

**AMICUS CURIAE
SOMETIDO A CONSIDERACION DE LA HONORABLE SALA PLENA DE LA
CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA**

*Demanda de inconstitucionalidad contra el parágrafo 1 del artículo 15 de la ley 388 de 1997. y
contra el artículo 40 de la ley 3 de 1991*

**PRESENTADO POR LA
CORPORACION INTERES PÚBLICO
SANTIAGO DE CHILE**

28 de octubre de 2008

I. DECLARACION DE INTERES.

La Corporación Interés Público es una organización sin fines de lucro constituida en Santiago de Chile. Su objetivo principal es el de promover la defensa y protección de los derechos fundamentales en Chile y en América Latina. Con dicho propósito en mente, Interés Público desarrolla investigación académica, capacita operadores del sistema jurídico y ejerce acciones judiciales tanto a nivel interno como internacional, destinadas a la defensa de los derechos humanos y el fortalecimiento del Estado de Derecho.

Habiendo tomado conocimiento de la demanda de inconstitucionalidad presentada con fecha 16 de septiembre de 2008 por Alejandro Florian Borbón, identificado con cédula de ciudadanía número 19.397.521 de Bogotá, director de FEDEVIVIENDA Rodrigo Uprimny Yepes, identificado con cédula de ciudadanía número 79.146.539 de Usaquén, María Paula Saffon Sanín, identificada con cédula de ciudadanía número 52.862.641 de Bogotá y Diana Rodríguez Franco, identificada con cédula de ciudadanía número 52.716.626 de Bogotá, miembros del Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad DeJusticia, Claudia Marcela Acosta, identificada con cédula de ciudadanía número 40.444.194 de Villavicencio, consultora de FEDEVIVIENDA, y la ciudadana María Mercedes Maldonado, identificada con cédula de ciudadanía número 35.458.872 de Usaquén, en su calidad de ciudadanos colombianos y actuando en nombre propio con fundamento en el artículo 40 de la Constitución Política y en el decreto reglamentario 2067 de 1991, ante la Honorable Sala Plena de la Corte Constitucional contra el parágrafo 1 del artículo 15 de la ley 388 de 1997 por vulneración de los artículos 2, 13, 51 y 82 de la Constitución Política (en adelante CP), y contra el artículo 40 de la ley 3 de 1991, por vulneración de los artículos 1, 51, 150, 287, 288, 311, 313, 333 y 334 CP, respetuosamente sometemos el siguiente *Amicus Curiae* sobre el derecho a la vivienda y la demanda de autos.

Como se indica en la demanda de autos, los demandantes plantean tres problemas jurídicos: El primer problema se refiere a la vulneración del principio de descentralización (arts. 150, 333 y 334 de la Constitución) por el artículo 40 de la ley 3 de 1991. Este artículo otorga al Gobierno Nacional la competencia de reglamentar las normas mínimas de calidad de la vivienda de interés social, en especial en lo que tiene que ver con el espacio (interior y exterior) y con las intensidades de uso y aprovechamiento del suelo. Esta norma es inconstitucional porque el establecimiento de dichas normas mínimas constituye una competencia reservada al legislativo (art. 150, num. 10 CP). Además, la norma impide que las autoridades municipales, en ejercicio de su autonomía, vayan más allá en la protección de los atributos del derecho a la vivienda (art. 51 CP) estableciendo mejores estándares urbanísticos. Esto se traduce en una interferencia en la competencia municipal de “ordenar el desarrollo de su territorio” (art. 311 CP) y particularmente en la competencia de los Concejos Municipales de reglamentar los usos del suelo (art. 313. 7 CP). En consecuencia, se vulnera el principio constitucional de rigor subsidiario propio del régimen de descentralización administrativa que rige en el país (arts. 1, 287 y 288 CP). Esta disposición conduce además a la vulneración del derecho a la vivienda digna (art. 51 CP), pues admite que el Gobierno Nacional adopte medidas regresivas respecto de la definición del alcance de este derecho por parte de los gobiernos municipales y presiona a estos últimos a tomar medidas regresivas en sus POT para ajustarse a los decidido por el nivel nacional.

El segundo problema constitucional se refiere al conflicto que existe entre la expresión “cesiones” contenida en el parágrafo único del artículo 15 de la ley 388 de 1997 y los derechos constitucionales

a la igualdad (art. 13 CP), a la vivienda digna (art. 51 CP) y al espacio público (art. 82 CP) y a una protección especial de las personas más vulnerables (arts. 13 y 2 CP). La expresión acusada somete las características de las cesiones de suelo para espacio público y equipamiento de las urbanizaciones destinadas a la construcción de viviendas de interés social a las condiciones de precio de estas últimas. Esto impide que el tamaño o proporción de las cesiones urbanísticas sea fijado en función de otros criterios más pertinentes y menos lesivos de los derechos en cuestión, tales como la densidad habitacional y poblacional de las urbanizaciones. En efecto, la determinación de las especificaciones de las cesiones en función del precio de la vivienda permite que el tamaño mínimo de estas sea fijado con base en un porcentaje fijo sobre el área construible –que es la que determina el valor de un proyecto de construcción–, con independencia de cuántas unidades habitacionales y de cuántas personas por unidad habitacional existan en una urbanización. Esto conduce a que los habitantes de viviendas de interés social tengan acceso a un espacio público y a unos equipamientos urbanos más reducidos que las personas que habitan en viviendas de otro tipo, pues en los proyectos de interés social habitan muchas más personas por metro cuadrado construido, lo que reduce la cantidad de metros cuadrados de espacio público y de equipamientos a los que cada persona tiene derecho. Esta situación es abiertamente discriminatoria porque a pesar de que el condicionamiento de las cesiones al precio de las viviendas de interés social tiene el objetivo constitucionalmente importante de garantizar una mayor oferta de viviendas de esa naturaleza a través de la concesión de ventajas financieras a los constructores, la medida es inadecuada, innecesaria y desproporcionada para alcanzar este fin.

El último problema se refiere a la vulneración del derecho a la vivienda digna (art. 51 CP) por la expresión “de precio” contenida en el párrafo único del artículo 15 de la ley 388 de 1997. Esta norma establece que las condiciones de precio de la vivienda de interés social son el único criterio relevante para las especificaciones o características de loteos y áreas construidas de urbanizaciones y construcciones. Si bien el precio de la vivienda de interés social puede ser un criterio referencial para la determinación del tamaño de los lotes y del espacio construido, no puede tratarse del único criterio, pues ello niega una serie de atributos que debe tener la vivienda digna como la habitabilidad, la accesibilidad a servicios públicos y sociales y la adecuación cultural. La mención exclusiva del criterio de precio y el silencio de la ley respecto de los demás atributos que hacen parte del derecho a la vivienda digna afecta significativamente el contenido del derecho a la vivienda digna (art. 51 CP) de los habitantes de viviendas de interés social.

En virtud de tales consideraciones, la Corporación de Interés Público estima oportuno entregar ante la Honorable Sala Plena de la Corte Constitucional Colombiana, algunos argumentos jurídicos derivados del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, referidos al derecho a la vivienda adecuada. Tales fundamentos, en opinión de quienes suscriben, refuerzan la tesis de los demandantes, en el sentido de que las normas impugnadas importan una violación a los elementos normativos fundamentales del derecho a la vivienda adecuada.

II. SOBRE LAS OBLIGACIONES GENERALES DE LOS ESTADOS EN MATERIA DE DERECHOS ECONOMICOS, SOCIALES Y CULTURALES.

La estructura y definición general de las obligaciones generales de los Estados en materia de derechos económicos, sociales y culturales fue desarrollada originalmente por Asbjorn Eide con

ocasión de su cargo como Relator Especial de Naciones Unidas sobre el Derecho a la Alimentación.¹ Aunque otros autores han propuesto otras estructuras de obligaciones generales², lo cierto es que la jurisprudencia del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante, “el Comité DESC”), ha consolidado esta estructura tripartita de las obligaciones de respeto, protección y cumplimiento de los DESC.³ Como señala el Comité DESC, estas obligaciones pueden ser entendidas de la siguiente manera:

1. Obligación de *respetar* los derechos sociales.

En términos generales, la obligación de *respetar* los DESC importa el cumplimiento de una obligación de carácter negativo por parte de cualquier órgano o funcionario del Estado o de una institución de carácter público, consistente en no lesionar directamente los derechos. Conforme a esta obligación, los Estados partes en el PIDESC se comprometen a no dañar los derechos establecidos en dicho instrumento, por ejemplo, a través de la abstención de ejecutar actos públicos que importen la privación de alguno de los derechos consagrados en el Pacto⁴ o de evitar actos de discriminación con relación al goce de cualquiera de los mismos.⁵ En otras palabras, por medio de la obligación de respeto, se espera que los Estados se abstengan de injerir directa o indirectamente en el disfrute de los DESC.⁶

2. Obligación de *proteger* los derechos sociales.

La obligación de *proteger* los derechos sociales se ordena hacia la realización de todas aquellas acciones positivas por parte del Estado y que tienen por objeto el prevenir el abuso de terceras personas en contra de los derechos de otros particulares.⁷ En otras palabras, la obligación de

¹ Ver, en particular, UN Doc. E/CN.4/Sub.2/1987/23.

² G. J. H van Hoof, por ejemplo, propone una estructura basada en las obligaciones de respetar, proteger, asegurar y promover los DESC. G. J. H. Van Hoof, *op. cit.*, nota 7, pp. 106-8.

³ Comité DESC, Observación General N° 14: *El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud*, E.C./12/2000/4, 11 de agosto de 2000; Observación General N° 15: *El derecho al agua (artículos 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)*, E.C./12/2002/11, 20 de enero de 2003. Con anterioridad, el Comité había hecho uso de las categorías obligacionales de respeto, garantía y realización. Ver, Observación General 12: *El derecho a una alimentación adecuada*, E.C/12/1999/5, 12 de mayo de 1999.

⁴ En este sentido, el Comité ha señalado respecto a los desahucios forzados que: “[...]el Comité considera que las instancias de desahucios forzados son *prima facie* incompatibles con los requisitos del Pacto y solo podrían justificarse en las circunstancias mas excepcionales y de conformidad con los principios pertinentes del derecho internacional”, Comité DESC, Observación general N° 4, *El derecho a una vivienda adecuada (párrafo 1 del artículo 11 del Pacto)*, E/1991/23, 13 de diciembre de 1991, Párr. 18.

⁵ La prohibición de ejecutar actos de discriminación -sea por medio de actos administrativos o leyes- es una de aquellas obligaciones negativas que rigen de modo inmediato para todos los Estados que han ratificado el PIDESC. Como ha señalado el Comité del PIDESC: “En particular, aunque el Pacto contempla una realización paulatina y tiene en cuenta las restricciones derivadas de la limitación de los recursos con que se cuenta, también impone varias obligaciones de efecto inmediato[...] Una de ellas[...] consiste en que los Estados se ‘comprometen a garantizar’ que los derechos pertinentes se ejercerán ‘sin discriminación’...” Comité DESC, Observación General N° 3, *La índole de las obligaciones de los Estados Partes (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto)*, E/1991/23, 14 de diciembre de 1990, Párr. 1.

⁶ Comité DESC, *Observación General N° 14*, Párr. 33 y; *Observación General N° 15*, Párr. 21.

⁷ Como ha señalado Hadji Guisse, Relator Especial de Naciones Unidas para la Impunidad de Violaciones a los Derechos Humanos: “[...] las violaciones a los derechos económicos, sociales y culturales pueden ser perpetuadas también por particulares. En la gran mayoría de los Estados, tales violaciones constituyen delitos perseguibles criminalmente o, en a lo menos alguna proporción, dan lugar a procesos destinados a establecer compensaciones civiles. Es deber del Estado planificar los medios legales correspondientes para reparar tales violaciones.” El Hadji Guisse,

proteger requiere que los Estados adopten medidas legislativas o de otra índole, destinadas a impedir que terceros -particulares, grupos, empresas y otras entidades, así como quienes obren en su nombre- menoscaben en modo alguno el disfrute de un DESC.⁸

3. Obligación de *cumplir* con las obligaciones derivadas de los derechos sociales.

Conforme a esta tercera obligación general, los Estados se comprometen a adoptar medidas apropiadas de carácter legislativo, administrativo, presupuestario, judicial o de otra índole para dar plena efectividad al derecho a los DESC.⁹ Esta obligación, a su vez, se divide en tres obligaciones específicas: 1) Facilitar (que exige que los Estados Partes adopten medidas positivas que permitan y ayuden a los particulares y las comunidades a ejercer los DESC); 2) Promover (que impone al Estado Parte la adopción de medidas para que se difunda información adecuada acerca de los DESC) y; Garantizar (que implica el deber de hacer efectivos los DESC en aquellos casos en que los particulares o los grupos no están en condiciones, por razones ajenas a su voluntad, de ejercer por sí mismos esos derechos con los medios a su disposición).¹⁰

4. Obligaciones Inmediatas y Obligaciones Progresivas.

Todo derecho humano y no solamente los DESC, posee un carácter progresivo. Como lo demuestra la evolución de la jurisprudencia internacional en materia de DCP, el contenido de derechos tales como a la vida, a la libertad de expresión o al debido proceso, es tal vez uno de los ejemplos más evidentes del desarrollo progresivo de todos los derechos.¹¹ Al mismo tiempo, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos no se limita a establecer un conjunto de obligaciones progresivas, sin un contenido actual o inmediato.¹² Tal y como lo establecen los *Principios de Limburgo*:

“2/1. La obligación de ‘alcanzar de manera progresiva la total protección de los ‘derechos’ insta a los Estados Partes a tomar pasos tan rápido como sea posible dirigidos a la realización de los derechos. Bajo ninguna circunstancia podrá esto ser interpretado en el sentido de que el Estado pueda disuadir de manera indeterminada sus esfuerzos para asegurar su total realización. Por el contrario, todos los Estados

Special Rapporteur, U.N. ESCOR, Comm'n on Hum. Rts., Sub-Comm'n on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities, *Second Interim Report on the Question of the Impunity of Perpetrators of Human Rights Violations*, 48th Sess., Agenda Item 8, UN Doc. E/CN.4/sub.2/1996/15, 1996, p. 33.

⁸ Comité DESC, Observación General N° 5, *Personas con discapacidad*, E/1995/22, 9 de diciembre de 1994, Párr. 11 y; Observación General N° 15, Párr. 23. En este mismo sentido se ha pronunciado la Corte Interamericana de Derechos Humanos al señalar que: “Es pues claro que, en un principio, es imputable al Estado toda violación a los derechos reconocidos por la Convención cumplida por un acto del poder público o de personas que actúan prevaletidas de los poderes que ostentan por su carácter oficial. No obstante, no se agotan allí las situaciones en las cuales un Estado esta obligado a prevenir, investigar y sancionar las violaciones a los derechos humanos[...] Un hecho ilícito que no resulte imputable directamente a un Estado[...] puede acarrear la responsabilidad internacional del Estado[...] por la falta de la debida diligencia para prevenir la violación o para tratarla en los términos requeridos en la Convención”, Corte IDH, *Caso Velásquez Rodríguez*, Sentencia de 29 de julio de 1988, Serie C No. 4, Párr. 172.

⁹ Comité DESC, Observación General N° 14, Párr. 33.

¹⁰ Comité DESC, Observación General N° 15, Párrs. 25-29.

¹¹ Para un detallado análisis de esta evolución ver, entre otros, Dominic McGoldrick, *The Human Rights Committee: Its Role in the Development of the International Covenant on Civil and Political Rights*, Oxford, 1994; G.J.H. van Hoof, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, SIM/Kluwer Law International, Third Edition, 1998 y; Cecilia Medina Quiroga, *La Jurisprudencia de la Corte Interamericana*, Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago, 2004.

¹² Comité del PIDESC, Observación General No. 3, Párr. 9.

Partes tienen la obligación de comenzar de manera inmediata a adoptar medidas para dar cumplimiento a sus obligaciones bajo el Pacto.

22. Algunas obligaciones del Pacto requerirán inmediata realización por parte de los Estados como la prohibición de discriminación contenida en el artículo 2(2) del Pacto.

23. La obligación de cumplimiento progresivo existe independientemente del incremento en recursos; requiere el uso efectivo de los recursos disponibles.

24. La realización progresiva podrá ser alcanzada no solo por el incremento de recursos, sino también mediante el desarrollo de recursos sociales necesarios para la realización por parte de todos de los derechos reconocidos en el Pacto.¹³

En consecuencia, el carácter progresivo de las normas establecidas en instrumentos internacionales tales como el PIDESC, no altera la naturaleza de las obligaciones legales de los Estados. Tales obligaciones requieren que algunas medidas se tomen de manera inmediata –tales como la obligación de adoptar medidas, no discriminar en la aplicación de las mismas o respetar el contenido mínimo o esencial de los derechos- y otras tan pronto sea posible. En el caso de las obligaciones progresivas, las medidas adoptadas por los Estados deben ser deliberadas, concretas y orientadas lo más claramente posible hacia la satisfacción de las obligaciones reconocidas en el Pacto.¹⁴ En virtud de este último estándar, será siempre de carga de los propios Estados el acreditar un progreso notorio hacia la realización total de los derechos consagrados en el Pacto, sin poder justificar su inactividad en el carácter “meramente progresivo” de las obligaciones internacionales.¹⁵

Finalmente, resulta importante resaltar la identificación de una obligación *a contrario sensu* que surge del carácter progresivo de los DESC: la prohibición de regresividad. En efecto, de la obligación de cumplimiento progresivo se deriva el deber de avanzar en los niveles de satisfacción de los DESC. Por tal razón las medidas regresivas en materia de DESC sólo se justifican si es que el Estado acredita que dichas restricciones han sido establecidas en atención a todos los derechos que el tratado consagra y en el contexto de una máxima utilización de los recursos disponibles.¹⁶ Al mismo tiempo, toda medida de carácter regresivo, una vez que sea acreditada la excepcionalidad de su procedencia de acuerdo a la aplicación estricta de los criterios señalados, debe establecer paralelamente medios de compensación que tiendan a disminuir los impactos negativos que este tipo de decisiones públicas generan en la población más vulnerable de la sociedad.¹⁷ En otras palabras, al constituir una limitación a los derechos establecidos en los tratados de derechos humanos, las medidas de carácter regresivo requieren de una fuerte justificación de acuerdo a las disposiciones

¹³ *The Limburg Principles on the Implementation of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, UN/Document E/CN.4/1987/17, Principios 21-24.

¹⁴ Comité del PIDESC, *Observación General No. 3*, Párr. 2.

¹⁵ *The Maastricht Guidelines on Violations of Economic, Social and Cultural Rights* en *SIM Special No. 20*, 1998, Lineamiento N° 8.

¹⁶ Comité del PIDESC, *Observación General No. 3*, Párr. 9.

¹⁷ Como ha señalado el Comité del PIDESC: “Los Estados Partes deben otorgar la debida prioridad a los grupos sociales que viven en condiciones desfavorables concediéndoles una atención especial. Las políticas y la legislación, en consecuencia, no deben ser destinadas a beneficiar a los grupos sociales ya aventajados a expensas de los demás (...) a pesar de los problemas causados externamente, las obligaciones dimanantes del Pacto continúan aplicándose y son quizás mas pertinentes durante tiempos de contracción económica. Por consiguiente, parece al Comité que un deterioro general en las condiciones de vida y vivienda, que sería directamente atribuible a las decisiones de política general y a las medidas legislativas de los Estados Partes, y a falta de medidas compensatorias concomitantes, contradiría las obligaciones dimanantes del Pacto.” Comité DESC, *Observación General N° 4: El derecho a una vivienda adecuada (párrafo 1 del artículo 11 del Pacto)*, E/1991/23, 13 de diciembre de 1991, Párr. 11.

generales sobre restricciones y/o suspensiones a los derechos y a los principios que inspiran una sociedad democrática.¹⁸

5. Obligaciones Inmediatas: Utilización del máximo de los recursos disponibles, respeto del contenido mínimo o esencial y obligación de no discriminar.

Sin perjuicio de una serie de obligaciones especialmente consideradas para algunos derechos en concreto —y que revisaremos en capítulos posteriores— los Estados deben cumplir con los siguientes deberes:

5.1. Utilización del máximo de los recursos disponibles.

Como ya hemos indicado, las medidas destinadas a lograr el pleno goce de los derechos económicos, sociales y culturales deben ser adoptadas hasta el máximo de los recursos disponibles.¹⁹ Pues bien ¿Qué quiere decir la expresión “hasta el máximo de los recursos disponibles?”

La expresión “recursos” no se refiere exclusivamente al gasto público o fiscal.²⁰ En otras palabras, las obligaciones derivadas del PIDESC exigen una interpretación amplia sobre la disponibilidad de recursos por parte de los Estados que incluya no solo el gasto público, sino que considere: a) recursos humanos, b) recursos tecnológicos, c) recursos informativos, d) recursos naturales y, e) recursos financieros.²¹ Ejemplos de tales recursos podrían ser aquellos obtenidos mediante la cooperación internacional,²² la generación de espacios para que los individuos —sea a través de su participación directa en el mercado o por medio de organizaciones civiles— puedan contribuir al esfuerzo de satisfacer sus propias necesidades y las de la población en general y el establecimiento de un marco regulatorio legal y administrativo que permita al Estado considerar aquellos recursos sobre los que no posee un control directo y que le permita hacer efectivos niveles mínimos de redistribución.²³ En consecuencia, la obligación de adoptar medidas “hasta el máximo de los recursos disponibles” requiere que los Estados intensifiquen la búsqueda y creación de todos aquellos medios —no solo financieros— que permitan cumplir con los estándares mínimos de protección. De lo contrario, la sola escasez de recursos no excusará al Estado —a priori— del cumplimiento de sus obligaciones internacionales.²⁴

¹⁸ Philip Alston and Gerard Quin, “The Nature and Scope of States Parties’ Obligations Under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights”, en *Human Rights Quarterly*, Vol. 9, No. 2, 1987, pp. 192-205.

¹⁹ PIDESC, *Artículo 2 (1)*.

²⁰ De hecho, las discusiones seguidas durante los trabajos preparatorios del PIDESC, denotan que el término “recursos” fue utilizado en un sentido eminentemente amplio que excede, por mucho, el del solo gasto público o fiscal. Philip Alston and Gerard Quin, *op. cit.*, pp. 156-178.

²¹ Robert E. Robertson, “Measuring State Compliance with the Obligation to Devote the ‘Maximum Available Resources’ to Realizing Economic, Social and Cultural Rights”, en *Human Rights Quarterly*, Vol. 16, No. 4, 1994, pp. 704-713.

²² Comité del DESC, *Observación General No. 3*, Párrs. 13-14.

²³ Danilo Turk, Relator Especial de Naciones Unidas, *The Realization of Economic, Social and Cultural Rights: Realization of Economic, Social and Cultural Rights; Second Progress Report*, UN Commission on Human Rights, Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Minorities, 43rd Sess., Prov. Agenda Item 8, Párr. 188, U.N. Doc. No. E/CN.4/Sub.2/1991/17 (1991); Danilo Turk, *The Realization of Economic, Social and Cultural Rights: Final Report*, UN Commission on Human Rights, Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities, 44th Sess., Prov. Agenda, Párr. 192, U.N. Doc. No. E/E/CN.4/Sub.2/1992/16 (1992).

²⁴ Los Lineamientos de Maastricht establecen sobre la disponibilidad de recursos lo siguiente: “En muchos casos el cumplimiento de dichas obligaciones podrá ser alcanzado por la mayoría de los Estados con relativa facilidad, sin que tenga implicaciones significativas de recursos. En otros casos, sin embargo, la total realización de los derechos dependerá

5.2. Obligación absoluta de respetar el *contenido esencial* o *mínimo* de los DESC.

El término “*contenido esencial*” hace referencia a aquel contenido básico sin el cual todo derecho pierde su significancia sustantiva como derecho humano.²⁵ En el contexto general de la escasez de recursos más o menos limitada que se presupone respecto de todo Estado, la noción de contenido esencial o mínimo viene a constituir un límite básico para la acción discrecional de este último. Conforme a esta visión, la obligación de respetar el contenido mínimo o esencial no busca que se garantice la plena satisfacción de los DESC. Por el contrario, esta obligación se orienta a impedir que los Estados permitan que una persona o un grupo de personas caigan por debajo de un nivel básico de vida que les permita reconocerse y ser reconocidas como personas dignas de igual consideración y respeto por los demás.²⁶

En otras palabras, la obligación de respetar el contenido mínimo o esencial de los DESC se basa en el reconocimiento de que no habría justificación para elevar una reclamación a la condición de un derecho -con todas las connotaciones que este concepto presuntamente tiene- si su contenido normativo puede ser tan indeterminado que permita la posibilidad de que quienes lo ostentan, no posean ningún derecho particular a nada.²⁷

En este sentido se ha pronunciado el Comité DESC al señalar que:

“el Comité es de la opinión de que corresponde a cada Estado Parte una obligación mínima de asegurar la satisfacción de por lo menos niveles esenciales de cada uno de los derechos. Así, por ejemplo, un Estado Parte en el que el número importante de individuos esta privado de alimentos esenciales, de atención primaria de salud esencial, de abrigo y vivienda básicos o de las formas más básicas de enseñanza, *prima facie* no está cumpliendo sus obligaciones en virtud del Pacto. Si el Pacto se ha de interpretar de tal manera que no establezca una obligación mínima, carecería en gran medida de su razón de ser.”²⁸

de la disponibilidad de recursos financieros y materiales adecuados. No obstante, como ha quedado establecido en los Principios de Limburgo 25-28, y confirmado por la jurisprudencia en desarrollo del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la escasez de recursos no libera al Estado de ciertas obligaciones mínimas en relación con la implementación de los derechos económicos, sociales y culturales.” *Lineamientos de Maastricht*, Lineamiento No. 10.

²⁵ Fons Coomans, “Clarifying the Core Elements of the Right to Education”, en *The Right to Complain about Economic, Social and Cultural Rights*, SIM Special No. 18, 1995, p. 17.

²⁶ Esta idea ha sido desarrollada por las jurisdicciones constitucionales como la Alemana y la Colombiana por medio de la denominada “tesis del mínimo vital”. Para una explicación y justificación moral del mínimo vital ver, Rodolfo Arango, “*Derechos, constitucionalismo y democracia*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2004, pp. 195-6.

²⁷ Philip Alston, “Out of the Abyss: The Challenges Confronting the New UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights”, en *Human Rights Quarterly*, Vol. 9, 1987, pp. 352-353. Este mismo sentido adoptan los Principios de Limburgo (Principio No. 56) y los Lineamientos de Maastricht (Lineamiento 9).

²⁸ Comité de DESC, *Comentario General No. 3*, Párr. 10. Ver, adicionalmente, Comité DESC, *Statement to the World Conference on Human Rights on behalf of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights*, UN Doc. A/CONF.157/PC/62/Add.5, Annex I, Párr. 16 y; *General Discussion on the Right to Health*, UN Doc. E/C.12/1993/11, Párr. 5.

5.3. Obligación de no discriminar en el ejercicio de los DESC.

La obligación general de no discriminación constituye un principio fundamental del Derecho Internacional de los Derechos Humanos aplicable a todo derecho, sea este civil, político, económico, social o cultural.²⁹ En cuanto tal, la obligación de no discriminar en el ejercicio de los derechos humanos importa la prohibición de establecer distinciones arbitrarias basadas en criterios tales como raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional, origen social, posición económica, nacimiento, y cualquier otra condición social.³⁰ En particular, las obligaciones en materia de DESC deben ser adoptadas de manera tal de evitar aquellos factores que influyen negativamente en la igualdad de derechos del hombre y la mujer al disfrute de tales derechos.³¹ Como lo ha señalado el Comité DESC:

“El disfrute de los derechos humanos sobre la base de la igualdad entre hombres y mujeres debe entenderse en sentido lato. Las garantías de no discriminación e igualdad en los instrumentos internacionales de derechos humanos prevén la igualdad tanto *de facto* como *de jure*. La igualdad *de jure* (o formal) y *de facto* (o sustantiva) son conceptos diferentes pero conectados entre sí. La igualdad formal presupone que se logra la igualdad si las normas jurídicas o de otra naturaleza tratan a hombres y mujeres de una manera neutra. Por su parte, la igualdad sustantiva se ocupa de los efectos de las normas jurídicas y otras y de la práctica y trata de conseguir no que mantengan, sino que alivien la situación desfavorable de suyo que sufren ciertos grupos.”³²

En virtud estas consideraciones, resulta necesario contemplar una interpretación particular de las obligaciones generales de respeto, protección y cumplimiento ya indicadas con anterioridad. Así, por ejemplo, la obligación de respetar los DESC importará que los Estados tengan en cuenta “la manera en que la aplicación de normas y principios jurídicos aparentemente neutrales en lo que se refiere al género tenga un efecto negativo en la capacidad del hombre y la mujer para disfrutar de sus derechos humanos en pie de igualdad”.³³ A su vez, la obligación de proteger los DESC exigirá que los Estados “tomen disposiciones encaminadas directamente a la eliminación de los prejuicios, las costumbres y todas las demás prácticas que perpetúan la noción de inferioridad o superioridad de uno u otro sexo

²⁹ Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, *Caso Broeks vs. Reino de los Países Bajos*, CCPR/C/29/D/172/1984; *Caso Zwaan de Vries vs. Reino de los Países Bajos*, CCPR/C/29/D/182/1984 y; *Observación General No. 18, No Discriminación*, HRI/GEN/1/Rev.7 at 168, 1º de noviembre de 1989.

³⁰ Para un análisis de estas categorías ver, Patricia Palacios Zuloaga, *La no discriminación: Estudio de la jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos sobre la cláusula autónoma de no discriminación*, LOM Ediciones Ltda., Santiago de Chile, 2006, pp. 76-81.

³¹ En este sentido, ver las opiniones del Comité DESC sobre las dimensiones de discriminación que afectan a las mujeres en el ejercicio del derecho a la vivienda adecuada, a la alimentación adecuada, a la educación, al más alto nivel posible de salud y al agua. Comité DESC, *Observación general N° 4 (1991): El derecho a una vivienda adecuada (párrafo 1 del artículo 11 del Pacto)*, Párr.6; *Observación general N° 7 (1997): El derecho a una vivienda adecuada (párrafo 1 del artículo 11 del Pacto): el desahucio (Párr. 10)*; *Observación general N° 12 (1999): El derecho a una alimentación adecuada (artículo 11 del Pacto)*, Párr. 26; *Observación general N° 11 (1999): Planes de acción para la enseñanza primaria (artículo 14 del Pacto)*, Párr. 3; *Observación general N° 13 (1999): El derecho a la educación (artículo 13 del Pacto)*, Párrs. 6 b), Párrs. 31 y 32; *Observación general N° 11 (1999): Planes de acción para la enseñanza primaria (artículo 14 del Pacto)*, Párr. 3; *Observación general N° 14 (2000): El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto)*, párrs. 18 a 22; *Observación general N° 15 (2002): El derecho al agua (artículos 11 y 12 del Pacto)*, párrs. 13 y 14.

³² Comité DESC, *Observación General N° 16, La igualdad de derechos del hombre y la mujer al disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)*, E/C.12/2005/4, 11 de agosto de 2005, Párr. 7.

³³ *Ibid.*, Párr. 18.

y las funciones estereotipadas del hombre y la mujer.³⁴ Finalmente, la obligación de cumplir con los DESC importará la adopción de medidas destinadas a que, en la práctica, hombre y mujeres disfruten de sus DESC en pie de igualdad.³⁵

III.SOBRE EL DERECHO A LA VIVIENDA ADECUADA: CONSAGRACION NORMATIVA

El derecho a una vivienda constituye un derecho social fundamental que protege el interés que tiene toda de persona a vivir en seguridad, paz y dignidad en alguna parte.³⁶ Como tal, el derecho a la vivienda es reconocido por la *Declaración Universal de Derechos Humanos* señala en su artículo 25, numeral 1° que “toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad.”³⁷ Por su parte, el *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC)*, señala en su artículo 11, numeral 1° que “los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia. Los Estados Partes tomarán medidas apropiadas para asegurar la efectividad de este derecho, reconociendo a este efecto la importancia esencial de la cooperación internacional fundada en el libre consentimiento.”³⁸

El derecho a una vivienda adecuada también se reconoce en otros instrumentos internacionales centrados en la necesidad de proteger los derechos de determinados grupos. Ejemplos de lo anterior lo constituyen el apartado h) del párrafo 2 del artículo 14 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (1979)³⁹, el párrafo 1 del artículo 16 y el párrafo 3 del artículo 27 de la Convención sobre los Derechos del Niño (1989)⁴⁰, el artículo 21 de la

³⁴ *Ibid.*, Párr. 19.

³⁵ *Ibid.*, Párr. 20.

³⁶ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General N° 4, “El derecho a una vivienda adecuada (párrafo 1 del artículo 11 del Pacto)”, párr. 7. Una definición similar es aquella dada en los trabajos de la Campaña Nacional India de Promoción de los Derechos en materia de Vivienda, la Coalición Internacional Hábitat y el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: “El derecho humano a una vivienda adecuada es el derecho de todo hombre, mujer, joven y niño a tener un hogar y una comunidad seguros en que puedan vivir en paz y dignidad.” Citada en Informe del Relator Especial sobre la vivienda adecuada como elemento integrante del derecho a un nivel de vida adecuado, Sr. Miloon Kothari, presentado de conformidad con la resolución 2000/9 de la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas, E/CN.4/2001/51, 25 de enero de 2001, párr. 8.

³⁷ Artículo 25° de la Declaración Universal de Derechos Humanos, adoptada y proclamada por la Asamblea General en su resolución 217 A (III), de 10 de Diciembre de 1948.

³⁸ Artículo 11° del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), adaptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de Diciembre de 1966 y cuya entrada en vigor se hizo efectiva el 3 de Enero de 1976.

³⁹ “Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en las zonas rurales a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, su participación en el desarrollo rural y en sus beneficios, y en particular le asegurarán el derecho a: ... h) gozar de condiciones de vida adecuadas, particularmente en las esferas de la vivienda, los servicios sanitarios, la electricidad y el abastecimiento de agua, el transporte y las comunicaciones”.

⁴⁰ “Ningún niño será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y a su reputación”. A su vez, el párrafo 3 del artículo 27 dice así: “Los

Convención sobre el Estatuto de los Refugiados (1951)⁴¹, el inciso iii) del apartado e) del artículo 5 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (1965)⁴², el párrafo 1 del artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966)⁴³, el párrafo 1 del artículo 43 de la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares (1990)⁴⁴, y el artículo 16° de la Carta Social Europea⁴⁵, entre otros.

Finalmente, una serie de declaraciones y recomendaciones internacionales contienen diversas referencias y disposiciones relativas a los derechos a la vivienda. Entre otras, la Declaración de los Derechos del Niño (1959, principio 4), la Recomendación N° 115 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), sobre la vivienda de los trabajadores (1961, sec. II, párr. 2; sec. III, párr. 8.2 b); sec. VI, párr. 19; y Sugerencias acerca de los métodos de aplicación, sec. I, párr. 5); la Declaración sobre el Progreso y el Desarrollo en lo Social (1969, parte II, art. 10); la Declaración de los Derechos de los Impedidos (1975, art. 9); la Declaración de Vancouver sobre los asentamientos humanos (1976, sec. III.8 y cap. II.A3); la Declaración de la UNESCO sobre la raza y los prejuicios raciales (1978, art. 9.2); la Recomendación N° 162 de la OIT, sobre los trabajadores de edad (1980, sec. II, párr. 5 g)); la Declaración sobre Derecho al Desarrollo (1986, Art. 8.1.), el Programa 21, aprobado en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (1992), la Declaración de Copenhague y el Programa de Acción de la Cumbre Mundial sobre Desarrollo Social (1995), la Declaración y Plataforma de Acción de Beijing, aprobadas por la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer (1995), y el Programa de Hábitat aprobado por la segunda Conferencia de las Naciones Unidas sobre los Asentamientos Humanos (Hábitat II) (1996), la Declaración del Milenio y los objetivos de desarrollo del Milenio (ODM), entre otros.

Sin perjuicio de sus diferentes regulaciones, y tal y como veremos a continuación, el derecho a la vivienda importa el respeto, garantía y satisfacción de niveles adecuados de habitabilidad, acceso a servicios, asequibilidad y seguridad de la tenencia, orientados a favorecer:

Estados Partes, de acuerdo con las condiciones nacionales y con arreglo a sus medios, adoptarán medidas apropiadas para ayudar a los padres y a otras personas responsables por el niño a dar efectividad a este derecho y, en caso necesario, proporcionarán asistencia material y programas de apoyo, particularmente con respecto a la nutrición, el vestuario y la vivienda".

⁴¹ "En materia de vivienda y en la medida en que esté regida por leyes y reglamentos o sujeta a la fiscalización de las autoridades oficiales, los Estados Contratantes concederán a los refugiados que se encuentren legalmente en sus territorios el trato más favorable posible y en ningún caso menos favorable que el concedido generalmente en las mismas circunstancias a los extranjeros".

⁴² En que se obliga a los Estados: "a prohibir y eliminar la discriminación racial en todas sus formas y a garantizar el derecho de toda persona a la igualdad ante la ley, sin distinción de raza, color y origen nacional o étnico, particularmente en el goce de los derechos siguientes: ... e) ... iii) El derecho a la vivienda;"

⁴³ "Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación".

⁴⁴ "Los trabajadores migratorios gozarán de igualdad de trato respecto de los nacionales del Estado de empleo en relación con: ... d) El acceso a la vivienda, con inclusión de los planes sociales de vivienda, y la protección contra la explotación en materia de alquileres."

⁴⁵ "Con miras a lograr las condiciones de vida indispensables para un pleno desarrollo de la familia, célula fundamental de la sociedad, las partes contratantes se comprometen a fomentar la protección económica, jurídica y social de la familia, especialmente mediante prestaciones sociales y familiares, disposiciones fiscales, apoyo a la construcción de viviendas adaptadas a las necesidades de las familias, ayudas a los recién casados o por medio de cualesquiera otras medidas adecuadas."

- 1.- Grupos humanos en condiciones socioeconómicas más deficitarias, especialmente las familias de escasos recursos que necesiten acceder a las políticas sociales y créditos para la construcción, ampliación o adquisición de una vivienda;
- 2.- Grupos humanos que ameritan una protección especial, como sucede con las mujeres, los niños, los pueblos indígenas, las personas con discapacidad, las víctimas de violaciones a los Derechos Humanos, refugiados políticos, migrantes y otros y;
- 3.- Un entorno adecuado, libre de contaminación, con todos los servicios básicos a disposición de todos los habitantes del sector y con un entorno adecuado que permita el acceso a los servicios (como por ejemplo, instituciones tales como recintos educacionales o servicios de salud cercanos), en el cual se pueda, además, humanizar las relaciones familiares, vecinales y comunitarias.

IV. SOBRE EL CONTENIDO NORMATIVO ESPECIFICO DEL DERECHO A LA VIVIENDA ADECUADA EN EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS.

El derecho a la vivienda no deber interpretarse en un sentido restrictivo que lo equipare, tal y como lo ha señalado el Comité DESC, con el cobijo que resulta del mero hecho de tener un tejado por encima de la cabeza o lo considere exclusivamente como una comodidad.⁴⁶ La expresión “adecuada”, prescribe tal acercamiento restrictivo. Por ello el Comité DESC indica en la Observación General N° 4, que “el *concepto de adecuación* es particularmente significativo en relación con el derecho a la vivienda, puesto que sirve para subrayar una serie de factores que hay que tener en cuenta al determinar si determinadas formas de vivienda se puede considerar que constituyen una vivienda adecuada a los efectos del Pacto.”⁴⁷ A la luz de tal consideración, el Comité identifica en la misma Observación General 4º, ciertos aspectos o contenidos normativos fundamentales del derecho a la vivienda adecuada:⁴⁸

a) Seguridad jurídica de la tenencia. La tenencia adopta una variedad de formas, como el alquiler (público y privado), la vivienda en cooperativa, el arriendo, la ocupación por el propietario, la vivienda de emergencia y los asentamientos informales, incluida la ocupación de tierra o propiedad. Sea cual fuere el tipo de tenencia, todas las personas deben gozar de cierto grado de seguridad de tenencia que les garantice una protección legal contra el desahucio, el hostigamiento u otras amenazas. Por consiguiente, los Estados Partes deben adoptar inmediatamente medidas destinadas a conferir seguridad legal de tenencia a las personas y los hogares que en la actualidad carezcan de esa protección consultando verdaderamente a las personas y grupos afectados.

b) Disponibilidad de servicios, materiales, facilidades e infraestructura. Una vivienda adecuada debe contener ciertos servicios indispensables para la salud, la seguridad, la comodidad y la nutrición. Todos los beneficiarios del derecho a una vivienda adecuada deberían tener acceso permanente a recursos naturales y comunes, a agua potable, a energía

⁴⁶ Comité DESC, Observación General 4º: *El derecho a una vivienda adecuada (párrafo 1 del artículo 11 del Pacto)*, Párr. 7.

⁴⁷ *Ibid.*, párr. 8.

⁴⁸ Estos elementos normativos se citan textualmente de la Observación General N° 4, Párrafo 8.

para la cocina, la calefacción y el alumbrado, a instalaciones sanitarias y de aseo, de almacenamiento de alimentos, de eliminación de desechos, de drenaje y a servicios de emergencia.

c) **Gastos soportables.** Los gastos personales o del hogar que entraña la vivienda deberían ser de un nivel que no impidiera ni comprometiera el logro y la satisfacción de otras necesidades básicas. Los Estados Partes deberían adoptar medidas para garantizar que el porcentaje de los gastos de vivienda sean, en general, conmensurados con los niveles de ingreso. Los Estados Partes deberían crear subsidios de vivienda para los que no pueden costearse una vivienda, así como formas y niveles de financiación que correspondan adecuadamente a las necesidades de vivienda. De conformidad con el principio de la posibilidad de costear la vivienda, se debería proteger por medios adecuados a los inquilinos contra niveles o aumentos desproporcionados de los alquileres. En las sociedades en que los materiales naturales constituyen las principales fuentes de material de construcción de vivienda, los Estados Partes deberían adoptar medidas para garantizar la disponibilidad de esos materiales.

d) **Habitabilidad.** Una vivienda adecuada debe ser habitable, en sentido de poder ofrecer espacio adecuado a sus ocupantes y de protegerlos del frío, la humedad, el calor, la lluvia, el viento u otras amenazas para la salud, de riesgos estructurales y de vectores de enfermedad. Debe garantizar también la seguridad física de los ocupantes. El Comité exhorta a los Estados Partes a que apliquen ampliamente los Principios de Higiene de la Vivienda preparados por la OMS, que consideran la vivienda como el factor ambiental que con más frecuencia está relacionado con las condiciones que favorecen las enfermedades en los análisis epidemiológicos; dicho de otro modo, que una vivienda y unas condiciones de vida inadecuadas y deficientes se asocian invariablemente a tasas de mortalidad y morbilidad más elevadas.

e) **Asequibilidad.** La vivienda adecuada debe ser asequible a los que tengan derecho. Debe concederse a los grupos en situación de desventaja un acceso pleno y sostenible a los recursos adecuados para conseguir una vivienda. Debería garantizarse cierto grado de consideración prioritaria en la esfera de la vivienda a los grupos desfavorecidos como las personas de edad, los niños, los incapacitados físicos, los enfermos terminales, los individuos VIH positivos, las personas con problemas médicos persistentes, los enfermos mentales, las víctimas de desastres naturales, las personas que viven en zonas en que suelen producirse desastres, y otros grupos de personas. Tanto las disposiciones como la política en materia de vivienda deben tener plenamente en cuenta las necesidades especiales de esos grupos. En muchos Estados Partes, el mayor acceso a la tierra por sectores desprovistos de tierra o empobrecidos de la sociedad, debería ser el centro del objetivo de la política. Los Estados deben asumir obligaciones apreciables destinadas a apoyar el derecho de todos a un lugar seguro para vivir en paz y dignidad, incluido el acceso a la tierra como derecho.

f) **Lugar.** La vivienda adecuada debe encontrarse en un lugar que permita el acceso a las opciones de empleo, los servicios de atención de la salud, centros de atención para niños, escuelas y otros servicios sociales. Esto es particularmente cierto en ciudades grandes y zonas rurales donde los costos temporales y financieros para llegar a los lugares de trabajo y volver de ellos puede imponer exigencias excesivas en los presupuestos de las familias pobres. De

manera semejante, la vivienda no debe construirse en lugares contaminados ni en la proximidad inmediata de fuentes de contaminación que amenazan el derecho a la salud de los habitantes.

g) Adecuación cultural. La manera en que se construye la vivienda, los materiales de construcción utilizados y las políticas en que se apoyan deben permitir adecuadamente la expresión de la identidad cultural y la diversidad de la vivienda. Las actividades vinculadas al desarrollo o la modernización en la esfera de la vivienda deben velar por que no se sacrifiquen las dimensiones culturales de la vivienda y porque se aseguren, entre otros, los servicios tecnológicos modernos.

V. SOBRE LAS OBLIGACIONES ESPECIFICAS DEL ESTADO COLOMBIANO A LA LUZ DE LA DEMANDA PRESENTADA ANTE LA CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA.

1. Medidas regresivas.

Como indica la demanda de autos, el artículo 40 de la ley 3 de 1991 vulnera el principio constitucional de rigor subsidiario propio del régimen de descentralización administrativa que rige en el país (arts. 1, 287 y 288 CP) y conduce además a la vulneración del derecho a la vivienda digna (art. 51 CP), pues admite que el Gobierno Nacional adopte *medidas regresivas* respecto de la definición del alcance de este derecho por parte de los gobiernos municipales y presiona a estos últimos a tomar medidas regresivas en sus POT para ajustarse a los decidido por el nivel nacional.

La Corporación de Interés Público comparte la opinión jurídica de los demandantes en este punto. El concepto de progresiva efectividad constituye un reconocimiento del hecho de que la plena efectividad de todos los derechos económicos, sociales y culturales en general no podrá lograrse en un breve período de tiempo. Con todo, y como ya hemos visto, el carácter progresivo de las normas establecidas en instrumentos internacionales tales como el PIDESC, no altera la naturaleza de las obligaciones legales de los Estados. Tales obligaciones requieren que algunas medidas se tomen de manera inmediata –tales como la obligación de adoptar medidas, no discriminar en la aplicación de las mismas o respetar el contenido mínimo o esencial de los derechos- y otras tan pronto sea posible. En el caso de las obligaciones progresivas, las medidas adoptadas por los Estados deben ser deliberadas, concretas y orientadas lo más claramente posible hacia la satisfacción de las obligaciones reconocidas en el Pacto.⁴⁹ En virtud de este último estándar, será siempre de carga de los propios Estados el acreditar un progreso notorio hacia la realización total de los derechos consagrados en el Pacto, sin poder justificar su inactividad en el carácter “meramente progresivo” de las obligaciones internacionales.⁵⁰

En este sentido se ha pronunciado el Comité DESC al indicar que:

⁴⁹ Comité del PIDESC, *Observación General No. 3*, Párr. 2.

⁵⁰ *Directrices de Maastricht sobre Violaciones a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, Maastricht, Reino de los Países Bajos, 22-26 de Enero, 1997, Lineamiento N° 8.

“(...) el hecho de que la efectividad a lo largo del tiempo, o en otras palabras progresivamente, se prevea en relación con el Pacto no se ha de interpretar equivocadamente como que priva a la obligación de todo contenido significativo. Por una parte, se requiere un dispositivo de flexibilidad necesaria que refleje las realidades del mundo real y las dificultades que implica para cada país el asegurar la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales. Por otra parte, la frase debe interpretarse a la luz del objetivo general, en realidad la razón de ser, del Pacto, que es establecer claras obligaciones para los Estados Partes con respecto a la plena efectividad de los derechos de que se trata. Este impone así una obligación de proceder lo más expedita y eficazmente posible con miras a lograr ese objetivo.”

A su vez, de esta obligación estatal de implementación progresiva de los DESC se deriva que la obligación mínima asumida por el Estado al respecto es la obligación de no regresividad, es decir, “la prohibición de adoptar políticas y medidas, y por ende, de sancionar normas jurídicas, que empeoren la situación de los DESC de los que gozaba la población al momento de adoptado el tratado internacional respectivo, o bien cada mejora “progresiva.”⁵¹ En este sentido, el Comité DESC ha agregado que:

“[...] todas las medidas de carácter deliberadamente retroactivo en este aspecto requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se disponga”.

A esto mismo apuntan las Directrices de Maastricht, al referirse a las violaciones a los DESC mediante actos de comisión:

“Violaciones mediante actos de comisión. Las acciones directas de los Estados o de otras entidades no reguladas adecuadamente por el Estado pueden resultar en violaciones a los derechos económicos, sociales y culturales. A continuación se mencionan algunos ejemplos de dichas violaciones:

(a) La anulación o suspensión de cualquier legislación que sea necesaria para seguir ejerciendo un derecho económico, social y cultural que esté vigente en ese momento;

(d) La aprobación de cualquier legislación o política que sea claramente incompatible con las obligaciones legales preexistentes relativas a estos derechos, salvo cuando esto se hace con el propósito y efecto de aumentar la igualdad y mejorar la realización de los derechos económicos, sociales y culturales de los grupos más vulnerables;

*(e) La adopción de cualquier medida que sea intencionalmente regresiva y que reduzca el nivel de protección de cualquiera de estos derechos” [...]*⁵²

Por tanto, al permitírsele e incentivar que los municipios adopten medidas que pueden ser regresivas para los niveles de respeto, garantía y cumplimiento del derecho a la vivienda, la legislación impugnada resulta contraria a las obligaciones internacionales en esta materia. Las causales de aceptación de medidas regresivas son excepcionalísimas y se dan, en todo caso, en un contexto generalizado de restricción presupuestaria aguda, y en relación a todos los derechos consagrados en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Tales requisitos no parecen

⁵¹ Víctor Abramovich y Christian Courtis, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Editorial Trotta S.A., 2002, Madrid, página 94.

⁵² *Directrices de Maastricht sobre Violaciones a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, Maastricht, Reino de los Países Bajos, 22-26 de Enero, 1997, Artículo 14, letras a, d y e.

verificarse en la especie y, por tanto, la legislación demandada no parece respetar la regla de prohibición de regresividad.

2. Discriminación y falta de medidas especiales.

Los demandantes sostiene que la determinación de las especificaciones de las cesiones en función del precio de la vivienda permite que el tamaño mínimo de estas sea fijado con base en un porcentaje fijo sobre el área construible –que es la que determina el valor de un proyecto de construcción–, con independencia de cuántas unidades habitacionales y de cuántas personas por unidad habitacional existan en una urbanización. Esto conduce a que los habitantes de viviendas de interés social tengan acceso a un espacio público y a unos equipamientos urbanos más reducidos que las personas que habitan en viviendas de otro tipo, pues en los proyectos de interés social habitan muchas más personas por metro cuadrado construido, lo que reduce la cantidad de metros cuadrados de espacio público y de equipamientos a los que cada persona tiene derecho. Esta situación es abiertamente discriminatoria porque a pesar de que el condicionamiento de las cesiones al precio de las viviendas de interés social tiene el objetivo constitucionalmente importante de garantizar una mayor oferta de viviendas de esa naturaleza a través de la concesión de ventajas financieras a los constructores, la medida es inadecuada, innecesaria y desproporcionada para alcanzar este fin.

La Corporación Interés Público también comparte esta apreciación jurídica formulada por los demandantes. Como es bien sabido, un derecho puede considerarse vulnerado cuando su negación es producto de un acto de abuso de poder, pudiendo provenir tanto de omisiones como de acciones, por parte del Estado o de agentes privados. Tratándose específicamente del Derecho a una Vivienda Adecuada, la obligación del Estado radica en procurar por todos los medios posibles, que todos tengan acceso a recursos habitacionales adecuados para su salud, bienestar y seguridad. Lo anterior no significa que el Estado deba construir viviendas para toda la población, o que deba proveerla de manera gratuita a toda persona que la solicite, ni siquiera que deba cumplir de manera inmediata con todos los aspectos que el derecho involucra. Es claro que los Estados no pueden satisfacer de forma inmediata todos los elementos que integran el contenido del derecho, siempre que se procure por una satisfacción progresiva del derecho en un tiempo razonablemente breve, garantizando así, un “umbral mínimo” hasta el máximo de los recursos disponibles, otorgando prioridad a los grupos más vulnerables.

Específicamente, los Estados deben cumplir con cuatro tipos de obligaciones referentes al Derecho a una Vivienda Adecuada:

- a) **Obligación de respeto:** obliga al Estado a abstenerse de realizar ciertas prácticas y a facilitar la autoayuda de los propios grupos afectados. La prohibición de adoptar medidas “deliberadamente regresivas” que carezcan de “justificación suficiente”.
- b) **Obligación de protección:** frente a intervenciones arbitrarias de terceros en el goce del derecho a la vivienda, tanto por acciones como omisiones de instituciones y particulares, sobre todo en situaciones que afecten a grupos vulnerables.
- c) **Deber de satisfacción:** se relaciona con la seguridad en la tenencia que el Estado debe garantizar. Se traduce por ejemplo, en la provisión de títulos de tierra, el aseguramiento de provisiones anti-discriminatorias o el apoyo legal a organizaciones comunitarias. Además

puede entrañar prestaciones concretas y medidas redistributivas, tales como reformas tributarias progresivas, oferta pública de viviendas subvencionadas o promoción y apoyo financiero de planes para facilitar el acceso a una vivienda económicamente asequible.

- d) **Deber de información:** esta obligación incluye el deber estatal de informar y dar publicidad de leyes y disposiciones administrativas en materia de vivienda, por ejemplo aquellas referidas a la oferta existente, a la situación de viviendas no ocupadas o disponibles para ocupar, a los peligros ambientales próximos a las viviendas, entre otros datos. Todas aquellas disposiciones que propongan un proyecto que pueda afectar la vivienda de las personas, deben ir acompañadas de la información disponible a las personas y comunidades afectadas, de forma oportuna y completa.

Tales obligaciones resultan particularmente relevantes en el contexto del presente caso, puesto que la obligación de respeto importa una prohibición directa de discriminar a sectores más desaventajados económica y socialmente. Si, en virtud de la legislación impugnada, los habitantes de viviendas de interés social tienen acceso a un espacio público y a unos equipamientos urbanos más reducidos que las personas que habitan en viviendas de otro tipo -pues en los proyectos de interés social habitan muchas más personas por metro cuadrado construido- entonces se incumplen las obligaciones de respetar y garantía el derecho a la vivienda. Las obligaciones internacionales del Estado de Colombia en materia de derecho a la vivienda adecuada importan, por un lado, no aplicar medidas que pueden ser consideradas como discriminatorias. Al mismo tiempo, el Estado se obliga a garantizar, de facto, los elementos normativos fundamentales del derecho a la vivienda adecuada. Por tal razón, no basta con que el Estado argumente que la legislación impugnada no tenía el propósito o intención directa de discriminar a la población más desaventajada desde una perspectiva económica y social. Si los efectos de las reglas establecidas en la ley justifican niveles de protección menos intensa para la población más desaventajada, el Estado incumple con su obligación de garantizar el derecho a la vivienda.

3. El precio como único indicador determinante.

Como indican correctamente los demandantes, el hecho de que el precio de los proyectos de vivienda sea un criterio pertinente para determinar el tamaño de los lotes y los espacios construidos no significa que éste sea el único aspecto a tener en cuenta para determinar las condiciones de la vivienda y su habitabilidad. El Estado de Colombia debe considerar también los efectos específicos que tal determinación del precio de la vivienda pueda tener sobre aquellos elementos normativos de la vivienda adecuada ya analizados. Más concretamente, al advertir los efectos de la ley presentemente impugnada sobre elementos como la habitabilidad, el acceso a los servicios, la asequibilidad de la vivienda y, la seguridad de la tenencia, el Estado debe tener en cuenta como tal sistema de determinación del tamaño de los lotes y los espacios construidos puede estar generando niveles de protección del derecho a la vivienda inequitativos, tal y como parecer ser en el presente caso.

Como ha indicado el Relator Especial de Naciones Unidas sobre Derecho a la Vivienda:

“En el sector de la vivienda urbana, la dependencia de los mecanismos del mercado se ha traducido por lo general en el olvido de la población pobre. El empeoramiento constante de las condiciones que afronta la mayor parte de la población urbana y rural pobre del mundo, particularmente respecto de la vivienda y de los servicios conexos, ha suscitado la enorme

preocupación de que la globalización sin trabas no puede conducir a la realización de los derechos económicos, sociales y culturales, incluido el derecho a una vivienda adecuada (...) Los gobiernos tienen la responsabilidad de realizar intervenciones dirigidas a grupos específicos a fin de asegurar el acceso universal a los servicios públicos sobre una base justa y equitativa; este es un elemento fundamental para la realización del derecho a una vivienda adecuada (...) La privatización de los servicios esenciales es otro aspecto al que hay que prestar mucha atención al evaluar las repercusiones de la globalización en el derecho a una vivienda adecuada. Establecer un equilibrio entre las ventajas prometidas de la privatización en términos de eficiencia económica y reducción de los costos de los servicios, por una parte, y sus costos sociales, por la otra, es una tarea muy compleja y delicada para muchos gobiernos e instituciones internacionales que promueven esa política (...)"⁵³

En consecuencia, la Corporación de Interés Público sostiene que, conforme al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el Estado de Colombia debe prestar particular atención a las consecuencias de sus políticas habitacionales –consagradas en la legislación impugnada– sobre niveles fundamentales y relevantes del derecho a la vivienda adecuada de los sectores de la población más desaventajados. Lo anterior no importa, necesariamente, descartar mecanismos de mercado que puedan dinamizar la incorporación de capital privado a la construcción de viviendas y proyectos habitacionales más amplios. Con todo, al hacerlo, corresponde a los tribunales de justicia –en este caso la Corte Constitucional de Colombia– verificar que la legislación que autoriza tales mecanismos de mercado no transgreda los elementos normativos de un derecho social fundamental como la vivienda adecuada.

Por tanto, en la medida en que la mención exclusiva del criterio de precio y el silencio de la ley respecto de los demás atributos que hacen parte del derecho a la vivienda digna afecta significativamente el contenido del derecho a la vivienda digna de los habitantes de viviendas de interés social, la legislación impugnada incumple el mandato derivado del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. En particular, si el precio de los proyectos de vivienda es *el único criterio pertinente* para determinar el tamaño de los lotes y los espacios construidos, la legislación impugnada reduce peligrosamente el catálogo de elementos de interpretación que el Estado debe tener en cuenta a la hora de garantizar una vivienda adecuada.

Como ya se ha señalado, el derecho a la vivienda importa para los Estados una serie de obligaciones genéricas y específicas que forman el concepto de adecuación. Toda ley que pretende restringir dicha concepción general del derecho a la vivienda contradice los estándares internacionales consolidados en esta materia.

⁵³ Informe del Relator Especial sobre una vivienda adecuada, como parte del derecho a un nivel de vida adecuado, Sr. Miloon Kothari, E/CN.4/2002/59, 1º de marzo de 2002, Párrs. 54-5.

Eso es todo cuanto respetuosamente puedo informar ante Ud.



Nicolás Espejo Yaksic
Director

Corporación Interés Público
Las Urbinas 145, Dep. 36
Providencia
Santiago
CHILE