencia de control judicial de políticas sociales.

NO HAY DERECHO.

A que la dignidad del hombre y sus ideales de paz, libertad y justicia social sean avasallados en ningún lugar del mundo.

Si crees en los Derechos Humanos, lucha por ellos.

Nombre: _____

Dirección: _____

Ciudad: _____

C. Postal: _____

Solicita información a la

Asociación Pro Derechos Humanos de España

José Ortega y Gasset, 77, 2º - 28006 Madrid.

