

pretación amplia y evolutiva de los derechos consagrados en el orden interno pueden destacarse.²¹

- 1) La incorporación directa,²² que puede consistir en: a) La previsión de cláusulas constitucionales expresas que reconozcan, en caso de conflicto, la primacía del derecho internacional sobre el derecho interno en el ámbito específico de los derechos humanos; b) La previsión de cláusulas constitucionales que establecen que los derechos en el ámbito estatal deberán interpretarse en sintonía con el derecho internacional de los derechos humanos.
- 2) La incorporación indirecta: a) A través de la labor hermenéutica de la jurisprudencia, por ejemplo, al amparo de los principios *pro homine* o *pro libertatis*, que mandan escoger siempre la interpretación que mejor favorezca el goce del derecho,²³ b) Mediante la

21. Vid. G. Rolla, *Derechos fundamentales, Estado democrático y justicia constitucional*, op. cit., p. 88; y «I diritti fondamentali nel costituzionalismo contemporaneo: spunti critici», en *Tecniche di garanzia dei diritti fondamentali*, Giappichelli, Turín, 2001. pp. 23 y ss.

22. En el ámbito europeo, son paradigmáticas las constituciones aprobadas con posterioridad a los Pactos de 1966: la Constitución portuguesa de 1976 (artículo 16) y la española de 1978 (artículo 10.2). Entre las latinoamericanas pueden mencionarse la Constitución peruana de 1978, (artículo 105); la Constitución política de Guatemala, (artículo 46); la Constitución de Costa Rica, (artículo 7); la Constitución chilena de 1989, (artículo 5 (III)); la Constitución brasileña de 1988 (artículos 4.11 y 5.2); la Constitución política de Colombia de 1991 (artículo 93); o la Constitución argentina reformada en 1994, (artículo 75.22).

A ellas hay que sumarles muchas de las recientes constituciones de Europa del Este o la de Sudáfrica de 1996, que en su art. 39 dispone que los jueces deberán atenerse a tres criterios a la hora de interpretar los derechos constitucionales: la promoción de la dignidad humana, la igualdad y la libertad; el derecho internacional y, si lo consideran oportuno, el derecho extranjero. Es más, el Tribunal Constitucional ha considerado (*S. v. Makwanyane and another*, de 1995) que, en ese contexto, debía entenderse por derecho internacional público no sólo el obligatorio (*hard law*) sino también el no obligatorio (*soft law*).

23. En Suecia, por ejemplo, los tratados internacionales no suelen incorporarse directamente al derecho interno. Así y todo, existen casos esporádicos en los que los tribunales han invocado, por ejemplo, la Carta Social Europea. En 1991, el Tribunal Supremo Administrativo (*Regerisgrätten*) revisó la decisión de un tribunal inferior y ordenó, invocando la Carta Social, que se pagaran unas prestaciones sociales a dos solicitantes de asilo. Cit. por M. Scheinin «Economic and Social Rights as Legal Rights», en A. Eide et al. (eds.) *Economic, Social and Cultural Rights*, op.cit. p. 50

llamada *mirrored* o *equivalent incorporation*, que tiene lugar a través de la reproducción en los textos constitucionales o en la legislación secundaria de disposiciones que reflejan o directamente reproducen las que se encuentran en los documentos internacionales.²⁴

Como ejemplos de la primera vía, el artículo 16 de la Constitución portuguesa estipula que:

(L)as disposiciones constitucionales y legales relativas a derechos fundamentales deben interpretarse e integrarse en armonía con la Declaración Universal de Derechos Humanos.

El artículo 10.2 de la Constitución española de 1978, por su parte, establece:

(L)as normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.

Apoyado en esta norma, el propio Tribunal Constitucional español ha afirmado, de manera reiterada y enfática, que si bien los tratados no pueden dar lugar a derechos fundamentales susceptibles, por ejemplo, de ser protegidos ante el Tribunal Constitucional a través del recurso de amparo, la obligación de interpretar conforme a las normas internacionales en la materia, no sólo los preceptos de la Constitución relativos a derechos fundamentales, sino también los de las leyes que desarrollan o regulan su ejercicio, hace de ellos «instrumentos valiosos para configurar el contenido y alcance de los derechos fundamentales que (...) recoge la Constitu-

24. Así ha ocurrido, por ejemplo, con las reformas constitucionales operadas en Finlandia en 1995 y 2000.

ción», en la medida en que «determinansu contenido constitucionalmente declarado». ²⁵

Sin perjuicio de este punto de vista, un sector autorizado de la doctrina ha llegado a matizar que:

(E)l mandato del artículo 10.2, que en cierto sentido coloca a los tratados sobre derechos fundamentales por encima de la Constitución, obliga a entender en un sentido muy fuerte la afirmación relativa a su eficacia configuradora y a reducir mucho, por el contrario, el alcance de aquella otra que les niega capacidad para la creación de derechos. La capacidad de los Tratados para la configuración de los derechos fundamentales es incomparablemente más potente que la de la ley, porque no opera, como la de ésta, sobre el contenido posible de los derechos, sino sobre su contenido necesario; los elementos que el Tratado introduce en el contenido de los derechos no son facultades adicionales de las que el legislador pueda prescindir, sino parte del contenido mínimo del derecho que el legislador ha de respetar, del mismo modo que ha de acomodarse, al establecer limitaciones a los derechos, a aquellos criterios que los tratados ofrecen para ello. La afirmación de que los tratados no pueden crear derechos fundamentales protegidos por el recurso de amparo sólo es cierta en cuanto al nombre de los derechos, no en cuanto a su sustancia. Por lo demás, tal afirmación no ofrece información alguna ni positiva ni negativa sobre la capacidad de los tratados para crear derechos no protegidos por el recurso. ²⁶

25. Ver al respecto, por ejemplo, las Sentencias del Tribunal Constitucional 254/1993 (FJ 6); 28/1991 (FJ 5) o 64/1991(FJ 4). Para una perspectiva más amplia del tema, Vid. F. Saiz Arnaiz, *La apertura constitucional al derecho internacional y europeo de los derechos humanos*, Madrid, 1999; y M. A. Aparicio, Pérez, «La cláusula interpretativa del art. 10. 2 de la Constitución española como cláusula de integración y apertura constitucional de los derechos fundamentales», en *Jueces para la democracia*, nº 6, Madrid, 1989.

26. F. Rubio Llorente, «Los derechos fundamentales. Evolución, fuentes y titulares en España», *Claves de la Razón Práctica*, nº 75, Madrid, 1997, pp. 5-6.

Pese a las insuficiencias de su doctrina, el propio Tribunal Constitucional se ha referido con frecuencia a los tratados internacionales sobre derechos humanos, sobre todo al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales. El Convenio, de hecho, ha constituido una de sus principales fuentes de actuación, no sólo en lo que respecta al texto sino también a la doctrina que en su aplicación ha desarrollado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En numerosas ocasiones, el Tribunal Constitucional ha hecho suya la jurisprudencia del Tribunal Europeo hasta el punto de utilizar su propia autoridad para dotar a las sentencias de aquel tribunal de una fuerza ejecutoria que el propio Convenio no concede.²⁷

Lo que este desarrollo revela, en definitiva, es que el alcance del reconocimiento por parte de los tribunales internos de los derechos consagrados en tratados y convenios internacionales depende con frecuencia más de una cuestión de «voluntad jurisdiccional» que de un imperativo inequívoco que pueda derivarse del propio texto constitucional. Sólo así se explica, por ejemplo, que el Tribunal Constitucional español, al tiempo que ha otorgado amplia relevancia al Convenio Europeo y a la interpretación del Tribunal Europeo, haya prestado escasa atención al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) o a las Observaciones Generales del Comité de DESC de Naciones Unidas que conciernen a los derechos sociales.²⁸

27. Por ejemplo, el Tribunal Constitucional ha utilizado la doctrina emanada del Tribunal Europeo de Derechos Humanos para interpretar las normas constitucionales sobre el derecho a la educación (STC 5/1981); sobre el derecho a la vida (STC 53/1985); sobre el derecho a la no discriminación (STC 22/1981); sobre la objeción de conciencia al servicio militar (STC 15/1982); sobre el derecho de sindicación (STC 53/1982); sobre el concepto constitucional de dilaciones indebidas en los procedimientos judiciales y otras garantías integrantes del derecho a la tutela judicial efectiva (SSTC 24/1981, 10/1984; 44/1985; 44/1987; 74/1985) y sobre otros derechos constitucionales. Vid. A. Rodríguez, *Integración europea y derechos fundamentales*, Civitas, Madrid, 2001. pp. 160 y ss.

28. Ciertamente, también sería posible atribuir esta omisión al hecho de que el artículo 10.2. establece la necesidad de interpretar de acuerdo a los tratados las normas relativas a «derechos fundamentales y libertades». En la doctrina y jurisprudencia españolas, existe una arraigada convicción de que los derechos sociales

Otro ejemplo interesante que permite ilustrar la progresiva subordinación del derecho interno al derecho internacional de los derechos humanos es el argentino. En el derecho argentino es un principio jurisprudencial y doctrinariamente aceptado que, una vez ratificados, los tratados internacionales pasan a operar como una fuente autónoma del ordenamiento jurídico interno. La propia Constitución argentina, reformada en 1994, resuelve la cuestión al otorgar rango constitucional a una serie de tratados de derechos humanos ratificados por el Estado. El artículo 75. 22 de la Constitución estipula de manera genérica que «los tratados (...) tienen jerarquía superior a las leyes» y, en lo que respecta a los tratados de derechos humanos ratificados por Argentina, como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Político o el propio PIDESC, establece que «tienen jerarquía constitucional».²⁹

(como el derecho a la vivienda, a la salud o al medio ambiente) serían simples «principios rectores» (de acuerdo con el Capítulo III del Título I) y no derechos fundamentales del ordenamiento. Contra esta interpretación, y desde una perspectiva evolutiva y sistemática cabe argumentar: a) Que la salud, la vivienda o el medio ambiente aparecen literalmente consagrados como «derechos» en los artículos 43, 47 y 45; b) Que se encuentran recogidos en el Título I, que contempla explícitamente los «Derechos y Deberes Fundamentales» del ordenamiento; c) Que el solo reconocimiento constitucional de un derecho debería considerarse un signo relevante de fundamentalidad; d) Que nada impediría, en último término, que el PIDESC o las Observaciones Generales del Comité de DESC fueran utilizadas para determinar el alcance de otros derechos fundamentales recogidos en la Constitución (el derecho a la educación, a la inviolabilidad del domicilio, a la vida, a la integridad física y moral, etcétera).

29. El artículo 75. 22 de la Constitución argentina reformada en 1994 establece que: «(Corresponde al Congreso de Diputados) aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes.

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de los Derechos Humanos; la Convención sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación de la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruces,

La incorporación al orden constitucional de este tipo de normas, en todo caso, plantea nuevas exigencias al intérprete interno.³⁰

- a) En primer lugar, la adopción de los pactos internacionales de derechos humanos como escalón más alto de la pirámide normativa interna y la aceptación de la jurisdicción de órganos internacionales en materia de derechos humanos obligan al aplicador inter-nacional a conocer la interpretación que se ha hecho de esos pactos en sede internacional (el argumento, como es evidente, es extensible también a aquellos países en los que se concede a los tratados jerarquía superior a la ley común, o bien se establece la necesidad de interpretar los derechos establecidos en la constitución de conformidad con los derechos humanos).
- b) En segundo lugar, la adopción de los pactos internacionales en materia de derechos humanos supone la vinculación de todos los poderes del estado, incluido el poder judicial, al respeto y garantía del contenido de dichos derechos. Dada la jerarquía otorgada a los tratados, su vulneración no sólo comporta una supuesta de responsabilidad internacional del Estado sino la vulneración de la Constitución misma. Desde esa perspectiva, son los tribunales internos quienes, en última instancia, tienen que velar por el pleno respeto y garantías de todas las obligaciones internacionales en materias de derechos humanos asumidas por los Estados, incluso, como se insistirá aquí, de aquellas vinculadas a derechos sociales en general y, en particular, a derechos habitacionales.

Es verdad, que no todas las disposiciones provenientes de tratados, convenios, declaraciones y organismos especializados sobre derechos humanos, y en lo que aquí concierne, sobre derechos sociales habitacionales, tienen el mismo alcance para los estados. Algunas son de aplicación inmediata en el ámbito interno; otras son simples ma-

Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella protegidos».

30. Ver, al respecto, V. Abramovich y C. Courtis, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Trotta, Madrid, 2002, pp. 72 y ss.

manifestaciones de «soft law», esto es, criterios de carácter general que pueden o no adoptarse como elementos de interpretación jurídica en sentido pleno.³¹ Pero incluso en esos casos resultan capitales para delimitar el alcance de las que integran el verdadero «hard law» internacional y nacional, jurídicamente vinculante para los estados. Lo que tiene lugar, por tanto, es un proceso de mutua influencia entre el derecho internacional y el derecho interno en la labor de tutela de los derechos humanos; un proceso que permite superar la visión clásica que pretende distinguirlos de manera tajante.

Basta un sucinto repaso de los numerosos documentos internacionales y nacionales que consagran derechos habitacionales para constatar cómo los actuales demandas de vivienda digna realizadas por millones de personas y grupos vulnerables a lo largo del mundo son, desde la lógica del derecho, mucho más que simples demandas morales supeditadas a la buena voluntad de los poderes públicos. Se trata, por el contrario, de obligaciones jurídicas que los propios estados, por las razones que fuera, han asumido. Por lo tanto, su incumplimiento no puede calificarse ya como un simple desliz político sino también, y sobre todo, como una vulneración de la legalidad que ellos mismos proclaman, con toda la carga de deslegitimación que una afirmación así supone.

Es en efecto en el derecho internacional y regional de los derechos humanos donde los intentos de dotar al derecho a la vivienda de un contenido más específico pueden advertirse con mayor claridad. La relevancia de estas disposiciones, como se ha puesto de relieve, es innegable en la medida en que son la manifestación embrionaria de un auténtico constitucionalismo regional y global que, de manera progresiva, vincula a los estados tanto en sus relaciones entre sí como en la aplicación del derecho local.³²

31. Por «soft law», en efecto, la terminología anglosajona alude a una serie de disposiciones que presentan características típicas del 'derecho objetivo' en lo que se refiere a sus aspiraciones vinculantes, pero que carecen de la normatividad formal que se reconoce al derecho inmediatamente aplicable. Vid. R. Tamme, «Soft Law», en *International and Comparative Law in Honour of Judge Erades*, Martinus Nijhoff, La Haya, 1983, p. 187.

32. Ver, al respecto, Luigi Ferrajoli, «Más allá de la soberanía y la ciudadanía: un constitucionalismo global», en *Contextos*, n.º 2, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1998, pp. 97 y ss.