

**TRADUCCIÓN DE FALLO SUDAFRICANO SOBRE DERECHO A TENER ACCESO A LA VIVIENDA DIGNA – CONTROL JURISDICCIONAL DE POLÍTICAS SOCIALES.**

**“República de Sudáfrica v. Grootboom” (caso nº CCT 11/00)**

**CORTE CONSTITUCIONAL DE SUDAFRICA**

Traducción de María Jimena Sáenz

y

Colleen Wendy Torre (\*)

**GOBIERNO DE LA REPÚBLICA DE SUDAFRICA – Primer Apelante-  
PREMIER DE LA PROVINCIA DEL WESTERN CAPE –Segundo Apelante-  
CONCEJO DEL METROPOLITAN CAPE –Tercer Apelante-  
MUNICIPALIDAD DE OOSTENBERG –Cuarto Apelante-**

versus

**IRENE GROOTBOOM Y OTROS –Apelados-**

**Sentencia: 4 de Octubre de 2000**

**Sumario de secciones de la sentencia (con nº de párrafos)**

- A.- Introducción (1-12)**
- B. La causa en la Corte Suprema (13-16)**
- C. La causa en la Corte Constitucional (17-18)**
- D. Las normas constitucionales aplicables (19-20)**
- E. Las obligaciones del estado impuestas por el artículo 26**
  - i. Estándares de interpretación (21-25)**
  - ii. Las normas internacionales relevantes y su impacto (26-33)**
  - iii. Análisis del artículo 26 (34-38)**
  - iv. Medidas legislativas y otras medidas razonables (39-44)**
  - v. Desarrollo progresivo en el ejercicio del derecho (45)**
  - vi. Hasta el máximo de los recursos disponibles (46)**
- F. Descripción y evaluación del Programa de vivienda del Estado (47-69)**
- G. El artículo 28 (1) y el derecho a la vivienda (70-79)**
- H. Evaluación de la conducta de los apelantes hacia los peticionantes (80-92)**
- I. Sumario y conclusiones (93-97)**
- J. La orden/el remedio (99)**

***[Notas de las Traductoras]***

**(\*) Miembros, ambas dos, del INSTITUTO DE DERECHO CONSTITUCIONAL (C.A.L.P.). En dicho ámbito se viene estudiando la problemática constitucional del acceso a la vivienda.-**

## **FALLO (\*\*)**

YACOOB J:

### **A.- Introducción.**

1.- El pueblo de Sudáfrica está comprometido a alcanzar la justicia social y mejorar la calidad de vida de todos. El Preámbulo de la Constitución recoge este compromiso. La Constitución declara que los valores fundamentales de nuestra sociedad son la "... dignidad humana, lograr la igualdad y el desarrollo de los derechos humanos y las libertades"<sup>1</sup>. El caso bajo estudio involucra la realización de estas aspiraciones y concierne a las obligaciones constitucionales del Estado en relación a la vivienda: una cuestión de fundamental importancia para el desarrollo del nuevo orden constitucional de Sudáfrica.

2.- Los planteos de este caso nos recuerdan las intolerables condiciones en las que muchas personas de nuestro pueblo continúan viviendo. Los peticionantes<sup>1</sup> son sólo una fracción de ellos. Nos recuerda también que, a menos que la situación de estas comunidades sea aliviada, podrían tentarse a tomar la justicia en sus propias manos a fin de escapar de las condiciones en las que viven. El caso nos recuerda la cruda realidad de que las promesas constitucionales de dignidad y equidad están fuera del alcance de muchos. Las personas no deben ser obligadas a usurpar tierras por las condiciones en las que viven. No puede tolerarse este tipo de "auto ayuda", pues la falta de tierras para la vivienda es la clave en la lucha contra la falta de las mismas.

3.- El grupo de personas en el caso bajo estudio, vivían en condiciones inhumanas, y decidieron ocupar ilegalmente tierras de propiedad privada. Fueron desalojados y quedaron sin vivienda. La raíz del problema fueron las condiciones intolerables en las que estaban viviendo, mientras esperaban su turno para que les entregaran viviendas de bajo costo. Éstas son las personas cuyos derechos constitucionales deben ser determinados en esta causa.

---

<sup>1</sup>(\*\*\*) El texto en inglés del fallo en sitio oficial del Tribunal (<http://www.constitutionalcourt.org.za>). Las notas al pie con numeración arábiga son originales del fallo, con la salvedad de algún esporádico agregado entre corchete que corresponden a aclaraciones de las traductoras. En cambio, las notas identificadas con números romanos siempre son de las traductoras y se ubican al final de la presente traducción del fallo.

Ver art. 1 (a) de la Constitución de Sudáfrica [*N. de las T.*: en traducciones del inglés del texto constitucional vigente -de 1996 con sus reformas- se usa la expresión "Sección" para referirse a la numeración de las cláusulas constitucionales en lugar de "artículo" que es la utilizada en la presente traducción].

4.- Irene Grootboom y los demás peticionantes<sup>2</sup> quedaron sin vivienda como resultado de su desalojo de las tierras que ocupaban ilegalmente, destinadas a un plan de viviendas de bajo costo. Apelaron ante la Suprema Corte de Cape Hope solicitando que el Gobierno les entregara viviendas básicas adecuadas hasta que les fueran entregadas viviendas permanentes y obtuvieran así cierto alivio<sup>3</sup>. Los apelantes (Gobierno) fueron condenados a proveer de refugio a los niños y a sus padres. La sentencia concluía provisoriamente que “la entrega de carpas, baños químicos y una provisión regular de agua” constituían el piso mínimo indispensable en el caso. Los apelantes, que representan a todas las esferas del gobierno responsables en materia de vivienda<sup>4</sup>, cuestionaron esa sentencia.

5.- En la audiencia, el gobierno ofreció un acuerdo provisorio a fin de paliar los aspectos inmediatos de la crisis en que se encontraban los peticionantes. El acuerdo fue aceptado. Sin embargo, cuatro meses más tarde los reclamantes hicieron una presentación urgente ante esta Corte denunciando que el gobierno no había cumplido con los términos del acuerdo que había propuesto. La petición fue presentada el 21 de septiembre de 2000. Ese día la Corte, luego de comunicarse con las partes, ordenó a la municipalidad que proveyera a los reclamantes de ciertos servicios básicos.

6.- La causa de la aguda crisis habitacional descansa fundamentalmente en el apartheid. Un aspecto central de esta política fue el sistema del “*influx control*”<sup>ii</sup> que tendía a evitar el asentamiento de africanos en áreas urbanas<sup>5</sup>. Esta política fue implementada con más fuerza en Western Cape, donde el Gobierno favoreció la exclusión de “africanos”<sup>iii</sup> para darle preferencia a la comunidad “de color”<sup>iv</sup> mediante una política adoptada en 1954, conocida como “*coloured labour preference policy*.” En consecuencia, la entrega de viviendas familiares a “africanos” en la península del Cabo se congeló en 1962. Esto se extendió a otras áreas urbanas en el Western Cape en 1968. A pesar de la fuerte implementación del “*influx control*”, los africanos

<sup>2</sup> Los peticionantes incluían 510 niños y 390 adultos. La Sra. Irene Grootboom, que encabeza el grupo, interpuso la petición ante la Suprema Corte en representación de todos ellos [N. de las T.: véase nota i al final de esta traducción].

<sup>3</sup> Voto de Davis J, al cual adhirió Comrie J. en la causa “Grootboom c/ Municipalidad de Oostenberg y otros” 2000 (3) BCLR 277 (C).

<sup>4</sup> El primer apelante es el Gobierno de la República de Sudáfrica (gobierno nacional); el Segundo es el Premier de la Provincia del Western Cape en representación del gobierno provincial del Western Cape (Gobierno del Western Cape); el tercer apelante es el Consejo del Metropolitan Cape (Cape Metro) quien supervisa al gobierno local en el área; y el cuarto apelante es la Municipalidad de Oostenberg (la municipalidad), que es un nivel más específico del gobierno local. Todos los apelantes son órganos del Estado.

<sup>5</sup>

Esta política fue tratada ampliamente en la causa “DVB Behuising (Pty) Ltd v North West Provincial Government and Another 2000 (4) BCLR 347 (CC)” par. 41-47.

continuaban migrando al Western Cape en busca de trabajo. La desposesión colonial y la rígida distribución racial de la tierra en zonas rurales dislocaron la economía rural y empobrecieron a las familias campesinas africanas antes independientes y autosuficientes. Dada la ausencia de una política de vivienda, muchas familias se mudaron a asentamientos informales en la península del Cabo. El ciclo del apartheid resultó entonces en: una restricción al movimiento de africanos a las áreas urbanas, el éxodo inexorable de los campesinos empobrecidos a las ciudades, la escasez de vivienda y consecuente sobrepoblación en ellas, el surgimiento de villas, represión policial y la práctica de desalojos forzosos<sup>6</sup>. La aguda escasez de vivienda que existe hoy en día es consecuencia directa del “*influx control*”. Aunque las dimensiones de la crisis habitacional son inciertas, la escasez llegaba a la falta de más de 100.000 unidades en el Cape Metro al momento de la sanción de la Constitución Interina en 1994. Cientos de miles de personas ocuparon tierras formando asentamientos rudimentarios e informales en busca de un mínimo refugio.

**7.-** La Sra. Grootboom y la mayoría de los reclamantes vivían en un asentamiento informal conocido como Wallacedene, que se encuentra en las afueras del municipio de Oostenberg, al este de Cape Metro. Las condiciones en las que vivían los residentes de Wallacedene eran lamentables. Un cuarto de las familias no tenía ingresos, y dos tercios de ellas ganaban menos de 500 rand por mes<sup>v</sup>. La mitad de la población estaba constituida por niños. Todos vivían en casillas, no tenían agua ni cloacas y sólo el 5% de las casillas tenían electricidad. Esta área está parcialmente inundada y se encuentra peligrosamente cerca de una autopista principal. La señora Grootboom vivía con su familia y la de su hermana en una casilla de veinte metros cuadrados.

**8.-** Muchas de estas familias solicitaron al Gobierno viviendas subsidiadas de bajo costo, y han estado en la lista de espera por 7 años. A pesar de varios reclamos presentados a la municipalidad, no se les dio respuesta. Sabiendo que iba a ser una larga espera, y enfrentados a la posibilidad de permanecer indefinidamente en las condiciones en las que estaban viviendo, los habitantes de Wallacedene comenzaron a mudarse en Septiembre de 1998. Levantaron sus casillas en un terreno baldío de propiedad privada que estaba destinado al plan de vivienda. Lo llamaron “*New Rust*”.

**9.-** No tenían permiso del propietario para asentarse allí, y el 08 de Diciembre de 1998 éste consiguió una orden de desalojo. La orden fue notificada a los ocupantes, pero no

---

<sup>6</sup> En 1985, cuando finalmente fue abolida la política del “*coloured labour preference*”, fue posible para los africanos adquirir contratos de posesión por 99 años en el Western Cape (esta forma de posesión había sido establecida en el resto del país en 1978). Al año siguiente el Gobierno abandonó la política del “*influx control*” en su totalidad.

cumplieron con el plazo que tenían para desalojar las tierras. La Sra. Grootboom explicó que no tenían a donde ir: sus lugares en Wallacedene habían sido ocupados por otras personas. Los procedimientos para el desalojo se reiniciaron en Marzo de 1999. Las negociaciones culminaron en una orden para que los ocupantes dejaran el inmueble, y que autorizaba al comisario a desalojarlos y a dismantelar todas las estructuras existentes al 19 de Mayo de 1999. El juez también ordenó a la Municipalidad que mediara entre las partes a fin de encontrar tierras alternativas donde pudieran habitar provisional o definitivamente las personas desalojadas.

**10.-** La Municipalidad no había sido parte en la causa, pero había enviado abogados para monitorear el proceso. No está claro si la Municipalidad fue parte en la mediación, ni si la orden de desalojo se ejecutó de acuerdo con las previsiones del *Act for Prevention of Illegal Eviction from and Unlawful Occupation of Land Act*, 19 de 1998<sup>7</sup>. La validez de la orden de desalojo no fue cuestionada. Sin embargo, debe destacarse que las negociaciones nunca se llevaron a cabo, y el desalojo se efectivizó el 18 de mayo de 1999, durante el comienzo de la época de lluvia, viento y frío del invierno en el Cabo, a expensas de la Municipalidad. Éste se realizó de manera apresurada e inhumana, con reminiscencias de los desalojos realizados durante el apartheid. Las casas de los demandantes fueron demolidas, incendiadas y se destruyeron sus pertenencias. Muchas de las personas que no se encontraban allí en ese momento no pudieron siquiera salvar sus objetos personales.

**11.-** Los demandantes se alojaron entonces en el “campo de deportes” de Walladecene, en estructuras provisorias. Una semana más tarde comenzó la temporada de lluvias, y las estructuras de plástico donde se refugiaban no daban una protección suficiente. Al día siguiente el abogado de los desalojados escribió una carta a la municipalidad, describiendo las condiciones intolerables en las que estaban viviendo sus representados y solicitó que la Municipalidad cumpliera con las obligaciones constitucionales, y les otorgara una vivienda temporaria. Los reclamantes no se sintieron satisfechos con la respuesta que les dio la Municipalidad<sup>8</sup> y se presentaron ante la Corte Suprema el 31 de Mayo de 1999. Como se expresó

---

<sup>7</sup> El art. 4.6 de la ley establece que si al momento en que se inició la acción de desalojo, la persona ha ocupado la propiedad por un plazo menor a los seis meses, el juez podrá, si lo creyera justo, hacer lugar a la acción. Para ello deberá considerar todas las circunstancias relevantes del caso, en especial los derechos de las personas mayores, los niños, personas con discapacidad, y los hogares que dependen de la mujer.

El art. 4.7 establece que si al momento en que se inició la acción de desalojo, la persona ha ocupado la propiedad por un plazo mayor a los seis meses, el juez podrá hacer lugar a la acción luego de considerar las circunstancias relevantes del caso, en especial si una fracción de las tierras ocupadas son objeto en una ejecución hipotecaria, y si otras tierras pueden razonablemente habilitarse por la municipalidad u otro órgano del Estado, u otro propietario, para que las personas desalojadas sean reubicadas, y los derechos de las personas mayores, los niños, personas con discapacidad, y los hogares que dependen de la mujer.

anteriormente, la Suprema Corte falló a favor de los reclamantes y ahora el gobierno apela esa decisión ante este Tribunal.

**12.-** En los restantes considerandos de este pronunciamiento, primero se detallará el razonamiento adoptado en la sentencia de la Suprema Corte bajo apelación (Sección B)<sup>vi</sup>. Luego, se considerará el alcance del derecho al acceso a una vivienda digna contenido en el artículo 26 de la Constitución (Sección E). A estas consideraciones le sigue la evaluación del programa de vivienda adoptado por el Estado a la luz de las obligaciones impuestas por el artículo 26 (Sección F). Finalmente, se tratarán la petición de los demandantes en los términos de los derechos de los niños reconocidos en el artículo 28 de la Constitución (Sección G) y sus argumentos vinculados con la conducta del Estado en relación a ellos (Sección H).

### **B. La causa en la Corte Suprema.**

**13.-** La Sra. Grootboom y los demás reclamantes solicitaron que el gobierno les provea:

(i) albergue o vivienda básica, de manera temporaria, para los reclamantes y sus hijos, hasta que obtuvieran una vivienda permanente.

(ii) o albergue, alimentación, asistencia médica y servicios sociales básicos para los niños del grupo.

Fundaron su reclamo en dos previsiones constitucionales. El artículo 26, que establece el derecho al acceso a una vivienda digna y que en el apartado 2do. impone al Estado la obligación de tomar medidas legislativas y otras necesarias a fin de garantizar progresivamente ese derecho en el marco de los recursos disponibles. El otro pilar de su reclamo era el artículo 28.1.c. de la Constitución que reconoce el derecho de los niños al albergue o refugio.

**14.-** Luego de que se realizara una inspección *in loco*, Josman AJ ordenó que se otorgara cautelarmente un lugar donde alojarse a los niños y a uno de sus padres en caso de que necesitaran supervisión, mientras se resuelve la petición.

Los apelantes intentaron demostrar que el programa de viviendas del Gobierno era suficiente para considerar cumplidas sus obligaciones constitucionales.

El fallo de la Suprema Corte, estaba dividido en dos partes. En la primera, bajo el título de "Vivienda" la Corte analizó el reclamo a la luz del artículo 26 de la Constitución. Allí,

---

<sup>8</sup> La Municipalidad respondió el 27 de Mayo de 1999 especificando que había proveído a los peticionantes de comida y albergue en el Centro Comunitario de Wallacedene, y que estaba solicitando al Gobierno del Western Cape asistencia a fin de resolver el problema. Los reclamantes, sin embargo, consideraron inapropiada esta asistencia ya que el Centro Comunitario de Wallacedene sólo podía albergar a 80 personas.

el tribunal expresó que: "...en suma, los apelantes [el Estado] se enfrentan a una gran escasez de viviendas disponibles con un presupuesto limitado. Más aún, en el marco de recursos escasos frente a una demanda creciente, han implementado un programa de vivienda que tiende a maximizar los recursos disponibles para paliar la crisis habitacional. Por estas razones, no puede decirse que el gobierno no ha tomado `las medidas legislativas y de otro tipo` necesarias, dentro de los recursos disponibles, para avanzar en la progresiva realización del derecho a acceder a una vivienda digna."

La Corte rechazó el argumento que expresaba que el derecho a una vivienda digna constituye un estándar mínimo que obliga al Estado a proveer alguna forma de albergue mientras se implementa el programa de viviendas. Este argumento se fundamentó en distintos Pactos internacionales que se analizarán más adelante<sup>9</sup>.

**15.-** La segunda parte de fallo analizó el reclamo de "refugio" para los niños, fundado en el artículo 28.1.c de la Constitución. Expresó que los obligados en primer término a proveer protección a los niños son sus padres, pero el artículo 28.1.c impone la obligación de protección al Estado en caso de que aquellos se vieran imposibilitados de hacerlo. El "refugio" al que se refiere la Constitución en este último caso, es una forma de albergue más rudimentaria que la obligación de dar una vivienda, y no cumplimenta los requisitos de la vivienda digna. La Corte dijo en su fallo: "... que el derecho al refugio frente al desamparo de los niños debe tener en cuenta también la necesidad del niño de estar acompañados de sus padres. Sólo de esa manera se cumpliría con el espíritu del artículo 28 en su totalidad...".

**16.-** Finalmente, la Corte ordenó:

"2. Se declara en los términos del artículo 28 de la Constitución que:

- a) Los reclamantes que sean niños tienen derecho a que el órgano correspondiente del Estado les provea refugio.
- b) Los padres de estos niños tienen derecho a ser alojados en esos refugios junto a ellos.
- c) El Estado -mediante el órgano o agencia pertinente- está obligado a proveer de dicho refugio a los niños y a sus padres hasta que éstos últimos tengan la posibilidad de resguardar a sus hijos mediante recursos propios.

3. Los demandados deberán presentar uno o varios informes a esta Corte sobre la implementación de lo ordenado en el punto 2 en el plazo de tres meses desde la fecha de la sentencia.

---

<sup>9</sup> Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y las Observaciones Generales del Comité de DESC.

4. Los peticionantes podrán presentar sus objeciones al informe del Estado dentro del plazo de un mes desde la presentación del informe.

5. A partir de allí, los demandados tendrán un plazo de dos semanas para realizar observaciones a las réplicas presentadas.

6. No se condenará en costas en la presente por los gastos ocasionados en el proceso hasta la fecha del presente pronunciamiento.

7. La causa se resolverá en fecha posterior –a definir- a la presentación de los informes y réplicas ordenados en los puntos anteriores.

8. La medida cautelar dispuesta por Josman AJ de fecha 4 de junio de 1999 continúa vigente hasta que las medidas ordenadas en los párrafos precedentes se cumplimenten...”.

### **C. La causa en la Corte Constitucional.**

**17.-** Luego de la admisión del recurso ante esta Corte, y previo a que las partes presentaran sus argumentos, la Comisión de Derechos Humanos y el Centro de Derecho Comunitario de la Universidad del Western Cape solicitaron se les admitiera en el proceso en carácter de *amici curiae*. Se hizo lugar a la solicitud y los *amici* presentaron informes escritos y orales. El Sr. Budlender del Centro de Recursos Legales fue quien representó en la audiencia a los *amici*. Le estamos agradecidos a él, a la Comisión de Derechos Humanos y al Centro de Derecho por un detallado, creativo y explicativo informe sobre el sensible tema que estamos tratando en este caso.

**18.-** Los memoriales presentados por los peticionantes y los apelantes se basaron en un análisis del significado del refugio y las obligaciones impuestas al Estado establecidas en el artículo 28.1.c. El informe de los *amici* amplió la discusión al incluir a todos los reclamantes -incluso aquellos adultos que no tuvieran hijos protegidos por el artículo 28.1.c.- en el ámbito de protección del derecho al acceso a la vivienda, que impone un estándar mínimo de protección y una correlativa obligación estatal en los términos del artículo 26. Asimismo argumentaron que lo único que agrega el artículo 28, referido a los derechos de los niños, es la obligación mínima respecto de vivienda que impone el artículo 26, poniendo fuera de toda duda esa obligación mínima en materia de niñez. Los peticionantes adhirieron a esta presentación y la contraparte no cuestionó esa consiguiente ampliación de los términos del debate.

### **D. Las normas constitucionales aplicables.**

**19.-** Las normas constitucionales en juego en la presente causa se circunscriben a los artículos 26 y 28.1.c.

El artículo 26 establece:

“(1) Todos tienen derecho a acceder a una vivienda digna.

(2) El Estado deberá tomar las medidas legislativas y demás medidas que considere convenientes, dentro de sus posibilidades, a fin de garantizar aquel derecho.

(3) Nadie podrá ser desalojado de su vivienda, ni ésta podrá ser demolida, sin una orden judicial dictada luego de considerar todas las circunstancias relevantes del caso. Ninguna ley podrá permitir desalojos arbitrarios.”

El artículo 28.1.c establece:

“(1) todo niño tiene derecho a...

(c) alimentación básica, albergue, asistencia médica y servicios sociales”

Estos derechos deber ser analizados junto a los derechos socioeconómicos establecidos en la Constitución que incluyen el derecho al acceso a la tierra<sup>10</sup>, a la

---

<sup>10</sup> El art. 25 (5) establece que: “El Estado debe tomar medidas legislativas y otras que sean razonables, dentro de la posibilidad de sus recursos, que habiliten las condiciones necesarias para que los ciudadanos logren el acceso a la tierra sobre bases equitativas”.

vivienda digna, los servicios de salud, alimentación, agua y a la seguridad social<sup>11</sup>. También protegen los derechos del niño<sup>12</sup> y el derecho a la educación<sup>13</sup>.

**20.-** La justiciabilidad de los derechos económicos y sociales ha sido materia de amplia discusión jurídica y política<sup>14</sup>, pero, en el caso de Sudáfrica, ello ha sido puesto fuera de debate por el mismo texto de la Constitución, tal como fue interpretado en el decisorio por ante la Corte Constitucional en el cual se aprobó la nueva Constitución.

---

<sup>11</sup> El art. 27 establece: "(1) Todos tienen el derecho al acceso a:

- (a) Servicios de salud, incluyendo la salud sexual y reproductiva;
  - (b) Alimentación y agua suficientes, y;
  - (c) Seguridad social, incluyendo asistencia social adecuada si la persona no puede mantenerse a sí mismo y a sus dependientes".
- (2) El Estado debe tomar medidas legislativas y otras que sean razonables, en la medida en que se lo permitan sus recursos, para lograr el desarrollo progresivo de estos derechos.
- (3) No puede negarse a persona alguna un tratamiento médico de urgencia"

<sup>12</sup> El art. 28 establece: "(1) Todo niño tiene derecho a:

- (a) Un nombre y una nacionalidad desde su nacimiento;
- (b) Cuidado familiar o parental, o a una alternativa apropiada cuando el niño es sacado de su núcleo familiar;
- (c) Nutrición básica, albergue, asistencia médica básica y asistencia social;
- (d) A ser protegido contra malos tratos, negligencias, abusos o tratos degradantes;
- (e) Ser protegido de prácticas de la explotación laboral;
- (f) Que no se le solicite o se le permita realizar trabajos o prestar servicios que:
  - i) No sean apropiados para un niño, o;
  - ii) Pongan en riesgo su bienestar, la educación, su salud mental o espiritual, o su desarrollo moral y social;
- (g) No ser detenido salvo que sea el último recurso disponible, en cuyo caso, además de los derechos que los que gozan por los artículos 12 y 35, el niño sólo podrá ser detenido por el menor tiempo que se considere apropiado, y tiene derecho a:
  - i) Estar detenido en lugares distintos a cualquier persona detenida mayor de 18 años;
  - ii) Que se tenga en cuenta su edad respecto del trato que recibe y las condiciones en las que se encuentra detenido;
- (h) Tener asistencia legal que provea el Estado en las cuestiones civiles que afecten a los niños, si de ello resultara una grave injusticia que afectare al niño, y;
- (i) No ser utilizado directamente en un conflicto armado, y a ser protegido en tiempos de conflicto armado.

(2) El interés superior del niño debe tenerse en cuenta al momento de resolver cualquier cuestión en la que se encuentre involucrado un niño.

(3) Para interpretar este artículo, "niño" es cualquier persona menor a 18 años"

<sup>13</sup> El art. 29 (1) establece que:

- (1) Todos tienen derecho a:
  - i) Educación básica, incluyendo la educación básica para adultos, y;
  - ii) Educación superior, la cual el Estado deberá hacer más accesible de manera progresiva a través de medidas razonables

Durante las audiencias de la Asamblea Constitucional<sup>15</sup>, se discutió que no eran pasibles de un control de constitucionalidad, y por lo tanto no deberían haberse incluido en la nueva Constitución. En respuesta a estos argumentos, esta Corte sostuvo que:

“Estos Derechos son, al menos en alguna medida, pasibles de control constitucional. Como se ha dicho en párrafos anteriores, muchos de los derechos civiles y políticos asegurados por la Constitución tienen implicaciones presupuestarias sin que éstas comprometan su justiciabilidad. El hecho de que los derechos socio – económicos inevitablemente involucren estas cuestiones presupuestarias, no constituye, en nuestra opinión, un límite para su justiciabilidad. Como mínimo, los derechos socio económicos deben ser protegidos negativamente, de la invasión ilegítima.”

Los derechos económicos y sociales están incluidos expresamente en el *Bill of Rights*<sup>vii</sup>; no puede decirse que sólo son palabras. El artículo 7.2 de la Constitución establece que el Estado debe “respetar, proteger y promover los derechos que se encuentran establecidos en el *Bill of Rights*” y los jueces están obligados a asegurar que estén garantizados. En consecuencia, la cuestión no es entonces si los derechos económicos y sociales son materia justiciable a la luz de nuestra Constitución, sino

- 
- (2) Todos tienen derecho a recibir educación en el idioma oficial u otros idiomas de su elección en instituciones públicas donde la educación sea razonablemente practicable. Para asegurar el efectivo acceso a este derecho y su efectiva implementación, el Estado debe considerar todas las alternativas posibles, incluyendo establecimientos medios, teniendo en cuenta:
    - a) La equidad;
    - b) La practicidad, y;
    - c) La necesidad de dejar de lado las prácticas establecidas por las políticas racistas pasadas.
  - (3) Todos tienen el derecho a establecer y mantener a su costo, establecimientos educacionales independientes que:
    - a) No discriminen por la raza de las personas;
    - b) Estén registradas en el Estado;
    - c) Mantengan un standard de educación que no sea inferior al standard de los establecimientos públicos...”.

<sup>14</sup> Haysom “Constitutionalism, Majoritarian Democracy and Socio-Economic Rights” (1992) 8 SA Journal of Human Rights at 451; Mureinik “Beyond a Charter of Luxuries: Economic Rights in the Constitution” (1992) 8 SA Journal of Human Rights at 464; Davis “The Case Against the Inclusion of Socio-Economic Demands in a Bill of Rights Except as Directive Principles” (1992) 8 SA Journal of Human Rights at 475; Liebenberg “Social and Economic Rights: A Critical Challenge” in Liebenberg (ed) *The Constitution of South Africa from a Gender Perspective* (The Community Law Centre at the University of the Western Cape in association with David Philip Publishers, Cape Town 1995) at 79; Corder et al *A Charter For Social Justice: A contribution to the South African Bill of Rights debate* (University of Cape Town, Cape Town 1992) at 18; Scott and Macklem “Constitutional Ropes of Sand or Justiciable Guarantees? Social Rights in a New South African Constitution” (1992) 141 University of Pennsylvania Law Review at 1; De Villiers “Social and Economic Rights” in van Wyk, Dugard, De Villiers and Davis (eds) *Rights and Constitutionalism: The New South African Legal Order* (Juta, Cape Town, 1994) at 599; South African Law Commission Final Report on Group and Human Rights (Project 58, October 1994) at 179.

<sup>15</sup> Ex Parte Chairperson de la Asamblea Constitucional: In Re Certificación de la Constitución de la República de Sudáfrica, 1996.

cómo garantizar su protección en un caso concreto<sup>16</sup>. Esta es una cuestión difícil que debe ser cuidadosamente explorada caso por caso. Para resolver las cuestiones que involucra el presente caso, es necesario considerar los términos y el contexto de las previsiones constitucionales en juego y su aplicación concreta a esta situación. En este sentido, la Suprema Corte falló a favor de los reclamantes basándose en el derecho a refugio (artículo 28.1.c de la Constitución), pero resulta más apropiado considerar y analizar en primera instancia el artículo 26, para facilitar el análisis contextual del artículo 28.1.c.

## **E. Las obligaciones del Estado impuestas por el artículo 26.**

### ***i.- Estándares de interpretación.***

**21.-** Como todos los derechos contenidos en el Capítulo 2 de la Constitución (*Bill of Rights*), el artículo 26 debe ser analizado en ese contexto. La norma contiene tres subsecciones cuidadosamente previstas. La primera establece un derecho general al acceso a una vivienda digna. La segunda establece y delimita las obligaciones positivas impuestas al Estado para garantizar y promover el acceso a una vivienda digna, y tiene tres elementos esenciales. El Estado está obligado a: a) tomar las medidas legislativas y de otro carácter que fueren necesarias; b) en la medida de los recursos disponibles; c) para lograr la realización progresiva de este derecho. Estos elementos serán materia de análisis más adelante. La tercer subsección provee protección contra desalojos arbitrarios.

**22.-** Interpretar un derecho requiere necesariamente el análisis de dos contextos distintos. Por un lado, debe interpretarse su texto. Ello requiere considerar no sólo el marco del Capítulo 2, sino la Constitución como un todo integral. Por otro lado, los derechos deben interpretarse en su contexto histórico y social.

**23.-** Nuestra Constitución asegura el pleno ejercicio y goce de los derechos civiles y políticos y los derechos económicos y sociales. Todos los derechos establecidos en el *Bill of Rights* están interrelacionados y se conectan mutuamente. No puede haber duda alguna que la dignidad, la libertad e igualdad, valores fundantes de nuestra sociedad, son negados a las personas que no tienen alimento, vestimenta y albergue. Asegurar a las personas el goce de los derechos económicos y sociales habilita el goce de todos los derechos enunciados en el Capítulo 2. La realización de estos derechos es la clave para lograr la igualdad racial y de género y la evolución hacia una

---

<sup>16</sup> El artículo 38 de la Constitución Nacional autoriza a la Corte Constitucional a dar debida protección en caso de que se viole algún derecho establecido en el *Bill of Rights*.

sociedad en la que tanto hombres y mujeres sean capaces de desarrollarse plenamente.

24.- El derecho a acceder a una vivienda digna no puede analizarse aisladamente. Está íntimamente relacionado con otros derechos económicos y sociales. Estos derechos deben ser leídos en conjunto y relacionados con la Constitución en su totalidad. El Estado está obligado a llevar a cabo acciones positivas para satisfacer las necesidades de las personas que viven en la extrema pobreza, quienes no tienen vivienda o poseen una que no sea digna. Esta conexidad debe tenerse en cuenta al interpretar los derechos socio – económicos y en particular, a la hora de determinar si el Estado ha cumplido con sus correlativas obligaciones.

25.- Estos derechos también deben ser interpretados y entendidos en su contexto histórico y social. El derecho a no ser discriminado arbitrariamente, por ejemplo, debe ser entendido como premisa contra nuestro legado de profunda desigualdad social<sup>17</sup>. El contexto en que debe ser interpretado el *Bill of Rights* fue descrito por Chaskalson P. en la causa *Soobramoney*<sup>18viii</sup>: “Vivimos en una sociedad en la que existe una gran desigualdad en el bienestar de las personas. Millones están viviendo en condiciones deplorables y sumidos en una gran pobreza. Hay una alta tasa de desempleo, seguridad social inadecuada, y muchos no tienen acceso a agua potable o a la asistencia médica básica. Estas condiciones existían al momento de sancionarse la Constitución. En nuestro nuevo orden constitucional reposa un compromiso de transformación de esta sociedad en una donde exista la dignidad humana, libertad e igualdad. Mientras estas condiciones continúen existiendo aquella aspiración se mantendrá vacía.”

#### **ii) Las normas internacionales relevantes y su impacto.**

26.- Durante el proceso, se le ha dado mucha importancia al Derecho Internacional como norma hermenéutica a fin de interpretar el artículo 26 de la Constitución. El artículo 39 de nuestra Constitución<sup>19</sup> obliga a los jueces a considerar el Derecho

---

<sup>17</sup> Ver fallos *Brink c/ Kitshoff* NO 1996 (4) SA 197 (CC); 1996 (6) BCLR 752 (CC); *Prinsloo c/ Van der Linde* y otro 1997 (3) SA 1012 (CC); 1997 (6) BCLR 759 (CC). Para la aplicación de este tipo de interpretación contextual ver *S c/ Makwanyane* y otro 1995 (3) SA 391 (CC), 1995 (6) BCLR 665 (CC); *Shabalala* y otros *c/ Fiscal General, Transvaal* y otro 1996 (1) SA 725 (CC); 1995 (12) BCLR 1593 (CC).

<sup>18</sup> *Soobramoney c/ Ministro de Salud, KwaZulu-Natal* 1998 (1) SA 765 (CC); 1997 (12) BCLR 1696 (CC) at para 8.

<sup>19</sup> El artículo 39 establece que: (1) Cuando una Corte, un Tribunal o un forum interprete el *Bill of Rights*, deberá:

- (a) Promover los valores que implican una sociedad democrática que se basa en la dignidad humana, la equidad y la libertad;
- (b) Deberá tener en cuenta el Derecho Internacional, y;

Internacional como herramienta de interpretación del *Bill of Rights*. En la causa *Makwanyane* el Juez Chaskalson P., expidiéndose sobre el artículo 35.1 de la Constitución interina<sup>20</sup> dijo: "... el Derecho Internacional Público incluye leyes que comprometen al Estado y otras que no. Ambas pueden ser utilizadas como herramientas de interpretación de esta sección. Los Pactos Internacionales y el Derecho Consuetudinario Internacional otorgan un marco en el cual el *Bill of Rights* puede ser evaluado y entendido, y para lograr ese objetivo, la jurisprudencia de tribunales internacionales que interpretan dichos instrumentos, tales como el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la Comisión Europea de Derechos Humanos, la Corte Europea de Derechos Humanos, y, en ciertos casos, los informes de Organismos especializados tales como la OIT, puede servir como guía a fin de arribar a una correcta interpretación de las previsiones del *Bill of Rights*..."

El Derecho Internacional puede constituir una guía de interpretación, pero el peso que tienen ciertos principios o normas varía. Sin embargo, cuando una norma internacional obliga a Sudáfrica<sup>21</sup>, puede ser directamente aplicada.

**27.-** Los *amici* sostuvieron que el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales<sup>22</sup> es de gran importancia a la hora de interpretar las obligaciones positivas que recaen sobre el Estado, establecidas por los derechos económicos y sociales en la Constitución. El artículo 11.1 de la Pacto establece: "... *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...*".

---

(c) Podrá tener en cuenta el Derecho extranjero.

(2) Cuando interprete cualquier norma, y desarrolle el *common law* o el derecho consuetudinario, los Tribunales, Cortes o forúms, deberán promover el espíritu, los objetivos y propósitos del *Bill of Rights*.

(3) El *Bill of Rights* no desconoce cualquier otro derecho o libertad reconocidos en el *common law*, el derecho consuetudinario u otra legislación, mientras no sean contrarios al *Bill of Rights*.

<sup>20</sup> El artículo 35 (1) de la Constitución Interina establecía que: "En la interpretación de las previsiones de este capítulo, los jueces deberán promover los valores que implican una sociedad democrática que se basa en la dignidad humana y la equidad, y cuando sea apropiado, deberán observar el Derecho Internacional aplicable a la protección de los derechos asegurados en este Capítulo, y podrán tener en cuenta jurisprudencia extranjera".

<sup>21</sup> Ver los arts. 231 – 235 de la Constitución, que regulan la aplicación del Derecho Internacional.

<sup>22</sup> El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales fue firmado por Sudáfrica el 3 de Octubre de 1994, pero no ha sido aún ratificado.

Este artículo debe ser leído en consonancia con el artículo 2.1 que establece: “...Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos ...”

**28.-** Las diferencias entre las previsiones del Pacto y las de nuestra Constitución son de importancia a la hora de determinar la extensión con que las previsiones del Pacto pueden utilizarse como guía de interpretación del artículo 26 de nuestra Constitución. Estas diferencias, en lo relativo al tema de la vivienda, son:

a) El Pacto establece el *derecho a una vivienda digna*, mientras que la Constitución establece el *derecho a acceder* a una vivienda digna.

b) El Pacto obliga a los Estados parte a tomar las medidas *apropiadas*, las cuales incluyen las medidas legislativas, mientras que la Constitución obliga a Sudáfrica a adoptar medidas legislativas *razonables* y otras medidas.

**29.-** El órgano de monitoreo de la correcta aplicación del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales por los Estados parte es el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas<sup>23</sup>. Los *amici* hicieron hincapié en las Observaciones Generales del Comité referidas a la interpretación y aplicación del Pacto, y expresaron que esas Observaciones Generales constituyen una guía significativa para la interpretación del artículo 26. En especial, señalaron que, a fin de interpretar esta norma, debe adoptarse un criterio similar al adoptado por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su Observación General nº 3 de 1990, en la que el Comité estableció que los derechos socio – económicos tienen una obligación mínima: “10: ...Sobre la base de la extensa experiencia adquirida por el Comité, así como por el organismo que lo precedió durante un período de más de un decenio, al examinar los informes de los Estados Partes, 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 un número importante de individuos está 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

---

<sup>23</sup> El Comité se encuentra integrado por dieciocho expertos independientes. Su función es la asistir al Consejo de Derechos Económicos y Sociales de Naciones Unidas a fin de que el mismo cumpla sus responsabilidades relacionadas con la implementación de la Convención.

que no establezca una obligación mínima, carecería en gran medida de su razón de ser. Análogamente, se ha de advertir que toda evaluación en cuanto a si un Estado ha cumplido su obligación mínima debe tener en cuenta también las limitaciones de recursos que se aplican al país de que se trata. El párrafo 1 del artículo 2 obliga a cada Estado Parte a tomar las medidas necesarias "hasta el máximo de los recursos de que disponga". Para que cada Estado Parte pueda atribuir su falta de cumplimiento de las obligaciones mínimas a una falta de recursos disponibles, debe demostrar que ha realizado todo esfuerzo para utilizar todos los recursos que están a su disposición en un esfuerzo por satisfacer, con carácter prioritario, esas obligaciones mínimas...".

**30.-** Se desprende del párrafo transcrito que el Comité considera que todos los Estados parte se encuentran obligados a cumplir con una *obligación mínima* de asegurar la satisfacción de niveles esenciales de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, incluyendo el derecho a una vivienda digna. De esta manera, un Estado en el que un número significativo de habitantes es privado del "refugio" básico y la vivienda, debe ser considerado *prima facie* como un Estado en falta con el Pacto. El Estado parte debe demostrar que ha hecho todos los esfuerzos posibles y utilizado todos los recursos a su alcance a fin de garantizar el estándar mínimo que implica el derecho. Debe sin embargo notarse que el informe no especifica que considera como "obligación mínima" o "estándar mínimo".

**31.-** El concepto de "obligación mínima" fue desarrollado por el Comité a fin de describir lo mínimo esperado de un Estado a fin de considerar cumplidas las obligaciones establecidas por el Pacto. Es el piso mínimo por debajo del cual el Estado no puede dejar caer el goce de los derechos. Todo derecho tiene un "nivel mínimo esencial" que debe ser satisfecho por los Estados parte. El Comité desarrolló el concepto basado en "...la extensa experiencia adquirida por el Comité... durante un período de más de un decenio, al examinar los informes de los Estados Partes...". La Observación General se basa en los informes que han entregado los Estados Parte y por lo tanto es muy descriptivo de cómo los Estados han dado cumplimiento al Convenio. El Comité ha utilizado también la Observación General "como una manera de alcanzar un criterio común de interpretación de las normas estableciendo una definición prescriptiva". La "obligación mínima" generalmente es determinada al observar las necesidades del grupo más vulnerable que tiene derecho a la protección del derecho en cuestión. Es en este contexto que el concepto de "obligación mínima" debe ser interpretado en el Derecho Internacional.

**32.-** No es posible trazar una línea divisoria que establezca la no realización y la realización progresiva del derecho a una vivienda digna sin identificar primero cuáles

son las necesidades y oportunidades que deben tenerse para lograr el goce de tal derecho. Estas necesidades varían de acuerdo a factores tales como los ingresos, el desempleo, la disponibilidad de tierras y la pobreza. La diferencia entre comunidades rurales y urbanas también determina las necesidades y oportunidades para ejercer el derecho en cuestión. Las variaciones dependen en última instancia de las circunstancias económicas e históricas de un país. Todo lo expuesto demuestra la complejidad que implica la tarea de determinar la “obligación mínima” a fin de lograr la realización progresiva del derecho a una vivienda digna sin tener antes la información sobre las necesidades y oportunidades de las personas para lograr el goce del derecho. El Comité desarrolló una noción de “obligación mínima” luego de examinar durante varios años los informes de los Estados parte. Esta Corte no tiene la información necesaria para desarrollar un concepto propio comparable.

**33.-** La determinación de una “obligación mínima” en el contexto del *derecho a acceder a una vivienda adecuada* presenta cuestiones difíciles. Y ello es así porque son muy diversas las necesidades cuando se habla de acceder a una vivienda: encontramos personas que necesitan tierra; personas que necesitan tierras y una vivienda (construcción); otras necesitan asistencia económica. Una de las dificultades se presenta a la hora de definir si la “obligación mínima” debe ser establecida en general, o debe diferenciarse conforme el grupo al cual nos estemos refiriendo. Como se verá más adelante, la verdadera cuestión, conforme nuestra Constitución, es si las medidas adoptadas por el Estado para garantizar el derecho reconocido en el artículo 26 *son razonables*. Pueden existir casos en los cuales será posible y apropiado tener en cuenta la “obligación mínima” a fin de determinar si las medidas adoptadas por el Estado resultan *razonables*. Sin embargo, aún considerando apropiado utilizar el estándar de la obligación mínima, ello no es posible si no se presenta ante la Corte la información suficiente para determinar cuál es esa “obligación mínima” en el contexto en cuestión. En la causa bajo estudio, no tenemos los elementos suficientes para determinar qué medidas comprenderían esa “obligación mínima” conforme nuestra Constitución. Tampoco es necesario decidir si es apropiado que los tribunales determinen en primera instancia la “obligación mínima” de asegurar la satisfacción de por lo menos niveles esenciales de un derecho.

### **iii) Análisis del artículo 26.**

**34.-** Voy a considerar el sentido y alcance del artículo 26 en ese contexto. Conviene para ello recordar su texto:

“1) Todas las personas tienen derecho al acceso a una vivienda digna.

2) El Estado debe tomar las medidas legislativas razonables y toda otra medida, dentro de sus recursos disponibles, a fin de lograr la realización progresiva de este derecho.

3) Nadie podrá ser desalojado de su vivienda, ni podrá la misma ser demolida, sin orden judicial fundada luego de considerar todas las circunstancias relevantes del caso. Ninguna ley podrá permitir desalojos arbitrarios”.

Los incisos 1 y 2 deben ser leídos en conjunto. El inciso 1 apunta a establecer el alcance de este derecho. Es un derecho del cual también son titulares los niños. Aunque no esté establecido expresamente, carga sobre el Estado, demás instituciones y personas, una obligación negativa, de abstenerse de acciones que impidan u obstaculicen el acceso a una vivienda digna. Esa obligación negativa está desarrollada en el inciso 3, que prohíbe los desalojos arbitrarios. El acceso a la vivienda puede ser también promovido si se toman medidas para que las zonas rurales de nuestro país sean más habitables y fructíferas económicamente, y así se evitaría la migración inexorable de personas de las zonas rurales hacia las ciudades en busca de trabajo.

**35.-** El derecho a “acceder a una vivienda adecuada” establecida en la sección 26.1 de la Constitución es distinto del derecho a una vivienda adecuada establecido en el Pacto. Esta diferencia es muy significativa. El primero reconoce que la vivienda implica más que material y ladrillos. Requiere de tierras disponibles para la construcción, servicio de agua y desagües cloacales, y finalmente la financiación de todo ello, incluyendo la construcción. Para que una persona pueda acceder a una vivienda digna, todas estas circunstancias deben reunirse. El acceso a las tierras con el fin de construir viviendas se encuentra incluido en el derecho al acceso a una vivienda digna establecido en el artículo 26. Este derecho también sugiere que no sólo el Estado es el responsable de proveer viviendas, sino que todos los agentes de la sociedad, incluyendo a los individuos de la misma, deben estar habilitados por medidas legislativas y otras medidas para proveer viviendas. El Estado debe crear las condiciones necesarias para que todas las personas de la sociedad, sea cual fuere su nivel económico, tengan acceso a una vivienda digna. Por ello, las políticas de vivienda del Estado deben tener en cuenta los distintos niveles económicos de la población.

**36.-** En este sentido, hay que diferenciar la situación de las personas que pueden acceder por sí mismas a una vivienda, por más básica que sea, de las que no pueden. Respecto de las primeras, la obligación primaria del Estado es destrabar el sistema, permitiendo el acceso y creando un marco legislativo que facilite la construcción de viviendas a través del acceso a planes de financiación. Las cuestiones de desarrollo y

bienestar social resultan más importantes respecto de las personas que no pueden acceder por sí mismas a una vivienda. Las políticas estatales deben contemplar ambos grupos. Las personas de escasos recursos económicos son particularmente vulnerables y sus necesidades requieren atención especial. Es en este contexto que la relación entre los artículos 26 y 27 de la Constitución y los demás derechos socioeconómicos se torna palpable. Si bajo el artículo 27 el Estado establece programas destinados a proveer asistencia social a quienes no pueden mantenerse y a sus dependientes, ello resulta relevante en relación a las obligaciones estatales respecto de los demás derechos socio – económicos.

**37.-** La obligación del Estado de proveer acceso a una vivienda digna depende del contexto, y muchas veces éste varía en diferentes provincias, ciudades, zonas rurales y urbanas, y dependiendo de las personas. Algunas necesitarán sólo el acceso a tierras, otras necesitarán acceso a tierras y materiales de construcción, algunas necesitarán acceso a financiación, y otras a servicios de agua potable, cloacas, electricidad y caminos. Lo que es adecuado en zonas rurales, donde las personas viven en comunidades subsistiendo de la agricultura, puede no ser adecuado en zonas urbanas donde las personas buscan empleo y un lugar donde vivir.

**38.-** El inciso 2 establece la obligación positiva que recae sobre el Estado. Requiere que el Estado diseñe un plan comprensivo y realizable para alcanzar sus obligaciones en los términos del inciso. Sin embargo, en dicha disposición se deja en claro que la obligación impuesta al Estado no es absoluta e incondicionada. Así, el alcance de la obligación estatal está definida por tres elementos clave, que se considerarán por separado: a) la obligación de tomar medidas legislativas y otras medidas razonables; b) a fin de alcanzar la realización progresiva; 3) en el marco de los recursos disponibles.

#### ***iv) Medidas legislativas y otras medidas razonables.***

**39.-** Lo que constituyen medidas legislativas y otras medidas razonables debe ser interpretado a la luz de la división de las esferas del gobierno creada por la Constitución: el Gobierno nacional, provincial y local<sup>24</sup>. En este caso, el gobierno municipal comprende dos subniveles<sup>25</sup>. La Constitución distribuye poderes y funciones, poniendo especial énfasis en la obligación de cooperación entre ellos para poder cumplir sus obligaciones constitucionales. En el caso de la vivienda, se trata de una competencia atribuida a los Gobiernos provincial y nacional<sup>26</sup>. Los gobiernos locales

<sup>24</sup> Ver el Capítulo 3 de la Constitución.

<sup>25</sup> Ver los arts. 155 (1) (b) y (c) de la Constitución, así como también el art. 7 (1) (b), leer en conjunto con los arts. 10 (b) y 10 (c) del Acta de Gobierno local, 209 de 1993.

<sup>26</sup> Ver art. 4 de la Constitución.

tienen una importante obligación de asegurar la provisión de los servicios necesarios a las comunidades bajo su jurisdicción<sup>27</sup>. Un programa razonable debe entonces distribuir claramente responsabilidades y tareas entre las distintas esferas del gobierno y asegurar los recursos humanos y financieros para cumplirlo.

**40.-** En este orden de ideas, un programa de viviendas coordinado debe ser comprensivo, programado por los Gobiernos mediando interconsultas, tal como se encuentra contemplado en el Capítulo 3 de la Constitución. También requiere de legislación a nivel nacional, la cual en este caso se encuentra vigente. Cada esfera de gobierno debe asumir sus responsabilidades para la implementación de partes particulares del programa, pero el gobierno nacional debe asegurar que las políticas, programas, leyes y estrategias sean suficientes para cumplir las obligaciones impuestas por el artículo 26. En particular, si existe un marco de trabajo nacional, éste debe estar diseñado para que las obligaciones constitucionales se cumplan. Debemos enfatizar en la importante responsabilidad que recae en el Gobierno nacional en relación a la distribución equitativa de ingresos públicos a las provincias y municipios<sup>28</sup>. Los Gobiernos nacionales y provinciales deben asegurar el cumplimiento de las obligaciones impuestas por las leyes relativas a vivienda<sup>29</sup>.

**41.-** Las medidas deben establecer un programa habitacional coherente dirigido a la realización progresiva del derecho al acceso a una vivienda digna, dentro de los recursos disponibles del Estado. El programa debe facilitar el pleno ejercicio del derecho. El diseño y contenidos de las medidas a adoptar son principalmente facultades discrecionales del Poder Legislativo y del Poder Ejecutivo. Sin embargo, deben asegurar que las medidas adoptadas sean razonables. En cualquier cuestión en la que se discuta si de acuerdo al artículo 26 el Estado ha cumplido con sus obligaciones positivas establecidas en su inciso 2, la cuestión principal será si las medidas adoptadas (legislativas y otras) fueron razonables. Cuando un juez considere la razonabilidad de las medidas, no valorará si otras medidas pudieron ser tomadas, si hubiesen sido más favorables, o si se hubiese podido utilizar el presupuesto de otra manera. La cuestión a decidir será en cambio, si las medidas efectivamente adoptadas fueron razonables. Es necesario reconocer que existe un amplio espectro de medidas que pueden ser adoptadas por el Estado para cumplir con sus obligaciones constitucionales, y muchas de ellas pueden considerarse razonables. Cuando se demuestra que lo son, puede decirse que la obligación se encuentra cumplida.

---

<sup>27</sup> Ver art. 152 (1) (b), leer con arts. 152 (2) y 153 (a).

<sup>28</sup> Ver art. 214 de la Constitución y particularmente los arts. 214 (2) (d) y (f).

<sup>29</sup> Ver arts. 100, 139 y 155 (7) de la Constitución.

**42.-** El Estado está obligado a tomar medidas legislativas y *otras medidas* razonables. Las medidas legislativas por sí solas no son suficientes para cumplir con el mandato constitucional. El Estado se encuentra obligado a actuar en función de lograr los resultados esperados, y para ello las medidas legislativas deben estar respaldadas por políticas apropiadas y programas bien implementados por el Poder Ejecutivo. Estas políticas estatales y programas deben ser razonables en su concepción y durante su implementación. La formulación de un programa es sólo el principio en el camino para lograr el cumplimiento de las obligaciones. El programa debe también ser razonablemente implementado. Un programa razonable que no sea razonablemente implementado no cumple con la obligación constitucional.

**43.-** Al determinar si un conjunto de medidas son razonables, es necesario considerar el problema de la vivienda en su contexto social, económico e histórico, y considerar también la capacidad de las instituciones responsables de la implementación del programa. El programa debe ser flexible y debe prever medidas a corto, mediano y largo plazo para la solución del problema. Un programa que excluye a una parte significativa de la sociedad no puede ser considerado razonable. Las condiciones no permanecen estáticas, y por ello el programa debe ser revisado continuamente.

**44.-** La razonabilidad de las medidas debe ser analizadas en el contexto del *Bill of Rights*. El derecho al acceso a una vivienda digna está garantizado porque valoramos al ser humano y queremos asegurar sus necesidades básicas. Una sociedad debe buscar garantizar las necesidades básicas para todos, si se considera una sociedad que respeta la dignidad humana, la libertad y la igualdad. Para ser razonables, las medidas no pueden dejar de tener en cuenta el nivel y la extensión de la privación de ese derecho. Aquellas personas cuyas necesidades son las más urgentes de satisfacer y quienes se ven más desvalidos para ejercer sus derechos, no pueden ser ignoradas por las medidas adoptadas a fin de garantizar el goce de los derechos. Demostrar que las medidas elegidas son capaces de lograr un avance estadístico (cuantitativo) en la realización del derecho, puede no ser suficiente para satisfacer el test de razonabilidad. Máxime cuando la Constitución requiere que todas las personas sean tenidas en cuenta y protegidas. Entonces, aunque las medidas sean satisfactorias estadísticamente, no podrán ser consideradas razonables si no responden a las necesidades de los más necesitados.

**v) Desarrollo progresivo en el ejercicio del derecho.**

**45.-** La extensión y el contenido de la obligación consisten en aquello que debe ser alcanzado, es decir, “el desarrollo progresivo de este derecho.” Esto vincula los incisos (1) y (2) dejando bastante claro que el derecho al que se refieren es al derecho al

acceso a una vivienda adecuada. El concepto de “desarrollo progresivo” demuestra que se ha tenido en cuenta que la realización de este derecho no puede hacerse de manera inmediata. Pero el objetivo de la Constitución es que las necesidades básicas de todos los miembros de la sociedad sean efectivamente satisfechas y el requerimiento de la realización progresiva significa que el Estado debe dar los pasos necesarios para alcanzar este objetivo. El acceso debe ser progresivamente facilitado: las barreras legales, administrativas, económicas y operacionales deben ser sorteadas y reducidas con el tiempo. Las viviendas deben ser más accesibles no sólo para un mayor número de personas, sino también para sectores más amplios de la sociedad, a medida que pase el tiempo. Esta frase ha sido extraída del Derecho Internacional, del artículo 2.1 del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales<sup>30</sup>. El comité ha analizado este requerimiento refiriéndose al derecho a una vivienda digna de la siguiente manera:

*“Sin embargo, 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. Además, 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”<sup>31</sup>.*

Aunque el análisis del Comité transcrito está dirigido a explicar el alcance de las obligaciones de los Estados Parte a la luz del PIDESC, este análisis es también de utilidad para iluminar el significado de la “realización progresiva” en el contexto de nuestra Constitución. El significado que se le imprimió a esta frase es armónico con el contexto en el cual dicha frase es usada en nuestra Constitución y no existen razones para distinguir el significado de la “realización progresiva” constitucional de aquel

---

<sup>30</sup> El texto del artículo 2.1 aparece reseñado más arriba en el parágrafo 27.

<sup>31</sup> Parágrafo 9° de la Observación General 3°, 1990. [N. de las T.: la cita completa de la Observación General que se transcribe: Quinto período de sesiones (1990) del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación General N° 3, la índole de las obligaciones de los Estados Partes (párr. 1 del art. 2 del Pacto)].

establecido para la misma frase presente en el PIDESC del cual aquella claramente deriva.

**vi) Hasta el máximo de los recursos disponibles.**

**46.-** El tercer aspecto definitorio de la obligación de tomar las medidas necesarias, se refiere a que esta obligación no requiere del Estado más de lo que sus recursos disponibles le permitan realizar. Ello significa que el contenido de la obligación en relación al grado de cumplimiento, así como respecto de la razonabilidad de las medidas tomadas para alcanzar el resultado, están supeditados a la disponibilidad de recursos. El artículo 26 no le exige al Estado más de que podría lograr con los recursos disponibles. Como Chaskalson P. estableció en Soobramoney:

“Lo que se desprende de estas provisiones es que las obligaciones impuestas al Estado por las ss. 26 y 27 respecto del acceso a la vivienda, salud, alimentación, agua, y seguridad social, dependen de los recursos disponibles para dichos propósitos, y que los correspondientes derechos están también limitados en razón de la falta de recursos. Dada esta falta de recursos y las importantes demandas de ellos que ya fue referida, una obligación incondicionada o absoluta de satisfacer estas necesidades no sería en el presente pasible de ser cumplida.”

**F. Descripción y evaluación del Programa de vivienda del Estado.**

**47.-** En apoyo a la posición del Estado de haber cumplido con la obligación impuesta por el artículo 26, los apelantes trajeron ante esta Corte evidencia de las medidas -legislativas y otras- que han adoptado. Existe legislación tanto nacional como provincial referida a la vivienda<sup>32</sup>. Fue explicado [ante esta Corte] que en 1994 el Estado heredó una serie de arreglos institucionales fragmentarios respecto de los programas de vivienda, que incluían 13 fondos creados por ley para la vivienda, 7 ministerios y departamentos de la vivienda, más de 20 sistemas de subsidios y más de 60 organizaciones paraestatales operando con bases raciales. Todo esto fue racionalizado. La ley nacional de vivienda creó un marco común y estableció las funciones y responsabilidades de cada una de las esferas del gobierno en relación a la vivienda. Las responsabilidades en materia de implementación fueron –en general- adjudicadas a las provincias. Éstas, a su vez y en muchos casos, delegaron obligaciones específicas de implementación en la estructura de los gobiernos locales. Todas las esferas de gobierno se encuentran involucradas en la implementación de planes de vivienda, y el presupuesto asignado para ello por el gobierno se presenta como sustancial. Existe una política única en relación a la vivienda y un sistema de

<sup>32</sup> Entre los ejemplos de la importante legislación en este campo se incluyen la Housing Act (ley de la vivienda), 107 de 1997; la ley de medidas de protección de los consumidores de bienes inmuebles (Housing consumers protection measures act), 95 de 1998; la ley sobre la prevención de desalojos ilegales y ocupación ilegal de la tierra, 19 de 1998; la ley de promoción del desarrollo, 67 de 1995; y la ley de Western Cape para el desarrollo de la vivienda, 6 de 1999.

subsidios que alcanza a aquellos con ingresos insuficientes independientemente de su raza. El “*White paper*” de la vivienda tiene como objetivo estabilizar el entorno de vivienda, establecer arreglos institucionales, proteger a los consumidores, racionalizar la capacidad institucional dentro de un marco sustentable a largo plazo, facilitar la rápida liberación y mantenimiento de la tierra, y coordinar e integrar la inversión del sector público en materia de vivienda. Adicionalmente, existen varios programas en ejecución que involucran participación pública y privada con el objetivo de asegurar fondos para el financiamiento de la provisión de vivienda.

**48.-** “El desarrollo habitacional” está definido en el artículo 1 de la ley como:

“el establecimiento y mantenimiento de ambientes de residencia pública y privada habitables, estables y sustentables para asegurar comunidades viables, en áreas que permitan el acceso a oportunidades económicas, salud, educación y servicios sociales, y en base al cual todos los ciudadanos y residentes permanentes de la República tendrán progresivamente acceso a:

- (a) estructuras residenciales permanentes en base a una posesión segura, que garanticen ámbitos de privacidad interna y externa, provean adecuada protección y;
- (b) agua potable, condiciones sanitarias adecuadas y provisión de energía de uso doméstico...”

“El proyecto de desarrollo habitacional” está definido como “un plan para llevar a cabo el desarrollo de la vivienda de acuerdo a los programas de vivienda nacionales”.

**49.-** El artículo 2 (1) de la ley desarrolla los principios generales que rigen la actividad de las esferas de gobierno nacional, provincial y local. Ya he expuesto que esos principios son sustanciales para la resolución de este caso. En base a ellos, todos los niveles o esferas del gobierno deben:

“(a) dar prioridad a las necesidades de los pobres en materia de desarrollo habitacional;

(b) realizar una consulta significativa a los individuos y comunidades afectadas por el desarrollo habitacional;

(c) asegurar que el desarrollo habitacional:

i) provea del más amplio espectro de elección de vivienda y opciones de posesión, como sea razonablemente posible.

ii) sea económica, física, social y financieramente sostenible.

iii) esté basado en un plan de desarrollo integral; y

iv) sea administrado de manera transparente, esté bajo controles y condiciones de equidad, y mantenga una buena práctica de gobierno.

(e) promover:

i) la educación y protección de los consumidores en materia de desarrollo habitacional;

ii) condiciones en las cuales todos cumplan con sus obligaciones respecto del desarrollo habitacional;

iii) el establecimiento, desarrollo y mantenimiento de comunidades social y económicamente viables y de condiciones de vida saludables y adecuadas para asegurar la eliminación y la prevención del establecimiento de “villas/asentamientos”;

...

ix) la provisión de facilidades comunitarias y recreaciones en áreas residenciales;

(f) en la administración de cualquier materia relacionada con el desarrollo habitacional:

i) respetar, proteger, promover y asegurar los derechos reconocidos por la Carta de Derechos del Capítulo 2 de la Constitución;

ii) observar y adherir a los principios del gobierno cooperativo y las relaciones intergubernamentales a las que se refiere el artículo 41 (1) de la Constitución; y

iii) cumplir con toda otra disposición constitucional aplicable.”

**50.-** Con anterioridad y también luego de establecer estos principios, la ley desarrolla cuáles son las funciones de los gobiernos nacional, provincial y local en relación con la vivienda. Las funciones del gobierno nacional están previstas en la sección 3 de la ley.<sup>33</sup> Las funciones de los gobiernos provinciales están previstas en la sección 7 de la

---

<sup>33</sup> El artículo 3 prevé:

“(1) El gobierno nacional, mediante la actuación del Ministro, debe -con posterioridad a la consulta con todos los MEC y la organización nacional que representa a todas las municipalidades que se prevé en el artículo 163 (a) de la Constitución- establecer y facilitar un proceso de desarrollo nacional y sustentable en materia habitacional.

(2) En relación a lo establecido en la subsección (1) el Ministro debe:

a) determinar una política pública nacional, que incluya normas y estándares nacionales en materia de vivienda;

b) establecer amplios objetivos en materia de provisión de vivienda, y facilitar la implementación de objetivos en materia de provisión de vivienda a nivel provincial y, cuando se considere apropiado, también a nivel local, como respaldo;

c) monitorear el desempeño del gobierno nacional y, en cooperación con todos los MEC, la actuación de los gobiernos provinciales y locales controlando que no procedan contra los objetivos de la provisión de vivienda y su base presupuestaria;

d) asistir a las provincias para el desarrollo de la capacidad administrativa requerida para el ejercicio eficaz de sus funciones y cumplimiento de sus obligaciones en materia habitacional;

e) apoyar y fortalecer la capacidad de las municipalidades para que gestionen sus propias tareas, ejerzan sus poderes y cumplan con sus obligaciones relacionadas con el desarrollo habitacional;

f) promover la consulta y el diálogo en materias relacionadas con la vivienda, entre el gobierno nacional y representantes de:

i) la sociedad civil;

ii) los sectores y subsectores que proveen o financian materiales o servicios relacionados con las viviendas;

ley<sup>34</sup> y las correspondientes a las municipalidades en la sección 9<sup>35</sup>. Las responsabilidades del gobierno local en la Ciudad del Cabo, y en particular las relaciones entre el gobierno metropolitano por un lado y el gobierno municipal por otro, están reguladas por un Acuerdo firmado por Ciudad del Cabo y las municipales en el área de su jurisdicción<sup>36</sup>.

**51.-** De la lectura conjunta de los principios generales y la atribución de funciones al gobierno nacional, provincial y local, surge que la definición de desarrollo habitacional es central en el cuerpo de la ley. El desarrollo habitacional, tal como allí se define,

iii) gobiernos provinciales y locales; y,

iv) todo otro actor relevante en el campo del desarrollo habitacional.

g) promover la comunicación efectiva respecto del desarrollo en cuestiones de vivienda.

(3) En relación a la subsección (2) (a), la expresión “normas y estándares nacionales” incluye normas y estándares referidos a las estructuras de residencia permanente, pero no están limitadas a ellas.

(4) En relación al cumplimiento de los deberes impuestos por la subsección (1) y (2) el Ministro puede:

a) establecer un marco institucional y de financiación nacional destinado al desarrollo habitacional;

b) negociar para la asignación de partidas del presupuesto nacional destinadas al desarrollo habitacional;

c) preparar y mantener un plan nacional multi-anual en relación al desarrollo habitacional;

d) destinar fondos de los programas de vivienda nacionales a los gobiernos provinciales, incluyendo fondos destinados a programas nacionales de vivienda administrados por las municipalidades en los términos del artículo 10;

e) destinar fondos a los programas de ayuda nacional para el desarrollo habitacional;

f) obtener fondos para la adquisición de tierra, desarrollo de infraestructura, provisión de vivienda y la financiación del consumidor final;

g) instituir y financiar programas nacionales de vivienda;

h) establecer y financiar instituciones nacionales para los propósitos del desarrollo en materia de vivienda, y supervisar la ejecución de sus mandatos.

i) evaluar el desempeño de las agencias del sector de vivienda en cuanto al cumplimiento de los objetivos pautados, y asegurar la equidad y la efectividad requeridas; y,

j) dar los pasos razonablemente necesarios para:

i) crear las condiciones necesarias para integrar a los gobiernos provinciales y locales, el sector privado, las comunidades y los individuos en el cumplimiento de sus respectivos objetivos en el marco del desarrollo habitacional; y,

ii) promover el funcionamiento eficaz del mercado de la vivienda.

...”

<sup>34</sup> El artículo 7 de la ley establece:

“(1) Todos los gobiernos provinciales deben -luego de consultar con la organización provincial que representa a las municipalidades como lo prevé el artículo 163 (a) de la Constitución- hacer todo lo posible en el ámbito de sus poderes para promover y facilitar la provisión de vivienda adecuada dentro de su provincia en el marco de la política nacional en materia habitacional.

(2) A los fines de la subsección (1) todos los gobiernos provinciales deben:

tiene como objetivo proveer a los ciudadanos y residentes permanentes del acceso a estructuras de residencia permanente, bajo formas de posesión que aseguren la privacidad interna y externa. Lo que es más, la ley se esfuerza por garantizar el acceso a oportunidades económicas y a la salud, la educación y los servicios sociales. Todos los documentos legales vinculados a las políticas públicas que fueron presentados ante esta Corte, reconocen la necesidad de garantizar el desarrollo en

- 
- habitacional;
- a) determinar una política pública provincial en materia de desarrollo habitacional;
  - b) promover la sanción de legislación provincial que asegure la efectiva provisión de vivienda;
  - c) tomar todas las medidas necesarias y razonables para apoyar y fortalecer las capacidades de las municipalidades para ejercer sus poderes y cumplir con sus deberes vinculados con el desarrollo habitacional;
  - d) coordinar el desarrollo en materia de vivienda dentro de su provincia;
  - e) tomar todas las medidas razonablemente necesarias para apoyar a las municipalidades en el ejercicio de sus funciones y el cumplimiento de sus deberes en materia de desarrollo habitacional;
  - f) intervenir cuando una municipalidad no pueda cumplir con alguno de los deberes impuestos en esta Ley, tomando, de acuerdo con el artículo 139 de la Constitución, las medidas necesarias para asegurar el cumplimiento de ese deber; y,
  - g) preparar y mantener un plan multi-anual referido a la ejecución en la provincia de todos los programas nacionales en materia de vivienda, que sea consistente con la política pública adoptada por la nación en esta materia y con el artículo 3 (2) (b), y en conformidad con los lineamientos que el Ministro apruebe para el financiamiento de este plan con el dinero del Fondo.

...”

<sup>35</sup> El artículo 9 establece:

“(1) Todas las municipalidades deben, como parte del proceso municipal de planificación del desarrollo integral, tomar todas las medidas necesarias y razonables dentro del marco de la legislación y las políticas públicas nacionales y provinciales en materia de vivienda, para:

- a) garantizar:
  - i) el acceso a la vivienda adecuada de los habitantes del área bajo su jurisdicción de manera progresiva;
  - ii) que las condiciones que perjudiquen la salud o la seguridad de los habitantes de su área jurisdiccional sean prevenidas o removidas;
  - iii) la provisión económicamente eficiente de servicios de agua potable, condiciones sanitarias, electricidad, caminos, drenaje de aguas de lluvia y transporte.
- b) establecer objetivos en materia de provisión de vivienda en el área de su jurisdicción;
- c) identificar y designar tierra para el desarrollo de la vivienda;
- d) crear y mantener un ambiente público que conduzca al desarrollo habitacional, y que sea financiera y socialmente viable;
- e) promover la resolución de conflictos que surjan en el proceso del desarrollo de la vivienda;
- f) iniciar planes, coordinar, facilitar y promover el desarrollo adecuado de la vivienda en el área de su jurisdicción;
- g) proveer servicios de ingeniería y servicios que generen renta, cuando esos servicios no sean provistos por otros sectores; y,

materia de vivienda en estos términos. Este es el punto central de la política de desarrollo habitacional.

**52.-** La definición del desarrollo en materia de vivienda así como los principios establecidos, no contemplan tipos de provisión de vivienda que estén por debajo de lo que la ley entiende como “desarrollo habitacional”. En otras palabras, no hay previsión expresa en la ley que prevea un remedio provisorio para las personas que no tienen acceso a la tierra ni techo, personas que estén viviendo bajo condiciones intolerables de vida, ni para aquellas que transitan por una crisis debido a desastres naturales como inundaciones e incendios, o porque sus hogares se encuentran bajo amenaza de demolición.

Estas personas se encuentran en un estado de necesidad extremo. Sus necesidades inmediatas pueden ser satisfechas si se remedia la escasez de viviendas que cumplan con los estándares requeridos de durabilidad, habitabilidad y estabilidad, establecidos en la ley de desarrollo habitacional.

**53.-** Lo que fue hecho en el marco de estos programas constituye un avance notorio. Enormes cantidades de dinero fueron empleadas, y se construyeron muchas viviendas.<sup>37</sup> Una considerable cantidad de recursos, energía y pensamiento fue avocada al proceso de provisión efectiva de viviendas. Este programa fue pensado

---

h) planear y gestionar el uso de la tierra y el desarrollo.

(2) (a) Todas las municipalidades podrán participar en los programas de vivienda nacionales de acuerdo con las reglas aplicables a dichos programas, con las siguientes funciones:

i) promover los proyectos de desarrollo de la vivienda mediante un especialista;

ii) en el marco del párrafo (b), actuar como planificador y en la ejecución de programas de desarrollo habitacional (...)

iii) entrar en contratos de *joint venture* con especialistas en desarrollo en materia de proyectos de desarrollo habitacional;

iv) establecer una entidad comercial separada para ejecutar un proyecto específico de desarrollo de la vivienda;

v) administrar programas nacionales referidos al área bajo su jurisdicción de acuerdo a l artículo 10;

vi) facilitar y apoyar la participación de otros actores relevantes en los proyectos de desarrollo habitacional.

b) Si una municipalidad fue investida en los términos del artículo 10 (2), de la función de administrar programas nacionales de desarrollo de la vivienda dentro del marco de dichos programas, esa municipalidad no podrá actuar como inversionista, salvo que el proyecto haya sido aprobado por el organismo competente provincial en materia de desarrollo de viviendas.

<sup>36</sup> El acuerdo se denominó “Acuerdo respecto de la distribución de poderes, deberes y funciones celebrado entre el Council metropolitano de Ciudad del Cabo y los Councils metropolitanos locales de Ciudad del Cabo, Eastern, Heidelberg, Northern, Southern, Tygerberg”. Este acuerdo fue celebrado el 30 de septiembre de 1996 de acuerdo con previsiones legales locales.

<sup>37</sup> Fueron construidas o empezó la construcción de aproximadamente 362.160 viviendas entre Marzo de 1994 y Septiembre de 1997, para Octubre 1997 habían sido ya adjudicados un total aproximado de 637.190 subsidios para proyectos de planificación o desarrollo.

con el objetivo de alcanzar la progresiva realización del derecho al acceso a una vivienda adecuada.

**54.-** Sin embargo, la cuestión que debe hallar una respuesta en este caso es si las medidas adoptadas fueron razonables de acuerdo al estándar que impone el artículo 26 de la Constitución. Las responsabilidades y funciones de los niveles del gobierno fueron asignadas de manera coherente y comprensiva. El programa en materia de vivienda no está estructurado caprichosamente, sino que representa una respuesta sistemática a una necesidad social urgente. Toma en cuenta la escasez de vivienda en Sudáfrica al tener prevista la construcción de grandes cantidades de viviendas para aquellos que necesiten un hogar mejor. El programa se aplica en todo el territorio de Sudáfrica y, aunque han existido dificultades para su implementación en determinadas áreas, la evidencia sugiere que el Estado ha enfrentado activamente estos problemas.

**55.-** Han sido tomadas medidas legislativas tanto a nivel nacional como provinciales. Como he expuesto, a nivel nacional la Ley de Vivienda establece los principios generales aplicables al desarrollo habitacional, define las funciones de las tres esferas del gobierno y dirige el financiamiento. A su vez establece un marco legislativo nacional para la provisión de viviendas. A nivel provincial, se sancionó en 1999 la Ley de desarrollo habitacional de Western Cape. Allí también se delinearon los principios generales aplicables al desarrollo en materia de vivienda, el rol del gobierno provincial en esta materia y otras materias relacionadas con el desarrollo habitacional. Esta ley provincial, siguiendo a la nacional, prevé un marco legislativo al que debe ajustarse el desarrollo de la vivienda en el nivel provincial. Todas las medidas descritas forman parte del programa nacional de la vivienda.

**56.-** Esta Corte debe decidir entonces, si el programa nacional de la vivienda resulta lo suficientemente flexible y adecuado para responder a las demandas de aquellas personas que se encuentran en estado de necesidad extremo y atender sus requerimientos inmediatos y de corto plazo. Esto debe hacerse en el contexto de las dimensiones del problema habitacional que debe ser resuelto: la situación habitacional en Cape Metro, la municipalidad y las circunstancias prevalecientes allí que fueron reseñadas precedentemente.

**57.-** La escasez de viviendas en Cape Metro es aguda. Se requieren cerca de 206.000 unidades de vivienda sólo en Oostenberg. Las cantidades de ranchos o viviendas precarias en Cape Metro en general, y en el área de la municipalidad en particular, revelan un problema inconmensurable. En Cape Metro fueron relevadas 28.300 viviendas precarias en enero de 1993. Este número ha crecido a 59.854 en 1996 y

hasta 72.140 para 1998. Las viviendas precarias en esta área se incrementaron un 111% durante el período de 1993-1996, y en un 21% desde entonces a 1998. En el área municipal, fueron relevados 2.121 viviendas precarias en 1993, 5.701 –con un incremento del 168%- en 1996, y 7.546 –con un incremento del 32%- en 1998. Estos datos fueron tomados de un estudio efectuado por el Cape Metro.

**58.-** Este estudio concluye que la municipalidad “es la autoridad local más crítica en términos de crecimiento de asentamientos informales de viviendas precarias”, ello a pesar del hecho de que, de acuerdo a la declaración de los representantes de la municipalidad, fue completada la construcción de 10.577 viviendas para 1997. Las dimensiones del problema se ven claramente ilustradas a partir de los siguientes datos: en Western Cape son construidas por año cerca de 20.000 viviendas, mientras que la demanda crece en razón de 22.000 unidades familiares por año. El retraso puede ser reducido tan sólo aumentando en 2.000 las viviendas construidas por año, en tanto los recursos lo permitan.

**59.-** La situación habitacional es desesperante. El problema se comprende en el marco un nivel rampante de desempleo y pobreza. Como fue señalado anteriormente, un cuarto de los habitantes de Wallacedene no tienen ingreso alguno, y más de dos tercios ganaban menos de 500 rand por mes durante 1997. Como también fue señalado, muchas de las familias de Wallacedene viven en condiciones intolerables. En algunos casos, sus precarias viviendas permanecen inundadas durante la temporada de lluvias de invierno, en otros, viven en condiciones de hacinamiento o están situadas en zonas peligrosas, como las cercanías de caminos muy transitados. No existe evidencia que demuestre que el caso de Wallacedene es inusual en este aspecto. Estas mismas condiciones de vida fueron las que forzaron a los peticionantes de este caso a dejar sus hogares allí.

**60.-** El intendente metropolitano del Cabo ha admitido que esta desesperante situación requiere medidas del gobierno de una naturaleza diferente a las que fueron tomadas en el marco de la política de desarrollo habitacional descrito en los considerandos precedentes de esta resolución. En junio de 1999, algunos meses después del desalojo de los peticionantes, se diseñó un programa (Programa de tierras del gobierno metropolitano del Cabo). Allí se estableció:

“De lo anterior se desprende que existe una asimetría notoria entre la demanda y la oferta en el sector vivienda que da como resultado una crisis habitacional aguda.

En este marco, la situación existente en materia de vivienda no puede ser sencillamente aceptada, pues existen muchas familias viviendo en

condiciones críticas y otras que están siendo desalojadas por las autoridades locales con el objetivo de administrar e implementar los proyectos de vivienda. Un nuevo programa de vivienda debe [sic] ser establecido para resolver las críticas condiciones de vivienda en [Ciudad del Cabo]. El programa propuesto se denomina 'Programa de gestión acelerada de la tierra y los asentamientos'."

Más adelante, en el mismo documento, el programa es brevemente descrito como sigue:

"El Programa de gestión acelerada de la tierra y los asentamientos (AMSLP, [por sus siglas en inglés]) puede ser sucintamente descrito como la solución rápida al problema de la tierra para las familias en crisis, a partir de la progresiva provisión de servicios.

Este programa beneficiará a aquellas familias en condiciones críticas. El programa no ofrece beneficios a quienes pretender saltarse el orden de atención previsto, es el gobierno metropolitano local quien determinará cuando se efectivizarán los servicios progresivos.

El Programa de gestión acelerada de la tierra y los asentamientos (AMSLP) incluye la identificación y adquisición de tierra, planificación, identificación de beneficiarios, la aprobación de la ciudad, el establecimiento de servicios básicos, la ubicación y transferencia de tierra a los beneficiarios."

Esta Corte fue informada en la audiencia que si bien este programa no estaba vigente al tiempo que se inició esta causa, está siendo implementado ahora.

**61.-** El programa metropolitano del Cabo fue establecido por las autoridades específicamente "para asistir a las autoridades locales en los servicios que faciliten el acceso a la vivienda para las familias en condiciones críticas". Es importante señalar que este programa reconocía (i) la ausencia de protección para las personas que viven en condiciones críticas; (ii) la inaceptabilidad de que existan familias viviendo bajo necesidades extremas; (iii) el consecuente riesgo de invasión de tierras privadas que esto genera; (iv) la brecha entre la oferta y la demanda de viviendas que tiene como resultado una crisis habitacional severa. Un punto crucial del programa es el establecimiento de los beneficiarios: las familias en riesgo de ser desalojadas, aquellos que se encuentren en situación crítica como la existente en zonas inundables, familias establecidas en zonas estratégicas y las que estén viviendo en asentamientos o que estén en la lista de espera y se encuentren en situación crítica. Su objetivo primario es la pronta liberación de tierra para estas familias en crisis, acompañada por la provisión progresiva de servicios.

**62.-** Al momento de idear este programa el gobierno metropolitano del Cabo expresó que:

“Es necesario que el gobierno local, en virtud de los poderes y funciones otorgadas por la legislación y las políticas nacionales y provinciales, inicie, facilite y desarrolle proyectos en materia de vivienda. Parte de esta tarea es también la identificación de tierras vacantes para construir viviendas. Actualmente existen algunos programas disponibles para el financiamiento de estos proyectos, por ejemplo, el proyecto de subsidios, subsidios institucionales y el CMIP. Ninguno de estos programas hace frente a las situaciones de crisis en materia habitacional. El Programa de gestión acelerada de asentamientos (AMSLP) en este marco, puede ser descrito como la rápida entrega de tierras a las familias en situación crítica, con la progresiva provisión de servicios”.

**63.-** El artículo 26 de la Constitución requiere que la legislación y las otras medidas adoptadas sean razonables. Para determinar si el programa nacional en materia de vivienda tal como se aplica en Ciudad del Cabo es razonable a la luz de esta norma constitucional, debemos considerar si la ausencia de servicios para aquellos en situación crítica es razonable en estas circunstancias. Excepto el Programa de tierras de Ciudad del Cabo, no existe provisión en el programa nacional, del tipo del que es aplicado en esta ciudad, para las personas en situación de extrema necesidad.

**64.-** El abogado de los apelantes defendió el programa nacional y resistió la idea de que la provisión de servicios a personas en situación desesperante sea apropiado en ese marco. El abogado también argumentó que el artículo 26 no requiere la provisión de estos servicios. De hecho, su punto era que la satisfacción de estas necesidades extremas detraería esfuerzos del desarrollo integral en materia de vivienda que define la ley. La política pública en materia habitacional, tal como está delineada en la ley, es en sí misma loable. Contiene objetivos trazados a medio y largo plazo que no pueden ser cuestionados. Pero la cuestión a resolver en este caso es si un programa de vivienda que no tome en cuenta el inmediato mejoramiento de las condiciones de vida de aquellos que están en crisis puede pasar el test de razonabilidad establecido en la Constitución.

**65.-** La ausencia de un componente tal puede ser aceptable en el marco de un programa nacional de vivienda que tenga por resultado la accesibilidad económica de las viviendas para la mayoría de la población en un plazo razonablemente corto de tiempo. Sin embargo, la entidad del problema es tal, que esto no es esperable que suceda. Cada proyecto de vivienda puede tomar años para efectivizarse y la provisión de viviendas para todos los habitantes del área de la Municipalidad y la Metrópolis del Cabo es probable que tome un largo tiempo. El futuro de las personas desesperadas estará entonces librado al destino a menos que existan medidas temporarias como parte de un plan de alcance nacional en materia de vivienda. Las autoridades

vinculadas al área vivienda, comprensiblemente son incapaces de decir cuándo ésta va a ser accesible para las personas que viven en condiciones desesperantes. El resultado es entonces que a estas personas se las deja sin asistencia, sin ninguna posibilidad de salida de su situación. En este sentido, no sólo no existen soluciones inmediatas a la crisis. La consecuente presión sobre los asentamientos existentes inevitablemente tiene como resultado la invasión de tierras por quienes viven en condiciones extremas, frustrándose de esta manera los objetivos de largo y mediano plazo del programa habitacional nacional. Esta fue la razón principal por la que el Programa de la tierra y los asentamientos fue adoptado por las autoridades de la Metrópolis del Cabo.

**66.-** El gobierno nacional es responsable de asegurar que el Estado cumpla con las obligaciones impuestas por el artículo 26 de la Constitución. El programa nacional en materia de vivienda no alcanza a los efectos de garantizar estas obligaciones constitucionales en tanto falla al no reconocer que el Estado debe aliviar la situación de aquellos que se encuentran en situación de desamparo. Ellos no pueden ser ignorados en pos del mantenimiento de un programa focalizado en objetivos de largo y mediano plazo. Resulta esencial que una parte sustancial del presupuesto estatal de vivienda sea destinado a estos sectores, pero las demás precisiones deben ser decididas en primer lugar por el gobierno.

**67.-** Este caso involucra la responsabilidad de las autoridades metropolitanas del Cabo y de la municipalidad. Las primeras, han asumido que las necesidades en juego en este caso no han sido satisfechas y diseñaron un Programa de tierras en un esfuerzo por cumplir sus obligaciones. Aparentemente, este programa cumple con las obligaciones que el Estado tiene respecto de las personas en situación semejante a los peticionantes de este caso en el área metropolitana del Cabo. De hecho, el *amicus* aceptó que este programa “podría satisfacer de manera adecuada y sustentable precisamente las necesidades de personas como los demandantes”. Sin embargo, de la misma manera que sucede con las medidas legislativas, la existencia de este programa es sólo un punto de inicio. Lo que resta es la implementación de este programa dando todos los pasos necesarios para iniciarlo y mantenerlo. Asimismo, debe ser implementado con la debida urgencia que imponen las circunstancias.

**68.-** La efectiva implementación requiere una adecuada asignación presupuestaria provista por el gobierno nacional. Esto, a su vez, requiere del reconocimiento de la obligación de satisfacer e incluir las necesidades inmediatas en el marco del programa nacional en materia de vivienda. El reconocimiento de estas necesidades dentro del

mencionado programa nacional requiere de un plan, del presupuesto y el monitoreo de su cumplimiento. Estas medidas deben garantizar la asistencia a un número significativo de personas con necesidades extremas, aunque no todas ellas se vean asistidas en lo inmediato. Este plan requiere también de la cooperación entre las diferentes esferas de gobierno.

**69.-** En conclusión, ha sido establecido en este caso que a la fecha de la presentación efectuada por los peticionantes, el Estado estaba incumpliendo 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 alcanzaban a cubrir lo requerido por el artículo 26 (2) en virtud de que no existía ninguna provisión que contemplara el objetivo de aliviar la situación de las categorías de personas en estado desesperante de necesidad identificadas anteriormente. Se desarrollará luego la consecuente orden que se desprende de esta conclusión.

**G. El artículo 28 (1) y el derecho a la vivienda.**

**70.-** El pronunciamiento del Superior Tribunal llega a las siguientes conclusiones: a) el artículo 28 (1) c) obliga al Estado a proveer de refugio rudimentario a los niños y a sus padres si éstos últimos no pueden procurarlo para sus hijos; b) esta obligación existe independientemente y de manera adicional a la obligación del Estado de tomar todas las medidas razonables en los términos del artículo 26 de la Constitución y; c) en este caso, el Estado está obligado a proveer de refugio con independencia de la disponibilidad de recursos. En este razonamiento, los padres y sus hijos tienen dos derechos distintos: el derecho a acceder a una vivienda adecuada en los términos del artículo 26, y el derecho a reclamar un refugio en los términos del artículo 28 (1) c).

**71.-** Este razonamiento produce un resultado contradictorio y anómalo: las personas con hijos tienen un derecho directamente exigible al refugio bajo el artículo 28 (1) c), mientras que quienes no tienen hijos o cuyos hijos son mayores no están protegidos por esa norma, sin importar si son ancianos, discapacitados ni cualquier otro criterio de merecimiento. El diseño constitucional cuidadosamente construido respecto de la progresiva realización de los derechos económicos y sociales carecería de significado si pudiese ser derrotado en todos los casos por el derecho de los niños a obtener refugio del Estado a partir de una demanda. Es más, existe en esto un peligro. Los niños podrían ser valorados por sus padres sólo por su conexión con el derecho a obtener refugio, en lugar de serlo por ellos mismos.

**72.-** Los peticionantes y los *amici* que apoyaron la sentencia del Superior Tribunal hicieron una distinción entre el acceso a la vivienda por un lado, y al refugio o albergue por el otro. Ellos estimaron que el refugio es una forma del derecho a la vivienda y que el Estado está obligado a proveer refugio a todos los niños que lo requieran. Los peticionantes y los *amici* enfatizaron que el derecho de los niños no está calificado ni condicionado, y “las medidas razonables” que establecen los artículos 25 (5), 26, 27 y 29 están ausentes en el artículo 28 (1) c). Los apelantes desacuerdan y critican la definición de refugio que plantean los peticionantes sobre la base de que concibe al refugio en términos que lo limitan a un objeto material. Ellos argumentan que el refugio implica más que eso, que está definido como una institución construida por el Estado en la que se alojan niños lejos de sus padres.

**73.-** No es posible aceptar que la Constitución efectúa distinciones entre el acceso a la vivienda y al refugio, y que este último se refiera a una forma rudimentaria de vivienda.

La vivienda y el refugio son conceptos relacionados, y uno de los objetivos de la vivienda es proporcionar refugio físico. Pero el refugio no es un ambiente separado de la vivienda. No existe duda alguna de que el refugio representa una protección contra los elementos externos y posiblemente también del peligro. Existen variadas formas de refugio: el refugio puede no ser efectivo o ser rudimentario en un aspecto y muy efectivo y hasta ideal en otro. El concepto de refugio del artículo 28 (1) c) no está condicionado por requerimiento alguno que indique que se trata de un “refugio básico”. De ello se sigue que la Constitución no limita el concepto de refugio únicamente a sus formas básicas o rudimentarias. El concepto del artículo 28 (1) c) incluye el refugio en todas sus manifestaciones y formas posibles. Sin embargo, de ello no se sigue que la Constitución obligue al Estado a proveer un tipo específico de refugio (ni el más efectivo ni el más rudimentario) para los niños en compañía de sus padres.

**74.-** La obligación creada por el artículo 28 (1) c) puede ser correctamente determinada sólo en el contexto de los derechos y, en particular, de las obligaciones creadas por los artículos 25 (5), 26 y 27 de la Constitución<sup>38</sup>. Cada una de ellos expresamente obliga al Estado a tomar todas las medidas legislativas y de otro tipo necesarias y razonables, hasta el límite de los recursos disponibles, para garantizar los derechos que allí se reconocen.<sup>39</sup> El artículo 28 (1) c) reconoce el derecho de los

<sup>38</sup> Sobre estos artículos, ver desarrollo de párrafo 19 de esta sentencia.

<sup>39</sup> El art. 25 (5) obliga al Estado a asegurar condiciones equitativas para que los ciudadanos puedan acceder a la tierra; el art. 26 (2) se refiere al derecho al acceso a vivienda adecuada; el art. 27 (2) al derecho al acceso a los sistemas de salud, a la alimentación suficiente, al agua y a la seguridad social, incluyendo la asistencia social apropiada en caso de que no se cuenten con los medios suficientes de

niños a la nutrición básica, el refugio, al acceso a los servicios sociales y de salud. Existe una evidente coincidencia entre los derechos reconocidos por los artículos 26 y 27 y aquellos que reconocen los derechos de los niños. Más allá de esta coincidencia, los derechos de los artículos 26 y 27 son conferidos a todos, incluyendo a los niños a los que se refiere el artículo 28 que, superficialmente, les confiere derechos sólo a ellos. Esta coincidencia o interrelación no resulta consistente con una interpretación del artículo 28 (1) c) que implique que éste crea derechos separados e independientes para los niños y sus padres.

**75.-** La extensión de la obligación del Estado debe ser interpretada también, a la luz de las obligaciones internacionales asumidas por Sudáfrica. La Convención sobre los derechos del niño (ONU), ratificada por Sudáfrica en 1995, impone a los Estados la obligación de asegurar la protección de los derechos de los niños. El artículo 28 es uno de los mecanismos para cumplir con estas obligaciones internacionales. Requiere que el Estado tome las medidas necesarias para asegurar que los derechos de los niños sean observados. En una primera instancia, el Estado garantiza esos derechos estableciendo obligaciones legales que compelen a los padres a cumplir sus responsabilidades respecto de sus hijos. En este sentido, la legislación y el *common law* imponen obligaciones de cuidado a los padres en relación con sus hijos. El Estado garantiza el cumplimiento de estas obligaciones mediante el derecho civil y penal, y también mediante los programas sociales.

**76.-** El artículo 28 (1) c) debe ser entendido en este contexto. Las subsecciones 28 (1) b) y c) prevén:

“Todo niño tiene derecho a: (...)

b) el cuidado de sus padres y familia, o una alternativa apropiada cuando esté separado de su ambiente familiar;

c) a la nutrición básica, el refugio, los servicios básicos de salud y asistencia social”.

Estas disposiciones deben ser leídas en conjunto. Ellas garantizan que los niños sean adecuadamente cuidados por sus padres o su familia, y que en caso de ausencia de este cuidado, se les ofrezca una alternativa apropiada. Esta sección resume la concepción y la extensión que implica el “cuidado” que deben recibir los niños en nuestra sociedad. La subsección 1.b. define quienes tienen a su cargo esas responsabilidades, y la subsección 1.c. enumera varios aspectos del derecho al cuidado.

**77.-** De la subsección 1.b) se desprende que la Constitución establece que los niños tienen derecho en primer lugar, al cuidado de sus padres o familia; y en ausencia de éste, tienen derecho a una alternativa adecuada de cuidado. La obligación de proveer de refugio de la subsección 1.c. ha sido impuesta primariamente, por la legislación y el *common law*, a los padres o la familia y sólo subsidiariamente al Estado. El Estado incurre en la obligación de proveer de refugio a los niños, por ejemplo, cuando ellos son separados de sus familias. La sección 28.1.c, entonces, no crea una obligación primaria del Estado de proveer refugio a los niños y a sus padres si esos niños están al cuidado de su familia.

**78.-** Esto no significa, sin embargo, que el Estado no tenga ninguna obligación respecto de los niños que viven con sus padres o familias. En primer lugar, el Estado debe proveer la infraestructura necesaria para asegurar los derechos de esos niños contemplados en el artículo 28. Esta obligación se vería cumplida normalmente a partir de la sanción de leyes y la creación de mecanismos que aseguren la protección de los niños contra el maltrato, el abuso, la negligencia y la degradación<sup>40</sup>, y la prevención de otras formas de abuso contempladas en el artículo 28. Adicionalmente, se requiere que el Estado cumpla con la obligación de asegurar a las familias el acceso a la tierra reconocido en el artículo 25, el acceso a la vivienda adecuada en los términos del artículo 26, así como el acceso a los servicios de salud, alimentación, agua y seguridad social en los términos del artículo 27. De esta interpretación se sigue que los artículos 25 y 27 requieren que el Estado asegure estos derechos de manera programada y coordinada, en el marco de los recursos disponibles. Una de las formas de cumplir con estas obligaciones impuestas por el artículo 27, es mediante un programa social que brinde subsidios u otra asistencia material en determinadas circunstancias, a las familias necesitadas.

**79.-** No ha sido planteado que los niños peticionantes en este caso, deben ser provistos de refugio separados de sus padres. Los peticionantes que son niños están a cargo de sus padres y son cuidados por ellos, no están a cargo del Estado, ni bajo ninguna situación subsidiaria a la protección de sus padres, ni fueron abandonados. En las circunstancias de este caso, entonces, no existe ninguna obligación del Estado de proveer refugio en los términos del artículo 28.1.c. a esos niños, ni a través de ellos a sus padres. En este marco, la sentencia del Superior Tribunal es incorrecta al fundar sus disposiciones en esta sección.

#### **H. Evaluación de la conducta de los apelantes hacia los peticionantes.**

---

<sup>40</sup> Ver art. 28.1.d.

**80.-** La parte final de esta sentencia versa sobre si los peticionantes tienen derecho a obtener alivio a su situación habitacional mediante la provisión de alguna forma temporaria de vivienda en base a sus especiales circunstancias y a partir de la conducta seguida por los ahora apelantes hacia ellos. Este punto fue discutido en la causa y, si bien no fue abiertamente planteado en las presentaciones, resulta apropiado considerarlo. A primera vista, la situación de los peticionantes era tan aguda e insostenible cuando el caso fue llevado ante el Superior Tribunal que el mero humanitarismo llamaba a encontrar alguna forma urgente e inmediata de alivio a su situación. Ellos habían dejado Wallacedene en virtud de las condiciones intolerables en las que vivían, fueron desalojados de manera poco apropiada y, como resultado terminaron estableciéndose bajo condiciones infrahumanas en el campo de fútbol de Wallacedene. Pero debemos recordar también que los peticionantes no son los únicos que viven bajo estas circunstancias apremiantes y urgentes, cientos de miles (posiblemente millones) de sudafricanos se encuentran en esta situación a lo largo del país.

**81.-** Aunque las condiciones en las que vivían los peticionantes en Wallacedene eran visiblemente intolerables, y a pesar de que difícilmente se los pueda criticar por haber dejado sus precarias viviendas allí, es una penosa realidad que esas condiciones de vida no son peores que las de otras miles de personas, incluyendo niños pequeños, que permanecen en Wallacedene. En base a la evidencia presentada, no puede decirse que los peticionantes se fueron del asentamiento de Wallacedene y ocuparon tierras destinadas a la construcción de viviendas de bajo costo como una estrategia deliberada para obtener alguna preferencia en el orden de adjudicación de recursos habitacionales sobre las otras personas que están viviendo también en condiciones intolerables y tienen la misma urgente necesidad. Asimismo, debe tenerse en mente que el efecto de una orden judicial que constituya un tratamiento especial para los peticionantes en base a sus extraordinarias circunstancias, no es el de acordar el tipo de preferencia que se mencionó.

**82.-** Todos los niveles del gobierno deben asegurar que el programa de vivienda sea razonable y adecuadamente implementado a la luz de la Constitución. Todos los mecanismos de implementación, y todas las acciones del gobierno deben ser valoradas en base a los requerimientos del artículo 26 de la Constitución. Todas las medidas y pasos que se tomen en cualquier nivel del gobierno deben ser consistentes con la obligación constitucional de tomar medidas razonables para cumplir con el derecho a la vivienda adecuada.

**83.-** Pero el artículo 26 no es la única disposición relevante para decidir si la acción estatal -de cualquiera de los niveles de gobierno- es razonablemente consistente con la Constitución. La proposición de la interrelación y la igual importancia de todos los derechos no es meramente un postulado teórico. El concepto de interrelación tiene una importancia humana y práctica enorme en una sociedad fundada sobre la base de la dignidad humana, la igualdad y la libertad. Es fundamental para evaluar la razonabilidad del accionar estatal, que debe ser acorde a la dignidad inherente a todo ser humano. La Constitución sería infinitamente menos valiosa que el papel en el que está escrita, si la razonabilidad de la acción estatal respecto de la vivienda fuera determinada sin tomar en cuenta el valor constitucional de la dignidad de las personas. El artículo 26, leído en el contexto de la Carta de Derechos como un todo, implica que los peticionantes tienen derecho a exigir del Estado acciones razonables en toda circunstancia y, especialmente cuando se trata de asegurar la dignidad humana. Es decir, y debe enfatizarse, todas las personas deben ser tratadas como seres humanos. Este es el marco desde el que debe observarse la conducta de los peticionantes.

**84.-** La legislatura nacional reconoció esto. Al momento de establecer los principios generales que regulan la actividad de todos los niveles de gobierno, la Ley de vivienda previó que en la administración de cualquier asunto vinculado con el desarrollo habitacional, todos los niveles de gobierno deben respetar, proteger, promover y asegurar los derechos reconocidos en el capítulo 2 de la Constitución<sup>41</sup>. Adicionalmente, el artículo 2.1.b obliga a todos los niveles del gobierno a realizar una consulta significativa con los individuos y las comunidades afectadas por el desarrollo habitacional. Y aún más, el artículo 9.1.e de la misma ley, obliga a las municipalidades a promover la resolución de conflictos que surjan con motivo del proceso de desarrollo en materia de vivienda.

**85.-** Debe considerarse ahora si la acción del Estado (o su inacción) en relación a los peticionantes cumple con el estándar constitucional. La escasez de vivienda en el área metropolitana del Cabo en general, y las proporciones críticas que adopta en Oostenberg en particular, es un punto central para la resolución de esta causa. El asentamiento de Wallacedene estaba obviamente sobrepoblado y probablemente las personas desesperadas encontrarían difícil de resistir la tentación de salir del asentamiento y mudarse a tierra desocupada en un esfuerzo por mejorar su situación. Esto es lo que los peticionantes aparentemente hicieron.

---

<sup>41</sup> Ver art. 2.1.h.i.

**86.-** Si la conducta de la Sra. Grootboom y los otros peticionantes constituye una invasión de tierra fue discutido en las presentaciones de esta causa. No fue planteado sin embargo, que las circunstancias en las que se encontraban antes de mudarse a New Rust eran desesperantes. No hay nada en las presentaciones que indique la existencia de algún plan de la municipalidad que establezca qué hacer en casos de ocupación de tierras vacantes si esto ocurre. Si hubiese existido, los apelantes hubiesen actuado de manera distinta.

**87.-** Los peticionantes comenzaron a mudarse a la tierra de New Rust en septiembre de 1998 y el número de personas que llegó allí continúa creciendo de manera continuada. Uno hubiera esperado que los oficiales de la municipalidad responsables del área de vivienda se hubiesen ocupado de estas personas ni bien tomaron conocimiento de la ocupación. Uno hubiera inclusive pensado que la municipalidad debió haber hecho algún esfuerzo para superar la dificultad, sobre la base de una investigación caso por caso de las circunstancias de las personas antes de meterse en esa tierra. La municipalidad no hizo nada, y el asentamiento creció más allá de los límites.

**88.-** No existió controversia respecto de que fue la Municipalidad la que ordenó el desalojo de los peticionantes. El magistrado que ordenó el desalojo dirigió un proceso de mediación en el que la municipalidad debía identificar tierra alternativa para que ocupen los residentes de New Rust. Sin embargo, y aunque los fundamentos no están claros, es evidente que ninguna mediación tuvo lugar. El Estado tenía la obligación de asegurar, al menos, que el desalojo sea realizado de manera humanitaria. Pero éste fue inconsistente con los valores constitucionales y representó una reminiscencia del pasado sudafricano. Los peticionantes fueron desalojados un día antes de lo estipulado, y para peor, sus pertenencias y materiales de construcción no fueron removidos sino destruidos por completo y quemados. Ya he expuesto anteriormente que las previsiones del artículo 26 de la Constitución obligan al Estado al menos a una obligación negativa en relación a la vivienda. La manera en la que fue llevado a cabo el desalojo viola esta obligación mínima.

**89.-** En estas circunstancias, la respuesta de la municipalidad a la carta enviada por el abogado de los peticionantes, deja mucho que desear. En esta, la municipalidad informaba que se estaba estableciendo un diálogo con las autoridades provinciales para encontrar una solución amigable al problema. No existe evidencia alguna de que los peticionantes hayan sido informados sobre los resultados de este diálogo. Entonces, la demanda fue interpuesta y fundada sobre la base de que ninguno de los

apelantes ni individual ni conjuntamente, había hecho nada para resolver o atenuar el problema. La autoridad de Cape Metro, el gobierno de Western Cape y las autoridades nacionales fueron notificadas de los procedimientos y estaban al tanto de la situación de los peticionantes.

**90.-** En todas estas circunstancias, el Estado incumplió sus obligaciones constitucionales. También podría decirse que la municipalidad violó las previsiones de la Ley para la prevención de los desalojos ilegales y la ocupación ilegal de tierras. Adicionalmente, la municipalidad tampoco cumplió con las obligaciones impuestas por los artículos 2.1.b, 2.1.h.i. y 9.1.e. de la Ley de vivienda. Sin embargo, no fueron presentados ante esta Corte argumentos que justifiquen esta conducta.

**91.-** Durante las audiencias, el representante del gobierno nacional y de Western Cape, realizaron una presentación indicando que les fue ofrecido a los peticionantes, ese mismo día, una vivienda provisoria alternativa, no en virtud de ninguna obligación constitucional, sino por intereses humanitarios y pragmáticos. Por su parte, el abogado de los peticionantes aceptó la oferta. Consecuentemente nos fue presentada una copia del arreglo al que llegaron que establecía lo siguiente:

- “1. El Departamento de Planeamiento, Gobierno local y Vivienda (Western Cape Province), en conjunto con la Municipalidad de Oostenberg se compromete a proveer de alojamiento temporario a los peticionantes, en el campo de deportes de Wallacedene hasta que puedan ser relocalizados en los términos de los programas de vivienda de los disponga la autoridad local, en particular en el marco del Programa de gestión acelerada de la tierra y los asentamientos.
2. El ‘alojamiento temporario’ comprende: un sitio seguro, la provisión de estructuras temporarias que protejan de las lluvias, condiciones sanitarias básicas y agua.
3. La implementación de estas medidas deberá ser discutida con la comunidad de Wallacedene y los peticionantes”

Aunque, como fue indicado anteriormente, la situación especial en la que se encuentran los peticionantes fue discutida, su reclamo siempre se fundó en los artículos 26 y 28 de la Constitución y no en las disposiciones legales (como la ley para la prevención de los desalojos ilegales o la ley de la vivienda), en el *common law* o alguna otra disposición de la Constitución. En este marco, resulta inapropiado que esta Corte ordene un remedio bajo otra base que no sean los artículos 26 o 28 de la Constitución.

**92.-** Esta sentencia no debe ser entendida en el sentido de una aprobación de la práctica de invasión de tierras como forma de presionar al Estado para que provea de viviendas de manera preferencial a quienes participan en estas prácticas. La invasión

de tierras resulta desfavorable para la provisión sistemática de viviendas adecuadas en el marco de una planificación. Puede ser que, enfrentada con la repetida dificultad de las invasiones de tierra, la decisión del Estado de no proveer tierras en respuesta a esas invasiones sea razonable. La razonabilidad debe ser determinada en base a los hechos de cada caso.

#### **I. Sumario y conclusiones.**

**93.-** Este caso es un ejemplo de la desesperación de cientos de miles de personas que viven en condiciones deplorables a lo largo del país. La Constitución impone al Estado la obligación de tomar acciones positivas para aliviar y mejorar esa situación. Esa obligación implica garantizar el acceso a la vivienda, a la atención médica, a una alimentación adecuada, al agua, y a la seguridad social a quienes no puedan acceder a estos bienes. El Estado debe crear las condiciones que faciliten que los ciudadanos puedan acceder a la tierra sobre una base equitativa. Quienes tengan estas necesidades, tienen un correlativo derecho a demandar el cumplimiento de esas obligaciones.

**94.-** Soy consciente que resulta extremadamente difícil para el Estado cumplir con esas obligaciones en las condiciones que atraviesa nuestro país. Esta circunstancia está reconocida en la Constitución que contempla expresamente que el Estado no está obligado más allá de los recursos disponibles. Sin embargo, debe enfatizarse, que a pesar de estos condicionamientos, lo que se encuentra en juego son derechos y la Constitución obliga al Estado a hacerlos efectivos. Esto implica que los tribunales -en las circunstancias apropiadas- pueden y deben hacer cumplir estas obligaciones.

**95.-** Ni el artículo 26 ni el 28 otorgan un derecho a requerir una vivienda inmediatamente. La orden del Superior Tribunal, entonces, no debe sostenerse. En cambio, el artículo 26 sí obliga al Estado a diseñar e implementar un programa coherente y coordinado, con el objetivo de cumplir con las obligaciones que impone esta sección. El programa que fue adoptado e implementado en Cape Metro al momento de interposición de esta demanda, no fue suficiente para cumplir con las obligaciones constitucionales del artículo 26.2, debido a que no contempló ninguna forma de alivio para las personas que necesitan desesperadamente el acceso a la vivienda.

**96.-** A la luz de las conclusiones a las que llego, es necesario y apropiado que esta Corte disponga una orden declarativa. Esta orden requiere acciones del Estado dirigidas a cumplir con las obligaciones impuestas por el artículo 26.2 de la

Constitución. Esto incluye la obligación de diseñar, financiar, implementar y monitorear medidas que tiendan a mejorar la situación de quienes se encuentran en estado de extrema necesidad.

**97.-** La Comisión de Derechos Humanos se presentó como *amicus* en este caso. El artículo 184.1.c. de la Constitución le impone el deber a la Comisión de “monitorear y asesorar en la observancia de los derechos humanos en la República”. Los incisos 2.a) y b) de la misma norma le dan a la Comisión facultades de:

- a) investigar e informar el estado de observancia de los derechos humanos;
- b) tomar las medidas necesarias para remediar violaciones a los derechos humanos.

El representante de la Comisión indicó durante este juicio que la Comisión tiene el deber y está preparada para monitorear e informar el estado de cumplimiento de las obligaciones impuestas al Estado por el artículo 26 de la Constitución. En estas circunstancias, la Comisión monitoreará y, en caso de ser necesario, informará en el marco de sus facultades, los esfuerzos que realice el Estado para cumplir con lo dispuesto en el artículo 26, de acuerdo a lo establecido en esta sentencia.

**98.-** No hay imposición de costas.

#### **J. La orden/el remedio.**

**99.-** Se resuelve:

1. Hacer lugar a la apelación parcialmente.
2. La sentencia del Superior Tribunal del Cabo de la Buena Esperanza se revoca, y en su lugar se dispone lo siguiente:
  - a) El artículo 26.2 de la Constitución requiere que el Estado diseñe e implemente en el marco de los recursos disponibles, un programa integral y coordinado que asegure progresivamente el derecho al acceso a la vivienda adecuada.
  - b) Este programa debe incluir medidas razonables para el alivio de las condiciones intolerables de vida de las personas como las que se contemplan en el Programa de gestión acelerada de los asentamientos y las tierras, más no limitadas a ellas.
  - c) A la fecha de la interposición de esta demanda, el programa de vivienda del Estado no alcanzó a cumplir con los requerimientos del párrafo b), en tanto no se tomaron las medidas razonables dentro de los recursos disponibles, para

garantizar los derechos de las personas que no contaban con acceso a la tierra y sin techo, que viven en condiciones intolerables o críticas en el área metropolitana del Cabo.

3. No se imponen costas.-

### ***Notas de las Traductoras:***

En adelante se usará el término “peticionantes” para referirse al grupo de personas que encabezó la Sra. Irene Grootboom como peticionantes ante los tribunales inferiores, pero que resultan “apelados” ante la Corte Constitucional en vistas a que la revisión del caso fue propuesta por los representantes del gobierno. En cuanto a la iniciativa judicial véase nota al pie nº 2 de la presente traducción.

<sup>ii</sup> La política del “*influx control*” se basó en el control de los movimientos migratorios dentro del país. Cuando se abandonó la política de darle preferencia a la comunidad “de color” (ver nota iv) en puestos de trabajo, se le dio la posibilidad a la comunidad africana (ver nota iii) de acceder a contratos de posesión de 99 años en el Western Cape. Al año siguiente el gobierno abandonó la política del “*influx control*”.

<sup>iii</sup> Se denomina africanos a toda la población nativa del continente, específicamente en este caso se refiere a la población negra.

<sup>iv</sup> La comunidad denominada “de color” (traducción literal para “*coloured people*”) es la descendiente de la unión entre la comunidad blanca (de las colonias) y la comunidad nativa africana.

<sup>v</sup> Para Mayo de 2009, el cambio es de un dólar estadounidense (1 USD) = ocho con cincuenta y seis rand (8,56 ZAR).

<sup>vi</sup> Las secciones C y D de la sentencia bajo traducción se refieren a los replanteos del caso ante la Corte Constitucional a partir de la ampliación de fundamentos presentados por los *amici curiae* y a su nueva formulación en términos constitucionales, respectivamente.

<sup>vii</sup> El Capítulo 2 de la Constitución de Sudáfrica establece los Derechos Humanos de que gozan las personas. Regula la protección de estos derechos contra las violaciones producidas por el gobierno y otras personas.-

<sup>viii</sup> “Soobramoney” es el primer caso resuelto por la Corte Constitucional de Sudáfrica en relación a los derechos económicos sociales y culturales. El Sr. Soobramoney sufría de diabetes y de afecciones cerebrales y cardiovasculares. Sus riñones fallaron en 1996 y su condición se diagnosticó como irreversible. El solicitó que se lo admitiera en el Hospital Público Addington a fin de recibir diálisis. El Hospital rechazó su solicitud basados en la escasa cantidad de recursos que tienen, y que, a raíz de ello, sólo admiten pacientes con expectativa de mejoramiento en un corto tiempo, o aquellos que podrían recibir un trasplante. El Sr. Soobramoney no calificaba en ninguna de las dos categorías de pacientes. El paciente se presentó ante la Suprema Corte de Durban, alegando que él tenía derecho a recibir el tratamiento del hospital, fundando su derecho en los términos de la sección 27.3 (que establece que no podrá negarse a persona alguna tratamientos médicos de emergencia) y el artículo 11 (derecho a la vida) establecidas en la Constitución de 1996. La solicitud fue rechazada. Esta decisión fue apelada ante la Corte Constitucional, la cual falló en contra del Sr. Soobramoney, estableciendo en su decisorio los alcances de la obligación del Estado en materia de salud pública.-