



Facultad de Derecho
Departamento de Derecho Constitucional
Programa de Doctorado de Derecho Constitucional

**EL PODER CONSTITUYENTE Y SUS CONDICIONANTES EN LA ERA DE LA
GLOBALIZACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS**

Director: Manuel Carrasco Durán

Doctorando: Juan Carlos Sánchez Lora

Sevilla, 18 de mayo de 2017

AGRADECIMIENTO

A *Dios*, por llenarme de vida y darme la oportunidad de seguir día a día rodeado de tantas bendiciones.

A mis padres *Pastor y Rocío*, por ser mis ejemplos de trabajo, constancia y dedicación. No hay momento en la vida en el que no agradezca a Dios la dicha de tenerlos como padres. Gracias por el amor y el apoyo incondicional que me han brindado en todo momento. Ésta y todas las metas alcanzadas son para ustedes.

A *Mónica*, mi compañera de vida, fuente de empuje e inspiración. Simplemente te doy gracias por el amor y la paciencia que me has tenido en este largo proceso. Por acompañarme a las bibliotecas, por impulsarme y hacerme entender que los últimos meses de 2016, no fueron más que la manera perfecta que dispuso Dios para que culminara definitivamente la tesis. Gracias por ser parte de mi mundo y hacerlo mejor a tu lado.

A mis hermanos *Fedy, Luis y Rocío*, porque no hay distancia que sea capaz de quebrar nuestra unidad. Su cariño y confianza se han encargado de fortalecer mi vida. Gracias por sus enseñanzas y el inmenso apoyo en todos estos años.

A mi tutor y gran profesor *Manuel Carrasco Durán*. Esta tesis es una prueba de cómo la globalización, a pesar de la distancia, y como aspecto positivo, me permitió acceder a miles de fuentes y estar en contacto con usted en todo momento. Gracias por haberme guiado durante estos años al plasmar cada una de las ideas que forman parte de esta investigación.

Al profesor *Javier Pérez Royo*, a quien le tengo una gran admiración pues, desde su enseñanza, me sumergió en el impresionante mundo del poder constituyente. Muchas gracias maestro.

A mi amigo y colega *José Rafael Belandria*. Desde tu inteligencia, en estos últimos años tu apoyo académico fue vital para engranar esta investigación. Siempre estaré agradecido contigo.

A mi país Venezuela, donde nací, crecí y aprendí que, frente a cualquier adversidad, debemos luchar para ser cada día mejor. Con el sueño de que un día seas nuevamente libre y, junto a tu pueblo, retomes el sendero de la democracia y el Estado de derecho.

A todos mis amigos de Venezuela, México, España, Italia, Chile y Ecuador que, de alguna u otra forma, contribuyeron a que pudiera alcanzar esta meta.

INDICE

ABREVIATURAS	1
MARCO INTRODUCTORIO	2
I.Objetivos e hipótesis	7
II.Metodología.....	11
III. Estructura	13
CAPÍTULO I EL PODER CONSTITUYENTE: ANTECEDENTES Y ORIGEN EN PERSPECTIVA HISTÓRICA	18
1.- Antecedentes históricos del poder constituyente.....	19
1.1.- Elementos constituyentes en la reflexión sobre el poder en la Edad Antigua	20
1.2.- La reflexión sobre los límites al poder en la Edad Media.....	31
1.3.- La Revolución inglesa de Cromwell en el siglo XVI y sus aportes a la teoría del poder constituyente	43
1.4.- La evolución del contractualismo como fundamento de la teoría del poder constituyente en la Edad Moderna.....	50
1.5.- La teoría del contrato o pacto social en Rousseau	65
2.- La teoría del poder constituyente tras la Guerra de Independencia de los Estados Unidos.....	72
3.- La Revolución francesa y su teoría del <i>pouvoir constituant</i>	82
4.- El poder constituyente en el siglo XIX: su desaparición y su renacimiento en el siglo XX.....	95

CAPÍTULO II CARACTERÍSTICAS DEL PODER CONSTITUYENTE	105
1.- Definición de poder constituyente y sus características básicas	108
2.- El sujeto titular del poder constituyente	119
3.- Objeto y clases de poder constituyente	123
3.1.- El Poder constituyente originario o fundacional	124
3.2.- El poder constituyente derivado	129
4.- Naturaleza del poder constituyente	134
4.1.- La naturaleza del poder constituyente originario	135
4.2.- La naturaleza del poder constituyente derivado	137
5.- Los límites al poder constituyente	138
5.1. Límites formales al poder constituyente derivado	140
5.2. Límites materiales al poder constituyente derivado	143
6.- El proceso o ejercicio práctico de manifestación del poder constituyente	153
6.1.- El procedimiento práctico de manifestación del poder constituyente originario	154
6.2.- El procedimiento práctico de manifestación del poder constituyente derivado	160
A.- La modificación constitucional realizada por órganos constituidos actuando como poder constituyente derivado	170
B.- La modificación constitucional realizada por órganos especiales	173
C.- La participación del pueblo dentro del proceso de reforma constitucional	175
7.- La mutación constitucional y el mito del poder constituyente difuso	177

8.- El poder constituyente y sus manifestaciones recientes en América Latina	185
--	-----

CAPÍTULO III EL PODER CONSTITUYENTE EN EL MUNDO

GLOBALIZADO Y EL PARADIGMA DE LOS DERECHOS HUMANOS193

1.- La globalización como fenómeno internacional y sus implicaciones en el Derecho constitucional.....	198
1.1.- El significado de la globalización y su presencia en el mundo contemporáneo	199
1.2.- Las dimensiones de la globalización.....	204
A.- La dimensión tecnológico-científica de la globalización	206
B.- La dimensión económica de la globalización	208
i) Los nuevos procesos de producción global	209
ii) La libre circulación de bienes, servicios y capitales	210
C.- La dimensión ideológica de la globalización	211
D.- La dimensión político-institucional de la globalización	213
1.3.- Las características principales de la globalización	217
A.- El fenómeno de la globalización es el resultado de la creciente interdependencia que se presenta en todos los ámbitos y niveles de la sociedad	218
B.- La globalización lleva consigo la aparición y participación de nuevos actores que van a interactuar en el sistema internacional con los Estados	219
C.- La unificación del tiempo y el espacio de la sociedad en las interacciones transnacionales	220
1.4.- Los efectos progresivos de la globalización y su incidencia en el Estado constitucional.....	222

A.- La globalización ha sido un fenómeno internacional que ha configurado una sociedad mundial interconectada	223
B.- La erosión de la soberanía y la pérdida progresiva del protagonismo del Estado	225
1.5.- El discurso de la globalización como fenómeno de internacionalización jurídica	229
2.- El canon de los Derechos Humanos en el mundo globalizado	235
2.1. La uniformidad de los derechos humanos y su ordenamiento internacional	240
2.2. Los sistemas internacionales para la protección de los derechos humanos	245
2.2.1.- El sistema internacional de protección de derechos humanos de dimensión universal	247
A.- Los mecanismos convencionales de protección de derechos humanos	252
i) Los informes periódicos	251
ii) Las comunicaciones o denuncias interestatales	252
iii) Las comunicaciones o denuncias personales	253
B.- Los mecanismos extraconvencionales de protección de derechos humanos	255
i) Los procedimientos especiales	255
ii) El procedimiento confidencial	258
2.2.2.- Los sistemas internacionales de protección de derechos humanos de dimensiones regionales	261
A) El Sistema europeo de protección internacional de derechos humanos	263
i) Historia, evolución y esquema general	263

ii) El Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y el sistema de tutela del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.....	266
B.- El Sistema americano de protección internacional de derechos humanos.....	270
i) La Convención Interamericana de Derechos Humanos y el sistema de protección de la Comisión IDH y la Corte IDH.....	274
a) El procedimiento de control y supervisión ejercido por la Comisión IDH.....	277
b) El procedimiento contencioso y Consultivo de la Corte IDH.....	281
b.1) La función contenciosa de la Corte IDH.....	281
b.2) La función consultiva de la Corte IDH.....	286
2.3. Reconocimiento y protección de los derechos fundamentales en los procesos de integración.....	288
2. 4 Las implicaciones constitucionales de las resoluciones adoptadas por Comités y Tribunales de las organizaciones internacionales y supranacionales en materia de derechos humanos.....	298
A.- La proyección de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 5 de febrero de 2001 (Asunto “La última tentación de Cristo” <i>Olmedo Bustos y otros c Chile</i>)	301
B.- La influencia de la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 11 de enero de 2000, Asunto C-285/98 (<i>Tanja Kreil c República Federal Alemania</i>).....	305
C.- Las recomendaciones del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la mujer y el orden de sucesión de la Corona dentro del sistema constitucional español	311
3.- El poder constituyente: la reestructuración de su teoría conforme al nuevo esquema de la globalización	316

CONCLUSIONES337

BIBLIOGRAFÍA354

ABREVIATURAS

ACNUDH	Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos
AFC	Acuerdo sobre Facilitación del Comercio
AG	Asamblea General de las Naciones Unidas
ALCA	Área de Libre Comercio de las Américas
CECA	Comunidades Europeas del Carbón y del Acero
CEDH	Convenio Europeo de Derechos Humanos
CEE	Comunidad Económica Europea
CEEA	Comunidad Europea de la Energía Atómica
CDH	Comisión de Derechos Humanos
CDFUE	Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea
CIDH	Convención Interamericana de Derechos Humanos
Comisión IDH	Comisión Interamericana de Derechos Humanos
Corte IDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos
CSE	Carta Social Europea
DADH	Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre
ECOSOC	Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas
EUROTAM	Comunidad Europea de la Energía Atómica
MERCOSUR	Mercado Común del Sur
NAFTA	Acuerdo de Libre Comercio de América del Norte
OEA	Organización de Estados Americanos
OMC	Organización Mundial de Comercio
ONG	Organizaciones no gubernamentales
ONU	Organización de las Naciones Unidas
TCEE	Tratado de la Comunidad Económica Europea
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TJCE	Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TUE	Tratado de la Unión Europea
UE	Unión Europea

MARCO INTRODUCTORIO

La teoría del poder constituyente es uno de los temas que han sido más debatidos dentro del estudio del Derecho constitucional, pues aquél, como fundamento del Estado constitucional, representa la piedra angular por la que el pueblo, en ejercicio de su potestad soberana, decide crear, modificar o renovar la Constitución como el orden jurídico por el que se organizan y limitan los poderes que son ejercidos por el Estado.

Cuando hablamos del poder constituyente, de acuerdo con su caracterización clásica, es decir, aquella que fue formulada a finales del siglo XVIII como fruto de la Revolución francesa, se ha sostenido por la doctrina más autorizada, que, como fuerza de naturaleza política, es un poder originario, autónomo e independiente que dimana directamente de la voluntad del pueblo soberano.

Por consiguiente, el poder constituyente, en tanto autónomo e independiente, se concibe como la única autoridad legítima que tiene la capacidad de establecer, sin ningún tipo de límite o condicionante, la estructuración y organización del Estado, de las que resultará, a través de la Constitución, su *modus vivendi* bajo dos dimensiones. Una interna, respecto a la supremacía que ejerce el Estado sobre los individuos y las colectividades que se encuentran dentro de su

jurisdicción¹; y otra externa, en torno a la actividad que ejerce dentro de las relaciones internacionales frente a terceros Estados que son igualmente independientes, en el entendido de que no existe subordinación de ningún tipo entre éstos.

De acuerdo con esta visión, podemos advertir que la apreciación del poder constituyente como autoridad autónoma e independiente que se manifiesta ilimitadamente es una propuesta que pudo resultar válida para el escenario político que dio origen a la formación del Estado constitucional en la Edad Moderna, en el momento en que se redactaron las primeras Constituciones escritas.

No obstante, el estudio que en el día de hoy podamos hacer de la teoría del poder constituyente no debe permanecer apartado de la evolución del Estado dentro del sistema internacional, ya que aquél, como sistema primario de organización política de base territorial, en su evolución, se ha visto afectado por grandes transformaciones, que implican, entre muchos aspectos, la mutación cuantitativa y cualitativa del principio de soberanía nacional, que conforman el fundamento del ejercicio habitual de sus actividades.

De hecho, el Estado originario, es decir, aquel que, en un inicio, fue instruido sobre la base del principio de soberanía como poder absoluto y perpetuo, es decir, independiente frente al resto de Estados, corresponde a una afirmación que no se

¹ TENA RAMIREZ, Felipe; *Derecho constitucional*, Porrúa, México, 1976, p. 4.

adecúa a la práctica del Estado en pleno siglo XXI, pues circunstancias de índole política, económica y social han exigido que aquél se adecúe a las nuevas realidades surgidas en la evolución permanente de la propia sociedad.

En este contexto, la globalización ha sido un factor determinante para el impulso del nuevo escenario mundial que se ha venido desplegando desde mediados del siglo pasado. De hecho, dado que actualmente la globalización penetra la práctica totalidad de las relaciones sociales, este fenómeno ha llegado a convertirse en un signo distintivo de nuestro tiempo. Por ende, hablar de globalización implica hacer retrospectiva a un proceso transnacional de carácter complejo que combina y abarca diversos factores, los cuales han generado una creciente interconexión de la sociedad en el marco internacional y, a su vez, creado un espacio político global que se yuxtapone al espacio político nacional².

Esta situación, desde la perspectiva de Estado, no sólo ha llevado al debilitamiento de sus fronteras, antes delimitadas estrictamente como consecuencia del principio de soberanía, y hoy en día porosas, por efecto de un sinfín de actividades que se desarrollan en un ámbito internacional y escapan de su control. Además de ello, a pesar de que el Estado siga siendo una institución necesaria para asegurar el espacio en el que se desarrollan las relaciones sociales de sus ciudadanos, actualmente forma parte de una red en la que

² SANAHUJA, José Antonio; "Entre Washington y Westfalia: desarrollo y cohesión social en la globalización", *Papeles de cuestiones internacionales*, núm. 87, 2004, p.35.

necesariamente debe interactuar junto con otros actores no estatales (nacionales o transnacionales), que son capaces de influir en su actuar cotidiano.

En especial, los derechos humanos, entendidos éstos como el “conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humana, que deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional³”, han llegado a posicionarse con gran ímpetu en el plano jurídico y político supraestatal, algo a lo que no es, en modo alguno, ajena a la proyección de la globalización, y, particularmente, los efectos que ha generado en la interconexión de los Estados dentro de espacios de concertación configurados en el seno de las organizaciones internacionales y supranacionales.

De esta forma, los derechos humanos constituyen una expresión articulada dentro del ordenamiento jurídico creado en el marco del Derecho internacional de los tratados, con la que se establece un núcleo de exigencias que vinculan a los Estados y abarca a todos sus niveles de poder. De hecho, su simple reconocimiento genera una obligación internacional de cada Estado frente a la comunidad internacional, y, para asegurar su cumplimiento, las organizaciones internacionales y supranacionales, han creado órganos especializados que se encargan de garantizar su respeto a través de procedimientos contenciosos o consultivos.

³ PÉREZ LUÑO, Antonio; *Derechos Humanos, Estado de derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid, 1995, p. 48.

En efecto, las normas, decisiones y jurisprudencia emanadas de estas organizaciones supraestatales, tal como ocurre, singularmente, con las sentencias dictadas por los Tribunales que han sido creados en el marco internacional de los derechos humanos, tienen gran repercusión en la soberanía de los Estados, al momento de integrarse en su sistema de fuentes como parte de las obligaciones internacionales que han sido adquiridas en virtud de los tratados, las cuales, inclusive, pueden llegar a sobreponerse a normas de rango constitucional, lo que impacta en el ejercicio de la actividad y en la afirmación del poder constituyente.

En esta medida, la internacionalización de los derechos humanos se ha configurado como uno de los aspectos más representativos del mundo globalizado, al constreñir y exigir a todos los Estados el respeto y salvaguardia que aquéllos merecen. Por lo tanto, la presente investigación parte, desde la óptica del reconocimiento y garantía de los derechos humanos en el plano supraestatal, de acuerdo con las decisiones emanadas de los organismos internacionales o supranacionales, todo ello con la finalidad de dilucidar la forma en que la superposición de los derechos humanos afirmados en el plano internacional sobre el ordenamiento jurídico característico del Estado ha permeado el entendimiento y la afirmación del poder constituyente.

En este sentido, se pretende hacer un estudio analítico del poder constituyente de cara al pasado y el presente, incluyendo en él la sinergia

derivada del fenómeno de la globalización y la afirmación de los derechos humanos como parte del proceso evolutivo del Estado, de manera que alcancemos a responder, en términos actuales, las tres preguntas claves que explican la teoría del poder constituyente, como son *¿Qué es el poder constituyente?* *¿Dónde radica?* y *¿Quién lo ejerce?*

I. OBJETIVOS E HIPÓTESIS

El objetivo fundamental que posee la presente investigación se sitúa en el análisis de la teoría del poder constituyente y de lo que respecta al proceso evolutivo que ha podido tener aquella desde su origen en las revoluciones liberales de finales del siglo XVIII, especialmente, la Revolución francesa, hasta su afirmación y ejercicio en el actual mundo globalizado. Precisamente, sobre estas consideraciones, buscaremos determinar si se han mantenido incólumes la concepción y características elementales como la fuerza política que, basada en el principio de soberanía popular, se manifiesta de manera autónoma e independiente sin ningún tipo de límite o condicionante, o si, por el contrario, en el actual mundo globalizado, y como consecuencia del desarrollo progresivo de los derechos humanos y los mecanismos supraestatales de tutela configurados para garantizarlos, se ha generado un cambio en su entendimiento y caracterización, a un punto tal que exige reestructurar dicha teoría con el fin de adaptarla a los avances del Estado y la propia sociedad.

Los objetivos específicos que abarca la presente tesis consisten en: i) analizar la teoría del poder constituyente desde su origen y su manifestación en el mundo contemporáneo, con especial atención a sus características fundamentales; ii) estudiar el fenómeno internacional de la globalización como parte de la evolución del Estado; iii) precisar los efectos del fenómeno internacional de la globalización en el Estado constitucional; iv) examinar la proyección del reconocimiento y garantía de los derechos humanos como parte de los efectos de la globalización; v) explorar y comparar, en el grado necesario para el desarrollo de nuestro estudio, los sistemas supraestatales de protección de derechos humanos de carácter universal y regional; vi) analizar el impacto de los mecanismos supraestatales de protección internacional de derechos humanos dentro del Estado constitucional, a partir del estudio de una serie de decisiones emanadas de organismos internacionales y supranacionales; vii) evaluar las repercusiones de los derechos humanos y los sistemas de protección supraestatal en el Estado constitucional y el poder constituyente; viii) determinar si el poder constituyente, como efecto de la globalización, puede seguir conceptuándose como un poder autónomo e independiente, de acuerdo con su entendimiento clásico, o si, por el contrario, puede aseverarse que el mismo, hoy en día, es un poder que se encuentra condicionado.

Por lo tanto, desde la perspectiva de la evolución del Estado en la sociedad internacional en torno al desarrollo progresivo de los derechos humanos, intentaremos generar una contribución que permita al lector obtener un mayor

entendimiento, en términos actualizados, del poder constituyente como la autoridad encargada de crear, modificar o renovar el orden normativo constitucional.

Los citados objetivos de estudio parten de la hipótesis de que el poder constituyente, reconocido hoy en día en el pueblo soberano, es un poder de naturaleza política que, desde su afirmación clásica, se ha caracterizado por ser autónomo e independiente, es decir, que tiene la capacidad de actuar sin límite o condicionante alguno.

No obstante, en el proceso evolutivo de la sociedad internacional, el Estado se ha encontrado sujeto a múltiples embates, a causa de factores exógenos que inciden directamente en su soberanía y el ejercicio de su actividad. Uno de estos factores, sin lugar a dudas, se halla en la internacionalización de los derechos humanos, los cuales, como hemos apuntado, constituyen un canon mínimo jurídico de comportamiento que, sobre la base del derecho internacional, es exigido a los Estados por parte de la comunidad internacional.

En este sentido, la imposición de los derechos humanos ha cristalizado jurídicamente como corolario de la configuración de organizaciones supraestatales que tiene como fin, único o compartido, la afirmación y la garantía de los derechos, y a las que los Estados, soberanamente, han otorgado una serie de competencias para el cumplimiento de sus funciones. Ello implica que las atribuciones de estas

organizaciones, además de pasar por funciones creadoras de Derecho, incluyen también mecanismos de protección que son ejercidos por Tribunales o Cortes supraestatales, los cuales tendrán la potestad de supervisar el cumplimiento de las obligaciones internacionales que son adquiridas por los Estados tras haber suscrito y ratificado los tratados de derechos humanos.

En este supuesto, las normas y decisiones emanadas de los organismos supraestatales gozan de tal fuerza que, en sus efectos, son capaces de afectar al Estado y su soberanía, repercutiendo, específicamente, en su sistema de fuentes de Derecho, lo que abarca, incluso, a las normas constitucionales. De hecho, algunas de estas decisiones envuelven modificaciones directas o indirectas a las Constituciones estatales, por lo que es razonable afirmar que el poder constituyente ha podido sufrir una mutación que afecta a los elementos básicos que fundamentan la Constitución.

Estamos, por tanto, ante la eventualidad de que el poder constituyente, en este nuevo escenario internacional de la globalización, ha podido perder parte de su autonomía o independencia, en el sentido de encontrar una serie de condicionantes que constriñen su libre ejercicio. Sobre estas consideraciones, bajo el estudio sistemático de la teoría del poder constituyente y de los efectos propiciados por el fenómeno internacional de la globalización en torno a la afirmación de los derechos humanos, como trataremos de dilucidar si el poder constituyente continúa siendo un poder autónomo o independiente, o si dicha

caracterización ha cambiado y exige una nueva reestructuración, para adaptarse a los cambios a los que el Estado se ha visto continuamente expuesto.

II. METODOLOGÍA

La investigación en cuestión se desarrolla a partir de una metodología teórica de tipo explicativo y discursivo, en la cual se formula un problema político-jurídico vigente respecto al entendimiento que podamos tener del poder constituyente dentro del actual mundo globalizado, a causa de la proyección de los derechos humanos. Para ello, abordaremos la construcción que se ha hecho de los derechos humanos en el marco de organizaciones internacionales de carácter general, como es el caso de la Organización de las Naciones Unidas, y de las organizaciones regionales de derechos humanos en el ámbito europeo y americano, e incluso de la organización supranacional que constituye hoy en día la Unión Europea.

El motivo por el que decidimos utilizar durante el estudio de la presente tesis los sistemas regionales de protección de derechos humanos de ámbito europeo y americano se halla, principalmente, en la importancia que han tenido éstos para el impulso progresivo de los derechos humanos desde la jurisprudencia emanada del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Ello no implica, bajo ninguna circunstancia, omitir la trascendencia que

han tenido otros sistemas regionales, si bien, aunque resulten muy interesantes, exceden el objeto trazado para la presente investigación.

Por otro lado, la elección de estos sistemas, igualmente, se explica en virtud de la afinidad que para el autor representa el ser originario de un país latinoamericano (Venezuela) y haberse formado académicamente en España. Además de ello, no debe obviarse la oportunidad que el autor ha tenido para desarrollar la investigación que presenta en tres países (Venezuela, España y México), los cuales, a pesar de contar con culturas jurídicas distintas, fueron capaces de enriquecer el debate desde distintas vertientes.

En lo que respecta a los sistemas supranacionales de derechos humanos, en la presente investigación se acogió el estudio de la experiencia propiciada en la Unión Europea, por el hecho de ser justamente éste el proceso de integración que ha logrado cristalizar mayor avance en distintos ámbitos y materias, incluido el reconocimiento y protección de derechos fundamentales. De hecho, debe precisarse que la Unión Europea, al día de hoy, y pese a sus dificultades actuales, encarna el proceso de integración prototipo que pretenden alcanzar aquellos sistemas regionales de integración que, desde mediados del siglo pasado, se han venido desarrollando en otros continentes.

Ahora bien, por ser ésta una tesis que abarca un proceso evolutivo, pueden fijarse los límites temporales que guían la investigación a partir de las referencias

históricas. Así, el estudio del poder constituyente, pese a que existan ciertas ideas que fueron desarrolladas en períodos anteriores de la historia, debe tenerse en cuenta que su formulación teórico-práctica se configuró efectivamente con el surgimiento del Estado constitucional y las primeras Constituciones escritas, que fueron producto de las revoluciones liberales suscitadas a finales del siglo XVIII en Estados Unidos y Francia. Desde este punto, se iniciará el análisis de las características del poder constituyente, para enmarcarlo, posteriormente, en la evolución del Estado en el desarrollo de la sociedad internacional, hasta llegar al proceso actual de globalización, perfilado en la formulación y desarrollo de los derechos humanos y los sistemas supraestatales de protección, que, al día de hoy, han podido generar un cambio en lo que se refiere al entendimiento y caracterización de dicho poder.

III.- ESTRUCTURA

La investigación se divide en tres capítulos que, con la finalidad de completar un estudio amplio, que nos permita obtener una explicación del proceso de evolución y del entendimiento del poder constituyente, se integran en varios apartados.

El capítulo I, denominado “*El poder constituyente: antecedentes y origen histórico en perspectiva histórica*”, abarca una serie de aspectos que permiten identificar la construcción de la teoría del poder constituyente, así como también el

proceso de evolución por el que tuvo que transitar hasta lograr imponerse y expandirse, como elemento de sustento de la Constitución dentro del Estado democrático, tras la Segunda Posguerra Mundial.

Este capítulo, en sus primeros apartados, contempla una serie de ideas que fueron construidas en distintas fases de la historia, y que, en su apreciación, sirvieron de cimiento para la teoría del poder constituyente que se formularía a finales del siglo XVIII. Las ideas en cuestión se expresan sobre la base de una línea discursiva que parte de la Edad Antigua, al surgir, durante esa época, la necesidad de crear un orden político que pudiera mantener organizada a la sociedad de forma estable. Pasando de ahí, nos sumergimos en el escenario político-histórico de la Edad Media, cuando se discutió el origen divino del poder del monarca para imponerle límites a su actuar. Posteriormente, ubicados en la Edad Moderna, estudiaremos la construcción de la teoría contractualista, que sentó las bases para afirmar el origen popular del poder en el momento de la creación del Estado constitucional.

Por otro lado, se analizará el ensayo práctico que se hizo de la teoría contractualista en la Revolución americana, por medio de las Cartas de las Colonias inglesas radicadas en el territorio americano, y, después, con la formulación de la Constitución de los Estados Unidos de América de 1787, las cuales fueron elaboradas con fundamento en el principio de soberanía popular,

que se hizo residir en el pueblo, y se estructura conforme a un sistema representativo.

Seguidamente, se hará un examen del proceso revolucionario francés y la construcción de la teoría del *pouvoir constituant* o poder constituyente, que sirvió de pilar para el establecimiento de la Constitución de Francia de 1791, momento en el que se articulan los principios de representación y soberanía nacional, apoyados en el principio de igualdad, como sustento para organizar el Estado.

Finalmente, se examinará el contexto histórico-político que provocó la desaparición del poder constituyente durante el siglo XIX y su reaparición en el siglo XX como elemento clave del Estado constitucional, en un entendimiento que se ha consolidado y expandido después de la Segunda Guerra Mundial con la proyección de la democracia constitucional.

El capítulo II, denominado “*Características básicas del poder constituyente*”, hace un análisis exhaustivo la teoría del poder constituyente, donde se incluyen aspectos que son esenciales para su entendimiento, entre ellos, su definición, titularidad, objeto y clases, naturaleza y sus límites. Por otra parte, se examinan los procedimientos prácticos más usuales sobre los que se ha manifestado el poder constituyente y su particular aparición en las Constituciones latinoamericanas formuladas a finales del siglo XX e inicios del siglo XXI conforme a la tendencia del llamado “nuevo constitucionalismo”.

En último lugar, para demostrar de qué manera puede entenderse el poder constituyente en el actual mundo globalizado, en el capítulo III, denominado “*El poder constituyente en el mundo globalizado y el paradigma de los derechos humanos*”, se hará, en primer lugar, un estudio amplio del fenómeno internacional de la globalización y de las implicaciones que ha podido tener en el Estado constitucional.

En segundo lugar, se examinará la configuración de los derechos como el estándar jurídico mínimo que, desde la comunidad internacional, es exigido a los Estados, tras la conformación de organizaciones internacionales o supranacionales a las que aquéllos han otorgado una serie de atribuciones para dictar normas encaminadas a reconocer y garantizar los derechos humanos.

Igualmente, se hará un análisis de los sistemas internacionales y regionales de tutela de derechos humanos que han sido creados por los organismos internacionales, bajo la anuencia de los Estados, así como también de los mecanismos de protección que se han configurado en los procesos de integración, haciendo el estudio necesario para entender, en el marco de esta investigación, el papel que los procedimientos internacionales cuasi-contenciosos y contenciosos han desarrollado para garantizar el cumplimiento de las obligaciones adquiridas por los Estados al suscribir y ratificar los respectivos tratados de derechos humanos.

Posteriormente, se estudiará una serie de decisiones emanadas de los organismos internacionales, regionales y supranacionales para la protección de los derechos, con el fin de describir los efectos que han producido en el orden interno de los Estados, principalmente, dentro de sus sistemas de fuentes y sus Constituciones.

En tercer y último lugar, desde la óptica de los derechos humanos impulsados en el marco del fenómeno internacional de la globalización, se retomará la teoría del poder constituyente clásica, con una especial atención a sus características básicas, para determinar finalmente si dicha teoría se ha mantenido inalterada, o si, por el contrario, la misma necesita una reestructuración que le permita ajustarse a los cambios y exigencias que son propios de la evolución de Estado dentro de la sociedad internacional.

CAPÍTULO I

EL PODER CONSTITUYENTE: ANTECEDENTES Y ORIGEN EN PERSPECTIVA HISTÓRICA

1.- ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL PODER CONSTITUYENTE

La teoría del poder constituyente surge como consecuencia de las revoluciones suscitadas en los Estados Unidos de América y Francia a finales del siglo XVIII, desde el momento en que sus respectivas comunidades adquieren conciencia política y deciden, con base en el principio de igualdad, ejercer su potestad de autoorganizarse democráticamente para dotarse de una Constitución de carácter escrito. A pesar de ello, “la noción de proceso o poder constituyente material, en cambio, es mucho más antigua, y, se remonta al propio Derecho romano”⁴, por lo que, desde una perspectiva evolutiva, no sería más que el resultado del desarrollo de una corriente racional que permitiría configurar una teoría capaz de explicar origen del poder, y, en consecuencia, proporcionar un fundamento lógico a la organización política de la sociedad.

Por esta razón, para analizar las tres preguntas elementales que, en su conjunto, suponen las nociones básicas de la teoría del poder constituyente, como son: *¿Qué es? ¿Dónde radica? y ¿Quién lo ejerce?*, resulta ineludible hacer un estudio exhaustivo del proceso histórico que esbozó muchas de las ideas que permitieron configurar dicha teoría, de modo que será éste el punto de partida al que nos dedicaremos a analizar en los siguientes apartados, como fundamento básico de esta investigación.

⁴ PISARELLO, Gerardo; *Procesos constituyentes. Caminos para la ruptura democrática*, Trotta, Madrid, 2014, p. 22.

1.1.- ELEMENTOS CONSTITUYENTES EN LA REFLEXIÓN SOBRE EL PODER EN LA EDAD ANTIGUA

A pesar de que gran parte de la doctrina concibe el precedente más remoto de la teoría del poder constituyente en la Edad Moderna con las teorías contractualistas formuladas por autores como HOBBS, LOCKE, PUFENDORF y ROUSSEAU, lo cierto es que desde muchos siglos atrás fueron gestándose una serie de ideas que intentaron precisar el origen del poder dentro de una comunidad.

Filósofos como PLATÓN y su pupilo ARISTÓTELES, a mediados del siglo IV a.C. destacaron la necesidad de establecer un orden político que pudiera beneficiar a la colectividad que hacía parte de la antigua Grecia, dada la crisis política, económica y social en la que se veía sumergido el sistema ateniense. Los problemas que causó la reforma organizativa de la *polis* (ciudad-estado) durante el siglo IV a.C. estuvieron enmarcados por la dificultad de formar un consenso político a causa de la polarización que existía en ese momento entre clases pobres y ricas. Ello, a decir de algunos pensadores, exigía, para la salvaguardia de la *polis*, encontrar una forma de gobierno adecuada, basada en la unidad de la sociedad⁵. Sin embargo, esta forma de gobierno no contemplaba las reflexiones que siglos posteriores fueron propuestas por los pensadores modernos, es decir la profundización del origen del Estado y la noción de soberanía, sino que durante

⁵ FIORAVANTI, Maurizio; *Constitución: De la Antigüedad a nuestros días*, Trotta, Madrid, 2001, p. 15 y ss.

esta época el análisis se resumió únicamente en construir un sistema de gobierno que fuese capaz de organizar y controlar a la colectividad.

Como es sabido, la democracia es un sistema político que tuvo su antecedente más lejano en la antigua Grecia. La ciudad-estado ateniense del siglo V a.C. estaba conformada por una población aproximada de 300.000 personas, pero la participación democrática era ejercida exclusivamente por aquellos individuos varones que eran considerados ciudadanos⁶ a través de asambleas populares que tenían como finalidad tomar las decisiones que pudieran tener repercusión para la colectividad, de acuerdo con las directrices que habían sido propuestas en ciertas reglas dictadas por SOLÓN en el año 594 a.C. con las que se organizó el ejercicio del poder dentro de la comunidad. Era, por tanto, un sistema que no resiste comparación con nuestros actuales sistemas democráticos, ya que la condición de ciudadano no era la traslación al ámbito político del principio de igualdad, sino, más bien, del estatus privilegiado de una elite social. Con todo, el mero hecho de que el sistema estuviera basado en una limitada dinámica de debate y participación ha hecho que sea considerado como el más lejano antecedente de los sistemas democráticos, entendidos al modo actual.

Dichas reglas, como más tarde lo argüiría ARISTÓTELES, no eran más que el resultado de un período de enfrentamientos político-sociales entre las clases ricas

⁶ En la antigua Grecia, la cualidad de ciudadano era reconocida exclusivamente a aquellos hombres mayores de veintiún años de edad que nacieron libres de padre y madre ateniense. Quedaban fuera de cualquier participación política las mujeres, los extranjeros y los esclavos.

y pobres, en el cual SOLÓN, para distribuir y equilibrar el poder entre las distintas esferas de la sociedad, dividió al cuerpo ciudadano en cuatro clases sociales, tomando en cuenta las riquezas y propiedades que aquéllos pudieron tener.

A primera vista, las reglas de SOLÓN, también denominadas por muchos autores como la Constitución de SOLÓN, a pesar de tener un sentido opuesto al que concebimos conforme a las Constituciones modernas, parecerían haber radicalizado aún más la lucha de clases, pero, tomando en cuenta el estatus social de cada ciudadano, lo que hicieron fue distribuir los puestos políticos entre los distintos sectores de la sociedad, de modo que los más importantes fueron premeditadamente conservados por la clase rica, mientras que la clase baja, con un poder limitado, tendría sólo el derecho de participar en asambleas populares y formar parte de los jurados que compelerían a los tribunales a tomar sus decisiones⁷.

En ese contexto, la crisis socio-política ateniense se mantuvo por muchísimos años, pero, tal como señala FIORAVANTI, el principal problema que padeció la democracia en la antigua Grecia se encontraba estrechamente vinculado a la falta de una Constitución orgánico-dogmática, ya que si bien, desde el punto de vista de la organización del poder pudieran intuirse normas de dicha naturaleza⁸, por otro lado, y con gran certeza, estas reglas no fueron propiciadas

⁷ ARBLASTER, Anthony; *Democracia*, Alianza, Madrid, 1992, p. 28.

⁸ Al respecto puede traerse a colación la ya mencionada Constitución de SOLÓN en el año 594 a.C. y sus reformas en el año 508 a.C.

por el propio pueblo unido en búsqueda de un consenso social que, convertido en derecho, pudiera garantizar, a su vez, la estabilidad política de la sociedad de manera perdurable⁹.

En este mismo sentido, resulta preciso destacar que la inestabilidad que rodeó las reglas organizativas del poder, consideradas por un sector de la doctrina como la Constitución de los atenienses, estuvo motivada en el carácter otorgado de estas reglas, las cuales adolecieron de una enorme flexibilidad para ser reformadas por las autoridades políticas, tras no preverse ningún tipo de limitación para crear o suprimir tales normas en cualquier momento. A raíz de esta situación, PLATÓN, en sus estudios políticos para reformar y organizar la *polis*, afirmó que el mejor sistema de gobierno que podía establecerse en Atenas era el llamado gobierno de las leyes, es decir, aquél en el que las autoridades debían tomar sus decisiones respetando las previsiones establecidas en las normas existentes, lejos de cualquier supresión o modificación sobrevenida¹⁰.

Junto a estas previsiones, PLATÓN se preguntará por la cuestión que, más tarde, durante la modernidad, sería la piedra angular del constitucionalismo y la teoría del Estado, como lo es determinar dónde se encuentra la génesis del Estado y la Constitución. Para él, la *politeia*, término que resulta equiparable al de Constitución en nuestros días, no debía ser impuesta a la sociedad de manera

⁹ FIORAVANTI, Maurizio; **Constitución: De la Antigüedad a nuestros días**, ob. cit., p. 29-31.

¹⁰ PLATÓN; **Libro VI: Leyes, Obras Completas de Platón** (Trad. D. Patricio de Azcárate), Biblioteca Filosófica, Madrid, 1872, p. 26-27.

violenta por un grupo determinado que venciera a otro (Constitución de los vencedores) sino que la misma debía ser originada en el seno de la propia comunidad con la participación de todos los sectores a partir de un contexto conciliatorio (Constitución mixta), que fuera capaz de mantener la unidad y estabilidad social¹¹.

Años más tarde, ARISTÓTELES retomaría las ideas de la Constitución mixta planteada por su maestro PLATÓN como propuesta necesaria para salvar la unidad de la ciudad-estado; empero, antes de desarrollar ese régimen, resaltó la necesidad de atacar de raíz el problema que pudo haber generado la desigualdad social que caracterizó a la sociedad ateniense durante aquella época, el cual localizó en la mercantilización que se había hecho de la vida pública, al inmiscuirse los intereses económicos en toda situación política, ética y social. Desde esta perspectiva, ARISTÓTELES enfatizó que la forma de abordar esta situación pasaba por la revalorización del verdadero significado de todo lo político y ético, a partir de la llamada “virtud ciudadana¹²”, la cual debía permanecer alejada de todo revestimiento material, que, en definitiva, tendía, en su opinión, a trastornar el sistema, al superponer lo económico sobre lo político y social¹³.

¹¹ PLATÓN; *Libro III: Leyes, Obras Completas de Platón* (Trad. D. Patricio de Azcárate), Biblioteca Filosófica, Madrid, 1872, p. 177.

¹² El concepto de virtud ciudadana reviste un carácter deontológico que se encuentra dirigido a todo ciudadano que actúa como autoridad en el Estado, quien debe obrar en beneficio de los ciudadanos. Ver: ARISTÓTELES; *La política*, Espasa-Calpe, Madrid, 1974, p. 82-85.

¹³ FIORAVANTI, Maurizio; *Constitución: De la Antigüedad a nuestros días*, ob. cit., p. 22-23.

En este particular, la doctrina aristotélica pudo destacar de manera lógica y premonitora que una de las causas de las grandes crisis sufridas por muchos países a lo largo y ancho del mundo, incluso en la actualidad, se encuentra radicada en la mercantilización de la vida pública, ya que ciertos sectores de la sociedad que ejercen poderes económicos de hecho son capaces de influenciar y corromper los sistemas políticos en beneficio de sus intereses particulares, para acumular mayores riquezas en detrimento del resto de la población.

Ahora, retomando las ideas de inspiración constitucional que pudieron generarse en la Edad Antigua, la doctrina aristotélica distinguió que la mencionada Constitución de SOLÓN del año 594 a.C. tuvo, entre otras cosas, un carácter unificador de la sociedad, al tratar de equilibrar la distribución del poder político entre todos los sectores sociales con la finalidad de moderar sus respectivas pretensiones. Sin embargo, la crisis político-social se mantuvo en un sistema que, en vez de un equilibrio, exigía para su buen funcionamiento una igualdad absoluta entre todos los estratos de la sociedad y que, a fin de cuentas, culminaría, de hecho, con la formación de gobiernos tiránicos que impusieron un conjunto de reglas parciales e inestables a la comunidad.

Tras todo este análisis, y atendiendo a los postulados de su mentor PLATÓN, ARISTÓTELES reafirmó con mayor precisión el ideal organizativo del punto de equilibrio entre los sectores de la sociedad como mejor forma de gobierno a través de la llamada *politeia*, definida como una especie de organización que promueve y

realiza el justo equilibrio entre la oligarquía y la democracia. A partir de este sistema, que impone un equilibrio entre los sectores sociales, ARISTÓTELES va a postular como gobierno ideal aquel en el que el acceso a los cargos públicos correspondería a la aristocracia (los mejores) sostenidos por las clases medias, pero con la participación democrática de los ciudadanos en todo lo que sería el proceso electoral¹⁴.

Pese a la construcción teórica formulada por ARISTÓTELES para mantener el equilibrio social y la unidad de la *polis*, la estabilidad de la denominada Constitución ateniense nunca llegó a producirse. A raíz de ello, ya durante el siglo I a.C. el filósofo-historiador POLIBIO va a retomar la idea aristotélica de la Constitución mixta, pero partiendo del análisis del hecho coyuntural que generó dicha idea en clave de *anacilosis* o ciclo recurrente de las distintas Constituciones, para determinar el punto de inicio del Estado y hacia dónde éste debería dirigirse. Desde ese punto de vista, el autor griego observa que la mayoría de los sistemas de gobierno de los que había noticia en su época (Monarquía, aristocracia o democracia) eran el reflejo de la ocupación del poder por un sector social, y que, en tal contexto, la eventual Constitución podría ser considerada simple, pero, al integrarse en el sistema la participación de todos los estratos de la sociedad, se formalizaría la Constitución mixta o compleja¹⁵.

¹⁴ FIORAVANTI, Maurizio; **Constitución: De la Antigüedad a nuestros días**, ob. cit., p. 22-23

¹⁵ MARTÍNEZ LACY, Ricardo; "La Constitución mixta de Polibio como modelo político", **Revista Studia Historica-Historia Antigua**, núm. 23, 2005, p. 377-378.

De acuerdo con esta estructura social en la que se encuentra el surgimiento de la Constitución mixta, POLIBIO toma en cuenta que todas las instituciones o poderes políticos son estrictamente necesarios para mantener la estabilidad de lo que podría ser considerado como una especie de Constitución y, con ello, del sistema político y de la propia sociedad. Para llegar a esta conclusión, este pensador argumentó que, si bien existían tres poderes dentro de la República romana que eran ejercidos por los distintos sectores de la sociedad, es decir, el reino como cónsules, la aristocracia como senado y el pueblo como asamblea popular o componente democrático, cada uno de éstos, en ejercicio de sus atribuciones, estaba en la obligación de controlar o limitar al resto de los poderes cuando actuaran fuera de sus funciones, todo ello con la finalidad de garantizar que las reglas organizativas y el propio sistema político perduraran a lo largo del tiempo.

La aportación de POLIBIO, al puntualizar que cada uno de los poderes del Estado debe controlar a los otros, no sólo va a redefinir la idea de Constitución mixta de ARISTÓTELES, al trasladar la disciplina social que éste propugnó a una disciplina del poder¹⁶, sino que, a partir de dichos postulados, pueden concebirse ciertos vestigios del origen del principio constitucional de separación de poderes que sería descrito en el siglo XVIII por MONTESQUIEU en su célebre obra *De l'esprit des lois*, y que, posteriormente, se recogería en todas las Constituciones democráticas.

¹⁶ FIORAVANTI, Maurizio; **Constitución: De la Antigüedad a nuestros días**, ob. cit., p. 27.

Sin duda alguna, el pensamiento de POLIBIO tuvo gran repercusión en la República romana y la teoría política, pero la idea del control y equilibrio del poder no fue efectiva durante su época debido al conflicto de clases subyacente al ejercicio del poder. Desde esta vertiente, en el siglo I a.C. el filósofo político MARCO TULLIO CICERÓN va a retrotraerse a las ideas aristotélicas para tratar de hallar una solución a la lucha social que padecía la República romana, invocando para ello la conciliación y el equilibrio entre la oligarquía y el elemento democrático del pueblo en la restauración del Estado óptimo.

CICERÓN, a partir de sus obras políticas *De re publica* y *De legibus*, escritas entre los años 54 al 49 a.C. inicia sus análisis tomando en cuenta aspectos fundamentales que habían sido desarrollados por PLATÓN y ARISTÓTELES en cada una de sus respectivas obras políticas. Para CICERÓN, la *res publica* óptima no sería aquella en la que existen grupos separados de poder entre los diversos sectores de la sociedad, por lo que el verdadero significado del pueblo no se entendería como la suma de individuos que forman una comunidad, sino en una situación en la que el conglomerado de gentes encuentra sus bases en el consenso y en la preponderancia de los intereses de la comunidad sobre los particulares¹⁷. Desde esta perspectiva, pareciera que el Estado óptimo de CICERÓN se refiere a la virtud ciudadana invocada por ARISTÓTELES, en la que el pueblo unido tiene que actuar en interés de la comunidad para que pueda existir una

¹⁷ FIORAVANTI, Maurizio; **Constitución: De la Antigüedad a nuestros días**, ob. cit., p. 27.

estabilidad y perdurabilidad de los gobiernos y sus respectivas reglas organizativas.

Ciertamente, hacer un paralelismo entre el pensamiento de los autores de las épocas griega y romana con la teoría moderna del poder constituyente es imposible. Faltan, ante todo, presupuestos básicos para que se pueda hablar de poder constituyente en el sentido actual. Ante todo, falta una ciudadanía entendida en sentido inclusivo, es decir, como noción que permite que los miembros de la comunidad política participen en la decisión sobre su organización política en un plano de igualdad. En la Edad Antigua, la ciudadanía, más que un signo de igualdad, era el signo que privilegiaba a una clase dominante de reducidas dimensiones respecto al resto de la población, que carecía de los derechos que confería la condición de ciudadano. Por otra parte, ni siquiera existe una reflexión que tienda a situar en los considerados como ciudadanos la potestad de conformar la organización política de la sociedad. En esta época, el pensamiento político se dedica a reflexionar sobre cómo dotar a la organización política de un cierto sentido de equilibrio entre clases sociales que asegurara su mantenimiento en condiciones de paz social.

Se trata, pues, de una reflexión que tiende a perpetuar una "Constitución de la desigualdad" (entiéndase el uso amplio y contrapuesto de ambos conceptos), más que a preguntarse sobre la legitimidad del orden político con el fin de fundar sobre dicha base una propuesta de reforma radical de aquél. El rechazo de la

democracia, convertida por estos autores, como máximo, en un elemento que debe conjugarse con otros en la conformación del sistema político, ejemplifica suficientemente esta idea y, al mismo tiempo, ilustra sobre la carencia de un postulado fundamental para hablar de una teoría del poder constituyente.

Ahora bien, la reflexión de la Edad Antigua, sin duda, contiene algunos elementos que contribuyeron a generar una determinada cultura política que supuso el contexto necesario para que, al cabo de los siglos, surgiera la noción de la Constitución y del poder constituyente. En efecto, durante toda la Edad Antigua, y conforme a los antecedentes esgrimidos a través de los esquemas teórico-prácticos de los filósofos-políticos griegos y romanos, pudo evidenciarse que la noción de lo que podríamos considerar como Constitución, bien sea bajo el nombre de *politeia*, *anacilosis* o *res publica*, se refería a un elemento orgánico que necesitaba toda sociedad para organizarse políticamente de forma estable, sobre una base de unidad y conciliación social. Si bien en esta época solamente puede hablarse de Constitución en un sentido impropio, es cierto que esta aspiración de ordenar la totalidad de la organización política de la sociedad es un elemento compartido con las Constituciones actuales.

Además de ello, y sin que pueda pasar desapercibido, muchos de los pensadores de esta fase histórica trataron, siquiera de forma incipiente, algunos elementos que, siglos después, serían utilizados no sólo para analizar el origen del poder en el momento de crear la Constitución, sino también para estructurar y

afirmar algunos principios entendidos como necesarios para garantizar la estabilidad y el correcto ejercicio del poder por parte de las autoridades estatales.

1.2.- LA REFLEXIÓN SOBRE LOS LÍMITES AL PODER EN LA EDAD MEDIA

Ha podido comprobarse que, durante la Edad Antigua, el fenómeno de lo que podría considerarse en los términos actuales como constitucionalismo, estuvo dirigido exclusivamente a teorizar sobre la organización político-social de la *polis* griega y la *res publica* romana como consecuencia de determinadas crisis sociales que se generaron en el marco de sus respectivos sistemas políticos. Bajo aquellas ideas, los pensadores de la época buscaron construir un modelo reglado de carácter organizativo y permanente, que fuese capaz de promover el equilibrio social, con el que se configuraría un “gobierno ideal” dentro de la ciudad-estado ateniense o la República romana, ya que la concepción de Estado-Nación, como organización política, económica y social, no se afirmaría formalmente sino hasta la Edad Moderna.

En la Edad Media, por su parte, los avances en la teorización del poder no se producirían sino a partir del siglo XI, cuando se pretendió limitar el poder de la autoridad real, al principio como parte de la reflexión sobre su origen divino, para terminar cuestionando el propio origen divino de dicha autoridad. En esta época, el ejercicio del poder se llevó a cabo por dos extensiones completamente opuestas. Por un lado, se encontraban los llamados reinos del occidente, en los que se

instauraron entes políticos tales como Monarquías, Principados, Ducados, entre otros¹⁸, y que, junto a una diversidad de poderes inferiores y núcleos urbanos, ejercieron el control y dirección de ciertos territorios que consideraban como una herencia o propiedad patrimonial, sobre los que podían disponer sin responsabilidad alguna frente a la comunidad. Por otro lado, se encontraba el Sacro Imperio Romano Germánico que, a diferencia de los anteriores, mantuvo un eje de control y dirección de mayor extensión con una evidente expansión por toda Europa bajo el auspicio del papado. Ahora bien, dichos poderes, a pesar de ser perfectamente diferenciables en cuanto a sus límites de acción y extensión, tuvieron como elemento común el apego a la fe religiosa cristiana.

En este sentido, la legitimación del poder de la mayor parte de las Monarquías europeas, durante esa época, tuvo su fundamento en el poder divino, pues se creía que el poder descendía de la mano de Dios a la tierra y se personificaba en los reyes, quienes, sobre esta base, tendían a concentrar en torno a sí el ejercicio del poder.

En efecto, el pensamiento político medieval marcó una diferencia clave en cuanto a las ideas que se gestaron en la Antigüedad, pues el problema que podía generar la inestabilidad de los gobiernos o de los sistemas políticos de la época, según los antiguos, no se encontraba, para los autores de esta época, vinculado a la falta de organización de la comunidad. Muy por el contrario, el problema objeto

¹⁸ HELD, David; *Democracy and Global Order. From the Modern State to Cosmopolitan Governance*, Stanford University Press, Stanford, 1995, p. 33.

de análisis de los autores medievales se concentró en el estudio del poder y sus limitaciones, todo ello con la finalidad de poner un dique a las acciones desmedidas de los gobiernos tiránicos, que no tuvieron otro efecto que el de oprimir a las sociedades que pudieran sufrirlos.

Ciertamente, la limitación del poder sobre la base de reglas jurídicas, a propuesta de los pensadores del Medievo, no fue una situación que se impuso inmediatamente a los gobiernos monárquicos de la época, puesto que la producción de normas y su aplicación se encontraba supeditada, en muchas ocasiones, al exclusivo mandato de los reyes y sus círculos de poder, por lo que la sociedad, en general, carecía de mecanismos efectivos para hacer valer efectivamente sus pretensiones.

En cualquier caso, tras la caída del Imperio romano, la limitación del poder se hizo derivar de ordenamientos particulares provenientes del Derecho consuetudinario, donde las comunidades encontraban ciertas medidas con las que, además de resguardar su seguridad propia, restringían acciones propias del gobierno, como el ejercicio de las facultades de imponer tributos y hacer un llamamiento al uso de las armas. Desde esta perspectiva, los gobiernos de la época no actuaban bajo la comprensión de respetar la autonomía de los particulares, sino que su proceder se veía determinado por la necesidad de no quebrantar un conjunto de relaciones de recíproca interdependencia que se encontraban reconocidas por un conjunto de reglas dadas u otorgadas. De ahí

que, cuando un gobierno actuara arbitrariamente, se afirmara la capacidad de la comunidad de reaccionar para salvaguardar el orden jurídico, al hacer uso del llamado derecho de resistencia, que sería plasmado teóricamente por JUAN DE SALISBURY y SANTO TOMÁS DE AQUINO.

Recapitulando, la teoría política medieval, ciertamente tuvo como eje central la limitación del poder del gobierno, rechazando, así, la figura del rey tirano, que actuara arbitrariamente y sin límites, causando la opresión de su pueblo. La noción de gobierno tirano, que había sido desarrollada en la Antigüedad por Aristóteles y otros filósofos de la época, fue objeto de reflexión durante el siglo XII por el ya nombrado filósofo y obispo inglés JUAN DE SALISBURY en su obra *Policraticus* para establecer, con una clara visión religiosa, cuándo una autoridad como el rey pasaba a convertirse en tirano.

El filósofo inglés inicia su obra señalando que el monarca, justificadamente, es una autoridad que cuenta con amplios poderes completamente ilimitados, dada la necesidad que posee de promover la justicia y la equidad dentro de la sociedad, a fin de que ésta pueda vivir en armonía. Por tal motivo, resultaba imposible para este pensador hacer depender al rey de una ley que pudiera restringir su acción y, a la vez, serle oponible en cualquier momento.

Es destacable que, para SALISBURY, principios como equidad y justicia demarcan los fines que permiten al monarca actuar ilimitadamente en beneficio de

la comunidad. Sin embargo, desde el momento en que aquél se aparta de esos principios para actuar de forma parcial e injustificada, consecuentemente se convierte en un jefe tirano que permite a la sociedad activar el derecho de resistencia¹⁹.

Desde este punto de vista, la articulación de SALISBURY entre la definición de tiranía y el derecho de resistencia sería retomada en el siglo XIII por el filósofo y teólogo italiano TOMÁS DE AQUINO, quien parte también del principio de que el poder del rey tiene su origen en la voluntad de Dios, puesto que, para el autor, resulta indiscutible que todos los hombres que viven en sociedad requieren y deben ser gobernados por algún jefe²⁰. Ahora bien, para TOMÁS DE AQUINO, el poder del monarca no viene cedido directamente de Dios, sino que es resultado de una cadena de traslación del poder que viene desarrollada en tres fases. En un primer lugar, Dios, quien es el creador y origen del poder, es la autoridad suprema capaz de otorgar el poder, que posteriormente transfiere a toda la comunidad, la cual, a su vez, y en última instancia, se lo cede a un gobernante para que lo ejerza en beneficio e interés de toda la colectividad²¹.

Así pues, a partir de la sucesiva traslación del poder que encarnará definitivamente en la persona del gobernante, es decir, el monarca, aparece un

¹⁹ HELD, David; *Democracy and Global Order. From the Modern State to Cosmopolitan Governance*, ob. cit., p. 40.

²⁰ AQUINO, Tomás de; *El Gobierno monárquico o de regimine principum* (Trad. L. Carbonero y Sol), Imprenta y Librería de A. Izquierdo, Sevilla, 1861, p. 2-3.

²¹ BLANCO A., Joaquín; *Teoría del Poder*, Pirámide, Madrid, 1977, p. 243.

límite que vincula su actuación, y es que el rey tiene la obligación de actuar a favor del bien general por encima del suyo individual. De este modo, si por un lado el rey tiene amplios poderes para llevar a cabo su actividad de gobierno y, por el otro, la comunidad se encuentra sometida a esa autoridad siempre que aquél actúe en beneficio del interés general, lo interesante de la doctrina de TOMÁS DE AQUINO, como precedente del constitucionalismo, es que el gobernante siempre estará sometido al cedente directo de su poder (pueblo), y, cuando se aparte de ese vínculo, y se convierta en tirano, la comunidad tendrá el derecho de repudiarlo haciendo uso del derecho de resistencia.

En la doctrina tomista, el derecho de resistencia ejercido por la comunidad no significa la activación de mecanismos, ya sean violentos o pacíficos, para deponer al rey tirano. Contrariamente a ello, el derecho de resistencia se concibe como un mecanismo preventivo, en cuyo marco, el pueblo, debidamente organizado, podrá transmitir sus inquietudes y peticiones a los magistrados y ministros en el caso de que el monarca llegue a actuar fuera de los fines generales, todo ello con el objeto de evitar que dicha situación pudiera acrecentarse y culminar con el resquebrajamiento de la comunidad y del propio sistema.

La apreciación hecha por TOMÁS DE AQUINO, al explicitar límites al monarca cuando actuara fuera de su función esencial, constituye nada más y nada menos que la idea de una especie de Constitución firme a la que denomina *politia* según el ideario aristotélico del gobierno óptimo, pero con la diferencia de que ésta no se

dirige a mantener el equilibrio entre clases claramente polarizadas, sino más bien a la comprensión de un sistema que, por una parte, acentúa el ejercicio del poder por parte del monarca, pero, por otra, establece un conjunto de reglas que, además de limitarlo, pretenderán respetar y hacer valer el interés general por encima del de cualquier facción particular²².

En este sentido, la precisión tomista de la supremacía del interés general frente a los intereses particulares del monarca es un elemento clave para la teoría política medieval en torno a los límites del ejercicio del poder, pues, a pesar de no ser un elemento codificado en alguna ley, sería el fundamento para afirmar de manera clara la supremacía del bien de la comunidad y el derecho a la resistencia, como elementos clave del pensamiento de la época sobre las relaciones de poder.

Aún en esta época, se va a producir en el año 1215 uno de los antecedentes más conocidos en el estudio del Derecho constitucional, cuando el Rey Juan I de Inglaterra, conocido históricamente como Juan Sin Tierra, al verse obligado por las demandas de sus súbditos, tuvo que otorgar un documento conocido como la Carta Magna, en la que reconoció de manera escrita una serie de derechos y libertades a la nobleza.

En otras palabras, la Carta Magna de Juan Sin Tierra se traduce, nada más y nada menos, que en el reconocimiento codificado de ciertos derechos subjetivos

²² FIORAVANTI, Maurizio; **Constitución: De la Antigüedad a nuestros días**, ob. cit., p. 43-44.

que, de forma clara y concisa, debían servir como límite al ejercicio del poder del rey para mantener el orden en la sociedad y, así, evitar que éste pudiera convertirse en tirano.

Otro de los grandes exponentes que durante la Edad Media perfiló la necesidad de imponer límites al poder del monarca fue el jurista inglés HENRI BRACTON, a través de su obra *De legibus et consuetudinibus Angliae*, publicada a mediados del siglo XIII. En dicha obra, BRACTON establece una clara separación entre el *gubernatum* y la *jurisdictio*, es decir, entre la esfera del poder o del mando, en manos del monarca, y la esfera de la administración de justicia, de la que el monarca formaba parte, pero a la que se encontraba igualmente sometido²³. Desde esta perspectiva, el jurista inglés reconoce al rey una absoluta libertad para aprobar y modificar normas jurídicas necesarias para ejercer el *gubernaculum*, que recibían el nombre de *leges*, *constitutiones* y *assisae*, pero, en cambio, limitaba la potestad jurídica del rey en lo que concierne a la *lex terrae* o derecho feudal, que sólo podría ser aprobado y derogado por el rey con el consentimiento de la *Curia Regia* o *Concilium Regis*, que sería un órgano integrado por señores feudales, quienes, además de ejercer funciones legislativas y gubernamentales, actuaban como Supremo Tribunal de Justicia del Reino²⁴.

²³ MCILWAIN, Charles Howard; *Constitucionalismo antiguo y moderno*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1991, p. 101.

²⁴ MCILWAIN, Charles Howard; *Constitucionalismo antiguo y moderno*, ob. cit., p.106-107.

Por otra parte, las *leges, constitutiones y assisae* producidas por el rey y la curia mantenían parte de su contenido de forma codificada. Sin embargo, la mayoría de las mismas se asentaban en el llamado Derecho consuetudinario o *common law*, que fue definido en la obra de BRACON como “*Ipse autem rex non debet esse sub homine sed sub Deo et sub lege, quia lex facit regem*”, es decir, es el Derecho quien hace al rey y no a la inversa, pues este se encuentra supeditado a Dios y a la ley²⁵.

En otro orden de ideas, resulta interesante destacar, en el marco español, y en el contexto de los instrumentos de limitación del poder real, los llamados Fueros²⁶ o leyes otorgadas por los reyes, en los que se consagraron a través de pactos o convenios firmes, solemnes y codificados, una serie de limitaciones que éstos se autoimponían como garantía de ciertos derechos en beneficio de la comunidad. Dichos Fueros eran vistos como una serie de reglas que se encontraban por encima de la propia voluntad del rey, pues todo lo que él y el resto de funcionarios hicieran contrariamente a dichas normas, carecía de valor y

²⁵ VILLEGAS DELGADO, César; “La Sumisión del Poder Público en el Civil Law y en el Common Law: Estado de Derecho, Rule of Law y su expansión en el ámbito internacional”, **Boletín Comparado de Derecho Mexicano**, Vol. XLVI, núm. 137, mayo-agosto 2013, p. 725-726.

²⁶ La práctica de los Fueros se extendió por todo el territorio español, iniciando con el Fuero de León en el año 1020, para proseguir con el Fuero de Jaca en 1064, el Fuero de Nájera en 1076, el de Logroño en 1095, Toledo en 1118, San Sebastián en 1150, Alcalá de Henares en 1181, Calatayud en 1120, Zaragoza en 1115, Organzón en 1191, el ordenamiento de León o Pacto de Sobrarbe de 1188, entre otros. Ver: PÉREZ LUÑO, Antonio; **El proceso de positivización de los derechos fundamentales, los derechos humanos. Significación, status y sistema**, Universidad de Sevilla, Sevilla, 1979, p. 238.

no podía gozar de aplicación²⁷. En contrapartida, los Fueros servían también para reafirmar la autoridad del rey como garante de unas limitadas libertades juridificadas en zonas urbanas, en contraste con la situación del campo, sometida al poder de la nobleza.

Precisamente, desde los señalados Fueros españoles hasta la Carta Magna, puede apreciarse, en cierto modo, la supremacía de la comunidad política sobre las autoridades monárquicas territoriales, pues, a través de determinadas disposiciones normativas, se vería limitada la actuación de los reyes en beneficio y respeto de la comunidad. Del mismo modo, la concreción de la supremacía de la comunidad política también estuvo presente en otras instituciones políticas europeas, entre ellas, los Municipios o *Comuni* durante la Italia Medieval en el siglo XI, los cuales se consolidaron como instituciones autónomas e independientes de acuerdo con sus propias leyes y su forma de gobierno frente a otros poderes superiores.

Con el tiempo, a partir de todas estas teorías y prácticas que forjan las limitaciones del poder del rey, poco a poco se irá poniendo en entredicho el propio fundamento religioso del poder de las Monarquías. En un principio, como bien se ha venido mencionado, durante la Edad Media la organización política estuvo constituida en la conformación de Monarquías auspiciadas por el poder divino de Dios, pues de él se suponía que emanaba el poder que ejercían los reyes. No

²⁷ FAJARDO, Ángel; *Principios del Derecho Constitucional general*, Nus, Caracas, 2002, p. 129.

obstante, estas teorías religiosas fueron perdiendo crédito paulatinamente, incluso entre las propias Monarquías, que, a su vez, querían erradicar la dependencia que tenían de la Iglesia.

En este sentido, se reconoce al filósofo italiano MARSILIO DE PADUA como el autor medieval que en mayor grado se acercó a fijar algunas ideas emparentadas con lo que siglos después se configuraría como soberanía popular, al publicar en el año 1324 su obra política *Defensor Pacis* o el Defensor de la Paz, en la cual explica al emperador italiano Luis IV de Baviera las causas que originan la destrucción de la paz en el seno de la comunidad y, consecuentemente, le ofrece una serie de alternativas que podía adoptar para restablecer la paz y la unidad de la sociedad.

Para ello, el filósofo italiano observa la discordia que existía entre los Papas y los Emperadores. Específicamente, el Papa Juan XXII no reconocía a Luis IV de Baviera, quien, a su vez, acusaba a aquél de incitar la rebelión de los súbditos del Imperio y de violar los cánones de los Santos Padres²⁸. Tras puntualizar esta tensión, DE PADUA da un fundamento secular al poder de los monarcas, al sustituir la antigua fórmula de *omnis potestas a Deo*, o todo el poder deriva de Dios, por la de *omnis potestas a populo*, es decir, todo el poder dimana del pueblo, donde éste, como titular real del poder, es el que delega el ejercicio del poder al

²⁸ BAYONA AZNAR, Bernardo; “La paz en la teoría política de Marsilio de Padua”, *Revista Internacional de Filosofía Contrastes*, núm. XI, 2006, p. 46-47.

monarca, quien debía permanecer completamente independiente de las exigencias de Iglesia²⁹.

Asimismo, DE PADUA afirmó en su obra que las leyes, como límites al ejercicio del poder, deben ser elaboradas por todo el pueblo o la mayor parte de él mediante la articulación de su voluntad en una asamblea general. De este modo, una vez que dichas leyes fueran promulgadas por el mismo pueblo, tanto él como el gobernante estarían en la obligación ineludible de respetarlas, pues la voluntad del pueblo, además de ser la clave de una interpretación adecuada de los fines que orientan a la comunidad, sirve para DE PADUA, como único fundamento de la delegación legítima del ejercicio del poder, que hace aquél como monarca³⁰.

Es cierto que los esquemas organicistas de los que parten los autores de esta época, ajenos a la noción de libertad individual y enmarcados en la división estamental propia de la sociedad en la que viven, impiden hablar de una teorización equiparable, siquiera lejanamente, al discurso posterior sobre el poder constituyente. Incluso, la afirmación de derechos en textos como la *Magna Charta* tiene más bien el carácter de la consolidación de unos privilegios en beneficio de la nobleza, que remarcaban, en el plano jurídico, la enorme diferencia ya existente en el plano social y material con los demás sectores de la sociedad.

²⁹ SARTORI, Giovanni; *Teoría de la democracia. 1. El debate contemporáneo*, Alianza, Madrid, 2005, p. 52.

³⁰ HELD, David; *Modelos de Democracia*, Alianza, Madrid, 2006, p. 67-69.

Con todo, la gran mayoría de los filósofos jurídicos y políticos del Medievo vislumbraron en la práctica el problema que suponía el ejercicio del poder de forma ilimitada por parte del monarca, y, con ello, estimamos, fueron enriqueciendo el contexto cultural en el que, a final del siglo XVIII, aparecería la teoría del poder constituyente, al reflexionar sobre la existencia de límites al poder del gobernante mediante normas escritas o consuetudinarias fundamentadas en el interés general de la sociedad, que, en el caso de no ser respetadas por los gobernantes, permitirían la activación del derecho de resistencia por parte de la comunidad. Nos encontramos, pues, ante autores que teorizan ya sobre la juridificación del ejercicio del poder.

En particular, el fundamento de la legitimidad popular del poder que utilizó DE PADUA para justificar la secularización de las Monarquías supone un precedente, siquiera en estado incipiente, del principio de soberanía popular y la teoría del poder constituyente, al fundamentar el origen del poder y su titularidad en el propio pueblo.

1.3.- LA REVOLUCIÓN INGLESA DE CROMWELL EN EL SIGLO XVI Y SUS APORTES A LA TEORÍA DEL PODER CONSTITUYENTE

Casi de manera simultánea a la Guerra de los Treinta Años, generada en la Europa central desde el año 1618 hasta el año 1648, cuando llega a firmarse el Tratado de Paz de Westfalia, se va a generar en Inglaterra la llamada Revolución

puritana, liderada por el político-militar OLIVER CROMWELL entre los años 1648 y 1658.

Debe recordarse, citando a GARCÍA PELAYO, que desde el momento en el que el Rey Juan I reconoció en el año 1215 una serie de derechos subjetivos a la nobleza tras el otorgamiento de la Carta Magna, el reino inglés empezó el camino para configurarse como una “Monarquía constitucional”, en la que los poderes de la Corona se encontraban incipientemente limitados por el Parlamento³¹.

Dentro de este contexto histórico, en Inglaterra se mantuvo con particular virulencia la discusión que venía generándose en todo el continente europeo acerca de cuál era el ente en el que recaía la supremacía del poder, si el Parlamento o el monarca. Precisamente, en el marco de ese conflicto político, se produce la Revolución puritana desarrollada en el siglo XVII dentro del territorio inglés y que analizaremos a continuación.

De manera precisa, la figura del Parlamento inglés es una figura que surgió en el año 1265 durante el reinado de Enrique III, cuando el caudillo SIMÓN DE MONTFORT³² hizo un llamamiento a todas las clases activas del reino, incluyendo a

³¹ GARCÍA-PELAYO, Manuel; ***Derecho Constitucional Comparado***, Manuales de la Revista de Occidente, Madrid, 1964, p. 249-250.

³² En el siglo XIII, las malas políticas y reformas que realiza el rey Enrique III provocan una sublevación contra el rey denominada guerra de barones, propiciada bajo el liderazgo de SIMÓN DE MONTFORT, quien al convertirse en gobernante de *facto*, va a convocar en el año 1265 al primer parlamento inglés, integrado por los magnates eclesiásticos y laicos y los caballeros de las ciudades y los burgos.

los representantes de todas las ciudades y los burgos, para conformar de manera efectiva a un Parlamento como guardián del Derecho y del propio gobierno de Inglaterra. Bajo este escenario, la autoridad del rey estuvo ceñida a una serie de competencias que le fueron confiadas por el Parlamento, de modo que el ejercicio de sus funciones se encontró limitado desde distintas materias³³.

A partir del siglo XV, tras instaurarse la dinastía Tudor en el año 1485, se intentó actualizar y reforzar el sistema monárquico de acuerdo con un modelo centralista, en el que, si bien las funciones de los tribunales del *common law*, el Parlamento y los poderes locales no fueron suprimidas en su totalidad, las mismas, por otro lado, poco a poco fueron centralizándose en la Corona, que se erigió como el eje del resto de los poderes estatales.

Esta situación causó una tensión entre la Corona y resto de los órganos, la cual se acrecentó cuando el Rey Jacobo I, entre los años 1567 y 1603, afirmó que el poder del monarca era supremo y se encontraba por encima del Parlamento y los tribunales. Así pues, desencadenada la pugna por el poder entre el Parlamento y el monarca durante el siglo XVII, los primeros lograron imponer limitaciones al

³³ Por ejemplo, en el plano financiero, el rey poseía facultades para establecer tributos extraordinarios, sin embargo, desde el año 1340, se le limitó el poder de imponer impuestos directos sin que mediara el consentimiento previo de los parlamentos. En la función legislativa, tras preverse una distinción entre los estatutos o normas generales y las ordenanzas o normas particulares, únicamente el Parlamento podía promulgar los estatutos, mientras que al rey sólo correspondía dictar las ordenanzas. En la vertiente judicial, se estableció, con exclusión del rey, que la Cámara de los lores sería la única autoridad que tendría la posibilidad de acusar y juzgar a los funcionarios de la Corte. Ver: GARCÍA-PELAYO, Manuel; ***Derecho Constitucional Comparado***, ob. cit., p. 256.

rey Carlos I a través de la conocida *Petition of Rights* o Petición de Derechos, firmada el 7 de junio de 1628, como una solicitud del restablecimiento de aquellos derechos que, en su oportunidad, fueron consagrados en la Carta Magna de 1215.

Esta particular situación fue entendida por Carlos I como un agravio a la Corona, y no sería más que el elemento catalizador que haría estallar la guerra civil inglesa que se produjo desde el año 1642 a 1649 entre los monárquicos, a favor de Rey Carlos I, y los parlamentarios, dirigidos por CROMWELL como representante del partido puritano³⁴.

Al hilo de lo anterior, como consecuencia del triunfo de los parlamentarios, fueron abolidas la Corona y la Cámara de los Lores, y más tarde, el 19 de mayo de 1649, se promulgó el acta que declaró a Inglaterra como una *Commonweath* o Mancomunidad de Naciones, bajo un esquema de gobierno republicano gobernado por un Consejo de Estado en el que CROMWELL participaba como máximo dirigente.

A pesar de ello, muchos de los entonces parlamentarios se opusieron a las reformas legales que eran requeridas para la materialización del esquema republicano, lo que conllevó a que el ejército presionara para la disolución del

³⁴ En la Inglaterra de la Edad Media se percibió un clima de conflicto religioso entre la Iglesia Católica y los protestantes, quienes se dividían en anglicanos y puritanos. Los anglicanos por su parte, llegaron a establecer una Iglesia oficial del Estado desde el gobierno de Isabel I en el año 1558, mientras que los puritanos, liderados por Oliver Cromwell, rechazaban a la Iglesia Católica y la Iglesia Anglicana, sosteniendo la libertad de conciencia de los fieles para seguir la organización religiosa que desearan.

Parlamento, que se produjo en el año 1653. A raíz de ello, se instauró un gobierno militar liderado por CROMWELL, quien, en realidad, no era proclive a un gobierno dictatorial, sino a un gobierno respaldado por algún tipo de Asamblea Legislativa de carácter provisional, hasta tanto fueran alcanzados los principales objetivos de la *Commonwealth*³⁵.

En este nuevo escenario, el gobierno militar adoptó una serie de instrumentos normativos identificados como el *Agreement of the People* y el *Instrument of Government* del año 1653, los cuales son reconocidos como los únicos instrumentos constitucionales de carácter codificado que ha tenido Inglaterra en su historia.

El primero de dichos instrumentos, es decir, el *Agreement of the People*, fue aprobado el día 27 de octubre de 1647, y se configuró como un conjunto de normas que, encabezado por un preámbulo que decía "*We, the free people of England*", recogía una serie de derechos inherentes a los británicos y a la organización del gobierno, disponiendo, a su vez, que los parlamentarios no eran los titulares de la supremacía, pues el poder de los representantes de la Nación se consideraba como inferior al de quienes los elegían, es decir, el propio pueblo³⁶.

³⁵ CUEVA FERNÁNDEZ, Ricardo; "Una constitución republicana inglesa: El Instrument of Government de la Commonwealth (1653-1657)", *Revista de filosofía del derecho y derechos humanos*, núm. 26, enero 2012, p. 269-270.

³⁶ FERNÁNDEZ SARASOLA, Ignacio; "La idea de la constitución real en Gran Bretaña", *Fundamentos*, núm. 6, 2010, p. 367.

Por su parte, el *Instrument of Government*, entre otras cosas, reconocía al Parlamento como el órgano representativo de todos los hombres libres, en el que sus miembros serían electos a través del sufragio por parte de aquellas personas libres de reconocida integridad. De esta forma, el Parlamento compartía su función legislativa con el *Lord protector*, cargo desempeñado por CROMWELL, que ejercía la magistratura principal y la administración del gobierno sobre todos los países de la *Commonwealth*.

Ciertamente, las innovaciones de la época de CROMWELL, sobre la base del *Agreement of the People* y el *Instrument of Government*, tuvieron un carácter episódico³⁷. No hay más que recordar la restauración de la Monarquía poco después de su fallecimiento en el año 1658. De hecho, la resolución de la experiencia de la época de CROMWELL, en perspectiva histórica, seguramente haya sido determinante para que en el Reino Unido no se pueda hablar del ejercicio del poder constituyente en los términos propios del resto de Europa, ni

³⁷ Pese a ello, el Derecho específico de esta época previó una serie de nociones y elementos fundamentales que, hoy en día, pueden catalogarse como una contribución real al constitucionalismo, entre los que podemos destacar los siguientes: A.- La consagración de una norma superior que, si bien fue otorgada por parte de un gobierno militar, tuvo un carácter escrito o codificado y tenía la aspiración de llevar a cabo una organización total de la estructura de poder; B.- El reconocimiento de derechos inherentes a todos los británicos “libres” por su condición de personas, que podían hacerse valer frente a la autoridad; C.- La afirmación de la hoy conocida soberanía popular, como poder supremo que reside en el pueblo; D.- El régimen de representación del pueblo por parte del Parlamento; E.- La organización institucional de los poderes en Parlamento, Lord Protector, auxiliado por el Consejo de Oficiales, y jueces que, en otras palabras, se traduciría en una división de los poderes legislativo, ejecutivo y judicial, los cuales, de manera equilibrada, tenían la función de controlarse entre ellos; F.- El vínculo u organización político-territorial, que en este caso fue la Comunidad Británica de Naciones; y G.- El sufragio en la elección de los parlamentarios.

mucho menos de una Constitución escrita. Además, ya la propia distinción de la época entre británicos "libres", con su contrapartida de británicos "no libres", habla de la imposibilidad de encontrar en esta época la noción de ciudadanía imprescindible para identificar el ejercicio del poder constituyente.

Por otra parte, es cierto también que en la Europa continental los parlamentos heredados de la Edad Media fueron perdiendo tanto su autoridad, como su utilidad, sobrepasados ampliamente por la tendencia a la centralización del poder en la persona del monarca, lo cual terminó por originar en países como Francia y España la práctica de no convocarlos.

Sin embargo, y a pesar de lo anterior, la época de CROMWELL dejó en herencia la convicción en Gran Bretaña de que el rey habría de gobernar necesariamente con el Parlamento, representante de la sociedad, o, al menos, de aquel sector de la sociedad al que se reconocía capacidad política, y de que, por tanto, el rey no podría prescindir del Parlamento.

En resumen, el precedente examinado, por ende, tiene valor, por cuanto ilustra los comienzos del sistema parlamentario, que, con el paso del tiempo, se extendería por Europa, ya en la época del Estado liberal. La evolución progresiva de este sistema en Gran Bretaña, posiblemente, evitó el surgimiento del fenómeno revolucionario que a final del siglo XVIII, ya en otro contexto político y cultural, se generó en Francia.

De cualquier manera, el escenario revolucionario de CROMWELL, representó un adelanto sobre la práctica del siglo XIX en Europa, por lo que significa para el surgimiento del parlamentarismo, sistema político que posteriormente se generaría en el resto de Europa a raíz de las Constituciones que fueron realizándose en el siglo XIX, aunque, al mismo tiempo, supuso un cierto efecto inhibitor de la manifestación expresa del poder constituyente en el futuro en Gran Bretaña.

1.4.- LA EVOLUCIÓN DEL CONTRACTUALISMO COMO FUNDAMENTO DE LA TEORÍA DEL PODER CONSTITUYENTE EN LA EDAD MODERNA

La teoría del poder constituyente, tal como la conocemos en la actualidad, tuvo su plasmación formal como elemento estructural del Estado constitucional, a partir de una serie de acontecimientos suscitados en el último cuarto del siglo XVIII, específicamente la Revolución norteamericana y la Revolución francesa. Sin embargo, el planteamiento de dicha teoría fue preparándose durante toda la Edad Moderna, desde la afirmación de una serie de postulados filosóficos, políticos y jurídicos de corte racionalista.

En efecto, no es de extrañar que, al hilo de la gestación del Estado como única forma de organización política de base territorial, gradualmente se iniciara un movimiento doctrinal que buscaba, bajo pensamientos e ideas de inspiración racional, determinar cuál era el verdadero fundamento del poder del Estado dentro

del desarrollo de la sociedad, y cuyas ideas *mutatis mutandi* tendrían una gran importancia para justificar la teoría del poder constituyente como pilar fundamental del Estado constitucional.

En este contexto, el proceso de creación y consolidación del Estado, encontró su basamento histórico en una serie de ideas o doctrinas que surgieron en distintas fases con el fin de proporcionar una justificación al poder, en unas ocasiones a partir de cimientos teológicos o religiosos en obras, sobre la base de elementos de coacción asentados en el dominio de los más fuertes sobre los débiles, y en otras, finalmente, en atención a teorías de naturaleza predominantemente jurídica o ética³⁸.

Para JELLINEK, las teorías jurídicas que fundamentan el origen del poder del Estado pueden ser explicadas desde tres perspectivas distintas, como son: a) La fundamentación del Estado basada en el Derecho de la familia; b) La fundamentación del Estado sobre la teoría patrimonial y; c) La fundación del Estado a partir de la teoría del contrato³⁹. Sin embargo, si nos situamos en la fase

³⁸ Tal como lo señala el jurista francés CARRÉ DE MALBERG, determinar las circunstancias fácticas que propiciaron la fundación del Estado corresponde a una función que debe analizar el historiador o el sociólogo; pero en vista de que la esencia del Estado es la realización de la comunidad social, es al jurista a quien le corresponde la tarea de determinar cuál es el verdadero fundamento jurídico del Estado que justifica y legitima su naturaleza. Ver: CARRÉ DE MALBERG, Raymond; **Teoría general del Estado**, Fondo de Cultura Económico – Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), México, 2000, p. 64.

³⁹ En la fundamentación del Estado basada en el *Derecho de familia*, la familia es la base del Estado y éste se entiende como una extensión histórica de aquella en la que existe un dominio patriarcal de los ascendientes (padres) sobre los descendientes (hijos). Por su parte, en la fundamentación del Estado en la *teoría patrimonial*, la propiedad tiene un valor clave como

histórica del proceso fundacional del Estado constitucional sostenido *prima facie* en la teoría del poder constituyente, podemos constatar que la justificación del mismo fue construida racionalmente sobre la base de las teorías contractualistas⁴⁰, que tuvieron algunos precedentes dispersos desde la Edad Antigua y que, finalmente, tomaron forma y evolucionaron durante la Edad Moderna, hasta culminar en la teoría de ROUSSEAU del contrato social.

Centrándonos ya en el examen del movimiento contractualista, podemos encontrar algunas ideas remotas en pensadores de la Antigüedad como PROTÁGORAS y EPICURO DE SAMOS, quienes destacaron que el surgimiento del gobierno emergía del “acuerdo” de voluntades de la sociedad (un contrato), en virtud del cual se encontraba en aquél un órgano necesario para mantener la paz y la armonía en la comunidad y, así, salvaguardarla⁴¹. En igual sentido, en el

elemento económico dentro del orden social, pues el origen de Estado puede concebirse, en los antiguos, muy ligado a la teoría contractual, como la unión de distintas agrupaciones humanas que, por razones económicas, crean el Estado para que proteja sus propiedades. Para los exponentes del Medievo, el Estado se justifica bajo una propiedad territorial en la que el monarca era considerado como el propietario supremo de todas las tierras y ejercía el derecho de autoridad frente al pueblo y el resto de Estados. Por último, en la *teoría del contrato* como fundamento del Estado, éste se erige como la asociación libre de los hombres que deciden crear el Estado para que proteja sus derechos en el plano interno y externo. Ver: JELLINEK, Georg; **Teoría general del Estado**, Fondo de Cultura Económica, México, 2000, p. 208-225.

⁴⁰ Las teorías contractualistas justifican el origen del poder del Estado en una de las instituciones jurídicas que tiene mayor vigencia y cabida dentro de la sociedad, es decir, el Derecho de obligaciones, definido por los romanos dentro de las Institutas de Justiniano como la “*Obligatio est iuris vinculum quo, necessitate adstringimur alicuius solvendae rei secundum nostrae civitatis iuria*”, que quiere decir, el lazo que nos constriñe a la necesidad de pagar alguna cosa conforme al derecho de nuestra ciudad, y que conforme a la teoría general de los contratos, tiende a reunir el acuerdo de dos o más voluntades, surgiendo derechos y obligaciones entre las partes. Ver: MADURO LUYANDO, Eloy y PITTIER SUSCRE, Emilio, **Curso de Obligaciones. Derecho Civil III**, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2002, p. 22.

⁴¹ DE LA HIDALGA, Luis; **Teoría general del Estado**, Porrúa, México, 2008, p. 216-218.

Derecho romano, surgieron leyes como la *lex regia* o ley imperial, donde se señaló: “*Quod principi placuit legis habet vigorem: ut pote cum lege regia, quae de imperio eius lata est, populus ei et in eum omnem suum imperium et potestatem conferat*”⁴², lo cual, según explica RECASENS SICHES, suponía un acuerdo por medio del cual el pueblo habría hecho una cesión del imperio y la potestad al príncipe⁴³.

Por su parte, durante la Edad Media, estas ideas serían retomadas como argumento para discutir el origen divino del poder con el que era justificada la autoridad del monarca. En este sentido, los pensadores del Medievo explicaron que el verdadero origen del poder del emanaba del acuerdo voluntario de la sociedad, de manera que el poder del monarca se encontraría sometido y limitado a la voluntad del propio pueblo (contrato de sujeción)⁴⁴.

Bajo esta idea, en el año 1531 es publicada la obra política de NICOLÁS MAQUIAVELO, *El Príncipe*, en la cual el autor desarrolla una serie de ideas que tienden a promover y defender el poder absoluto del monarca. De acuerdo con esta teoría, según MAQUIAVELO, el poder del gobernante se puede ejercer a través de dos formas de gobierno distintas, la Monarquía y la República. En la primera de ellas, la soberanía radica exclusivamente en el monarca, mientras que en la República, la soberanía se encuentra distribuida en la comunidad, que

⁴² *Corpus iuris civilis*. Inst. I, II, 5; Dig. 1,4.

⁴³ RECASENS SICHES, Luis; *Historia de las doctrinas sobre el contrato social*, Universidad Autónoma de México (UNAM), México, 2003, p. 176.

⁴⁴ JELLINEK, Georg; *Teoría General del Estado*, ob. cit., p.120.

voluntariamente constituirá a la autoridad que ejercerá el poder⁴⁵. Desde esta perspectiva, MAQUIAVELO intuyó el sentido del contractualismo, al admitir la posibilidad de que el monarca necesitara el acuerdo de la comunidad como fundamento de su posición.

En este contexto, resulta relevante la figura del filósofo-teólogo alemán JOHANNES ALTHUSIUS, considerado como el primero de los pensadores que configura la teoría contractualista, al publicar en el año 1603 su libro *Politica methodice digesta*. En la obra, el citado autor explica que el origen de la institución organizativa que podría ser equivalente al Estado se encuentra radicado en un pacto o contrato por medio del cual el pueblo otorga, de manera voluntaria, el poder a una autoridad con la finalidad de mantener una vida en comunidad.

En este sentido, ALTHUSIUS arguye que el Estado, políticamente, tiene por base un contrato o pacto expreso o tácito, donde los simbióticos, modo natural de subsistencia entre los individuos de una especie con la intención de crear una comunidad de vida en la que todos saquen provecho, se obligan entre sí a la comunicación mutua en todo lo necesario y útil para el uso y consorcio de la vida social. Así, el pacto, tal como lo hace notar JOSÉ SOBERANES, plasma sus bases en la necesidad natural que posee todo hombre (simbiótico) de vivir dentro de un

⁴⁵ LOEWENSTEIN, Karl; *Teoría de la Constitución*, Ariel, Barcelona, 1965, p. 44.

comunidad, en total contraposición a la voluntad de vivir aislado del resto de la sociedad⁴⁶.

Sin embargo, el presupuesto de ALTHUSIUS es que el hombre no puede vivir individualmente aislado sin pertenecer a una o más comunidades. Por lo tanto, para este pensador, la relación simbiótica no puede ser considerada como un pacto de voluntades o un acuerdo racional de conveniencia mutua, sino más bien como una realidad propia del carácter social de cualquier existencia humana, es decir, la comunión de simbioses, que es catalogada por el filósofo alemán como *comunio*, *consociatio* o *mutua communicatio*, para referirse al desarrollo de las distintas comunidades en la vida común y al ejercicio mutuo del lazo orgánico de la vida social, que consistía en poner progresivamente todos los bienes al servicio de la sociedad⁴⁷.

Finalmente, según este autor, el fundamento de la institución organizativa era un pacto que no emanaba de los individuos como tales, sino de las provincias, que, en búsqueda de satisfacer eficazmente sus necesidades básicas, convenían en asociarse con otras provincias acordando un *modus vivendi* denominado *pactum constitutionis*, equivalente al momento de creación de la organización política. Esta quedaría gobernada por una autoridad constituida por el pueblo junto

⁴⁶ SOBERANES F., José Luis; ***Sobre el origen de las declaraciones de los derechos humanos***, Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), México-D.F, 2009, p. 84-85.

⁴⁷ *Idem*, p. 88.

con sus magistrados o representantes, designados mediante la elección de ministros y otros cargos públicos, sobre la base del Derecho de gentes.

Mayor importancia, como antecedente de las teorías contractualistas modernas, tienen las ideas del jurista holandés HUGO GROCIO, que, a través de sus obras *De iure belli ac pacis* y *Mare liberum*, estableció la existencia de un Derecho de las naciones tanto en la guerra como en la paz, derivado del estudio del Derecho de gentes romano, el Derecho natural y los principios básicos del concepto de soberanía de los Estados. Para GROCIO, el contrato político es algo común y se encuentra recogido en un pacto suscrito por el pueblo, que podrá elegir la forma de gobierno que más le convenga. Sin embargo, para este autor, en el caso de que el pueblo renuncie a su soberanía a favor del monarca, en ningún momento podrá recuperarla unilateralmente, ya que el Derecho natural implica que todo lo pactado siempre debe cumplirse (*juris naturae est stare pactis*)⁴⁸.

A este respecto, si el pueblo simplemente se limitó a delegar al monarca ciertas facultades a través de un mandato, y éste se excediera en el ejercicio de las atribuciones que le fueron encomendadas, aquél, según GROCIO, podrá hacer uso del derecho de resistencia pasiva y activa propuesto por SANTO TOMÁS DE AQUINO dentro de su pensamiento político, al no sólo desconocer aquéllos actos emanados del rey que vayan en contra del interés general, sino rebelarse contra

⁴⁸ RECASENS SICHES, Luis; *Historia de las doctrinas sobre el contrato social*, ob. cit., p. 193.

ese monarca tirano, haciendo uso de los mecanismos preventivos establecidos ante los magistrados y los ministros, con el objeto de evitar el quebrantamiento de la comunidad y del propio sistema⁴⁹.

En todo caso, es conveniente dejar claro que las contribuciones anteriores fueron simples ideas doctrinarias que en ningún momento fueron puestas en práctica, dada la coyuntura político-social de dichas épocas. Será más adelante cuando tendría lugar un cambio radical, al surgir, dentro de los círculos políticos e intelectuales, ciertas teorías de corte racionalista que consideraban que el poder soberano residía en el pueblo y que era éste el que, por su voluntad, constituiría el ente político territorial (Estado) con la forma de gobierno que más le conviniera.

Dentro del panorama de la modernidad, el primer autor que va a iniciar el desarrollo de lo que sería la teoría del contrato social es el filósofo-político inglés THOMAS HOBBS, que, en el año 1651, publica su obra política denominada *Leviatán*, la cual generaría gran repercusión en el pensamiento político de su época. Dicha obra, como dice DE LA HIDALGA, supone una sustitución de la aristocracia por la burguesía, pero en la que, de manera concurrente, se hace una severa crítica al orgullo de ambas clases.

De entrada, la teoría hobbesiana se sustenta en el intento de legitimar la Monarquía patrimonial, o soberanía del *pater familias*, como forma natural y

⁴⁹ PORRÚA PÉREZ, Francisco; *Teoría del Estado*, Porrúa, México, 2005, p. 437-438.

legítima del Estado, derivando la legalidad de sus decisiones de la delegación voluntaria de la soberanía que ha realizado la ciudadanía en favor de un representante político para que la gobierne⁵⁰. Para ello, THOMAS HOBBS se apoya en la noción de soberanía construida por el filósofo-político francés de JEAN BODIN⁵¹, al considerar a aquélla como un poder supremo, absoluto e indivisible, esgrimiendo que el poder político no se encuentra basado en elementos teológicos-religiosos, sino que, por el contrario, su origen radicaba en la voluntad del propio pueblo, presupuesto que lo llevó a analizar al hombre desde el estado de origen o naturaleza.

El hombre, en su estado de naturaleza, es un lobo para el hombre (*homo homini lupus*), ya que en él predominan las ansias de poder y de dominación frente al prójimo, pues se ve guiado por la satisfacción de sus propios deseos, en un marco en el que no existe el *summum bonum* o bien superior que debe imperar

⁵⁰ DE LA HIDALGA, Luis; ***Teoría general del Estado***, ob. cit., p. 224.

⁵¹ El principio de soberanía fue formulado en el año 1576 por el filósofo-político francés JEAN BODIN, al publicar su obra *Les six livres de la République*, la cual tuvo como objeto fundamental la consolidación de la Monarquía absoluta en su país en el siglo XVI, al sostener que la noción de soberanía se plasmaba en una soberanía personal, y, como cualificación de un poder subjetivo, tiende a identificarse en la representación jurídico-política del poder ejercido por el rey. En este sentido, para el citado pensador, la soberanía es un poder de carácter perpetuo y absoluto que se impone a los ciudadanos y súbditos no sometidos a ley, y cuya ulterior finalidad es unificar a la sociedad política. En virtud de ello, el pueblo necesariamente debe conceder el poder político al monarca, quien será la persona mejor capacitada para atender a la sociedad. De esta forma, BODIN argumenta que el poder absoluto no nace de la nada, por el contrario, su origen radica en la manifestación de voluntad de la colectividad en ejercicio de ese poder soberano bajo las simples palabras “el pueblo o los señores de una República pueden conferir pura y simplemente el poder soberano y perpetuo a alguien para disponer de sus bienes, de sus personas y de todo el Estado a su placer así como de su sucesión, del mismo modo que el propietario puede donar sus bienes pura y simplemente, sin otra causa que su liberalidad, lo que constituye la verdadera donación”. Ver: BODIN, Jean; ***Los seis libros de la República*** (Trad. P. Bravo), Tecnos, Madrid, 1997, p. 51 y PORRÚA PÉREZ, Francisco; ***Teoría del Estado***, ob. cit., p. 88

en toda la comunidad. Por ende, al considerarse contrincantes los unos de los otros, de manera cotidiana existirá una situación de conflicto violento entre todos los seres humanos, de modo que, inmersos en esa guerra perenne, llega un momento en que los hombres razonan e intentan resolver ese estado anárquico al que se encuentran sometidos, y deciden voluntariamente trasladarse de ese estado natural a un estado civilizado, al constituir un organismo social que concentrará el poder que le ha sido otorgado previamente por los ciudadanos a través de un acuerdo, determinado por la finalidad de que aquél mantenga el orden y la paz dentro de toda la comunidad.

En resumidas cuentas, como consecuencia de la traslación del estado natural al estado civilizado de la comunidad, surge la fundación del Estado, desde el momento en que todos y cada uno de los hombres deciden voluntariamente darse a un soberano con poderes absolutos que, como autoridad, será capaz de garantizarles la paz y la armonía en la sociedad, al decirse mutuamente los unos a los otros, en palabras de HOBBS: “Autorizo y concedo el derecho de gobernarme a mí mismo, dando esa autoridad a este hombre o a esa asamblea de hombres, con la condición de que tú también le concedas tu propio derecho de igual manera⁵²”.

A partir de aquí, como apunta NORBERTO BOBBIO, podría decirse que se consagra la expresión primera del Estado moderno, como una larga y sangrienta

⁵² HOBBS, Thomas; *Leviathan*, Pogson-Smith, Oxford, 1909, p. 87.

lucha por la unidad del poder que resultó de un proceso de liberación y unificación de la sociedad contra una autoridad universal que, por ser espiritual, se proclamaba superior a cualquier poder civil. Como consecuencia de estos dos procesos, la formación del Estado moderno viene a coincidir con el reconocimiento y consolidación de la supremacía absoluta del poder político (soberanía) sobre cualquier otro poder humano, lo que significa, hacia el exterior, independencia, y hacia el interior, la superioridad del poder estatal sobre cualquier otro centro de poder existente en un territorio determinado. De hecho, al Estado moderno se le atribuye un poder soberano que es originario, en el sentido de que no depende de ningún otro poder superior, e indivisible, por el hecho de que no puede otorgarse en participación con ningún otro poder inferior⁵³.

A pesar de ello, es fundamental señalar que para HOBBS el hombre, por naturaleza, no es un ser sociable, pues, tal como mencionó el jurista francés CHEVALIER, en el estudio del *Leviatán* se deduce que el hombre es un ser asocial que no posee ningún interés en tener compañeros, si no es por razones de necesidad o beneficio, y, a raíz de ello, la sociedad política se perfila como el resultado artificial de un pacto voluntario que se ve resumido en un cálculo de intereses de todos los individuos⁵⁴.

⁵³ BOBBIO, Norberto; *Thomas Hobbes*, Ediciones Paradigma, Barcelona, 1991, p. 108-110.

⁵⁴ CHEVALIER, Jacques; *Historia del pensamiento* (Trad. J. A. Migués), Aguilar, Tomo II, Madrid, 1967, p. 56.

En cualquier caso, la teoría contractual de HOBBS, a diferencia de algunas doctrinas formuladas anteriormente, como el caso de ALTHUSIUS, va a engranar en un solo contrato dos acuerdos, ya que el pacto político que ocurre cuando se pasa del estado salvaje al pacífico de la sociedad política equivale, simultáneamente, a la cesión del poder soberano que se hace al gobernante, que, para el citado pensador, es el monarca⁵⁵.

Bajo estas consideraciones, el autor del *Leviatán* fundamenta el orden jurídico del Estado haciendo uso de la mencionada noción de soberanía, entendida ésta como el poder absoluto e indivisible del que será titular el Estado tras su institucionalización, como resultado de un pacto acordado previamente por la voluntad de los individuos. Con ello, esboza también la teoría de la representación, que se refiere al momento en que la comunidad le confiere a un solo hombre o a una asamblea todo su poder y su fuerza mediante la pluralidad de votos, con la finalidad de que aquéllos puedan mantener la convivencia civil y política dentro de la comunidad.

Años más tarde, la teoría política hobbesiana sería acogida, con ciertos matices, por autores como el filósofo-jurista alemán PUFENDORF, quien combina la doctrina de la soberanía de BODIN y el concepto de Derecho natural propuesto por

⁵⁵ BLANCO A., Joaquín; *Teoría del Poder*, ob. cit., p. 272-773.

GROCIO, entendiendo éste como una serie de principios indiscutibles que no guardan relación alguna con el mandato divino⁵⁶.

En este orden de ideas, PUFENDORF inicia sus reflexiones a partir del estado de naturaleza propuesto por HOBBS, donde los hombres viven en un estado anárquico frente a sus coterráneos, hasta un momento en el que, a pesar de ser libres e iguales, encontrándose asediados al vivir en ese entorno, deciden organizarse voluntariamente en sociedad a través del contrato social, pues, para este pensador, a partir de este pacto podrán estar al amparo del Derecho natural. En este escenario de socialización, las personas, según PUFENDORF, pueden tomar la decisión de conferir voluntariamente su soberanía a una autoridad a la que se comprometen a obedecer, una vez que ellas mismas realizan las normas que son requeridas para alcanzar el bienestar de la sociedad.

A diferencia de HOBBS, quien destacó que la constitución de la sociedad y la sujeción de ésta a una autoridad se configuran con la perfección de un solo contrato, PUFENDORF, por su parte, según esgrime RECASENS SICHES, compone su doctrina a partir de tres contratos que se generan sucesivamente conforme el tenor siguiente: en primer lugar, el contrato social a través del cual queda constituida la comunidad política; en segundo lugar, el contrato donde la comunidad actúa como persona jurídica y decidirá la forma de gobierno que se establecerá; y, en tercero y último lugar, el contrato de sumisión, mediante el cual

⁵⁶ DE LA HIDALGA, Luis; *Teoría general del Estado*, ob. cit., p. 231-232.

la comunidad cede el poder a una o varias personas para que la gobiernen, y donde la comunidad original quedará disuelta y se pasará a coexistir en una relación entre individuos y soberanos⁵⁷.

Posteriormente, el filósofo inglés JOHN LOCKE publica en el año 1690 los *Dos Tratados sobre el gobierno civil*, mediante los cuales promueve la legitimación del Estado y su poder a través del consentimiento voluntario de todos los ciudadanos. LOCKE, en contraposición a HOBBS, desde el estudio del estado de la naturaleza, argumenta que no existe la beligerancia entre los hombres que fue descrita por aquél, sino que, contrariamente, persisten en ellos una condición pacifista. En este estado presocial y pacífico, el hombre posee la libertad plena de ordenar sus actos.

En la propuesta de LOCKE puede destacarse que la traslación del estado pacífico de naturaleza del individuo (estado presocial) al estado de sociedad se perfecciona a través de un solo contrato (contrato social) en el que el hombre cede su poder a una autoridad para que le proporcione a él y a toda la comunidad el auxilio y la garantía de sus derechos, principalmente el de la propiedad, frente al asedio violento que pudiese producir cualquier individuo, y es ulteriormente cuando surgirá el poder, entendido como institución estrictamente necesaria para salvaguardar el derecho a la vida y mantener el orden de la propiedad existente. No obstante, el poder político creado por la comunidad no es ilimitado, puesto que

⁵⁷ RECASENS SICHES, Luis; *Historia de las doctrinas sobre el contrato social*, ob. cit., p. 194.

en todo momento estará supeditado al respeto de los derechos naturales, y, en el caso de ser aquéllos cercenados por la autoridad, automáticamente se reconocerá a los miembros de la sociedad el derecho de sublevación para poder restablecer el orden político-social que ha sido quebrantado por el gobernante⁵⁸.

En este sentido, el derecho de resistencia al que hace mención LOCKE tiene como finalidad una cuestión ética, como es defender o restaurar el orden establecido, sin concebirlo en ningún momento como el resultado de aspiraciones populares ante la colisión directa entre los criterios jurídicos y políticos de gobernantes y gobernados⁵⁹. Del mismo modo, se afirma que el poder permanecerá siempre en manos de la comunidad por encima del príncipe, y, en virtud de ello, aquél podrá modificar o revocar el mandato que le ha sido otorgado a este último en cualquier momento.

En otros términos, la doctrina de LOCKE, tiene como rasgo diferente que para él, en contraste con los autores anteriores, la racionalización del contrato se explica partir de su contenido y sus efectos. Paradójicamente, el contrato, según LOCKE, configura una limitación a los derechos de los individuos, especialmente su libertad, al momento en que organizan como una comunidad política y deciden ceder ciertas facultades a una autoridad para que tutele sus derechos y libertades. Empero, la limitación de la libertad que se hacen voluntariamente los individuos a

⁵⁸ BLANCO A., Joaquín; *Teoría del Poder*, ob. cit., p. 281.

⁵⁹ TOUCHARD, Jean; *Historia de las ideas políticas*, (Trad. J. Pradera), Tecnos, Madrid, 1972, p. 296.

favor del poder soberano, no se hace de un modo incondicionado, pues ellos sólo sacrificarán aquella parte de su libertad y derechos que hace posible la formación del Estado como órgano superior de tutela. Así, de esta forma, la voluntad popular, para este autor, quedará afirmada como soberana y, en todo momento, el consentimiento del pueblo será la medida de la legitimidad del gobierno⁶⁰ el cual se encontrará limitado en todo momento por la propia sociedad.

En orden a lo anterior, debe recalcarse que las ideas teóricas aquí estudiadas aportaron una serie de componentes y condicionantes que, basados en el principio legitimidad del poder proyectado en la voluntad de la sociedad, sirvieron de fundamento para la construcción de la doctrina madre del contrato o pacto social, que sería formulada por el filósofo JEAN-JACQUES ROUSSEAU en el siglo XVIII, punto sobre el cual reservaremos un análisis específico en las siguientes páginas, dada la importancia que representa para el objeto de la presente investigación.

1.5.- LA TEORÍA DEL CONTRATO O PACTO SOCIAL EN ROUSSEAU

En el año 1762 es publicada la teoría del contrato o pacto social elaborada por ROUSSEAU, al escribir su célebre obra *El contrato social*, con la cual, además de culminar la doctrina contractualista que hemos venido analizando, indaga cuál es el origen histórico de las sociedades políticas, dándose respuesta a dos

⁶⁰ RECASENS SICHES, Luis; *Historia de las doctrinas sobre el contrato social*, ob. cit., p. 195.

preguntas fundamentales que concreta en: 1.- ¿Cómo puede legitimarse y justificarse al Estado?; y 2.- ¿Cómo puede legitimarse a la autoridad política?

A este respecto, y como fundamento del principio de soberanía, la teoría roussoniana del contrato social inicia su estudio en consonancia con el estado de naturaleza referido por LOCKE, al afirmar que el hombre es un ser pacífico, pero con el añadido de que éste es y ha sido siempre libre desde su nacimiento. De esta forma, arguye que cada uno de los contratantes, es decir, cada miembro del cuerpo social en formación, consiente en una enajenación total de su persona a favor de la comunidad, en tanto que se subordinan él y su voluntad a la suprema dirección de la voluntad general, en la que cada persona será considerada individualmente como parte de ella⁶¹.

En otras palabras, el poder *ab initio* se encuentra asentado en cada uno de los individuos, catalogados como soberanos, y es mediante la ficticia suma global de los poderes de cada uno de esos ciudadanos como surgirá la célebre noción de “voluntad general” tras la consecución del contrato social, a la cual estarán sometidos tanto la autoridad creada como todos los individuos.

En este contexto, puede evidenciarse que el contrato social, particularmente, surge bajo la idea de constituir un orden jurídico cuya finalidad estará dirigida a la conservación de los derechos que el hombre tiene por naturaleza, al crear una

⁶¹ CARRÉ DE MALBERG, Raymond; *Teoría general del Estado*, ob. cit., p. 72.

forma de dirección política presidida por la voluntad general. Pero ahora es necesario preguntarnos, ¿cómo cristaliza este pacto? ¿Cómo el hombre mantiene su libertad natural al formar parte de esa organización social?

Precisamente para dar respuesta a estas interrogantes, el contrato social, en ROUSSEAU, se concibe como un pacto que han consentido todos los ciudadanos quienes deciden libremente otorgar al cuerpo político un poder absoluto sobre todos los suyos, con la gran salvedad de que ese poder, afirmado como producto de la soberanía, estará dirigido o gobernado por la propia voluntad general⁶². Aquí, el pueblo se presenta como un ente soberano que crea el gobierno. Éste se verá reducido a un simple instrumento provisional que ostenta ciertos poderes que han sido conferidos a los gobernantes para la ejecución de la ley y la salvaguardia de la libertad civil y política. Los gobernantes no serán más que los mandatarios del pueblo, a quienes éste podrá deponer en cualquier momento.

Bajo este panorama, la cuestión de la libertad en el contrato social se encuentra acoplada a la noción de obediencia, al momento en que ROUSSEAU afirma que el objetivo es encontrar un tipo de “asociación que ampare y defienda con toda la fuerza común a la persona y los bienes de cada asociado, y por la cual, uniéndose cada uno a todos, no obedezca, sin embargo, más que a sí mismo y permanezca tan libre como antes⁶³”. Desde este punto de vista, la voluntad de todo individuo, naturalmente desiguales por condiciones físicas pero iguales en

⁶² ROUSSEAU, Jean-Jaques; *El contrato social*, Editorial Aguilar, Madrid, 1975, p. 32.

⁶³ ROUSSEAU, Jean-Jaques; *El contrato social*, ob. cit., p. 16.

términos políticos por convicción y derecho⁶⁴, forma parte de la voluntad general, y, por consiguiente, cada cual, en la organización política así construida, permanece sometido sólo a sí mismo, es decir, que el propio principio de libertad aparece garantizado por esta organización política⁶⁵.

En este sentido, la voluntad general, de la que participa cada individuo como parte indivisible del todo, será la causa legitimadora de la sociedad política, así como también la causa justificativa del poder que se encuentra organizado en el contrato social, al establecer aquél su estructura, su objeto y su contenido en atención a la regla de la mayoría. Con ello quiere decirse que los individuos serán únicamente súbditos de la voluntad general que ha sido constituida por ellos mismos al formular el contrato social, la cual se manifestará constantemente en la creación sucesiva de leyes que requieren del consentimiento de toda la sociedad.

De acuerdo con estos razonamientos, puede destacarse que la voluntad general se encuentra caracterizada en los siguientes aspectos: A.- Es inalienable, en el sentido de que la soberanía no se delega, pues reside en el pueblo y sus gobernantes simplemente serán unos simples comisarios; B.- Es indivisible, pues el poder es uno solo y no está sujeto a divisiones; C.- Es infalible, ya que la voluntad general es siempre recta y tiende a la utilidad pública; D.- Es absoluta, y

⁶⁴ ROUSSEAU, Jean-Jaques; *Escritos Políticos* (Trad. José Rubio Carracedo), Trotta, Madrid, 2006, p. 562.

⁶⁵ JELLINEK, Georg; *Teoría General del Estado*, ob. cit., p. 125.

esto debido a que el contrato social confiere al cuerpo político un poder absoluto sobre todos los suyos⁶⁶.

Empero, que la voluntad general, como soberana que es, sea inalienable, indivisible, infalible y absoluta, no implica en ningún momento que pueda infringir el orden de libertad que posee cada individuo, ni mucho menos atentar arbitrariamente contra la propiedad privada de aquéllos, pues se encuentra limitada por los convenios generales que son resultado de las amplias facultades que tienen los hombres para disponer de sus bienes y su libertad, de modo que el poder soberano no es competente para atentar contra dichos convenios.

Sobre la base de estas consideraciones, pese a los formidables avances que proporcionó la teoría del contrato social, como precursora directa de la posterior teoría del poder constituyente, los defectos de la programación dogmático-práctica de la doctrina roussoniana no han pasado desapercibidos para distintos autores que puntualizan una serie de errores capitales que vienen a contradecir su fundamento. Es posible advertir que ROUSSEAU defiende e interpreta a la norma suprema como el solemne juramento que compromete recíprocamente a los gobernantes y gobernadores, pero, por otro lado, y con gran certeza, el peligro que representaba el poder ejercido por los gobernantes, de seguir las ideas de este pensador, se trasladaría al pueblo soberano, que, de igual manera, podría

⁶⁶ TOUCHARD, Jean; *Historia de las ideas políticas*, ob. cit., p. 333.

actuar desmesuradamente sin ningún tipo de limitación⁶⁷, conformando lo que los constitucionalistas estadounidenses del siglo XVIII denominaron tiranía de la mayoría, ya que para el soberano “no puede existir ningún tipo de ley fundamental obligatoria, ni siquiera, el contrato social⁶⁸”.

De igual forma, el pacto social, dentro de la obra roussoniana, opera únicamente en el plano del gobierno, como el conjunto de instituciones que facilita la ejecución de la ley, pero el legislador, como cristalización del poder soberano, mantiene su preponderancia, como plasmación de la voluntad originaria, por encima de todo el aparato jurídico y político. Esto quiere decir que no existe una Constitución que se ocupe de él, pues tiene permitido invalidar los propios términos del pacto, al no preverse ningún tipo de control al soberano en la revocación o modificación de aquél⁶⁹.

Por otra parte, CARRÉ DE MALBERG señala que, desde el punto de vista jurídico, el contrato social rousseauiano adolece de un error fundamental, al no diferenciar de manera efectiva la función constituyente de la función legislativa, puesto que la soberanía se absorbe en la potestad legislativa, que consiste esencialmente en el poder que tiene el pueblo para enunciar imperativamente la voluntad general. Y es que ROUSSEAU en su obra, no distingue si el objeto sobre el que se ejerce la voluntad general puede ser una regulación de naturaleza

⁶⁷ FIORAVANTI, Maurizio; **Constitución: De la Antigüedad a nuestros días**, ob. cit., p. 83-84.

⁶⁸ ROUSSEAU, Jean-Jaques; **El contrato social**, ob. cit., cap. 7.

⁶⁹ FIORAVANTI, Maurizio; **Constitución: De la Antigüedad a nuestros días**, ob. cit., p. 85.

constitucional o una reglamentación legislativa, las cuales, en definitiva, tendrán las mismas características como producto del poder soberano. Incluso, desde el punto de vista formal, resulta ininteligible buscar fuera y por encima del legislador ordinario un órgano supremo que sea capaz de constituir los demás órganos del Estado, puesto que el pueblo soberano, es decir, el que realiza las leyes, está siempre presente en ROUSSEAU, reunido o dispuesto a reunirse para realizar la labor constituyente al igual que la labor legislativa. Esta situación trae aparejada la falta de control al legislador en cualquier momento, ya que el legislador es, en realidad, el soberano mismo, es decir, el pueblo⁷⁰.

En cualquier caso, la teoría contractualista de ROUSSEAU supera la dualidad de contratos que había sido comúnmente esgrimida por sus antecesores, y contempla simultáneamente en un sólo pacto la asociación de los ciudadanos y la fundación de la organización política. Por otro lado, va a fundar la organización política en la llamada voluntad general del pueblo, lo que anticipa la teoría de la “soberanía popular”, que es el fundamento de la teoría del poder constituyente en el Estado constitucional sobre la base de la igualdad de los individuos.

⁷⁰ CARRÉ DE MALBERG, Raymond; *Teoría general del Estado*, ob. cit., p. 1186 -1187.

2.- LA TEORÍA DEL PODER CONSTITUYENTE TRAS LA GUERRA DE INDEPENDENCIA DE LOS ESTADOS UNIDOS

Tras la formación de las teorías contractualistas, y la particular formulación de la voluntad general por parte de ROUSSEAU, años más tarde se haría el ensayo práctico de estas ideas con los procesos revolucionarios que se desarrollaron en Estados Unidos y en Francia a finales del siglo XVIII, y es que, como acertadamente señala ELOY GARCÍA, “la noción de poder constituyente es una derivación o una consecuencia directa de la idea de revolución y de lo que ésta comporta en el terreno de las elucubraciones y abstracciones jurídicas, porque revolución significa la fuerza creadora de un régimen nuevo que se construye por la acción del poder constituyente⁷¹”.

Han sido extensos los estudios realizados por la doctrina acerca del constitucionalismo estadounidense. Nosotros, en esta oportunidad, nos ceñiremos a aquellos aspectos básicos que se relacionan con las aportaciones realizadas por los autores de las distintas etapas históricas en todo lo que refiere a la teoría sobre el origen del poder, que, en definitiva, cristalizaría en la formación del Estado constitucional originado como consecuencia de la Guerra de la Independencia.

⁷¹ GARCÍA LÓPEZ, Eloy; “Poder constituyente evolutivo en las crisis de la modernidad política”, en YEPES ARCILA, Hernando y SUELT COCK, Vanessa (Eds.); *La Constitución 20 años después*, Ibáñez, Bogotá, 2012, p. 361-362.

En un principio, como argumenta PÉREZ ROYO, resulta evidente que Estados Unidos de América no sólo ha sido el primer país del mundo que estableció una Constitución escrita en la que se impusieron límites al poder, se organizó al Estado y se expresaron los procedimientos para introducir reformas en su texto, sino que cuenta, incluso, con una “prehistoria constitucional”, a partir de las Cartas de las Colonias inglesas radicadas en el territorio americano, que, en buena medida, explicarían el acuerdo que se alcanzó posteriormente a la hora de elaborar la Constitución Federal⁷², tras el proceso independentista del Imperio británico.

En la base histórica de la Guerra de Independencia americana, debemos destacar que, si bien dentro de las trece colonias inglesas radicadas en América existía una diversidad cultural, política, social, religiosa, etc., no es menos cierto que, con el tiempo, en medio de esa pluralidad, surgiría una identidad social común que se alzaría contra la Corona inglesa, fundamentándose en una serie de principios y valores basados en la libertad e igualdad, considerados como propios del Derecho natural.

En esta línea, los colonos revolucionarios JAMES OTIS y JOHN ADAMS afirmaron la idea de los derechos subjetivos reconocidos a los individuos por la ley de la naturaleza y los documentos ingleses incorporados en el *common law*, entre ellos la Carta Magna (1215), el *Agreement of the people* (1647) y el *Bill of rights*

⁷² PÉREZ ROYO, Javier; **La reforma de la Constitución**, Congreso de los Diputados, Madrid, 1987, p. 19-20.

(1688). Estos documentos, al reconocer derechos subjetivos inalienables e inderogables a las personas, servirían como base axiológica para cuestionar el poder de la Corona y justificar la rebelión que venía gestándose desde la Asamblea de Virginia en 1765, cuando los colonos rechazaron el acto impositivo de tributos creados por el Parlamento inglés, al considerarlo “ilegal, inconstitucional e injusto”⁷³.

Dentro de este panorama, las propias colonias redactarían sus declaraciones de derechos, entre ellas, la Declaración de Derechos de Boston del año 1772 y la de Filadelfia en el año 1774, como fruto del primer Congreso continental, en las cuales se hacía un reconocimiento de derechos de los colonos como hombres, cristianos y ciudadanos. A partir de este momento, las colonias fueron organizándose para impulsar el proceso independentista, lo que culminaría con la unión de las colonias bajo el paraguas de la Confederación y, posteriormente, en la Federación.

El 12 de junio de 1776, muy interconectada con la teoría del pacto otorgado por el monarca al pueblo durante la Edad Media, pero, en este caso, transformado en un pacto político o *covenant* elaborado desde el seno del pueblo institucionalizado como poder soberano, se sancionó la Declaración de Derechos

⁷³ Según FIORAVANTI, la ilegalidad, inconstitucionalidad e injusticia alegada por los colonos para rechazar la imposición de los tributos creados por el Parlamento inglés supondría la primera vez en que el concepto de Constitución se utilizaría como criterio para afirmar la invalidez de una ley no generadora de una obligación legítima. Ver: FIORAVANTI, Maurizio; **Constitución: De la Antigüedad a nuestros días**, ob. cit., p. 104.

Virginia, conocida como la primera declaración moderna de derechos, que disponía en su artículo II lo que se concibe, en esencia, como el fundamento del poder constituyente, al señalar que: “Todo poder es inherente al pueblo y, en consecuencia, procede de él; que los magistrados son sus mandatarios y sus servidores, y en cualquier momento, responsables ante él⁷⁴”. De esta afirmación, la Declaración de los Derechos de Virginia, en su artículo I, dedujo el reconocimiento de una serie de derechos que, a su decir, han pertenecido y pertenecen al hombre por su naturaleza, incluyendo el derecho a la vida, libertad, propiedad y a obtener la felicidad y la seguridad, así como también dispuso en su artículo V, como principio estructural, el de separación de poderes, desarrollado por MONTESQUIEU en su obra célebre obra *De l'esprit des lois*, publicada en el año 1747.

Los elementos indicados (fundamento del poder, derechos subjetivos y separación de poderes) convergen en que la Constitución es un acto que el pueblo puede y debe imponer como poder soberano, a cualquier autoridad ilegítima. A razón de ello, el pueblo asume la potestad irrevocable de activarse para derrocar a cualquier gobierno ilegítimo o injusto en salvaguarda de los derechos individuales. Es a partir de esta proyección intelectual, conjugada con una convulsión económico-social, como terminaría gestándose el levantamiento armado del pueblo estadounidense en la lucha por su independencia.

⁷⁴ PECES-BARBA MARTINEZ, Gregorio; ***Derecho positivo de los derechos humanos***, Editorial Debate, Madrid, 1987, p. 101-105.

Así las cosas, el 2 de julio de 1776 se lleva a cabo el Segundo Congreso Continental, donde se aprueba una proposición razonada en la cual las colonias se declaran libres e independientes, y el día 4 de julio se aprueba la Declaración de Independencia, que, tomando como fundamento expreso el Derecho natural y las leyes de Dios, señaló:

“We, therefore, the Representatives of the united States of America, in General Congress, Assembled, appealing to the Supreme Judge of the world for the rectitude of our intentions, do, in the Name, and by Authority of the good People of these Colonies, solemnly publish and declare, That these United Colonies are, and of Right ought to be Free and Independent States; that they are Absolved from all Allegiance to the British Crown, and that all political connection between them and the State of Great Britain, is and ought to be totally dissolved; and that as Free and Independent States, they have full Power to levy War, conclude Peace, contract Alliances, establish Commerce, and to do all other Acts and Things which Independent States may of right do. And for the support of this Declaration, with a firm reliance on the protection of divine Providence, we mutually pledge to each other our Lives, our Fortunes and our sacred Honor⁷⁵”.

⁷⁵ SUNSTEIN, Cass; *The Declaration of Independence and the Constitution of the United States of America*, Georgetown University Press, Washington D.C., 2003, p. 10-11.

A raíz de la Declaración de Independencia, las trece colonias procedieron a darse una Constitución, desde Virginia (la primera) hasta Massachusetts (la última)⁷⁶. En este contexto, se elaboraron las Constituciones escritas de los Estados, que organizaron el poder tomando como fundamento en el principio de soberanía popular, ya que dichos textos fundamentales serían elaborados por asambleas constituyentes y, algunas de ellos, ratificadas en referendos populares⁷⁷.

En este mismo orden de ideas, las antiguas colonias se plantearon la cuestión de cómo podían permanecer unidas a fin de salvaguardar la felicidad, libertad y la seguridad de América. En líneas generales, la solución se ajustó a la propuesta de establecer una Confederación⁷⁸ permanente, que sería organizada mediante el *Articles of Confederation*, aprobado por el Congreso Continental el 5 de noviembre de 1777 y ratificado por los recién creados Estados el 1 de marzo de 1781, disponiendo que “cada Estado conserva su soberanía, libertad e independencia y todo poder, jurisdicción y derecho que no haya delegado

⁷⁶ GARRORENA MORALES, Ángel; ***Derecho Constitucional. Teoría de la Constitución y sistema de fuentes***, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2011, p. 32.

⁷⁷ En la tradición norteamericana, dentro del proceso de elaboración de las Cartas de las Colonias, la soberanía popular no podía ser representada, por cuanto las Convenciones o Asambleas designadas para elaborar los proyectos constitucionales no se consideraban como depositarios o titulares de la soberanía popular. En efecto, el ejercicio del poder constituyente, por tratarse de una autoridad inalienable del pueblo, requería en todo momento su participación para ratificarlo bien a través de las *town-meetings* o directamente por aquél. Ver: DE VEGA, Pedro; ***La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente***, Tecnos, Madrid, 1985, p. 29-32.

⁷⁸ La Confederación de Estados, dentro de sus limitadas competencias, sólo tenía atribuciones para llevar a ejecutar la política exterior, la organización de las fuerzas militares, la acuñación de moneda y la emisión de deuda. Ver: GARCÍA-PELAYO, Manuel; ***Derecho Constitucional Comparado***, ob. cit., p. 334.

expresamente a los Estados Unidos reunidos en Congreso”, siendo este último el único órgano de la Confederación, donde cada uno de los Estados tendría un voto.

Ahora bien, la Confederación y sus limitadas atribuciones se hicieron insostenibles desde el final de la Guerra de la Independencia, que dio lugar al reconocimiento de la independencia de las colonias a través del Tratado de Versalles, firmado el 3 de septiembre de 1783. Los Estados miembros no pagaban los intereses de la deuda pública, y a la Confederación se le hacía prácticamente imposible asumir la deuda exterior, el pago al sector industrial, el pago de los oficiales y soldados, etc., lo que era estrictamente necesario para su mantenimiento.

La crisis económica de la Confederación y la falta de autoridad pública estable hizo necesaria la consolidación de una nueva organización político-territorial con mayores atribuciones. Por este motivo, tomó impulso la propuesta de reformar el *Articles of Confederation*, para dictar una Constitución que daría una nueva configuración a la organización institucional. En este marco, y ya en la Convención de Filadelfia, se generó la disputa entre aquellos que, por un lado, defendían el Estado federal (federalistas)⁷⁹, que explicaron su pensamiento constituyente a través de una serie de *papers* o artículos llamados *The Federalist*, dirigidos a la ciudadanía para demostrarles la necesidad de ratificar una Constitución Federal, y, por otro lado, aquellos que exigían el mantenimiento de la

⁷⁹ Entre los líderes federalistas se encontraban Alexander Hamilton, John Jay, Gouverneur Morris, James Madison y George Washington.

Confederación (antifederalistas)⁸⁰, quienes rechazaban otorgar mayores atribuciones a un ente político, ya que entendían que ello suponía una amenaza a la soberanía de los Estados miembros.

La aceptación del modelo federal fue parte de un largo proceso intelectual, que supuso una ardua tarea de compenetración dentro de la propia sociedad, así como también el esfuerzo por lograr el consenso entre federalistas y antifederalistas. En cualquier caso, el proceso terminó con la adopción de la Constitución de 1787, que acoge una estructura política federal. Ésta, al igual que las Constituciones de los Estados miembros de la Confederación, fue inspirada por el principio de soberanía popular roussoniano y la influencia de la doctrina lockeana de los Derechos naturales, los cuales sirvieron para fundar el componente democrático del poder constituyente del pueblo americano en el propio momento de su elaboración.

Los padres fundadores, al elaborar la Constitución Federal, pudieron observar, dentro de su análisis del sistema político, el peligro al que quedaba sujeto el modelo federal cuando el poder legislativo, como representante primario del pueblo, pudiese ser capaz de absorber e imponer su preponderancia frente a los demás poderes, con el riesgo de convertirse en una mayoría tiránica que actuara ilimitadamente. De hecho, esta reticencia se encontraba avalada por la práctica de algunos ordenamientos estatales en el período de la Confederación.

⁸⁰ Los líderes antifederalistas más emblemáticos fueron Patrick Henry, Samuel Adams, James Monroe, George Mason y George Clinton.

Esta polémica fue resuelta por los constituyentes ALEXANDER MADISON y JAMES HAMILTON, al enaltecer que la Constitución Federal de los Estados Unidos de América es la *supreme law of the land*, es decir, el parámetro normativo superior que decidiría la validez de las leyes del Parlamento⁸¹. En otras palabras, la Constitución es una ley suprema que limita a los representantes del pueblo, lo que evita la confusión que pudiera producirse entre la voluntad del legislador y la expresada por el poder originario al crear la Constitución.

Por otro lado, es significativo hacer mención a que la Constitución Federal de 1787, en ese primer momento, sólo configuró la organización política de los Estados Unidos de América, y no fue sino hasta el 15 de diciembre de 1791, al aprobarse las diez primeras enmiendas constitucionales, cuando se hizo el reconocimiento expreso de los derechos subjetivos de todos los individuos a través del llamado *Bill of Rights* o Carta de Derechos, que obedece a una propuesta de los antifederalistas presidida por el intento de poner un límite explícito al poder de la Federación.

En resumidas cuentas, en la experiencia norteamericana el concepto de poder constituyente no surge expresamente en la elaboración de su Constitución. Sin embargo, su aparición práctica pudo apreciarse desde el momento en que se crearon las Constituciones de las antiguas colonias, al identificarlo con el principio de soberanía popular, claramente ligado a la idea de contrato social. De igual

⁸¹ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Civitas, Madrid, 1985, p. 53-54.

manera, dentro de la práctica del poder constituyente en la experiencia americana, puede evidenciarse la perfecta simetría que existe entre el principio de soberanía popular y la Constitución, al proclamarse que la titularidad del poder soberano y constituyente reside en el propio pueblo, y que éste juridificará su soberanía política en la configuración de la Constitución⁸², donde se plasma un sistema en el que el poder será ejercido a través de las instituciones representativas. Así entendido, la Constitución, producto de la soberanía popular, limitará las ramas del poder del Estado (ejecutivo, legislativo y judicial), al atribuirles una serie de atribuciones a través de las cuales se controlarán unas con otras, en aprehensión de la técnica de *checks and balances*, frenos y contrapesos, que fue recogida de la tradición inglesa.

Por otra parte, no podemos dejar de referirnos a la aportación que hizo el juez JOHN MARSHALL al constitucionalismo americano, cuando en el año 1803 configura la doctrina del *judicial review* en el conocido caso *Marbury vs. Madison*, en el que, además de quedar sentada la facultad de todos los jueces dejar sin aplicación la leyes que fueran contrarias a la Constitución, por ser ésta fruto elocuente del poder soberano radicado en el pueblo, se va a establecer una clara distinción entre ley constitucional y ley ordinaria y entre poder constituyente y poder constituido, al señalar: “*the Constitution is superior to any ordinary act of the legislature*”

⁸² DE VEGA, Pedro; *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, ob. cit., p. 38-40.

3.- LA REVOLUCIÓN FRANCESA Y SU TEORÍA DEL *POUVOIR CONSTITUANT*

En la Francia anterior a la Revolución francesa o, según un sector de la doctrina, Revolución burguesa, el poder de la Corona, al igual que en el resto de las Monarquías europeas, se justificó en el Derecho divino. No obstante, la Monarquía francesa que gobernó desde el año 1643 hasta el año 1793 se vio caracterizada por el reforzamiento del poder real desde la instauración del sistema absolutista en tiempos de Luis XIV, conocido históricamente por su célebre frase *L'État, c'est moi*, es decir, “El Estado soy yo”. Así las cosas, la soberanía en la Francia prerrevolucionaria estuvo asentada en la persona del rey, quien ejercía su potestad respetando únicamente los privilegios que, consuetudinariamente o por ley, eran reconocidos a los nobles, pero que, frente al resto de la comunidad, actuaba sin ningún tipo de control.

A raíz de ello, la teoría del pacto social de ROUSSEAU y la Revolución americana tuvieron gran repercusión en el origen de la Revolución francesa, pues, como afirma GARCÍA DE ENTERRÍA, “se pretendía, nada más y nada menos, rectificar la historia de la humanidad, fundar un nuevo orden político y social completamente nuevo, capaz de establecer una nueva etapa de la trágica evolución humana y de asegurar para el futuro la felicidad segura e inmarchitable⁸³”.

⁸³ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; *La lengua de los derechos. La formación del derecho público europeo tras la Revolución Francesa*, Alianza, Madrid, 1994, p. 45.

Para analizar la teoría del poder constituyente que se desarrolló en la Francia revolucionaria, resulta necesario hacer alusión a una serie de elementos coyunturales que impregnaron la insurrección que se produjo en el mes de julio de 1789. Ya desde el reinado de Luis XIV, los sectores populares de la sociedad se habían visto mermados en sus derechos por las manifestaciones incontroladas de poder del monarca, de manera tal que el repudio hacia la Corona fue creciendo gradualmente dentro de la población. Más adelante, durante el mandato del rey Luis XV, una vez culminada la conocida Guerra de los Siete Años, disputada principalmente con Gran Bretaña, el principal rival mercantil de los franceses entre los años 1756 a 1763, Francia, al haber perdido gran parte del territorio que poseía en América y Asia, se vio gravemente afectada por una crisis económica.

Inmerso en la ruina, el gobierno absolutista francés heredado en 1774 por Luis XVI se vio en la necesidad de acometer algunas reformas, lo que lo llevó a imponer enormes cargas tributarias que incidieron duramente en las clases populares. Esta situación, además de generar un descontento mayor en la sociedad, terminaría provocando una crisis que impulsaría los inicios de la Revolución, alentada por la clase burguesa⁸⁴ (comerciantes, industriales y banqueros) en contra del clero y nobleza, justamente con la finalidad de consagrar la igualdad entre las personas, entendiéndose ésta como la oportunidad que debía

⁸⁴ Al respecto se puede ver la obra de ARANGUREN, José Luis; *Ética y Política*, Guadarrama, Madrid, 1968, p. 293-297, en la cual señala que la Revolución francesa ha sido considerada como la revolución de la burguesía, para la burguesía y por la burguesía, y se configuró como un instrumento contra los privilegios y discriminaciones de las que era objeto por parte de estamentos como el clero y la nobleza, buscando, al contrario, la igualdad de todos los hombres en el goce de todos sus derechos.

tener cada individuo para administrar sus propios bienes. Al poco tiempo, la clase burguesa contaría igualmente con el apoyo de las clases trabajadoras, que exigían la reglamentación del derecho de propiedad y la tenencia de la tierra, para, así, asegurarse el derecho de poder de vivir con el producto de su trabajo⁸⁵.

Como consecuencia de la crisis económica, el 5 de mayo de 1789, previo llamamiento del rey Luis XVI, se instalan en París los Estados Generales⁸⁶, donde los representantes electos por cada estamento serían informados de la grave situación económica que atravesaba el reino, para así discutir una serie de alternativas que pudieran remediar la crisis. No obstante, a pesar de las opiniones esgrimidas, principalmente, por los miembros del Tercer Estado, Luis XVI pretendió que los representantes de cada Estamento se reunieran separadamente, como venía haciéndose tradicionalmente, motivo éste que llevó a que los representantes del Tercer Estado, junto con algunos representantes de otros estamentos, proclamaran la Asamblea Nacional el 17 de junio de 1789, representante de toda la Nación.

Tres días después, la Asamblea se erige en constituyente y los diputados aceptan solemnemente el conocido “juramento del juego de la pelota”, en el que se comprometían a no separarse hasta haber aprobado la Constitución del reino.

⁸⁵ DE LA HIDALGA, Luis; *Teoría general del Estado*, ob. cit., p.199.

⁸⁶ Los Estados Generales eran una asamblea extraordinaria integrada por todos los sectores de la sociedad francesa (clero, nobleza y pueblo o Tercer Estado, representado principalmente por la burguesía), que no había sido convocada desde el año 1614, cuya finalidad suponía que el Rey tomara en cuenta la opinión que esgrimía la sociedad frente a situaciones coyunturales políticas o económicas, antes de ejecutar alguna decisión real.

En esa misma ocasión, adoptan dos decisiones fundamentales: en primer lugar, abolir los derechos señoriales, y, en segundo lugar, redactar una declaración que recogiera los derechos y deberes de los ciudadanos, que serviría como fundamento a la futura Constitución⁸⁷.

De cualquier manera, la crisis económico-social era insostenible en todo el territorio francés, como consecuencia del alza de los precios y la desequilibrada estructura de la sociedad, que acrecentaba las penurias que sufrían principalmente las masas populares. Bajo esta coyuntura, se produce el estallido violento de una revuelta en la que el pueblo de París, acompañado de los guardianes del orden público, sumados al movimiento tras la imposibilidad de contener la revuelta, se apodera de los centros viales de la capital en rechazo a las acciones del Rey y los estamentos privilegiados, es decir, el clero y la nobleza.

En efecto, el pueblo decide salir a las calles de París la noche del 13 de julio de 1789 para reivindicar sus derechos, y, posteriormente, una turba enaltecida decide llevar a cabo la toma de la Bastilla el día 14 de julio de 1789. Con ello, cristaliza un espíritu de libertad transportado al ámbito político sobre la base de la teoría roussoniana⁸⁸.

⁸⁷ CARBONELL, Miguel; *En los Orígenes del Estado constitucional: La Declaración Francesa de 1789*, Iustitia S.A.C., Lima, 2012, p. 27-28.

⁸⁸ DE LA HIDALGA, Luis; *Teoría general del Estado*, ob. cit., p. 199-201.

Como consecuencia de estos hechos, fueron sustituidos los funcionarios reales por los revolucionarios y, a propuesta del diputado NOAILLES, como una de las acciones vinculadas a la configurada Asamblea Nacional Constituyente, el 4 de agosto de 1789 son derogados los privilegios del clero y la nobleza, pues la igualdad era uno de los principios emblemáticos que, unido a la libertad y fraternidad, inspiraba el ideal revolucionario. Por otra parte, con el objeto de mantener el eje tradicional para edificar el nuevo sistema entorno a aquél, la Asamblea Nacional Constituyente decide conceder a Luis XVI el título de “Restaurador de las libertades francesas”, con lo cual la Monarquía sería conservada y el Rey se convertiría en el primer magistrado de la Nación, en ejecutor de la voluntad nacional y en el portaestandarte del pabellón tricolor⁸⁹.

Al poco tiempo, la Asamblea Nacional Constituyente inicia el debate de la Declaración de Derechos, para lo que se presenta una serie de alternativas y proyectos formulados por diputados como LAFAYETTE, THOURET, GALLOT, SINETY, BOUCHE, RABAUT, MONUNIER, GOURGES-CARTOU y SIEYÈS, entre otros. No sería sino hasta el 26 de agosto de 1789, después de un largo proceso, cuando se aprueba la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, ratificada por el Rey el 5 de octubre de 1789, la cual fue inspirada, como argumenta JELLINEK, en los *Bill of Rights* de las colonias americanas en lo que respecta a la necesidad de una

⁸⁹ VILA CASADO, Iván; *Fundamento del Derecho Constitucional Contemporáneo*, Legis, Bogotá, 2012, p. 100.

formal declaración de derechos⁹⁰. No obstante, ello no significó en ningún momento que la Declaración, en esencia, no fuese francesa, pues, como obra intelectual, estuvo influenciada directamente por el pensamiento de ROUSSEAU y MONTESQUIEU de quienes tomaron, del primero, los principios que consideraban el rol de la sociedad como vinculado a la libertad natural del hombre, y la idea de que la Ley, como expresión de la voluntad general adoptada por los representantes de la Nación, no podría ser instrumentado en opresión, y, del segundo, la desconfianza respecto del poder y consecuentemente, el principio de la separación de poderes para que el poder frene al poder⁹¹.

Es menester destacar que, desde el punto de vista dogmático, el contenido de la Declaración estuvo referido a una serie de principios basados en los derechos naturales individuales inherentes a la existencia del ser humano, donde podía hallarse el eco de la doctrina de los derechos naturales de raíz lockeana, a

⁹⁰ JELLINEK destacó que la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, estaba tomada en su conjunto de los *Bills of Rights* de las colonias americanas, pues todos los proyectos de la Declaración francesa, desde los contenidos en las actas hasta los veintidós proyectos presentados en la Asamblea Nacional, desenvuelven con más o menos amplitud y habilidad las ideas americanas. Ver: JELLINEK, Georg; ***La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, México***, Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM) – Instituto de Investigaciones Jurídicas (IIJ), México, 2003, p. 94, citado en CARBONELL, Miguel; ***Notas sobre el origen de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789***, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, Lima, 2012, p.45-46.

⁹¹ Ver al respecto: BREWER CARÍAS, Allan; “Los aportes de la Revolución francesa al constitucionalismo moderno y su recepción en Hispanoamérica a comienzos del siglo XIX”, ***Ars Boni et Aequi***, vol. 7, núm. 2, 2011, p. 129 y RIVERO, Jean; ***Les libertés Publiques***, Vol. I, Presses universitaires de France, París, 1973, p. 38-42, citado en BREWER CARÍAS, Allan; ***Evolución Histórica del Estado. Instituciones Políticas y Constitucionales***, Tomo I, Editorial jurídica venezolana, Caracas, 1996, p. 69.

través de los cuales se aspiraba a establecer límites legales al ejercicio del poder⁹².

En otro orden de ideas, dentro del compendio de principios y derechos recogidos en la Declaración francesa, además de prever en sus artículos I y II el reconocimiento expreso de una serie de derechos de carácter civil y político, tales como la libertad, la igualdad, la seguridad y la propiedad, entre otros, que estaban destinados a servir como límite material al ejercicio de los poderes del Estado, por entenderse como inherentes a la naturaleza del ser humano, se estableció en su artículo XVI el principio de separación de poderes de MONTESQUIEU, al disponer que “toda sociedad que no asegura la garantía de los derechos, ni determina la separación de poderes, no tiene Constitución”; y se afirmó en su artículo III, como rasgo legitimador del poder, que “el origen de toda soberanía reside esencialmente en la Nación. Ningún órgano, ningún individuo puede ejercer autoridad que no emane expresamente de ella”.

Sobre este último particular, la soberanía nacional francesa, como elemento estructural en torno al cual se alinea el poder constituyente, sería fundamentalmente el producto de la interpretación intelectual por EMMANUEL SIEYÈS, cuando en el año 1789 publica su obra *Qu`est ce que le Tiers Etat?*, en la cual vendría a explicar la institución del *pouvoir constituant* o poder constituyente de una manera distinta a la que pudieron prever los americanos, en esta ocasión,

⁹² FIORAVANTI, Maurizio; **Constitución: De la Antigüedad a nuestros días**, ob. cit., p. 114.

tomando en cuenta los principios de representación y soberanía nacional apoyados en el principio de igualdad, como una reestructuración de la noción de soberanía popular que había sido propuesta por ROUSSEAU.

Las bases de estos principios, que servirían como elemento legitimador para configurar la Constitución francesa de 1791, fueron abordadas en la obra de SIEYÈS cuando se plantea, y responde a su vez, tres simples preguntas, como son: 1.- ¿Qué es el Tercer Estado?, 2.- ¿Qué ha representado hasta ahora el orden político? y 3- ¿Qué pide el Tercer Estado?

A la primera de las cuestiones señala que el Tercer Estado es “todo”, porque integra la Nación, la cual desarrolla todas las actividades privadas que sostienen a la sociedad y gran parte de las funciones públicas⁹³. Es menester destacar que el concepto de Nación, concebido como el cuerpo de ciudadanos iguales en derechos y sin ningún tipo de privilegio, sería utilizado para despojar a la figura del rey del ejercicio de los poderes del Estado, al serle conferida la representación de la Nación al Tercer Estado, personificado como el único y legítimo propietario de la potestad soberana⁹⁴.

⁹³ HERNÁNDEZ CAMARGO, Lolymar; *El proceso constituyente venezolano de 1999*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales de Venezuela, Caracas, 2008, p. 27.

⁹⁴ CARRÉ DE MALBERG, Raymond; *Teoría general del Estado*, ob. cit., p. 889-890.

Con relación a la segunda interrogante, SIEYÈS señala que la Nación⁹⁵, hasta ese momento, no ha representado “nada” en el orden político, pues para que aquél pudiera ser considerado como una verdadera Nación, requería una ley y una representación común que garantizara la libertad en igualdad de condiciones para todos, en virtud de que no se podía ser realmente libre si esa libertad se encontraba fundamentada en privilegios.

Por último, en cuanto a la tercera pregunta, se responde señalando que la Nación pide “algo” y ello no sería más que disponer de un número de representantes igual al de los otros dos sectores de la sociedad dentro de los Estados Generales, que fuesen capaces de servir de intérpretes de la voluntad general y defender de sus intereses⁹⁶.

En todo caso, lo esencial de las ideas de SIEYÈS, al estructurar su teoría del poder constituyente, se halla al momento de relacionar los conceptos de Nación y soberanía, es decir, en la articulación del principio de soberanía nacional apoyado en la lógica de la igualdad ciudadana de todas las personas. A partir de ello, la

⁹⁵ Con frecuencia, se consideran como de igual significación los conceptos de nación y pueblo, pero la palabra “Nación” es más expresiva e induce menos a error. Nación designa al pueblo como unidad política con capacidad de obrar y con la conciencia de su singularidad política y la voluntad de existencia política, mientras que el pueblo que no existe como nación es una asociación de hombres unidos en alguna manera de coincidencia ética o cultural, pero no necesariamente política. Ver: SCHMITT, Carl; **Teoría de la Constitución** (Trad. Francisco Ayala), Alianza, Madrid, 1982, p. 127.

⁹⁶ En este sentido, para que pudiera preverse una representación igualitaria en todos los sectores de la sociedad (clero, nobleza y pueblo) dentro del funcionamiento del Estado General), el voto de los representantes, según SIEYÈS, debía ser considerado individual (por cabeza) y no por conjunto. Ver: SIEYÈS, Emmanuel; **¿Qué es el Tercer Estado?** (Trad. Francisco Ayala), Aguilar, Madrid, 1973, p. 25-26.

Nación sería el único y verdadero soberano, capaz de constituir al Estado mediante una Constitución en la que se organiza el poder a través de instituciones que son elegidas y controladas por los ciudadanos para salvaguardar sus derechos.

En este orden de ideas, a diferencia de la soberanía popular americana, ejercida de manera directa para la aprobación de la Constitución Federal de los Estados Unidos de América, en la teoría francesa, por su parte, se introduce el método representativo para el ejercicio del poder constituyente, ya que la Nación, ente abstracto por naturaleza, para expresar su voluntad, requerirá de representantes electos por el pueblo que integren la Asamblea Nacional Constituyente que elaborará la Constitución. Con ello, de manera efectiva, en palabras de PEDRO DE VEGA, el poder constituyente deja de ser el poder en el que el pueblo participa directamente como titular indiscutible de la soberanía, para convertirse en el poder de la Asamblea en el que la Nación delega sus competencias⁹⁷.

A partir de ello, SIEYÈS afirma que la Constitución, en todas y cada una de sus partes, no es obra del poder constituido, sino del poder constituyente, y, por ello, ninguna clase de poder delegado podrá modificar algo que ha sido dispuesto en el texto de la Constitución⁹⁸. Bajo esta perspectiva, la Nación, en el ejercicio de

⁹⁷ DE VEGA, Pedro; *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, ob. cit., p. 32-33.

⁹⁸ LUCAS VERDÚ, Pablo; *Curso de Derecho Político*, Vol. II, Tecnos, Madrid, 1976, p. 582.

su poder soberano, será la encargada de constituir el Estado, dándole sus leyes fundamentales, que lo son no porque puedan ser modificadas por el pueblo, sino porque los cuerpos que existen y actúan regulados en ellas no podrán modificarlas en lo absoluto⁹⁹. Además, dado que la Nación no se encuentra ligada a ningún tipo de formalidad o condicionante, como fuente originaria del poder, no posee límites en su actuar, de modo que aquélla, en todo momento, estará facultada para reformar la Constitución que le ha dado al gobierno.

De esta forma, el reseñado autor francés hace una clara distinción entre lo que es el *pouvoir constituant* o poder constituyente propio de la Nación, cuya función es redactar y establecer el orden constitucional que regirá al Estado, y los *pouvoirs constitués* o poderes constituidos, que existen y tienen una regulación concreta al ser configurados y definidos en la Constitución, sin que éstos puedan ser titulares del poder de hacerla o cambiarla. Ciertamente, en ello va la afirmación del poder constituyente residenciado en el pueblo, en este caso, en la Nación, como un poder de distinta naturaleza y superior a los poderes constituidos, así como también en la intangibilidad de su obra, la Constitución, para estos propios poderes constituidos¹⁰⁰, que no podrán llevar a cabo las funciones del poder constituyente, ni este último las de aquéllos.

⁹⁹ MARTÍNEZ SOSPEDRA, Manuel; **Manual de Derecho Constitucional. Parte General**, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2007, p. 177-178.

¹⁰⁰ PÉREZ ROYO, Javier; **La reforma de la Constitución**, ob. cit., p. 43.

Sobre la base de estas ideas, es aprobada la Constitución Francesa el 3 de septiembre de 1791, que es sancionada por el Rey el 14 de septiembre de ese mismo año. En este sentido, a partir de la Constitución de 1791, se rompe la omnipotencia del rey, que pasaría a tener, como función esencial, proceder a ejecutar las leyes a través de los ministros. De este modo, el monarca quedaba limitado por el predominio del poder legislativo, conformado por los representantes del pueblo electos a través del voto censitario, lo que consagraba el principio de separación de poderes descrito por MONTESQUIEU, el cual, a su vez, fue reconocido expresamente en el artículo 16 de Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano.

No obstante, pese al carácter revolucionario que tuvo la Constitución de 1791, el gobierno monárquico se mantuvo conforme al ejercicio del poder ejecutivo, y no sería sino hasta un año más tarde, como resultado de una serie de altercados sociales producidos como reacción a la actitud del rey, cuando la Asamblea Nacional, el 10 de agosto de 1792, decide suspender a Luis XVI en el ejercicio de sus funciones, resolviendo tras ello reunirse nuevamente en una Asamblea Constituyente.

Este nuevo proceso constituyente decide abolir el sistema monárquico a favor de un sistema republicano-democrático basado en el principio de soberanía popular, que se consagró en la Constitución jacobina del 24 de junio de 1793 y

que, a su vez, eliminó el principio de separación de poderes y concentró la unidad de la soberanía en el poder legislativo¹⁰¹.

En resumen, lo fundamental que trae consigo la Revolución francesa para la evolución del Estado constitucional se sintetiza en la teoría del poder constituyente, formulada por EMMANUEL SIEYÈS, al establecer que la Nación, ente soberano y sujeto titular del poder constituyente, será la autoridad que, a través de representantes electos, tendrá la capacidad exclusiva de organizar y estructurar el Estado a través de la Constitución. Así, una vez dictado el texto fundamental en el que se articula el Estado, la soberanía, como poder originario e inmutable, permanecerá siempre en la Nación, y aquellos órganos creados por el poder constituyente actuarán simplemente como delegados del pueblo. De esta forma, a partir de la teoría de SIEYÈS del *pouvoir constituant*, se materializa la distinción clara entre el poder constituyente y los poderes constituidos.

Y, a raíz de la delimitación del poder constituyente, cobra la misma importancia la idea de Nación, entendida como la comunidad de ciudadanos que participa en condiciones de igualdad formal en la decisión sobre la conformación de la organización política, a través de sus representantes electos en el Parlamento o Asamblea. En este marco, los derechos dejan de ser privilegio de una clase social, para pasar a ser el sello de la igualdad, es decir, el instrumento a través del cual se configura la comunidad política o ciudadanía, que dispondrá de

¹⁰¹ ÁLVAREZ, Tulio; *Instituciones Políticas y Derecho Constitucional*, Tomo II, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2012, p. 34-36.

su organización política como ente soberano para autodeterminarse en el plano interno.

Ciertamente, la igualdad, en la época, no deja de ser una mera proclamación formal. Como veremos, será necesaria una evolución histórica para abandonar el sistema del sufragio censitario, incluir a las mujeres en el ámbito político y dotar a las Constituciones de un conjunto de valores representativo de los intereses de todos los grupos sociales, pero el camino, construido sobre la base igualdad-Nación-derechos-ciudadanía, viene marcado ya desde el momento en que se afirma el poder constituyente con los rasgos que acabamos de apuntar.

4.- EL PODER CONSTITUYENTE EN EL SIGLO XIX: SU DESAPARICIÓN Y SU RENACIMIENTO EN EL SIGLO XX

Como consecuencia del surgimiento del Estado constitucional propiciado por las ya estudiadas revoluciones americana y francesa, la teoría del poder constituyente, afirmada en términos políticos de legitimidad como fundamento del poder residenciado en el pueblo, va a propagarse fugazmente por América y Europa. Derivado de ello, muchos países latinoamericanos, inspirándose en el espíritu revolucionario de la época, tras conseguir su independencia de España, procedieron a dictarse sus propias Constituciones, en las que se establecieron, en

términos similares al recogido en la Constitución de los Estados Unidos de América, sistemas republicanos bajo gobiernos presidenciales¹⁰².

Por su parte, en el continente europeo, el Estado constitucional, por lo que respecta especialmente al ejercicio de la teoría del poder constituyente, tomó un rumbo completamente distinto al esperado. Así, tras la etapa napoleónica, que perduró desde el año 1799 a 1814, y el abandono de la restauración monárquica de tintes absolutistas que se estableció como resultado del acta final del Congreso de Viena firmada el 18 de junio de 1815, lo que llegó a imponerse en Europa fue una versión moderada o conservadora de los ideales liberales que inspiraron la Revolución francesa.

De esta forma, a partir del año 1830, con la desaparición del sistema monárquico de Luis XVIII, se dio paso al Estado liberal, en el que además de

¹⁰² Dentro del proceso de descolonización de los países latinoamericanos, países como Venezuela, Colombia y Perú, al conseguir su independencia, procedieron a darse sus propias Constituciones [Venezuela en 1811, Colombia (Estado de Cundinamarca para ese entonces) en 1811, Perú en el año 1823, entre otros]. Sin embargo, a diferencia de la estabilidad que ha podido demostrar el sistema constitucional estadounidense por más de dos siglos, los países latinoamericanos, por su parte, se han visto históricamente plagados de gobiernos autoritarios, militares y dictatoriales que, en violación de sus Constituciones y en menoscabo progresivo del Estado de Derecho, han originado oleadas que han irrumpido la perdurabilidad democrática en la región. A esta desestabilización democrática, producto de los gobiernos dictatoriales, deben igualmente sumárseles los problemas económicos y sociales que han caracterizado a los países de la zona, dentro de los que han surgido, incluso en pleno siglo XXI, algunos gobiernos inmersos en una doctrina denominada “nuevo populismo”, en el que los gobernantes, en uso de un discurso dirigido a las masas sociales en llamamiento del supuesto interés colectivo, apelando al principio de soberanía nacional, reclaman poderes excepcionales con los que tratan de escapar de los límites que la democracia constitucional ha confeccionado en la Constitución a partir del principio de mayoría relativa o limitada. Al respecto se puede ver el artículo de PARAMIO, Ludolfo; “Giro a la izquierda”, *Revista Nueva Sociedad*, núm. 205, septiembre-octubre, 2006, p. 62-74.

afirmarse el principio de soberanía compartida entre el Rey y la Nación, el protagonismo político fue asumido por la alta burguesía a través del sufragio censitario. A este respecto, de acuerdo con estos principios, llegaron a conformarse sistemas parlamentarios en los que el Rey, por una parte, seguía manteniendo el poder ejecutivo, mientras que el poder legislativo, por la otra, residía en el órgano del Estado a través del cual se expresa la Nación, es decir, el Parlamento.

En este orden de ideas, el nuevo Estado liberal se encargaba únicamente de obedecer a los intereses políticos y económicos de la alta burguesía, de modo que la institución del Estado quedó supeditada a salvaguardar las libertades individuales, el derecho de propiedad y el orden público, elementos en los que se plasmaban los intereses de dicha clase.

En este panorama, la discusión sobre el poder constituyente, paulatinamente, fue difuminándose. Así, en la práctica, la mayor parte de las Constituciones dictadas durante esta época fueron elaboradas, previa concertación con el Rey, por los Parlamentos elegidos en virtud del sufragio censitario. Éstos, en el ejercicio de su actividad, plasmaban las exigencias e intereses de la clase burguesa, que monopolizaba la capacidad de influir en el sistema político, siendo, además, las leyes, producto de los mismos

Parlamentos¹⁰³. Se erigió, por tanto, una concepción orgánica de la Nación en total diferencia del concepto del pueblo, de modo que la Nación se configuró como el ente formado, a fines electorales, por aquel sector de la sociedad que tenía garantizado el derecho de sufragio, es decir, la burguesía. La Nación, así entendida, se concibió como el sujeto político.

En todo caso, la Nación, en términos sustantivos, tuvo una interpretación totalmente opuesta a la noción igualitaria del pueblo, pues el sujeto político quedó ceñido únicamente a la clase burguesa, que participaba en la elección de sus representantes con exclusión de otros sectores de la sociedad que, por condiciones económico-sociales, fueron apartados del espacio político¹⁰⁴.

Todo ello, desde el punto de vista constitucional, fue tratado por el jurista y filósofo socialista alemán FERDINAND LASSALLE, al momento de impartir en el año 1862 una conferencia titulada *¿Qué es una Constitución?*¹⁰⁵, en la cual destacó que ésta, en esencia, no es más que la reducción jurídica de todas las

¹⁰³ Así, por ejemplo, se suscitó en la Constitución francesa de 1830, la belga de 1831 y la española de 1845. En estos casos, como explica Pérez Royo, “la soberanía se expresaría fundamentalmente a través del principio monárquico-constitucional. La soberanía no reside ni en la Corona ni en la Nación, sino que reside conjuntamente en ambos, o mejor dicho, reside en la persona que ocupa el órgano del Estado, a través del cual se expresa la nación”. Ver: PÉREZ ROYO, Javier; **Curso de Derecho Constitucional**, Marcial Pons, Madrid, 13a ed., revisada y puesta al día por M. Carrasco Durán, Madrid, 2012, p.88.

¹⁰⁴ Esta singular situación, dados los efectos causados, impulsó la configuración de una corriente ideológica que contradecía al Estado liberal en virtud del perjuicio que representaba para la sociedad, especialmente, para la clase obrera. En este sentido, nos referimos a la corriente ideológica del socialismo, representada, por un lado, por los socialistas utópicos HENRI SAINT SIMON, CHARLES FOURIER, ÉTIENNE CABET y ROBERT OWEN, y por el otro, por los llamados socialistas científicos, FRIEDRICH ENGELS y KARL MARX.

¹⁰⁵ LASSALLE, Ferdinand; *¿Qué es una Constitución?*, Ariel, Barcelona, 2002, p. 21.

pretensiones o exigencias de los llamados factores reales y efectivos de poder (la Monarquía, aristocracia, burguesía y banqueros), conformados por los grupos elitistas de presión que, ejerciendo un poder estructural¹⁰⁶, eran capaces de influir de manera determinante en la sociedad para garantizarse un *status quo* dentro del Estado a la hora de tomar las decisiones que pudieran tener repercusión en la vida y continuidad del mismo.

Envuelta en esta coyuntura, la Constitución perdió su valor y su condición de norma diferenciada de la ley, e, inclusive, su propio significado jurídico. De ello podemos inferir que el poder constituyente, en el ejercicio de su actividad, no era ejercido por la Nación, sino por los poderes constituidos, integrados por la burguesía y el Rey, y en consecuencia, la Constitución, era considerada como un conjunto de principios políticos que necesariamente debían ser desarrollados por la ley. En efecto, el sistema de fuentes del derecho comenzaba en la ley y no existía ningún tipo de garantías de la Constitución ante la eventual transgresión de ella por parte de la ley. Más bien, la ley era la que daba fuerza jurídica a la Constitución, siempre a través del desarrollo que hiciere a las previsiones de aquélla. Finalmente, las Constituciones perdieron, incluso, sus procedimientos de reforma, de manera que termina por entenderse que pueden ser reformadas a través de la ley, ya que, para los europeos del siglo XIX, lo relevante no eran los

¹⁰⁶ Dentro de la teoría del poder, se denomina poder blando, también llamado poder estructural o *soft power*, a aquél que involucra la capacidad que posee un actor de incidir o influir en los intereses o acciones de otros, valiéndose de medios no coercitivos a causa de la dependencia generada a su favor. Ver: STRANGE, Susan; "Still an Extraordinary Power: America's Role in a Global Monetary System", en: LOMBRA, Raymond E. y WITTE, Willard E.; ***The Political Economy of International and Domestic Monetary Relations***, Ames, Iowa, 1982, p. 73-93.

procedimientos de reforma constitucional como mecanismo de estabilidad de la Constitución, sino la continuidad del poder constituyente como fórmula estructural¹⁰⁷.

Toda esta coyuntura se mantuvo en Europa hasta inicios del siglo XX. Lógicamente, sufrió vicisitudes y evoluciones dependiendo de los acontecimientos políticos de cada país. Por ejemplo, en España, el principio de la soberanía compartida y la identificación entre poder constituyente y poderes constituidos se consolidará por un largo período a partir de la Restauración y la Constitución de 1876¹⁰⁸, mientras que Francia lograría estabilizar el régimen republicano a partir de 1875 por medio de las tres Leyes Constitucionales de dicho año, en las que, paradójicamente, se renuncia a la idea de una Constitución como texto que organice el Estado como un todo.

Ciertamente, ya desde la segunda mitad del siglo XIX, se va a ir extendiendo gradualmente el sufragio universal masculino, aunque en ocasiones, como ocurre en España, mediatizado y manipulado. A pesar de ello, la confusión entre poder constituyente y poderes constituidos y la falta de valor normativo de la Constitución se mantuvieron como dos de las características dominantes del Estado liberal hasta el final de la Primera Guerra Mundial, cuando el poder

¹⁰⁷ GARCÍA LÓPEZ, Eloy; “Poder constituyente evolutivo en las crisis de la modernidad política”, ob. cit., p. 400.

¹⁰⁸ Por ejemplo, la Constitución española de 1876 fue resultado del principio de transición entre la Monarquía absoluta y el Estado constitucional como consecuencia a la restauración de la Monarquía en el año 1874 que permite el ascenso del príncipe Alfonso al trono. Ver: PÉREZ ROYO, Javier; *La reforma constitucional inviable*, Madrid, 2015, p. 10.

constituyente reaparece en el escenario político y jurídico dentro del continente europeo.

Es importante destacar, que si bien en las últimas décadas del siglo XIX y la primera del siglo XX ya se había puesto de manifiesto la contradicción entre el Estado liberal y su Constitución, por una parte, y la conformación de la sociedad que surge de la Revolución Industrial, dichas refutaciones aparecen con toda crudeza durante y, especialmente, después de la Primera Guerra Mundial, que produce, de hecho, la desaparición del antiguo orden social y, con él, la del antiguo orden político materializado en el Estado liberal.

En esta oportunidad, los nuevos sistemas que se instauran, como el caso de Alemania, y de algunos de los países que resultan del desmoronamiento del Imperio Austro-Húngaro y el episodio final de la II República española, surgen de Constituciones que intentan fraguar un consenso sobre unos valores aceptados de forma general por toda la sociedad. En efecto, la Constitución comienza a ser entendida como un compromiso entre los intereses de los distintos grupos que conforman la sociedad, sin exclusiones derivadas de la riqueza o el orden social. En estas condiciones, surge nuevamente el poder constituyente, como expresión del sujeto político conformado por el pueblo, que aspira a decidir su organización política y los valores que deberán promocionar y realizar aquella mediante su actuación.

A partir de aquí, la Constitución, representativa del acuerdo social sobre unos valores, toma un carácter diferenciado de la ley, que es el resultado de la voluntad política de la mayoría de cada momento, y, como consecuencia, adquiere fuerza normativa a través de garantías específicas, que tienen como función la de reaccionar frente a la vulneración de los derechos constitucionales de las minorías por parte de las leyes. En este sentido, es significativo el origen de la jurisdicción constitucional mediante los Tribunales Constitucionales en Checoslovaquia, Austria y España, así como la progresiva plasmación del control de constitucionalidad de las leyes a través de la jurisdicción ordinaria en Alemania¹⁰⁹.

No obstante, los sistemas democráticos surgidos en la Primera Posguerra Mundial no llegaron a estabilizarse como consecuencia de las tensiones políticas y sociales propias de la época, las cuales se intensificaron a partir del final de los años 20. Al comienzo de la Segunda Guerra Mundial, de hecho, existía en el mundo solo una docena de Estados que podían ser considerados como democráticos. En este sentido, tales ideas, y el modelo de Constitución racional-normativo, fueron retomados a partir de la Segunda Gran Guerra tras la victoria de los países Aliados frente a las potencias del Eje¹¹⁰.

¹⁰⁹ En este proceso, estuvieron muy presentes las ideas de KELSEN. Ver: CRUZ VILLALÓN, Pedro; ***La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad***, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1987, p. 70-77 y 229-419

¹¹⁰ En este supuesto la reconducción del Estado que se hizo en el nuevo constitucionalismo democrático, se basó en el principio de la mayoría limitada o cualificada que, según argumenta KELSEN, resulta muy adecuado para evitar la hegemonía de una clase. Por su mismo concepto, la mayoría supone la existencia de una minoría, y, por ende, el derecho de la primera también implica el derecho de la segunda a existir, resultando de ello, ya que no la necesidad, por lo menos la posibilidad de una protección de la minoría frente a la mayoría, los cuales constituyen la función

Particularmente, la consolidación del sistema parlamentario democrático en Alemania e Italia hizo que dicho sistema se extendiera por los países de Europa occidental, con su idea de Constitución normativa. En la década de los años 70 este fue el modelo en el que se inspiraron países anteriormente gobernados por dictaduras, como Grecia (1975), Portugal (1976)¹¹¹ y España (1978), y en la década de los años 90 fue el modelo adoptado por los países que abandonaron los regímenes comunistas en Europa del Este. Es también el modelo hacia el que han tendido otros países en otras partes del mundo, a veces con mayor éxito (Suráfrica, por ejemplo), otras veces fracasando. El modelo de Constitución normativa, insertado en sistemas políticos presidenciales, se ha trasladado, igualmente, a países de América Latina.

esencial de los llamados derechos públicos subjetivos, derechos políticos o garantías individuales consignados en todas las Constituciones modernas de la democracias parlamentarias, pues cualquier norma que se dicte sólo podrá dictarse con el asentimiento de una minoría cualificada y no contra su voluntad, es decir, que solamente son posibles mediante acuerdo entre mayoría y minoría. Ver: KELSEN, Hans; **Esencia y valor de la democracia** (Trad. Rafael Luengo Tapia y Luis Legaz Lacambra), Editorial Labor, Barcelona, 1934, p. 81-83.

¹¹¹ Portugal tuvo características particulares, pero evolucionaría hacia ese modelo al adoptar un sistema de gobierno semipresidencialista. La forma de gobierno adoptada en Portugal tras la Constitución de 1976, fue diseñado bajo un sistema mixto, de base parlamentaria. Así, como menciona MARIANA RODRIGUES CANOTILHO, se basa en un triángulo formado por tres órganos de soberanía: el Presidente de la República donde este último es elegido por sufragio universal al contrario de los sistemas puramente parlamentarios; el Parlamento (Asamblea de la República) integrada por 230 diputados elegidos en circunscripciones plurinominales bajo un sistema proporcional,; y el Gobierno (Primer Ministro) nombrado por el Presidente de la República, escuchado en el Parlamento y teniendo en cuenta los resultados electorales. Ver: RODRIGUES CANOTILHO, Mariana; “El sistema constitucional de Portugal”, **Revista de derecho constitucional europeo**, núm. 14, 2010, p. 124-127.

En síntesis, esta es la manera en que resurgió la teoría del poder constituyente en el Estado constitucional, que logra imponerse en muchos países a partir del establecimiento de la Constitución, configurando una sinergia clave entre la expresión democrática de la sociedad y la libertad e igualdad de todos los ciudadanos. Y esto interesa resaltarlo, puesto que la Constitución, además de concebirse como la expresión máxima del poder soberano, establece una serie de principios estructurales propios del sistema democrático (reconocimiento del principio de separación de poderes, derechos fundamentales y temporalidad en la periodicidad de las elecciones como mecanismo de rendición de cuentas o *accountability* a los representantes del pueblo), que servirán como límite al poder y permitirán que las minorías, en cualquier momento, puedan formar nuevas mayorías y acceder al poder como ejercicio de alternancia.

CAPITULO II

CARACTERÍSTICAS DEL PODER CONSTITUYENTE

La Constitución escrita¹¹², norma fundamental del ordenamiento jurídico y obra propiciada por el poder constituyente, etimológicamente proviene del latín *constituere*, cuya expresión, en forma similar a las acepciones que fueron concebidas tras las revoluciones liberales de los Estados Unidos de América y Francia a finales del siglo XVIII, corresponde a la operación racional de instituir y fundar al Estado en apoyo de un estatuto jurídico primario.

Dicho término resulta completamente equiparable a un sistema, organización, forma o estructura de gobierno expresado en un conjunto de reglas jurídicas básicas que emanan del pueblo en ejercicio del poder constituyente. Ello quiere decir que a partir de la Constitución, el punto de intersección entre la política y el Derecho¹¹³, será desvelada y articulada la estructuración técnico-jurídica del Estado que servirá como ordenación general y obligatoria de aquellas competencias que le son atribuidas a éste¹¹⁴.

¹¹² Dentro del Derecho constitucional, las Constituciones han sido clasificadas tradicionalmente según su grado de formalidad en escritas y no escritas. Para ello, en contraposición a la Constitución escrita, hoy día establecida en la mayoría de los países del mundo, y entendida como un tipo de norma que articula formalmente en un documento la organización del poder del Estado y la limitación de sus poderes, encontramos las Constituciones no escritas, las cuales fueron configuradas tradicionalmente en el sistema inglés. Particularmente, este tipo de Constituciones, al no encontrarse codificadas en un documento, son producto de leyes adoptadas por el Parlamento, decisiones judiciales y las costumbres que forman parte de su tradición. Al respecto pueden verse las obras de: BRYCE, James; *Constituciones flexibles y Constituciones rígidas*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1952, p. 25-26; SCHMITT, Carl; *Teoría de la Constitución*, ob. cit., p.38-41; y LOEWENSTEIN, Karl; *Teoría de la Constitución*, ob. cit., 158-161.

¹¹³ BURDEAU, Georges; *Traité de Science Politique*, Vol. III, Librairie générale de droit et jurisprudence, Paris, 1950, p. 171.

¹¹⁴ LUCAS VERDÚ, Pablo; *Curso de derecho político*, Vol. II, ob. cit., p. 416-423.

Pese a dicha precisión, el concepto de Constitución, tal como afirma GARCÍA PELAYO¹¹⁵, ofrece una pluralidad de formulaciones, ya que presupone la existencia política del pueblo para construir un nexo entre diversas esferas de la vida humana de las que no pueden escindirse, y que son concretadas en las condiciones políticas, jurídicas, económicas, culturales y sociológicas de cada país¹¹⁶. Por ende, debe considerarse que el objeto de toda Constitución puede resumirse en el establecimiento de un orden político-jurídico que expresa la voluntad normativa del poder constituyente, por el que además de organizar el Estado, limitar su poder y consagrar un catálogo de derechos, se prescribe un marco programático que sirve de guía para alinear la acción de los poderes públicos con arreglo a determinados valores y principios.

Indudablemente, es de esta forma como la definición de Constitución se ha universalizado bajo la aprehensión de una serie de elementos esenciales que la erigen como la norma fundamental del Estado y del propio sistema democrático. Conforme a ello, podemos afirmar, en líneas generales, que la Constitución es la base política y jurídica del ordenamiento estatal, que, “por una parte, configura y ordena los poderes del Estado por ella contruidos; por otra, establece los límites del ejercicio del poder y el ámbito de libertades y derechos fundamentales, así

¹¹⁵ GARCÍA-PELAYO, Manuel; **Obras Completas Tomo I**, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009, p. 259.

¹¹⁶ VITTORIO ENMANUEL, Orlando; **La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori dell'Assemblea costituente, Vol. I**, Camera dei Deputati-Segretariato generale, Roma, 1970, p. 289.

como los objetivos y las prestaciones que el poder debe cumplir en beneficio de la comunidad”¹¹⁷.

Tomando en cuenta esta precisión como punto de partida, y con el objeto de analizar la problemática que puede presentar la teoría del poder constituyente, hoy en día, en el actual mundo globalizado, como fuente de producción de las normas constitucionales que regulan las relaciones jurídicas de una comunidad¹¹⁸, es necesario que, de manera preliminar, nos detengamos a estudiar aquellos aspectos que han sido desarrollados por la doctrina a la hora de analizar al poder constituyente, como elementos caracterizadores del objeto de nuestro estudio.

1.- DEFINICIÓN DE PODER CONSTITUYENTE Y SUS CARACTERÍSTICAS BÁSICAS

La Constitución, producto del poder constituyente, encuentra su base de legitimación en el principio político democrático¹¹⁹, pues es a través de éste como aquélla adquirirá su singular condición normativa de documento político básico capaz de organizar y limitar el poder del Estado. Así pues, desde esta vertiente ordenadora de carácter normativo podemos encontrar una estrecha sinergia entre

¹¹⁷ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, ob. cit., p. 49.

¹¹⁸ MORTATI, Costantino; “Appunti sul problema delle fonti del potere costituente”, *Rassegna di diritto pubblico*, Vol. 1, 1946, p. 26.

¹¹⁹ Bajo el principio político democrático, la Constitución se presume válida porque procede de quien tiene el poder de darla, es decir, el pueblo en cuanto titular de la soberanía, que no tiene ninguna limitación, en virtud de no encontrarse sometido a ninguna norma. Ver: DE OTTO, Ignacio; *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, Ariel, Barcelona, 1987, p. 53.

democracia, poder constituyente y Constitución, pues la democracia supedita la existencia de los otros dos elementos.

Ahora bien, dentro de la problemática que relaciona la soberanía popular y la ley fundamental, aparece la teoría del poder constituyente para explicar el origen de la Constitución como fundamento de validez de ésta, a partir de la cual el pueblo como titular de la soberanía, y bajo la configuración de la democracia representativa de estirpe francés¹²⁰, no sólo va a constituir y limitar los poderes del Estado, sino que, además de ello, se autolimitará a sí mismo en el sentido de que, cara al futuro, sólo podrá ejercer su poder en los términos que han sido previstos en su obra¹²¹, dada la transformación que ocurre del principio político de soberanía popular por el de supremacía jurídica de la Constitución, con el que se vincula a los poderes públicos y a los propios ciudadanos.

¹²⁰ En la teoría del poder constituyente, EMMANUEL SIEYÈS vinculó el principio de soberanía nacional con el principio de representación, haciendo una clara distinción de los miembros del Estado en representantes y representados, lo que es igual a gobernantes y gobernados. Precisamente, bajo el principio de soberanía nacional como fuente constituyente, la Nación aparece como un ente abstracto que lógicamente, para poder manifestarse, requiere de representantes que expresen su voluntad en la elaboración de la Constitución. Esto no es óbice para argumentar que el componente democrático que envuelve el proceso constituyente, se agote con la elección de los representantes encargados de elaborar la Constitución; por el contrario además de que el pueblo conserva la soberanía, para que ésta pueda entrar en vigor, es tónica habitual, en la elaboración de las Constituciones modernas, la intervención del pueblo para que confirme su aprobación a través del mecanismo de referéndum, aspecto que fue recogido en la Francia revolucionaria a través del Decreto del 21 de septiembre de 1792, en el que se establece que “No puede haber Constitución que no haya sido aceptada por el pueblo”. Ver. LOEWENSTEIN, Karl; *Political Reconstruction*, Macmillan, New York, 1946, p. 116 y ss.

¹²¹ DE OTTO, Ignacio; *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, ob. cit, p. 53-55.

Por lo tanto, se intuye que el poder constituyente no quiere más que la regulación y por ende la autolimitación de la propia fuerza¹²². Pero la Constitución, en definitiva, no podrá encadenar al soberano mismo, o sea al pueblo, pues, como dueño indelegable de aquélla, siempre tendrá la posibilidad de cambiarla¹²³.

En este contexto, a la luz de la experiencia histórica desarrollada en el capítulo anterior, hemos podido analizar cómo fue el proceso de formación y ejercicio del poder constituyente. Como resultado de ello, debemos enfatizar que toda Constitución demanda, previamente a su creación, la existencia de un poder que, por su naturaleza excepcional, superior y anterior a los constituidos, es capaz de organizar el poder del Estado, y a su vez, limitarlo. En efecto, debe precisarse que la teoría del poder constituyente *stricto sensu* no surge para explicar el proceso de creación del Estado, aunque en algunas ocasiones ha podido coincidir con él¹²⁴. Por lo contrario, la configuración de dicha teoría va a permitirnos explicar el proceso de gestación y configuración de la fuente primaria del ordenamiento jurídico, es decir, la Constitución.

¹²² JELLINEK, Georg; *Allgemeine Staatslehre*, Springer, Berlin, 1914, p. 342 y ss., citado en NEGRI, Antonio; *El poder constituyente*, Traficante de sueños, Madrid, 2015, p. 32.

¹²³ CARRÉ DE MALBERG, Raymond; *Teoría general del Estado*, ob. cit., p. 1.165.

¹²⁴ Para autores como BURDEAU y PORRAS NADALES, el poder constituyente se sitúa en el momento originario y trascendental de creación o surgimiento del Estado, ya que a través de su configuración se impulsa el nacimiento del Estado y el Derecho. Tras la Revolución americana de fines del siglo XVIII, el proceso constituyente en el que se elaboró la Constitución Federal de los Estados Unidos de América coincidió sustancialmente con el surgimiento del Estado; en nuestra opinión, sin embargo, como en el caso francés y en muchos países europeos, el Estado ya existía y lo que se determinó fue darle una nueva forma a través de una Constitución para organizar y regular los poderes del Estado, a partir del principio de igualdad, en respeto de los derechos individuales de toda persona y sobre la base de la soberanía nacional. Ver: PORRAS NADALES, Antonio; "Notas sobre la teoría del poder constituyente y la experiencia española", *Revista de Estudios Políticos*, núm. 24, 1981, p. 175-176.

Bajo esta dialéctica, el poder constituyente, tal como afirma DÍAZ RICCI, corresponde a una expresión compuesta donde el *poder* se afirma como la capacidad impositiva de hacer algo, mientras que el término *constituyente* se refiere a la posibilidad de constituir, conformar o componer algo. En este sentido, el poder constituyente, en su entera apreciación, se relaciona directamente con el proceso de creación efectiva de la Constitución¹²⁵.

A partir de esta conjunción podemos afirmar que el poder constituyente, directamente relacionado con el concepto de Constitución, surge de las necesidades e intereses propios de las personas como un poder prejurídico o metajurídico imperativo y de carácter colectivo, que se manifiesta particularmente para configurar o reconfigurar el orden normativo que servirá como instrumento con el que se organiza y limita el ejercicio del poder del Estado, y que cristaliza en la Constitución.

De esta forma, el concepto de poder constituyente, desde la formulación originaria propuesta por SIEYÈS, ha pasado por un proceso de análisis doctrinal que ha sido desarrollado por las distintas corrientes del Derecho en el marco del constitucionalismo, dada la universalización de la Constitución escrita como resultado de las conquistas que fueron corolario de las revoluciones americana y francesa.

¹²⁵ DÍAZ RICCI, Sergio; *Teoría de la reforma constitucional*, Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM) – Universidad Complutense de Madrid - Ediar, Buenos Aires, 2004, p. 88.

CARL SCHMITT, quien a pesar de ser considerablemente criticado dentro del ámbito académico al haber sido uno de los colaboradores intelectuales del régimen nazi entre los años 1933 a 1936, en su controvertida teoría decisionista de la Constitución, establece que ésta, en su sentido positivo, es un sistema cerrado de normas que recoge la unidad política del pueblo.

Desde esta perspectiva, SCHMITT señala que la Constitución no surge de la nada. Previamente a ella, existe un poder constituyente que es definido como la voluntad política cuya fuerza o autoridad es capaz de adoptar la concreta decisión de conjunto sobre modo y forma de la propia existencia política. En este sentido, para este autor, “de las decisiones de esa voluntad política, se derivará la validez de toda ulterior regulación legal-constitucional”¹²⁶.

En este contexto, esta noción de poder constituyente tiene aspectos que, más que definirlo, se encuentran dirigidos a una especificación del desarrollo del acto constituyente en el momento originario de creación de la Constitución. Indiscutiblemente, ésta es producto del acto del poder constituyente que se produce cuando el “Ser Político”, bien se denomine pueblo o Nación, actuando soberanamente en un vacío legal que lo regule, va a decidir dotarse de una Constitución cuya validez dependerá solamente de su voluntad. Así, según SCHMITT, el poder constituyente pertenece al mundo del “Ser”, es parte viva de la

¹²⁶ SCHMITT, Carl; *Teoría de la Constitución*, ob. cit., p. 123-124.

existencia de la propia comunidad¹²⁷, y por consiguiente, se mantendrá y participará activamente en todo momento a través de ciertos mecanismos decisionistas, como lo pueden ser el referendo o el plebiscito, por encontrarse la entidad popular por encima de la propia Constitución.

Ahora bien, el problema al que se enfrenta esta teoría se encuentra en la reducción que hace el autor de la Constitución a una decisión que emana de la voluntad política, pues, tal como afirma HANNAH ARENDT, la decisión de la voluntad política sobre la que se edifica la Constitución, se encuentra, por definición, en constante cambio. En efecto, situados en el marco del poder constituyente, contrariamente a la democracia y a la propia Constitución, se permite que la estructura constitucional y legal, al no ser catalogada como una norma, pueda ser modificada por la mayoría de turno en contravención al propio sistema democrático, los derechos y las garantías individuales¹²⁸.

Así pues, tomando en consideración la teoría positivista del Derecho, en la que la Constitución es concebida como una norma jurídica, el estudio de la teoría del poder constituyente en lo que respecta a su definición y caracterización tuvo un desarrollo formidable desde su vertiente democrática a inicios del siglo XX, específicamente, en la escuela alemana. Fue justamente en ese país, en el año 1918, donde por primera vez se reconoció expresamente pueblo, bajo el principio

¹²⁷ CARPIZO, Jorge; "Algunas reflexiones sobre el poder constituyente", en: ***Estudios en homenaje al doctor Hector Fix-Zamudio en sus treinta años como investigador de las ciencias jurídicas***, Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), México, 1988, p. 144.

¹²⁸ ARENDT, Hannah; ***On revolution***, Penguin Books, New York, 1990, p. 163 y ss.

de igualdad, como único sujeto en materia de poder constituyente¹²⁹, al elaborar, a través de una Asamblea Constituyente, la que sería la Constitución de Weimar de 1919.

En este orden de ideas, autores de la época, como es el caso de ZWEIG Y JELLINEK, refiriéndose a SIEYÈS, destacan que la teoría del poder constituyente se caracteriza por sintetizar la doctrina de ROUSSEAU sobre la soberanía del pueblo y la teoría de MONTESQUIEU respecto a la separación de poderes¹³⁰, ello en virtud de que el poder constituyente, situado en la soberanía de la Nación, se manifiesta democráticamente para configurar la Constitución, entendida como una norma ordenadora que limita el poder del Estado en garantía de los derechos y libertades individuales de los ciudadanos. Para ello, el poder constituyente, aludiendo a JELLINEK, es exógeno respecto a la Constitución y resulta de lo empírico-fáctico, como producción de normas¹³¹ que surgen como ordenación del Estado tras el requerimiento voluntario de la propia sociedad.

Por otra parte, de acuerdo a la concepción normativa de la Constitución como *norma normarum* propuesta por el jurista austriaco HANS KELSEN, el poder constituyente es un presupuesto necesario que es desarrollado para otorgar

¹²⁹ Para la redacción de la Constitución de Weimar de 1919, se reconoció al pueblo como titular del poder constituyente, el cual tuvo la posibilidad de participar en su ejercicio a través de una Asamblea Constituyente, la cual fue electa mediante una votación libre y secreta que incluía el voto femenino. Ver: HÄBERLE, Peter, *El Estado constitucional*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2007, p. 131.

¹³⁰ CARRÉ DE MALBERG, Raymond; *Teoría general del Estado*, ob. cit., p. 1190.

¹³¹ JELLINEK, Georg; *Teoría general del Estado*, ob. cit., 331.

legitimidad y validez a las normas legales y el propio Estado a partir de la Constitución. Conforme a la vertiente positivista kelseniana, el poder constituyente, más que un poder soberano, es un poder jurídico¹³² que se establece en la norma suprema y se manifiesta de acuerdo con un procedimiento especial previsto en la Constitución como poder de reforma constitucional. Sin embargo, el autor austriaco no deja escapar que, antes de todo, en la primera Constitución *ex novo*, existe un poder constituyente originario que, pese a no ser jurídico, tampoco puede ser considerado como un mero hecho carente de relevancia para la ciencia jurídica¹³³. En cualquier caso, el poder constituyente originario, en la teoría constitucional formalista de KELSEN, sólo es reconocido por representar una ficción que sirve para otorgar validez al ordenamiento jurídico que regulará al Estado. De hecho, conscientemente, KELSEN omite su descripción al momento de definirlo.

Bajo estas ideas, y desde la vertiente democrática, en palabras de HERMANN HELLER, las nociones de soberanía y poder constituyente son completamente equiparables, desde el momento en que este último dirige su actividad a la creación de la Constitución como fuente primera del ordenamiento jurídico¹³⁴, en la medida en que el constituyente asentado en la voluntad soberana de la Nación será el que, además de legitimar la validez de la norma suprema, se encontrará facultado para organizar y limitar el poder del Estado.

¹³² KELSEN, Hans, *Teoría general del Estado*, Editora Nacional, México, 1965, p. 330-331.

¹³³ ALÁEZ CORRAL, Benito; *Los límites materiales a la reforma de la Constitución española de 1978*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000, p. 49-50.

¹³⁴ HELLER, Hermann; *Teoría del Estado*, Fondo de Cultura Económica, México, 1963, p. 306.

Sustancialmente, dentro del extenso estudio de la escuela positivista del Derecho, la doctrina contemporánea ha podido definir al poder constituyente como “la voluntad originaria, extraordinaria y soberana de una comunidad que dicta las normas fundamentales para la organización y funcionamiento de su convivencia política”¹³⁵. Quiere decirse entonces que el poder constituyente es un hecho prejurídico emanado de la voluntad del pueblo que, tal como afirma MORTATI, saca de sí misma, y nunca de otra fuente, su propio límite y norma de su actuación¹³⁶.

Así pues, al no tener previamente regulación alguna y no derivar de ningún otro poder preexistente, el poder constituyente aparecerá como el instrumento racional con el que la Nación (pueblo) decide organizarse políticamente y ordenarse jurídicamente a través de la Constitución, reclamando para sí misma la posición de centro de poder originario, autónomo e incondicionado¹³⁷.

En síntesis, como punto de confluencia de estas apreciaciones, podemos afirmar que el poder constituyente corresponde a un poder propiciado por el propio pueblo que se manifiesta legítimamente, de acuerdo con los principios estructurales de igualdad y libertad democrática, como unidad política que exterioriza su voluntad de establecer la Constitución que fija el orden político fundamental del Estado.

¹³⁵ LUCAS VERDÚ, Pablo; *Curso de Derecho político*, Vol. II, ob. cit., p. 583.

¹³⁶ MORTATI, Constantino; *Raccolta di scritti I*, Giuffrè, Milán, 1972, p. 11.

¹³⁷ PÉREZ ROYO, Javier; *Curso de Derecho Constitucional*, ob. cit., p. 85.

A partir de esta lógica organizativa de carácter normativo, podemos extraer una serie de características que son comúnmente admitidas por la doctrina a la hora de puntualizar ciertos aspectos primordiales que desarrollan la teoría del poder constituyente y su actividad, entre los que se destacan:

1.- Es un poder *originario* o *radical*. Ello no quiere decir que el poder constituyente sea el origen del Estado, ni tampoco que no tenga algún condicionante a la hora de actuar. Contrariamente, se dice que el poder constituyente es originario por cuanto dimana del propio pueblo como titular del poder soberano, y, a través de su actuar, se apunta como la fuente primaria del Derecho que ordena y limita los poderes del Estado.

Desde esta perspectiva, según CARLOS DE CABO, la originalidad del poder constituyente puede concretarse a través de su triple significación, en la que: i) El poder constituyente se basa en sí mismo sin necesidad de apoyarse en un poder anterior; ii) Es un poder inicial, en el sentido de que encuentra en sí mismo el impulso para su puesta en funcionamiento y; iii) Es un poder inaugural, no porque vaya a crear al Estado, sino porque supone una ruptura jurídico-política con la situación anterior y la apertura hacia otra nueva, por lo que se considera "*conditor republicae*", agotándose en esta función¹³⁸. Ahora, una vez dictada la Constitución, el poder constituyente quedará jurificado como poder constituyente derivado o

¹³⁸ DE CABO, Carlos; *La reforma constitucional en la perspectiva de las fuentes del derecho*, Trotta, Madrid, 2003, p. 31.

reformador, y cualquier modificación que pretenda hacerse al contenido del texto constitucional deberá transitar el procedimiento formal de reforma constitucional que establece la propia Constitución.

2.- Es un poder *único*, ya que ningún otro poder o forma de organización producto de la Constitución (poderes constituidos), puede, en estricto sentido, ejercer la función que desempeña éste. Se trata, pues, de un poder absoluto que no admite ningún poder paralelo que pueda ejercer sus funciones¹³⁹.

3- Es un poder *extraordinario*, ya que actúa en momentos específicos, bien para crear la Constitución jurídica del Estado o para refundar su orden jurídico, luego de algún proceso revolucionario o pacífico que resulta de la manifestación voluntaria de la sociedad. Es un poder, por lo general, previo al orden estatal y, a pesar de aparecer en momentos específicos, estará siempre latente para activarse en un proceso de reforma constitucional o en un proceso de ruptura con el orden constitucional vigente.

4.- Es un poder *autónomo*, en virtud de que deriva de la voluntad soberana del pueblo. En consecuencia, el poder constituyente no se encuentra sometido a ninguna regulación jurídica de fondo o procedimiento, en virtud

¹³⁹ Perú. Tribunal Constitucional (Pleno) [Internet]. Sentencia núm. 0014-2002-AI/TC, de 21 de enero de 2011, [consultado 03 de marzo 2015]. Disponible en <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00014-2002-AI.html>.

de que dicho poder es una fuerza política omnipotente que fundamenta la validez normativa de la Constitución¹⁴⁰.

Sin perjuicio de que esté condicionado por la realidad preexistente, sobre este punto es importante aclarar que el poder constituyente sólo es considerado autónomo y sin limitación jurídica alguna en el momento fundacional del orden constitucional¹⁴¹. Por el contrario, dicho poder, cuando se manifiesta para llevar a cabo alguna modificación de la Constitución o dictar una nueva norma, encontrará límites preestablecidos dentro del propio texto fundamental que regulan su ejercicio. Precisamente bajo esta vertiente, el poder constituyente ya no es ni será un poder incondicionado y soberano, sino que en cuanto constitucionalizado, es un poder que se encuentra jurificado, y por tanto limitado¹⁴².

2.- EL SUJETO TITULAR DEL PODER CONSTITUYENTE

El análisis del sujeto o titular del poder constituyente, tanto en la teoría como en la práctica, es un tema que se encuentra estrictamente ligado al principio de

¹⁴⁰ MARTÍNEZ SOSPEDRA, Manuel; *Manual de Derecho Constitucional. Parte General*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2007, p. 179.

¹⁴¹ SIEYÈS, en la construcción de su teoría, sostuvo que si bien el poder constituyente de la Nación es ilimitado desde un punto de vista jurídico-positivo, es limitado por el Derecho natural, ya que en él la Nación encuentra su existencia misma para conformarse como constituyente. Ver: SIEYÈS, Emmanuel, *Qu'est-ce que le tiers état?* (1789), Quadrigue/Presses Universitaires de France, Paris, 1983, p. 67.

¹⁴² DE CABO, Carlos; *La reforma constitucional en la perspectiva de las fuentes del derecho*, ob. cit., p. 32.

soberanía popular derivado de la doctrina del pacto social formulada por ROUSSEAU. Importa ahora precisar que, así como existe una estrecha relación entre Democracia y Constitución, o de esta última con el poder constituyente, igualmente concurre una vinculación directa entre la soberanía popular y el poder constituyente, pues este último es quien determinará y hará realidad la concepción de soberanía¹⁴³.

Como hemos venido advirtiendo, el origen de la teoría del poder constituyente se encuentra en la Revolución francesa y se concibe como un acto imperativo de la Nación que, como poder soberano, surge de la nada para organizar democráticamente los poderes del Estado¹⁴⁴. De ahí que podamos apuntar que el poder constituyente, atribuido a la Nación, no es más que el resultado de la sustitución que ocurre en el Estado moderno, donde la soberanía dejó de estar asentada en la figura del monarca para ser ocupada por la Nación, personificación del pueblo como unidad política, que traduce su actuar voluntario y consciente en la producción de su propia Constitución, sobre la cual, como afirmó SIEYÈS, “ninguna clase de poder delegado puede cambiar nada en las condiciones de la delegación”¹⁴⁵.

¹⁴³ PÉREZ ROYO, Javier; *Curso de Derecho Constitucional*, ob. cit., p. 87-88.

¹⁴⁴ BOUTMY, Émile; *Étude de droit constitutionnel: France, Angleterre, États-Unis*, Librairie Plon, Paris, 1909, p. 241, citado en NEGRI, Antonio; *El Poder Constituyente*, ob. cit., p. 28.

¹⁴⁵ SIEYÈS, Emmanuel; *¿Qué es el tercer Estado?*, Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), México, 1983, p. 108-209.

A partir de esta fórmula, desde el surgimiento del constitucionalismo moderno, la configuración del poder constituyente de la Nación, en su evolución, confirió distintos matices a la definición del término pueblo.

Como hemos examinado en el primer capítulo, durante gran parte del siglo XIX, el poder constituyente llegó incluso a desaparecer del escenario político, pues el principio de soberanía fue compartido entre el Rey y el Parlamento. En esta fase, la Nación fue concebida como un sujeto político a fines electorales que estaba integrado por la burguesía junto con los restos, en su caso, de la clase aristocrática, los cuales conformaban los sectores sociales representados en el Parlamento. Ello supuso adoptar una configuración “orgánica” de la Nación. Más adelante, a inicios del siglo XX, tras la desaparición del Estado liberal, y con él, la del antiguo orden social, el poder constituyente reaparece con la participación de toda la sociedad sin exclusiones por motivos de riqueza o sectores sociales. Sin embargo, no es hasta la Segunda Posguerra Mundial, con la instauración del constitucionalismo democrático, cuando la titularidad del poder constituyente se asienta definitivamente en la Nación como voluntad política del pueblo en el ámbito político de Europa occidental.

A partir de entonces, nunca se ha puesto en duda en nuestro ámbito político y cultural, cuando se admite el principio político democrático de la soberanía popular, que la titularidad del poder constituyente corresponde exclusivamente al

pueblo¹⁴⁶, conformado sin ningún tipo de distinción que formalmente pudiera oponer alguna imposibilidad individual por razón económica, política, social, cultural, entre otras¹⁴⁷, a la participación política en el proceso de creación o modificación de la Constitución, pues, como diría PÉREZ ROYO, el Estado que no esté democráticamente constituido en estos términos, carece de legitimidad y, en consecuencia, no podría considerarse como un verdadero Estado de Derecho¹⁴⁸.

Sobre la base de estas premisas, debemos entender que el poder constituyente en la teoría democrática, desde el ápice de su titularidad, radica en el propio pueblo como poder soberano, y, en la práctica, conforme a la tradición francesa, es ejercido democráticamente a través de unos representantes que son electos mediante el sufragio universal, a quienes se les encomendará la tarea exclusiva de redactar o reformar la Constitución en nombre y representación del propio pueblo. No obstante, es importante hacer mención de que actualmente, en el Derecho comparado, se ha vuelto una práctica habitual que el propio pueblo

¹⁴⁶ DE VEGA, Pedro; ***La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente***, ob. cit., p. 29.

¹⁴⁷ Así, igualmente, fue incluida la participación política de las mujeres al reconocer y garantizar su derecho al sufragio. En un principio, dicho derecho fue reconocido en países como Nueva Zelanda (1893), Australia (1903), Finlandia (1906), Noruega (1913) y Reino Unido (1918), este último sólo para las mujeres mayores de treinta años. Años después, y de manera paulatina, es incorporado dentro de muchas Constituciones, como en efecto ocurrió, por ejemplo, en España, con la Constitución de 1931, y en Francia, en el año 1944. Ver: CARPIZO, JORGE; “Concepto de democracia y sistema de gobierno en América Latina”, ***Revista general de derecho público comparado***, núm. 1, 2007, p. 353. Para una visión general de Derecho comparado en Europa, ver: RODRÍGUEZ RUIZ, Blanca y RUBIO MARÍN, Ruth; *The Struggle for Female Suffrage in Europe. Voting to Become Citizens*, Brill, Leiden, Boston, 2012.

¹⁴⁸ PÉREZ ROYO, Javier; ***Curso de Derecho Constitucional***, ob. cit., p. 89.

intervenga en los procesos constituyentes para aprobar definitivamente el texto constitucional mediante el mecanismo de referéndum.

En cualquier caso, la afirmación que se ha hecho teóricamente del pueblo como sujeto del poder constituyente, probablemente, en la *praxis*, pueda ser objeto de muchas controversias en el mundo actual. Esta paradoja se deriva de que la actividad que lleva a cabo el pueblo al ejercer su función constituyente ha podido verse afectada como consecuencia de la erosión de la soberanía estatal tras los embates producidos por el fenómeno transnacional de globalización, punto este que será abordado en el tercer capítulo de la presente investigación.

3.- OBJETO Y CLASES DE PODER CONSTITUYENTE

Suele definirse al poder constituyente *in totum* como un poder extrajurídico, original y supremo que funda y configura a la Constitución normativa para, entre otras cosas, organizar y regular los poderes del Estado. Ahora bien, para analizar el *telos* del poder constituyente según autores como FROCHOT y CARPIZO, en la propia idea de dicho poder está ya implícita, hasta cierto punto, la de la modificación que puede sufrir la Constitución en cualquier momento¹⁴⁹. Sin embargo, otra corriente del constitucionalismo, integrada por autores como CARL FRIEDRICH, CARL SCHMITT, GEORGE BURDEAU, NICOLÁS PÉREZ SERRANO y PEDRO DE

¹⁴⁹ Dentro de esta perspectiva, JORGE CARPIZO sostiene que la Constitución es reformada por el propio poder constituyente o un órgano que creó éste, y la distinción que hacen algunos autores entre poder constituyente originario y poder constituyente derivado es muy socorrida, pero no acertada. Ver: CARPIZO, Jorge; "Algunas reflexiones sobre el poder constituyente", ob. cit., p. 146.

VEGA, entre otros, ha distinguido una dicotomía en la figura del poder constituyente contraponiendo el fin que éste pretenda llevar a cabo en el marco de su actividad, cuando se manifieste en el eje originario, al crear la Constitución, o bien actúe al modificarla posteriormente, para adecuarla a los nuevos contextos y realidades que exige la sociedad.

Es así, en este orden, como el objeto del poder constituyente va a depender de la finalidad que supone su actividad. Por ello, la doctrina, comúnmente, suele fragmentar al poder constituyente según la función que éste desempeñe en dos modalidades: poder constituyente originario o fundacional y poder constituyente derivado¹⁵⁰, constituido, instituido, reformador o revisor de la Constitución. Estos tipos van a distinguirse según una serie de características elementales que se relacionan directamente con su ejercicio y que de manera detallada pasaremos a analizar.

3.1.- EL PODER CONSTITUYENTE ORIGINARIO O FUNDACIONAL

De acuerdo con gran parte de la doctrina, el poder constituyente originario corresponde al sujeto que actúa primigenia y fundacionalmente en el proceso de creación del orden normativo (Constitución) que organizará y limitará los poderes

¹⁵⁰ En el desarrollo de la investigación, utilizaremos el término de *poder constituyente derivado*, a pesar de los distintos términos sinónimos que la doctrina ha desarrollado (poder constituyente instituido, reformador o revisor de la Constitución), precisamente para referirnos a aquel poder que se manifiesta para llevar a cabo, a través de los procedimientos previstos en la Constitución, cualquier modificación del texto constitucional.

del Estado. Según JORGE DE ESTEBAN Y GONZÁLEZ TREVIJANO, “el poder constituyente originario, es el poder creador de la Constitución, aquel poder de naturaleza metajurídica que da lugar a la norma fundamental del Estado”¹⁵¹. Otros autores, entre ellos NOGUEIRA ALCALÁ¹⁵² y SAGÜÉS¹⁵³, no sólo se limitan a definirlo como el poder que organiza y da forma jurídica al Estado en su inicio. Por el contrario, van más allá y lo complementan al incluir las manifestaciones que pueden darse al momento de refundar el orden jurídico estatal cuando ocurre un proceso revolucionario o, en algunos casos, como consecuencia de un golpe de Estado, o como producto de una decisión pacífica del cuerpo político de la sociedad que voluntariamente decide dotarse una nueva Constitución¹⁵⁴.

Así entendido, el poder constituyente originario, en principio, puede ser aquél que por ser previo a la Constitución y no encontrar fundamento de legitimidad en algún poder jurídico preexistente, no encuentra límite jurídico que sea capaz de restringir su actuar cuando se crea la primera Constitución, la cual, como hemos mencionado, en algunas ocasiones pudo coincidir con el proceso de creación del

¹⁵¹ DE ESTEBAN, Jorge y GONZÁLEZ TREVIJANO, Pedro; *Tratado de Derecho Constitucional III*, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2000, p. 708.

¹⁵² NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto; “Consideraciones sobre poder constituyente y reforma de la Constitución en la teoría y la práctica constitucional”, *Revista Ius et Praxis*, núm. 15, 2009, p. 232-238.

¹⁵³ SAGÜÉS, Néstor Pedro; *Manual de derecho constitucional*, Astrea, Buenos Aires, 2007, p. 65-66.

¹⁵⁴ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto; “Consideraciones sobre poder constituyente y reforma de la Constitución en la teoría y la práctica constitucional”, ob. cit., p. 232-233. Para el autor argentino SAGÜÉS, el poder originario es entendido como un poder irregular que no se encuentra obligado por regla alguna, que se distingue, a su vez, en poder fundacional, como creador del Estado, y poder posfundacional, como aquel que inaugura un nuevo ciclo o era constitucional en un Estado ya existente. Ver SAGÜÉS, Néstor Pedro; “Notas sobre el poder constituyente irregular”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, año XV, 2009, p. 154 -155.

Estado [p. ej., Estados Unidos de América (1787) y Venezuela (1811)], o, por el contrario, con el establecimiento de un orden constitucional para una organización política preexistente como el caso de la Monarquía Absoluta [p. ej., Francia (1791) y España (1812)] o la organización, en términos democráticos, de un Estado que transitó de un autoritarismo [p. ej., España (1978), Portugal (1976), Grecia (1975), Brasil (1988); etc.]. Igualmente debe entenderse que el poder constituyente originario también puede manifestarse sin ningún tipo de limitante, al desarticular el orden constitucional precedente para reconfigurar la Constitución en su totalidad como producto de un golpe de Estado [p. ej., Venezuela (1953)] o por la manifestación política que voluntariamente hace el pueblo para reorganizar y refundar el orden constitucional, tras considerar que el existente no se acopla a las necesidades y exigencias de la sociedad [p. ej., la Constitución de la República Española de 1931, o, las más recientemente elaboradas en el ámbito latinoamericano, como las de Colombia (1991), Venezuela (1999), Ecuador (2008) y Bolivia (2009)].

En cualquier caso, el poder constituyente originario, de acuerdo a su actividad fundacional o posfundacional del orden constitucional, reúne una serie de características que, esquemáticamente, destacamos a continuación:

- a) Es un poder extrajurídico o metajurídico, pues previamente a él no existe un orden jurídico que sea capaz de regularlo. Más bien, el constituyente

originario es el poder que va a fundar el orden normativo al momento de crear la Constitución estatal o reestructurarla en su totalidad.

- b) Es un poder originario porque emana del propio pueblo, y, al ser producto de la soberanía popular ejercida democráticamente, se encuentra por encima del resto de las ramas del poder público creadas a partir de la Constitución, es decir, los poderes constituidos (ejecutivo, legislativo y judicial).
- c) En principio, se dice que es un poder ilimitado y con plenos poderes al momento de elaborar la Constitución, ya que no encuentra ningún orden jurídico previo a partir del cual puede ser controlado. Sin embargo, el poder constituyente originario, en el mundo contemporáneo, es una mera representación histórica, pues, además de no ser nuevo, nunca se podrá conformar como *legibus solutus* ilimitado¹⁵⁵.

Sobre este particular, podemos destacar la existencia de derechos individuales que son consagrados como principios que resultan indisponibles para el poder constituyente, pues, como apuntaba ya el político francés BENJAMIN CONSTANT, “el reconocimiento abstracto de la soberanía del pueblo no aumenta en nada la suma de libertad de los individuos, y si se le atribuye una amplitud indebida, puede perderse la

¹⁵⁵ BREWER CARÍAS, Allan; *Golpe de estado y proceso constituyente en Venezuela*, Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), México, 2002, p. 99.

libertad, a pesar y en contra de este principio”¹⁵⁶. En otras palabras, la afirmación de la soberanía popular sólo puede existir de un modo relativo, ya que, como regla de principio no exenta de matices, donde comienza la independencia y la existencia individual, se detiene el alcance de la soberanía.

En efecto, si bien entendemos que el poder constituyente originario es un poder autónomo, libre e independiente que tiene plena capacidad para ordenar y reordenar la Constitución cuando así lo exija la propia sociedad, por otro lado, no debemos obviar que en el Estado democrático, pese a que la Constitución emane de la propia voluntad soberana del pueblo y sea la fuente primera del Derecho positivo, su actuar siempre estará dirigido al respeto y salvaguarda de los derechos y libertades, que, desde otro punto de vista, configuran condicionantes a su actuación, pues, en caso contrario, la potestad soberana vaciaría con ello uno de los elementos primarios que hacen parte del propio sistema democrático.

d) Es un poder extraordinario que, por su carácter primigenio, va a manifestarse al momento de crear la Constitución o en la eventual refundación del orden constitucional. Dichas manifestaciones, en su mayoría, suelen darse a través de procesos constituyentes que discurren a raíz de una Asamblea Constituyente electa por el sufragio universal del

¹⁵⁶ CONSTANT, Benjamin; *Escritos políticos* (Trad. María Luisa Sánchez-Mejía), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, p. 9.

pueblo, cuya función estará exclusivamente dirigida a redactar la Constitución¹⁵⁷. Una vez que la Constitución es aprobada por el pueblo, todos los poderes del Estado pasan a ser poderes constituidos, y el poder constituyente originario desaparece, para que la normatividad fundamental se convierta en el punto cardinal del sistema¹⁵⁸, que vincula a los poderes públicos y al propio pueblo.

No obstante, es también posible que un Parlamento no elegido como constituyente asuma dicha función, como por ejemplo ocurrió en España en 1978.

3.2.- EL PODER CONSTITUYENTE DERIVADO

El poder constituyente derivado, también denominado por la doctrina como poder constituyente constituido, instituido, reformador o revisor de la Constitución, corresponde a aquel sujeto constituyente que tiene por función primaria la modificación de la Constitución vigente. Quiere decir, entonces, que mientras el constituyente originario crea o reconstituye el orden constitucional, el constituyente

¹⁵⁷ También es posible que un Parlamento no elegido como constituyente asuma esta función (p. ej., España, 1978)

¹⁵⁸ DE VEGA, Pedro; *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, ob. cit., p. 222.

derivado, por su parte, emana directamente de aquél y tiene por objeto la reforma¹⁵⁹ parcial o general de la norma fundamental¹⁶⁰.

Al respecto, la Constitución, parafraseando a JEFFERSON, por muy acertada que sea, no puede prever todas las situaciones, ni condicionar al poder constituyente del mañana. Esta situación, inequívocamente, implica que el propio texto fundamental deba responder y adaptarse a las nuevas realidades políticas, económicas y sociales, o, simplemente permitir que se lleven a cabo las correcciones técnicas de errores de los preceptos constitucionales en los que, en su momento, pudo incurrir el constituyente originario al redactar la Constitución. Por consiguiente, la modificación constitucional, como manifestación del constituyente derivado, aparecerá como un punto de equilibrio entre la estabilidad propiciada por la rigidez constitucional y la necesidad del cambio social expresada por el propio pueblo como poder soberano.

Ahora bien, el poder constituyente derivado no es, por tanto, un poder “ilimitado”, puesto que no tiene facultad de dictar una nueva Constitución. En

¹⁵⁹ Compartimos la definición propuesta por BISCARETTI DI RUFFIA en la que señala a la reforma constitucional como aquella actividad normativa que es desplegada para modificar parcial o radicalmente una Constitución rígida, valiéndose del particular procedimiento predeterminado por ella. Ver: BISCARETTI DI RUFFIA, Paolo; **Derecho Constitucional**, Tecnos, Madrid, 1965, p. 274.

¹⁶⁰ Dentro de la doctrina se ha distinguido el poder constituyente derivado, según sea el ámbito de su actividad, en: *poder constituyente derivado*, es decir, aquel que se ejerce para modificar la totalidad del texto constitucional vigente y en sus partes vitales por una Asamblea Constituyente o Convención Constitucional; y *poder reformador de la Constitución*, como aquel que modifica uno o varios artículos de la Constitución sin alterar sus partes vitales y que es ejercido por el poder legislativo. Ver: HERNÁNDEZ VALLE, Rubén; “El poder constituyente derivado y los límites jurídicos del poder de reforma constitucional”, **Revista Española de Derecho Constitucional**, núm. 37, Ene.-Abr., 1993, p. 147.

efecto, tal como sostiene PEDRO DE VEGA, el constituyente derivado, en la medida en que aparece reglado y ordenado en la Constitución, se convierte en un poder limitado, lo que entonces quiere decir que en ningún momento, dentro de su actividad revisora, podrá considerarse como libre y soberano, contrariamente a lo ocurrido con el constituyente originario, que, en su eje fundacional o refundacional del orden constitucional, opera como *res facti, non juris*¹⁶¹.

En la *praxis*, el poder constituyente derivado generalmente actúa a través de los poderes constituidos, específicamente, el poder legislativo, que, mediante los cauces procesales previstos en el texto constitucional, generalmente, de mayorías reforzadas como garantía de la rigidez que caracteriza al texto fundamental, utilizará su potestad para llevar a cabo la modificación de la Constitución, que inclusive, en muchas ocasiones, requiere ser aprobada definitivamente por un procedimiento democrático de participación ciudadana, como es el referéndum.

Con claridad, ha sido ampliamente aceptado que el poder constituyente derivado ocupa una posición intermedia entre el poder constituyente originario y el poder legislativo. Como poder originario, puede suponer la modificación de la Constitución, aun en su totalidad, mientras que, como poder legislativo, al emanar directamente de la Constitución, se encuentra reglado y delimitado¹⁶² expresamente por el propio texto fundamental, al establecer cuáles son las

¹⁶¹ DE VEGA, Pedro; **La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente**, ob. cit., p. 65.

¹⁶² NAVAS CASTILLO, Antonia y NAVAS CASTILLO, Florentina; **El Estado Constitucional**, Dykinson, Madrid, 2009, p. 249.

competencias, procedimientos y restricciones que se aplican directamente a su ejercicio.

Bajo este planteamiento, el poder constituyente derivado recoge en su actuar las siguientes características:

- a) Es un poder juridificado previsto en la propia Constitución, que, como instrumento jurídico fundamental, reconoce, regula y delimita su actividad.
- b) Es un poder derivado, es decir, carente de originalidad, ya que no es ejercido directamente por el pueblo como manifestación apriorística de la soberanía popular.
- c) Es un poder extraordinario, cuya aparición intermitente supone una garantía constitucional¹⁶³ que permite actualizar la Constitución para adaptarla a las realidades y necesidades políticas, económicas y sociales.
- d) Es un poder limitado y condicionado, en el sentido de que, al ser juridificado, encuentra límites que regulan su actuar en el momento en

¹⁶³ Para PÉREZ ROYO, la reforma constitucional es una garantía extraordinaria a la que se recurre excepcionalmente cuando la garantía ordinaria, la Justicia Constitucional, no alcanza a resolver el problema. Ver; PÉREZ ROYO, Javier; **La reforma de la Constitución**, ob. cit., p. 73-74.

que intente modificar la Constitución. Frente a él aparece la Constitución con fuerza de ley suprema y de fuente primaria, en la que se ha concretado el poder soberano de grado más elevado, que define sus límites¹⁶⁴.

Desde esta perspectiva, todas las limitaciones que son impuestas constitucionalmente al poder constituyente derivado no son más que el presupuesto fáctico que sostiene la construcción jurídica del mencionado principio de rigidez constitucional, al momento de introducir modificaciones en la normativa del texto supremo¹⁶⁵. Se trata, simplemente, de la salvaguardia de la soberanía popular que ha sido afirmada en el texto constitucional, pues, de esta manera, se pretende evitar que las modificaciones que pueda sufrir la Constitución conlleven la supresión, suspensión, quebrantamiento o destrucción del propio sistema¹⁶⁶.

¹⁶⁴ MAZZIOTTI DI CELSO, Manlio y SALERNO, Giulio; *Manuale di diritto costituzionale*, CEDAM, Padova, 2002, p. 104-105.

¹⁶⁵ DÍAZ RICCI, Sergio; "Rigidez constitucional. Un concepto toral", *Estado constitucional, derechos, justicia y vida universitaria*, Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), México, 2015, p. 555.

¹⁶⁶ La *supresión de la Constitución* corresponde al cambio total de una Constitución pero conservando el poder constituyente en que se basaba; la *suspensión* de la Constitución que puede ocurrir cuando una o varias disposiciones constitucionales son declaradas provisionalmente no vigentes; el *quebrantamiento o violación de la Constitución* se refiere a la vulneración directa o indirecta de prescripciones de la Constitución sin alterar formalmente su vigencia para los demás casos y para el futuro; y la *destrucción* de la Constitución implica un cambio total de la Constitución existente y del propio poder constituyente en el que el orden anterior se basó como su fundamento Ver: SCHMITT, Carl; *Teoría de la Constitución*, ob. cit., p. 115-117; GARCÍA-ATANCE, María; *Reforma y permanencia*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002, p. 78-80; y TORRES DEL MORAL, Antonio; *Introducción al Derecho Constitucional*, Servicio de

4.- NATURALEZA DEL PODER CONSTITUYENTE

La naturaleza del poder constituyente, en su apreciación teórica perfilada tras la Revolución francesa, fue una de las cuestiones que planteó mayor conflicto a la hora de abordar y explicar las razones por las que la Nación podía tener la facultad de darse un orden jurídico que fuera capaz de organizar y regular los poderes del Estado.

Frente a esta situación, como bien se ha explicado a lo largo del presente capítulo, la función *a priori* del poder constituyente se encuentra reducida a la configuración de la Constitución como *norma normarum*, la cual posee supremacía frente al resto de normas que compone el ordenamiento jurídico y vincula por igual a los poderes públicos y a los ciudadanos. Ahora bien, la determinación de su naturaleza no ha sido una cuestión sencilla de explicar, pues, como afirma BURDEAU, la potencia que el poder constituyente oculta se muestra rebelde a una integración total en un sistema jerarquizado de normas y competencias¹⁶⁷, ya que éste se presenta como la expresión más pura de la soberanía popular.

Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, 1996, p. 114-115.

¹⁶⁷ BURDEAU, Georges; *Traité de Science Politique*, Vol. IV, Librairie générale de droit et jurisprudence París, 1953, p. 171, citado en NEGRI, Antonio; *El Poder Constituyente*, ob. cit., p. 27-28.

En realidad, el estudio de la naturaleza real del poder constituyente se encuentra supeditado a la clasificación que se haga de éste tomando en cuenta el objeto de su actividad¹⁶⁸. De acuerdo con esta posición, se intuye que el poder constituyente posee una naturaleza mixta (político/jurídica) que depende del ámbito de su actividad, es decir, si el mismo actúa en su función originaria, al ordenar o reordenar el sistema normativo a través de la Constitución, o, por el contrario, si se refiere a la modificación que eventualmente pueda realizarse al texto constitucional conforme al procedimiento formal de reforma constitucional que ha sido preestablecido en su contenido.

4.1.- LA NATURALEZA DEL PODER CONSTITUYENTE ORIGINARIO

El análisis de la naturaleza del poder constituyente originario fue uno de los aspectos fundamentales que abordó SIEYÈS al construir la teoría del poder constituyente y explicar cómo la Nación, unidad de pueblo con voluntad política, diferenciable del gobierno como poder constituido, es capaz de expresarse sin límites ni reglas, en virtud de que por encima de ella no existe ningún otro poder que sea capaz de restringir su decisión.

Desde este punto de vista, el poder constituyente originario, en cuanto potestad originaria, no deriva de ningún otro poder preexistente, sino del propio

¹⁶⁸ Ver: PÉREZ SERRANO, Nicolás; *El Poder Constituyente*, Gráfica Administrativa, Madrid, 1947, p. 18, y DE VEGA, Pedro; *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, ob. cit., p. 255.

soberano. Es, por tanto, un poder absoluto y total que, en el marco del Estado democrático, debe ser ejercido por la soberanía popular, y el cual, por ser previo a la Constitución, va a manifestarse sin limitación alguna para fundar o refundar el orden constitucional. En palabras de IGNACIO DE OTTO, la Constitución posee validez porque procede de quien tiene el poder de darla, y es válida incondicionalmente porque no tiene limitación alguna, dado que, en cuanto emanación del poder originario, no está sometida a normas¹⁶⁹.

En este contexto, podemos sostener que el poder constituyente originario va a configurarse como el instrumento mediante el cual se dará vida a una forma política con vocación única¹⁷⁰, que puede fundar o refundar el orden constitucional. Su carácter extrajurídico o metajurídico impide explicar su naturaleza en términos jurídicos, puesto que aparece como una energía social que establecerá la organización normativa estatal, bordeando los dominios de la sociología y la ciencia política¹⁷¹.

Bajo esta perspectiva, puede decirse que la potestad del poder constituyente originario es la de un poder de naturaleza notoriamente política, por ser una manifestación inequívoca del pueblo soberano, que escapa del espectro jurídico, y que, sin estar sometido a ningún otro poder o regulación jurídica, puede crear el

¹⁶⁹ DE OTTO, Ignacio; *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, ob. cit. p. 53.

¹⁷⁰ PÉREZ ROYO, Javier; “Por qué en España no se reforma la Constitución”, en LÓPEZ GARRIDO, D. (Dir.) y MARTÍNEZ ALARCÓN, M. L. (Coord.); *Reforma constitucional y estabilidad presupuestaria. El artículo 135 de la Constitución española*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2013, p. 23.

¹⁷¹ DÍAZ RICCI, Sergio; *Teoría de la reforma constitucional*, ob. cit., p. 128.

orden constitucional, cuya legitimidad y validez procederá directamente de la voluntad política del propio soberano, al manifestarse democráticamente.

4.2.- LA NATURALEZA DEL PODER CONSTITUYENTE DERIVADO

A diferencia de lo que ocurre con el fundamento del poder constituyente originario, en el caso del poder constituyente derivado, su naturaleza se ve plasmada de una forma completamente distinta, ya que éste es un poder que, al emanar directamente de la Constitución, se presenta dentro de una dimensión jurídica, por el mero hecho de encontrarse regulado en el propio texto fundamental como producto inequívoco de la labor constituyente originaria.

Ello supone, entonces, que, una vez producida la Constitución, el poder constituyente derivado aparece reglado y sólo podrá manifestarse para modificar y adaptar su contenido a aquellos cambios que exige la sociedad, ya que la configuración normativa originariamente realizada en la Constitución permanece, siempre, incompleta e inacabada, debido a que pretende normar vida histórica y, en tanto que tal, sometida a cambios históricos¹⁷².

En efecto, el poder constituyente originario, una vez que crea la Constitución, pasa a ser procedimentalizado y, por tanto, juridificado en el ahora constituyente

¹⁷² HESSE, Konrad; *Escritos de Derecho constitucional* (Trad. Pedro Cruz Villalón), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983, p. 19.

derivado¹⁷³. De este modo, la naturaleza del poder constituyente derivado encuentra un fundamento jurídico, y cualquier cambio que pretenda realizarse al texto fundamental, sólo podrá hacerse respetando el procedimiento establecido por la propia Constitución como garantía de la rigidez que la caracteriza.

5.- LOS LÍMITES AL PODER CONSTITUYENTE

Cuando hablamos de límites al poder constituyente, nos referimos en su estricto sentido a las regulaciones o condicionamientos que debe atravesar dicho poder al momento de manifestarse en cualquiera de sus funciones, de acuerdo con la clasificación que hemos venido sosteniendo de dicho poder.

En esta perspectiva, el poder constituyente originario se caracteriza por ser un poder extrajurídico o metajurídico que tiene plena autonomía y libertad, lo que consecuentemente le va a permitir actuar sin regulación o límite jurídico alguno al momento de crear o reorganizar el ordenamiento constitucional.

Contrariamente a ello, una situación inversa se plantea con el poder constituyente derivado, cuya existencia y actividad depende sustancialmente de la propia Constitución, pues es precisamente ella la que lo legitima y habilita al momento en que éste intente llevar a cabo algún cambio al texto constitucional, cuando uno o varios artículos hayan perdido su capacidad funcional conforme a

¹⁷³ DE CABO, Carlos; *La reforma constitucional en la perspectiva de las fuentes del derecho*, ob. cit., p. 33.

las nuevas realidades y, en definitiva, tengan que ser completados, eliminados o acoplados de alguna manera a las nuevas exigencias, en interés de un adecuado desarrollo del proceso político¹⁷⁴. Desde esta perspectiva, es claro que el constituyente derivado, al nacer de un poder preexistente y encontrarse condicionado por un marco jurídico-normativo, se encuentra subordinado y regulado directamente por la ley fundamental mediante la formulación de una serie de condicionamientos con los que se limita su actividad cuando intente hacer una modificación constitucional, pues es precisamente de esta manera como se representa la función particular de asegurar el contenido y la continuidad del marco normativo constitucional de cara al futuro.

Sobre esta base, debemos partir del presupuesto de que los límites que se imponen al constituyente derivado no hacen más que enaltecer uno de los pilares fundamentales que, al igual que la democracia, sostiene al Estado constitucional. Se trata del citado principio jurídico de supremacía constitucional, del que, bajo una perspectiva objetiva, y a fin de garantizar la estabilidad y perdurabilidad de la obra del constituyente, se deduce la rigidez¹⁷⁵ de la norma constitucional, en atención a la cual la propia Constitución prevé una serie de mecanismos y

¹⁷⁴ LOEWENSTEIN, Karl; *Teoría de la Constitución*, ob. cit., p. 170.

¹⁷⁵ La rigidez de la Constitución toma cuerpo de la distinción formulada por James BRYCE entre Constituciones rígidas y flexibles, en la que la primera de ellas se refiere a aquellas en que su estructura es dura y fija y no puede ser modificada por la ley, mientras que las otras son las que poseen elasticidad y pueden ser modificadas, derogadas y abrogadas por los órganos legislativos mediante la aplicación del procedimiento ordinario de formación de leyes. Ver: BRYCE, James; *Constituciones flexibles y Constituciones rígidas*, ob. cit., p. 96; y GUASTINI, Ricardo; *Estudios de Teoría Constitucional*, Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), México, 2001, p. 187-189.

requisitos reforzados que deben cubrirse cuando se quiera realizar alguna modificación a su contenido, que se distinguen de los que se aplican a los procedimientos que son ejecutados por el legislador ordinario al modificar, derogar o sustituir alguna ley¹⁷⁶.

En este contexto, es preciso advertir que la doctrina y el propio Derecho comparado han formulado distintas clasificaciones de los límites de los que puede ser objeto el poder constituyente derivado, o lo que es igual, la reforma constitucional. Sin embargo, en esta ocasión, de manera general, nos referiremos al análisis de los límites tradicionales que han sido enmarcados expresamente dentro de los ordenamientos estatales, con la apreciación de dos clases (formales y materiales), y que necesariamente deben ser respetados y completados para que la modificación de la Constitución pueda adoptarse sin que se transgredan las reglas fijadas por el poder constituyente originario.

5.1. LÍMITES FORMALES AL PODER CONSTITUYENTE DERIVADO

Cuando hablamos de límites formales al constituyente derivado, nos referimos a los condicionamientos que son previstos por el constituyente originario explícitamente al dictar la Constitución, y que se asocian a los aspectos de tipo institucional y procedimental que deben cumplirse cuando se pretende tramitar y aprobar alguna modificación al contenido normativo del texto fundamental.

¹⁷⁶ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, ob. cit., p. 50.

Desde este punto de vista, siguiendo a ALÁEZ CORRAL, los límites formales al poder constituyente derivado cumplen una función selectiva afirmativa, es decir, establecer condiciones que hacen posible la programación normativa constitucional en la determinación de expectativas normativamente garantizadas por la rigidez constitucional, puesto que de ellos se deducen los cauces por los que debe discurrirse para poder hacer algún cambio a la Constitución¹⁷⁷. En otras palabras, los límites formales no son más que elementos positivizados construidos a partir de la rigidez constitucional, donde expresamente se establecen los mecanismos adjetivos por los que ineludiblemente debe atravesar el constituyente derivado cuando pretenda elaborar, modificar o derogar alguna norma constitucional.

Esta caracterización positiva de los límites formales contempla una serie de elementos especiales que se encuentran previstos en los distintos mecanismos de modificación constitucional dentro de toda Constitución escrita, implicando aspectos como: i) La titularidad, es decir, cuál es el órgano que se encuentra constitucionalmente legitimado para realizar la reforma constitucional; ii) El ámbito de actividad o competencias que posee el titular para participar, aprobar y adoptar alguna reforma a la Constitución; y iii) El trámite o procedimiento preestablecido de carácter reforzado, que deberá seguirse para la adopción e implementación de la modificación (p. ej., los artículos 167 y 168 de la Constitución española de 1978, el

¹⁷⁷ ALÁEZ CORRAL, Benito; *Los límites materiales a la reforma de la Constitución española de 1978*, ob. cit., p. 171.

artículo 79 de la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania de 1949, el artículo 139 de la Constitución de la República de Italia, el artículo V de la Constitución Federal de los Estados Unidos de América, los artículos 342 al 349 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999, los artículos 374 al 379 de la Constitución Política de Colombia de 1991, el artículo 135 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917, etc.).

Además de ello, podemos considerar que, junto a las limitaciones formales que son impuestas al constituyente derivado, se encuentran los condicionamientos temporales¹⁷⁸, que son contemplados en algunas Constituciones para impedir que éstas puedan ser reformadas durante un plazo o momento circunstancial determinado.

El primero de estos limitantes, también denominados constitucionalmente como lapsos de espera, tienen su fundamento cuando el constituyente originario ordena que la Constitución no sea sometido a ninguna modificación durante un determinado período, todo ello con la finalidad de dar posibilidad, por una parte, a que la ley suprema se consolide, y, por la otra, a que la sociedad se familiarice con ella¹⁷⁹ (p. ej., el artículo V de la Constitución Federal de los Estados Unidos de América, en el que se prohibió expresamente que se llevaran a cabo reformas a

¹⁷⁸ Según PEDRO DE VEGA, los llamados límites temporales no pueden ser considerados como cláusulas de intangibilidad como tales, ya que corresponden a prohibiciones que se disuelven o desaparecen por sí mismas. Ver: DE VEGA, Pedro; **La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente**, ob. cit., p. 245.

¹⁷⁹ LOEWENSTEIN, Karl; **Teoría de la Constitución**, ob. cit., p. 188.

las cláusulas primera y cuarta de la sección noventa del artículo primero hasta el año 1808 y el artículo 375 de la Constitución española de 1812, en el que se estableció la intangibilidad del texto constitucional hasta tanto transcurrieran ocho años de vigencia).

En segundo lugar, en el caso que atañe a los límites circunstanciales, podemos definirlos como aquellos impedimentos expresos que prohíben al constituyente derivado realizar alguna modificación al contenido de la ley suprema en momentos o situaciones especiales, como el estado de guerra, excepción o regencia¹⁸⁰, garantizando así que no puedan hacerse reformas en circunstancias que alteran la vida normal de la sociedad dentro del Estado (p. ej., el artículo 89 de la Constitución francesa de 1958, que prohíbe la reforma mientras sufra menoscabo la integridad del territorio; y los artículos 169 de la Constitución española de 1978 y 291 de la Constitución de la República Portuguesa de 1976, en los que se imposibilita realizar reformas en tiempos de guerra o vigencia de estados de alarma, excepción o sitio).

5.2. LÍMITES MATERIALES AL PODER CONSTITUYENTE DERIVADO

Dentro del constitucionalismo contemporáneo, en la dogmática del poder constituyente derivado, se ha sostenido que además de los límites de tipo formal que regulan y demarcan su ámbito de actuación, existen también otros límites de

¹⁸⁰ BISCARETTI DI RUFFIA, Paolo; "Sui limite della revisione costituzionale", *Annali del Seminario giuridico dell'Università di Catania*, vol. III, 1949, p. 36.

carácter material¹⁸¹ que resultan inherentes a la Constitución e inmutables para el constituyente derivado, y que, dentro de su objeto existencial, sirven para garantizar el núcleo de valores y principios que fundamentan y legitiman el propio sistema.

La formulación axiológica de este tipo de límites, tuvo su desarrollo durante el período de entreguerras, y surgió para mantener dentro de una esfera de fronteras infranqueables la actividad de las fuerzas parlamentarias más importantes, al prever que éstas, eventualmente, podían llegar a alcanzar una mayoría lo suficientemente amplia como para reformar la Constitución¹⁸². Y es que, de acuerdo con una apreciación que debió conjugarse con la afirmación de la democracia constitucional, la idea simplista de identificar a la democracia con el principio de la mayoría quedó obsoleta en esta época, al reconocer la pluralidad de intereses sociales y el respeto que en todo momento debe existir hacia los derechos de las minorías.

Bajo esta precisión, muchos sistemas constitucionales impusieron límites expresos de carácter material o sustancial al constituyente derivado, también

¹⁸¹ JELLINEK distingue tres categorías de límites materiales a la reforma constitucional como son: a.- *Límites heterónomos*, es decir, los límites provenientes del Derecho supranacional respecto a las obligaciones contraídas por los Estados; b.- *Límites autónomos*, correspondientes a las limitaciones generadas a partir del propio ordenamiento jurídico interno de manera expresa o tácita y; c.- *Límites absolutos*, que responderían a aquéllos límites cuya fuente no es voluntaria, sino que emanan de la propia esencia del Derecho y pertenecen a la naturaleza jurídico-normativa misma de la Constitución. Ver: JELLINEK, Walter; ***Grenzen der Verfassungsgesetzgebung***, Julius Springer, Berlín, 1931.

¹⁸² PÉREZ ROYO, Javier; ***La reforma de la Constitución***, ob. cit., p. 43.

denominados por un sector de la doctrina como cláusulas pétreas o de intangibilidad, para garantizar la irreformabilidad de la regulación constitucional de determinadas instituciones, que se corresponden, generalmente, con los principios y valores más fundamentales que sostienen el Estado constitucional en el sistema político como ocurre con la soberanía popular, la separación de poderes y los derechos fundamentales. Así, por ejemplo, se planteó en el artículo 139 de la Constitución de la República de Italia de 1947, el artículo 79.3 de la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania de 1949, el artículo 89 de la Constitución francesa de 1958, el artículo 110.1 de la Constitución griega de 1975, el artículo 288 de la Constitución portuguesa de 1976, entre otras, como medio de reafirmación y defensa del sistema republicano frente a eventuales intentos de restaurar la Monarquía como forma de gobierno. En una forma similar, la cláusula de intangibilidad fue recogida en el artículo 79 de la Ley Federal Alemana, con la que se extendió la irreformabilidad a los principios y valores supremos reconocidos en sus artículos 1 y 20¹⁸³, pues la intención del constituyente estuvo dirigida a construir un sistema político cuyo fin superior se proyectaría al respeto de la dignidad humana, los derechos humanos y los derechos fundamentales¹⁸⁴.

¹⁸³ Al respecto, STERN señala que dentro del sistema constitucional alemán, en los derechos fundamentales, existe un contenido intangible de la dignidad del hombre y de los derechos humanos. Ver: STERN, Klaus; ***Derecho del Estado de la República Federal Alemana*** (Trad. Javier Pérez Royo y Pedro Cruz Villalón), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1987, p. 356; FAVOREU, Louis; ***La révision de la Constitution***, Economica-Puam, París, 1993, p. 7 y ss.; y TORRES DEL MORAL, Antonio; ***Introducción al Derecho Constitucional***, ob. cit., p. 110.

¹⁸⁴ En este contexto, Constituciones latinoamericanas como el caso de la Constitución de Brasil de 1988 en su artículo 60 y la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela en su artículo 342, limitan de manera expresa la reforma constitucional que pretenda modificar los principios estructurales del sistema democrático, entre ellos, la organización federal del estado, la separación de poderes y los derechos fundamentales.

A la par de esta situación, un sector de la doctrina ha sostenido que dentro de todo ordenamiento jurídico existe implícitamente un conjunto de principios legitimadores del ordenamiento constitucional que, a pesar de no estar textualmente reflejados en la Constitución, resultan exentos de modificación por parte del poder constituyente derivado. Sin embargo, el problema que plantea esta corriente, más iusnaturalista que positivista, surge a la hora de definir cuáles son esos límites y cuál es la autoridad capaz de establecerlos¹⁸⁵.

Desde este punto de vista, nos referimos a los llamados límites tácitos, intrínsecos o implícitos¹⁸⁶ de la Constitución que, por su naturaleza, resultarían intangibles para el constituyente derivado o reformador. Durante el siglo XX, la existencia de estos límites fue llevada al debate doctrinal por autores como los

¹⁸⁵ En el Derecho comparado se ha sostenido que el Tribunal Constitucional, en su función de garante máximo y último interprete de la Constitución, es el órgano facultado para definir la existencia de estos límites y establecer cuáles son aquellos que restringen la actividad de reforma del poder constituyente derivado. Ver Sentencias: Corte Suprema de Justicia de la Nación Mexicana: Sentencia núm.186/2008; Corte Constitucional de Colombia: Sentencias núm. C-551/03 y C-588/09. Por su parte, la Corte Costituzionale (Pleno), ha sostenido en sentencia núm. 1146 de 1988 que es el órgano competente para verificar la constitucionalidad de todas las fuentes de rango constitucional, porque si no fuera así, se llegaría al absurdo resultado de considerar que el sistema de garantías jurisdiccionales de la Constitución es defectuoso y no efectivo, precisamente con relación a sus normas de valor más elevado. Ver: RAGONE, Sabrina; **El control judicial de la reforma constitucional. Aspectos teóricos y comparativos**, Porrúa, México, 2012, p. 142, 90 y 166.

¹⁸⁶ ALÁEZ, dentro de su estudio de los límites materiales a la reforma de la Constitución española de 1978, distingue con gran claridad lo que serían los límites tácitos o implícitos de los límites intrínsecos, al argumentar que los primeros se articularían a partir de la labor interpretativa proveniente de la relación entre enunciado normativo y normas de la propia Constitución, mientras que los segundos corresponderían a una serie de valores y principios carentes de positividad. Ver: ALÁEZ CORRAL, Benito; **Los límites materiales a la reforma de la CE de 1978**, ob. cit., p. 163-164.

alemanes EHMKE¹⁸⁷ y LOEWENSTEIN¹⁸⁸, el italiano CICCONE¹⁸⁹ y el estadounidense FRANCIS MURPHY¹⁹⁰, en lo que respecta, por ejemplo, a los derechos fundamentales y la duda sobre si éstos son previos al nacimiento de la sociedad estatal, afirmación que imposibilitaría la modificación de dichos derechos por el constituyente reformador, dado su carácter natural, o si, por el contrario, los mismos son otorgados por la sociedad estatal en virtud del orden de la comunidad, lo que consecuentemente le permitiría al poder estatal modificar, derogar o limitarlos¹⁹¹ cuando lo considerara pertinente.

En todo caso, los límites implícitos constituyen, sin duda, una categoría muy problemática porque dependen, sustancialmente, de los contextos social, jurídico, económico y cultural de referencia, cambiantes en el tiempo¹⁹². En otras palabras, el reconocimiento de este tipo de limitaciones no ha sido una cuestión pacíficamente admitida en el Derecho comparado, pues, al reconocer la existencia de límites tácitos al constituyente derivado, la Constitución, sucesivamente, estaría perdiendo “su autorreferencialidad o positividad, al atribuirse la soberanía a un

¹⁸⁷ EHMKE, Horst; “Grenzen der Verfassungsänderung”, en HÄBERLE, P. (ed.); **Beiträge zur Verfassungstheorie und Verfassungspolitik**, Athenäum Verlag, Berlin, 1981, p. 91 y ss.

¹⁸⁸ LOEWENSTEIN, Karl; **Teoría de la Constitución**, ob. cit., p. 192-195

¹⁸⁹ CICCONE, Stefano; **La revisione della costituzione**, Cedam, Padova, 1972, p. 216-217.

¹⁹⁰ MURPHY, Walter F.; “Merlin’s memory: the past and future imperfect of the once and future polity”, en LEVINSON, Sanford (ed.); **Responding to imperfection. The theory and practice of constitutional amendment**, Princeton University Press, Princeton, 1995, p. 176.

¹⁹¹ HERNÁNDEZ VALLES, Rubén; “El poder constituyente derivado y los límites jurídicos del poder de reforma constitucional”, ob. cit., p. 153-154.

¹⁹² CICCONE identifica cuatro posibles fundamentos teóricos de los límites implícitos, como son las doctrinas iusnaturalistas, las que sostienen la existencia de los principios superiores, las del contrato social, y las que consideran al poder constituyente como un poder superior. CICCONE, Stefano; **La revisione della costituzione**, ob. cit., 220, citado en RAGONE, Sabrina; **El control judicial de la reforma constitucional. Aspectos teóricos y comparativos**, ob. cit., p. 47.

sujeto suprapositivo y hacer derivar de él la validez del ordenamiento o al imputar al sistema una función que no le permite diferenciarse en el medio de los demás sistemas”¹⁹³.

Aun así, autores como ÁLVAREZ CONDE¹⁹⁴, TORRES DEL MORAL¹⁹⁵ y PEDRO DE VEGA¹⁹⁶, entre otros, defienden la existencia de límites materiales implícitos que derivan, fundamentalmente del propio sistema democrático, pues a través de su reconocimiento, se pretende salvaguardar el núcleo existencial de principios y valores que sostienen el régimen constitucional. Para otra corriente, estos límites aparecen bien formulados a partir del artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, al afirmar que “toda sociedad en la que la garantía de los derechos no está asegurada, ni la separación de poderes establecida, carece de Constitución”¹⁹⁷,

Dentro de esta vertiente, la *Corte Costituzionale* italiana, desde finales del siglo pasado, ha sostenido en su jurisprudencia que la Constitución de la República de Italia, además de contener límites explícitos al poder de revisión constitucional, contiene algunos principios generales como límites implícitos que,

¹⁹³ ALÁEZ CORRAL, Benito; *Los límites materiales a la reforma de la CE de 1978*, ob. cit., p. 164.

¹⁹⁴ ÁLVAREZ Conde, Enrique y TUR AUSINA, Rosario; *Derecho Constitucional*, Vol. I, Tecnos, Madrid, 1992, p. 158-159.

¹⁹⁵ TORRES DEL MORAL, Antonio; *Principios del derecho constitucional español*, Tomo I, Facultad de Derecho Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2004, p. 55.

¹⁹⁶ DE VEGA, Pedro; *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, ob. cit., p. 235 y ss.

¹⁹⁷ DE ESTEBAN, Jorge y GONZÁLEZ TREVIJANO, Pedro; *Tratado de Derecho Constitucional III*, ob. cit., p. 719.

por su esencia, no pueden ser subvertidos o modificados por leyes de revisión constitucional u otras leyes constitucionales, tal como ocurre con los valores supremos que sustentan el orden constitucional y los derechos fundamentales¹⁹⁸.

De igual forma, al otro lado del Atlántico, el criterio de los límites intrínsecos o tácitos que son inmanentes al poder de reforma ha sido una cuestión abordada por la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia en su llamada “*teoría de la inconstitucionalidad por sustitución*”, al afrontar la situación de que el poder de reforma, en ejercicio de su actividad, pueda ser capaz de sustituir la Constitución sin ningún tipo de control. Bajo este criterio, se indicó que una cosa es que cualquier artículo de la Constitución pueda ser reformado por la inexistencia de cláusulas pétreas o intangibles, y otra es que, con el pretexto de reformar la Constitución, sea suprimida o sustituida por otra Constitución totalmente diferente, lo que consecuentemente desnaturalizaría el poder de reformar una Constitución, al exceder la competencia que posee el constituyente derivado¹⁹⁹.

A raíz de ello, la jurisdicción constitucional colombiana afirmó que, aunque la Constitución no establezca cláusulas expresas de intangibilidad, en ningún

¹⁹⁸ Italia. Corte Constitucional (Pleno) [Internet]. Sentencia núm. 1146/1988, de 29 de diciembre de 1988, [consultado 22 de mayo 2015]. Disponible en <http://www.cortecostituzionale.it/actionSchedaPronuncia.do?anno=1988&numero=1146>.

Igualmente pueden verse: Sentencias núm. 183/1973 y 170/1984.

¹⁹⁹ Colombia. Corte Constitucional (Pleno) [Internet]. Sentencia núm. C-551/03, de 10 de julio de 2003, [consultado 25 de mayo 2015]. Disponible en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/C-551-03.htm>.

momento se sobreentiende que el poder constituyente derivado sea ilimitado, pues éste, por ser constituido, tiene límites materiales implícitos (principios y valores constitucionales contenidos en la propia Constitución, así como los surgidos del bloque de constitucionalidad²⁰⁰) que le impiden derogarla, subvertirla o sustituirla en su integridad.

En cualquier caso, como bien se ha aludido, el argumento de los límites materiales al poder constituyente derivado es un tema que no halla unanimidad dentro de los distintos sectores de la academia, pues, en esta perspectiva, una parte de la doctrina (IGNACIO DE OTTO²⁰¹ y JIMÉNEZ CAMPO²⁰², entre otros) ha sostenido que, sin más trabas que las competenciales y procedimentales, el poder constituyente derivado puede disponer de su propia Constitución sin sujeción a ningún límite material, dado que el pueblo, de esa forma, puede de manera pacífica, o sea, jurídicamente, adoptar en cada momento histórico el orden político que más le convenga a sus intereses²⁰³.

Muy cercano a esta idea, ARAGÓN REYES se ha opuesto a la existencia de límites materiales al poder de reforma, puesto que, en su opinión, restringen la

²⁰⁰ De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia, el bloque de constitucionalidad se refiere a aquellas normas y principios que, sin aparecer formalmente en el texto constitucional, son utilizadas como parámetro para el ejercicio del control de constitucionalidad de las leyes. Ver Sentencias núm. C-225/95, C-578/95, C-358/97, C-191/98.

²⁰¹ DE OTTO, Ignacio; **Qué son la Constitución y el Proceso Constituyente**, La Gaya Ciencia, Madrid, 1977, p. 58.

²⁰² JIMÉNEZ CAMPO, Javier; “Algunos problemas de interpretación en torno al título X de la Constitución”, **Revista del Departamento de Derecho Político**, núm. 7, 1980, p. 94.

²⁰³ HERNÁNDEZ VALLES, Rubén; “El poder constituyente derivado y los límites jurídicos del poder de reforma constitucional”, ob. cit., p.147.

libertad del pueblo a decidir su propio destino. De esta manera, según este autor, los límites materiales van a significar dos cosas. En primer lugar, que el Derecho impone a las generaciones futuras la obligación de quedar sometidas a la voluntad de generaciones del presente, con lo cual el Estado constitucional no sería del todo un Estado democrático²⁰⁴, y en segundo lugar, que la democracia impone a esas generaciones del futuro la triste obligación de expresar su voluntad al margen de la norma, con lo cual el Estado democrático perdería su completa condición de Estado de Derecho, es decir, de Estado constitucional²⁰⁵.

Por otra parte, como afirmó HERMANN HELLER, el mero hecho de que se establezcan límites materiales a la reforma constitucional no implica la creación de una barrera, en forma de inviolabilidad de las normas constitucionales, capaz de contener todo movimiento revolucionario o restaurador, pues “ninguna división de

²⁰⁴ La tensión entre legalidad y legitimidad fue abordada por los padres fundadores del constitucionalismo norteamericano THOMAS PAINE y THOMAS JEFFERSON, al señalar, el primero, que “cada época y generación debe ser tan libre de actuar por sí misma, en todos los casos, como las edades y generaciones que la precedieron”, y, el segundo, en la Declaración de la Independencia de los Estados Unidos que “es derecho del pueblo alterar o abolir cualquier forma de gobierno que se haya vuelto destructiva de la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad. Ninguna institución, por muy importante que sea, es inalterable; ninguna ley, por muy fundamental que sea, es irrevocable”. Asimismo, el artículo 28 de la Constitución francesa de 1793 dispuso de manera expresa que: “un pueblo siempre tiene el derecho de revisar, reformar y cambiar su Constitución. Una generación no puede sujetar a las generaciones futuras a sus leyes”. Y es que, desde esta concepción, la Nación, al haberse formado por el Derecho natural, a diferencia del Estado, cuyo origen está en el Derecho positivo, no está ni puede estar sometida a la Constitución; antes bien, puede modificar o suprimir ésta cuando quiera y como le plazca. Ver: PÉREZ SERRANO, Nicolás; **Poder Constituyente. Discurso del Académico de Número D. Nicolás Pérez Serrano**, Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, Madrid, 1947, p. 16-17, y ELSE, Jon y SLAGTAD, Rune; **Constitucionalismo y democracia** (Trad. Mónica Untrillo de Neira), Colegio Nacional de Ciencias Políticas y Administrativas – Fondo de Cultura Económica, México, 1999, p. 221.

²⁰⁵ ARAGÓN REYES, Manuel; **Constitución, democracia y control**, Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), México, 2002, p. 18-19.

poderes de Derecho Constitucional puede impedir que un conflicto insoluble, por ejemplo entre el Gobierno y el Parlamento, se decida, a falta de una unidad superior de acción, el poder más fuerte, realizando así la necesaria unidad de poder del Estado”²⁰⁶.

Sin embargo, apartándonos de dicho criterio, a pesar de que muchas Constituciones, como el caso de la española, no recojan expresamente alguna cláusula material que pueda limitar el ejercicio del constituyente derivado, resulta que, como apuntó JELLINEK al tratar sobre los llamados límites absolutos, existen ciertos principios o valores sobre los que se sostiene el Estado constitucional. A partir de esa afirmación, según nuestra opinión, en toda Constitución siempre existirán límites insuprimibles que son resultado de una autoimposición de la propia democracia²⁰⁷ y que deben ser interpretados a la luz del constitucionalismo y sus fines, puesto que, al ser violados, incluso en aplicación de procedimientos democráticos cuando se reforma el texto fundamental, consecuentemente se estaría subvirtiendo el propio sistema democrático en favor de otro completamente opuesto.

Así, entonces, debemos insistir en que desde de la consolidación de la democracia constitucional, con la que se hizo factible la idea de la Constitución como instrumento legitimador y organizador de los poderes del Estado, resultó indiscutible que dentro de los límites que resultan oponibles a los poderes públicos

²⁰⁶ HELLER, Hermann; *Teoría del Estado*, ob. cit., p. 278.

²⁰⁷ DE OTTO, Ignacio; *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, ob. cit., p. 64.

existe una serie de principios y valores que, por su naturaleza y finalidad, no pueden ser vulnerados por ninguna autoridad²⁰⁸. Es principalmente este argumento el que nos permite aseverar que frente a la omnipotencia de la mayoría popular y los poderes del Estado, en todo momento existirá una barrera infranqueable que resulta intrínseca²⁰⁹ a la Constitución e intangible para el poder constituyente derivado, todo ello como garantía de la estabilidad del sistema y de la propia comunidad.

6.- EL PROCESO O EJERCICIO PRÁCTICO DE MANIFESTACIÓN DEL PODER CONSTITUYENTE

La puesta en escena del poder constituyente se encuentra ligada al objeto de la manifestación de éste, es decir, si el mismo corresponde al ejercicio del poder constituyente originario, al crear o reorganizar el orden constitucional, o si, por el

²⁰⁸ Dentro de los principios y valores que son oponibles a los poderes públicos, encontramos, por ejemplo, los derechos humanos, los cuales, dada su naturaleza fundada en el respeto de la dignidad humana, no pueden ser vulnerados y exigen su aplicabilidad inmediata como límite al poder del Estado y al propio poder soberano. Al respecto, LUIGI FERRAJOLI ha destacado que, en la democracia constitucional, los derechos fundamentales están dotados de una rigidez absoluta que representa una autolimitación al poder soberano. Ver: FERRAJOLI, Luigi; **Los fundamentos de los derechos fundamentales**, Trotta, Madrid, 2001, p.47 y ss. En la misma opinión se encuentran GARCÍA-ATANCE Y MANUEL CONTRERAS, quienes conciben a los derechos fundamentales como cláusulas de intangibilidad a la Constitución. Ver: GARCÍA-ATANCE, María; “La reforma constitucional y las cláusulas de intangibilidad”, **Revista de Derecho Político**, núm. 37, 1992, p. 328, y CONTRERAS, Manuel; “Sobre el Título X de la Constitución española: de la reforma constitucional”, **Revista de Derecho Político**, núm. 37, 1992, p. 312.

²⁰⁹ Desde su vertiente democrática, el poder constituyente lleva consigo, al menos teóricamente, iguales garantías que las que se esperan de su eliminación, garantías que podrían resumirse en la intangibilidad de los derechos. Ver: PALOMBELLA, Gianluigi; **Constitución y soberanía: el sentido de la democracia constitucional** (Trad. José Calvo González), Comares, Granada, 2000, p. 42.

contrario, responde al constituyente derivado, cuando lleva a cabo la reforma del texto fundamental.

En esta perspectiva, conforme al Derecho comparado, dentro de la experiencia histórico-práctica del ejercicio del poder constituyente, se han presentado distintas alternativas procedimentales con las que se ha podido materializar la creación o posterior reforma del texto constitucional. Sin embargo, en esta ocasión, nos detendremos a analizar, según la dicotomía del poder constituyente, algunos procesos y rasgos fundamentales que engloban el ejercicio de su actividad.

6.1.- EL PROCEDIMIENTO PRÁCTICO DE MANIFESTACIÓN DEL PODER CONSTITUYENTE ORIGINARIO

Desde que se originaron las primeras Constituciones escritas a finales del siglo XVIII en Estados Unidos de América y Francia, el poder constituyente se presentó como un poder de naturaleza política cuya expresión democrática serviría como condicionante de legitimidad y validez del texto constitucional. Estas experiencias constitucionales serían posteriormente seguidas, con diferentes matices, por muchos países alrededor del mundo al momento de fundar o refundar el orden normativo que organizó y limitó los poderes de sus respectivos Estados, precisamente como manifestación inequívoca del cuerpo político de la sociedad.

En esta primera instancia, desde el momento en que la Nación decide organizarse voluntariamente para crear el texto constitucional, sucesivamente pasa a convertirse en un poder constituyente fundado en el principio de soberanía popular. No obstante, en la práctica, su ejercicio debe llevarse a cabo conforme a una serie de procedimientos democráticos con los que el pueblo, titular de la soberanía, participe activamente mediante representantes extraordinarios, que, investidos de poderes especiales, actúan en ejercicio del poder constituyente como representantes de la Nación para crear la Constitución.

Al hilo de esta precisión, debemos advertir que el ejercicio del poder constituyente se traduce, en esencia, como una expresión democrática del cuerpo político de la sociedad. Conforme a ello, el constituyente originario ha podido ejercitarse bajo distintas modalidades democráticas a través de representantes populares, a la hora de hacer efectivo el ejercicio del derecho soberano de autodeterminación política que asiste al pueblo. Así, en la doctrina, como una tendencia generalizada en el Derecho comparado, se han distinguido dos tipos de procedimientos mediante los cuales el poder constituyente se ha venido manifestado, resultando en ello una clara diferenciación entre lo que corresponde al desarrollo del sistema constitucional americano y francés²¹⁰.

En la elaboración de las Cartas de las Colonias inglesas radicadas en el territorio americano, como antes hemos precisado, el poder constituyente se

²¹⁰ DE VEGA, Pedro; *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, ob. cit., p. 40.

encontraba asentado en el principio de soberanía popular, y era ejercido directamente por el pueblo como titular soberano. De esta forma, al estar respaldada la intervención del pueblo por un derecho inalienable que le asiste, el poder constituyente era ejecutado por una Convención o Asamblea designada al efecto para realizar un proyecto de Constitución, empero, de ser ese el caso, se exigía, al menos, la ulterior ratificación popular del proyecto bien en las *town-meetings* o directamente por el propio pueblo²¹¹.

Contrariamente a ello, en la práctica del poder constituyente francés se sustituyó el concepto de soberanía popular por el de soberanía de la Nación, ligada al principio de representación. Expresado éste en términos prácticos, el poder constituyente se materializaría a través una Asamblea Constituyente integrada por los representantes electos por la Nación, con la finalidad exclusiva de dictar la Constitución que organizaría y limitaría los poderes del Estado. Dicho proceso se extendió, con distintos matices, en gran parte de Europa durante el siglo XIX, ya que, tras la instauración del Estado liberal, el poder constituyente llegó inclusive a desaparecer, pues las Constituciones, por lo general, fueron producto, previo acuerdo con el Rey, de los Parlamentos elegidos en virtud del sufragio censitario, tal como ocurrió con las Constituciones españolas de 1845 y 1876.

²¹¹ Este procedimiento de ratificación no fue aplicado a la hora de elaborar la Constitución Federal de los Estados Unidos de América, y es que la misma fue adoptada por una Convención Constitucional (Convención de Filadelfia) que más tarde sería sometida a una Convención de Delegados escogidos en cada Estado por su pueblo, bajo las recomendaciones de su legislatura, para ratificar definitivamente la Constitución Federal.

En cualquier caso, el procedimiento por el que generalmente se manifiesta el poder constituyente originario viene ejecutado a través de una Asamblea Constituyente que es elegida por el pueblo con la finalidad de redactar la Constitución. Actualmente, de manera complementaria, se suele exigir la ratificación definitiva por el pueblo del texto aprobado por la Asamblea²¹², como aval de legitimidad que impregna el proceso político democrático.

De acuerdo con esta precisión, comúnmente podemos destacar una serie de criterios o fases por las que, democráticamente, debe atravesar cualquier proceso constituyente a fin de que pueda ser catalogado como legítimamente válido. En palabras de PÉREZ ROYO²¹³, esas fases pueden resumirse de la siguiente forma:

1.- Afirmación inequívoca del nuevo principio de legitimidad. Si el poder constituyente tiene que ser ejercicio es porque el antiguo orden político y jurídico de la comunidad ha dejado de ser legítimo y bajo él resulta imposible la convivencia pacífica de los ciudadanos. Es esencial que en el proceso se indique con claridad qué es lo que quiere hacerse y hacia dónde se quiere ir.

2.- Establecimiento de un sistema de libertades públicas que permita la participación política, sin exclusión alguna, de todos los ciudadanos, así

²¹² LOEWENSTEIN, Karl; *Teoría de la Constitución*, ob. cit., p. 161.

²¹³ PÉREZ ROYO, Javier; *Curso de Derecho Constitucional*, ob. cit., p. 90.

como el enfrentamiento entre los diferentes proyectos de ordenación futura del Estado que existan en la sociedad, de modo que los ciudadanos puedan optar por unos u otros según las opciones que les sean presentadas.

3.- Promulgación de una legislación electoral que permita la formación de una Asamblea Constituyente libremente elegida. Obviamente dicha legislación tiene que garantizar que las elecciones serán libres, competitivas y limpias, es decir, que no se produzca una falsificación de la manifestación de voluntad de los electores.

4.- Configuración de la Asamblea Constituyente y elaboración parlamentaria de la Constitución. Debe hacerse a través de un procedimiento público y contradictorio que permita contrastar ante la opinión pública, en la forma de texto articulado, los distintos proyectos constitucionales que se habían ofertado políticamente al país en las elecciones constituyentes.

5.- Ratificación popular en referéndum. Los ciudadanos deben poder pronunciarse sobre la interpretación parlamentaria de la voluntad constituyente manifestada por ellos en las urnas ratificando o no el proyecto de constitución aprobado por la Asamblea Constituyente.

En este contexto, todas las fases antes citadas corresponden a un esquema académico que registra variantes según las circunstancias o coyunturas políticas

que, en la práctica, pudieron originar la Constitución en cada país [p. ej., Japón, (1947), Alemania (1949), España (1978), Colombia (1991), Venezuela (1999) Ecuador (2008) y Bolivia (2009)].

Sin embargo, en la democracia moderna, el procedimiento más frecuente de participación del poder constituyente originario se ha desarrollado mediante la conformación de una asamblea *ad hoc* (Asamblea Constituyente) designada por el pueblo, cuya función se dirige exclusivamente a debatir, consensuar y redactar el texto constitucional. Tras ser aprobado el texto constitucional por la mayoría cualificada de la asamblea, es sometido a ratificación popular a través de referéndum, y, una vez que la Constitución entre en vigor, quedará disuelta la Asamblea Constituyente tras haber cumplido su encargo²¹⁴.

Por su parte, el proceso constituyente que dio lugar a la Constitución española de 1978 puede calificarse como *sui generis*, entre otras cosas, porque

²¹⁴ La frecuencia del procedimiento de manifestación del poder constituyente originario mediante la Asamblea Constituyente no quiere decir que sea el único que pueda darse democráticamente. Por el contrario, igualmente, se reconocen en la *praxis*: 1.- La *Asamblea Nacional* comisionada únicamente para la formulación de la Constitución, la cual aprobará el proyecto por simple mayoría y sin que sea aprobada por el pueblo en referéndum (p. ej., la Constitución de Weimar de 1919); 2.- La Asamblea o *Convención*, que elaborará un proyecto de normación legal-constitucional que deberá ser ratificada por el pueblo a través de referéndum u otro mecanismo de confirmación (p. ej., la Convención Nacional Francesa de 1792, que elaboró un proyecto de Constitución que, a pesar de ser aprobado por el pueblo, no entró en vigor); 3.- La *Convención para una Constitución Federal*, donde la Constitución es sometida a la aprobación del pueblo de los diferentes Estados miembros de la Federación (p. ej., la Constitución de los Estados Unidos de América de 1797); y 4.- El *Plebiscito general* sobre un proyecto que es presentado por una autoridad bajo una regulación determinada (p. ej., la aprobación del Senado y el pueblo, hecha por iniciativa de Napoleón en el año 1804, que lo proclamó emperador de los franceses). Ver: SCHMITT, Carl; *Teoría de la Constitución*, ob. cit., p. 101-103.

no fue elaborada ni aprobada por unas Cortes elegidas como constituyentes. Contrariamente a la práctica habitual, la mencionada Constitución fue elaborada y aprobada por las Cortes salidas de las elecciones de 1977²¹⁵ y sometida a referéndum aprobatorio el 6 de diciembre de 1978.

6.2.- EL PROCEDIMIENTO PRÁCTICO DE MANIFESTACIÓN DEL PODER CONSTITUYENTE DERIVADO

Tras la actuación del poder constituyente originario al crear la Constitución, el poder del pueblo queda sujeto y regulado jurídicamente por ella, de modo que la voluntad de éste, al querer modificarla, ahora como poder constituyente derivado, sólo podrá expresarse válidamente siguiendo los procesos de reforma o revisión que dispone el propio texto fundamental²¹⁶.

Hablar técnicamente de enmienda, reforma o revisión constitucional, indica, en efecto, un mismo evento, es decir, la manifestación del poder constituyente derivado para alterar, cambiar o modificar el texto constitucional de acuerdo con los mecanismos procedimentales que son previstos en la propia Constitución²¹⁷. Habitualmente, los términos de enmienda, reforma o revisión constitucional, suelen utilizarse indistintamente como palabras sinónimas para referirse a la

²¹⁵ La Constitución Española de 1978 fue elaborada tras la iniciativa formulada por el Congreso de los Diputados, en virtud de la facultad que le fue otorgada por el artículo 3 de la Ley para la Reforma Política de 4 de enero de 1977.

²¹⁶ DE OTTO, Ignacio; *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, ob. cit. p. 54.

²¹⁷ GARCÍA BELAUNDE, Domingo; "Sobre el control de la reforma constitucional (con especial atención a la experiencia jurídica peruana)", *Revista de Derecho Político*, núm. 66, 2006, p. 478.

modificación que eventualmente puede sufrir una Constitución. No obstante, en Derecho comparado, la utilización de estos términos, en algunos ordenamientos constitucionales²¹⁸, se diferencia según el alcance de la modificación que pretenda hacerse²¹⁹.

Históricamente, como mecanismo de garantía y defensa de la superioridad de la Constitución, los constituyentes de los primeros textos constitucionales incluyeron dentro de sus disposiciones los mecanismos que permitirían introducir modificaciones a sus textos, a fin de que éstos pudiesen pervivir y no hacerse obsoletos en el tiempo, dadas las necesidades y exigencias de la sociedad (p. ej., la Constitución Federal de Estados Unidos de América en su artículo V, bajo el término de *amendments* o enmiendas, y la Constitución francesa de 1791 en su artículo VII, bajo la definición de *Révision Constitutionnelle*²²⁰).

²¹⁸ Por ejemplo, la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en su Título IX, establece que la modificación de la Constitución podrá hacerse a través de dos mecanismos procesales, enmienda y reforma constitucional, los cuales se diferencian según el grado o magnitud de la modificación. Por un lado, mientras la *enmienda* (art. 340 de la Constitución) tiene por objeto la adición o modificación, a modo de corrección, de uno o varios artículos de la Constitución siempre que ésta no altere su estructura fundamental, la *reforma constitucional* (art. 342 de la Constitución), por su parte, se orienta hacia la revisión parcial de la Constitución, así como la sustitución de una o varias de sus normas que no modifiquen la estructura y principios fundamentales del texto constitucional. En definitiva, como apunta BREWER-CARÍAS, la enmienda tiene por finalidad “añadir o modificar” unos artículos de la Constitución, y la reforma la “sustitución” de unos artículos, pero, en uno u otro caso, sin alterar la estructura fundamental de la Constitución. Ver: BREWER-CARÍAS, Allan; “La reforma constitucional y fraude a la Constitución”, [consultado 15 de junio 2015]. Disponible en <http://allanbrewer.com/Content/449725d9-f1cb-474b-8ab2-41efb849fea8/Content/II,%204,%20639.%20REFORMA%20CONSTITUCIONAL%20Y%20%20FRAUDE%20A%20LA%20CONSTITUCI%20C3%93N%20Monterrey%202009.doc>.pdf

²¹⁹ RAGONE, Sabrina; *El control judicial de la reforma constitucional. Aspectos teóricos y comparativos*, ob. cit., p. 13.

²²⁰ La Constitución de la República Italiana de 1948 dispuso en su artículo 138, Título VI, Sección II, el procedimiento de *Revisione della Costituzione*, en el que se utilizan indistintamente los términos reforma o revisión del texto constitucional. A pesar de ello, la doctrina italiana ha

A pesar de ello, no sería sino hasta el año 1791 cuando se pondría en práctica, por primera vez en la historia, el *amending power* o poder de reforma de la Constitución, al momento de materializarse las primeras diez enmiendas a la

diferenciado dichos conceptos, disponiendo que la *revisione* se entiende referida a aquellas modificaciones puntuales o específicas de la Constitución, mientras que la *riforma* corresponde a las modificaciones que tienen un amplio alcance en la norma suprema. Ver: ROMBOLI, Roberto; "Rottura, revisione o reforma "organica". Limiti e procedure", *Il Ponte*, núm. 3, 1996, p. 32 y ss, citado en RAGONE, Sabrina; ***El control judicial de la reforma constitucional. Aspectos teóricos y comparativos***, ob. cit., p. 12-13.

Por otro lado, en la experiencia española, dentro del Título X de la Constitución del año 1978, los términos reforma constitucional y revisión constitucional, a primera vista, parecen indistintos. Sin embargo, su diferencia radica en un cauce procesal más o menos agravado, que dependerá del alcance de las transformaciones proyectadas. El primero de dichos mecanismos, corresponde al procedimiento de *reforma constitucional* (artículo 166-167), el cual es utilizado cuando se pretende llevar a cabo cambios limitados al texto constitucional, añadiendo algún apartado o inciso, o, también, la modificación de un artículo de la Constitución, siempre que no afecte al Título preliminar, al Capítulo segundo, Sección primera del Título I, o al Título II. Para su ejercicio, según el contenido del artículo 167, se exige que el proyecto de reforma constitucional sea aprobado por una mayoría de tres quintos de cada una de las Cámaras. Sin embargo, si no hubiera acuerdo entre ambas Cámaras, se intentará obtenerlo mediante la creación de una Comisión de composición paritaria de Diputados y Senadores, que presentará un texto que será votado por el Congreso y el Senado. En el supuesto de no lograrse la aprobación por esta vía, siempre y cuando el texto hubiere obtenido el voto favorable de la mayoría absoluta del Senado, el Congreso, por mayoría de dos tercios, podrá aprobar la reforma. Finalmente, aprobada la reforma por las Cortes Generales, el proyecto podrá someterse a referéndum para su ratificación cuando una décima parte de los miembros de cualquier Cámara así lo solicite. El segundo de los mecanismos de modificación en la Constitución española, es decir, el procedimiento de *revisión constitucional* (artículo 168), permite la revisión total de la Constitución o una parcial que afecte el Título preliminar, al Capítulo segundo, Sección primera del Título I, o al Título II de la Constitución. Particularmente, para estas modificaciones se exige la aprobación del principio de la mayoría de dos tercios de cada Cámara y la disolución inmediata de las Cortes. Posteriormente, tras la convocatoria de elecciones, se deberá aprobar nuevamente el principio y llevar a cabo un debate y la aprobación del nuevo texto constitucional por mayoría de dos tercios de ambas Cámaras para, finalmente, ser sometido a referéndum para su ratificación. Ver: BALAGUER CALLEJÓN, Francisco (Coord.), CÁMARA VILLAR, Gregorio, BALAGUER CALLEJÓN, María, y MONTILLA MARTOS, José; ***Introducción al Derecho constitucional***, Tecnos, Madrid, 2014, p. 86; PÉREZ ROYO, Javier; ***La reforma de la Constitución***, ob. cit., 196 y ss; ALÁEZ CORRAL, Benito; "La reforma constitucional como motor de las transformaciones actuales del Estado español", en: ***Derecho constitucional para el Siglo XXI. Actas del VIII Congreso de Derecho Constitucional***, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2006. p. 475; y JIMÉNEZ CAMPO, Javier; "Algunos problemas de interpretación en torno al Título X de la Constitución", ob. cit., p. 84-85.

Constitución Federal de los Estados Unidos de América, relativas a declaración de los derechos y libertades públicas (*Bills of Rights*) de los ciudadanos de la Federación, que resultaron de la aplicación del procedimiento combinado previsto en su artículo V, que implicó la proposición de la enmienda por la mayoría cualificada del Congreso y el Senado, y la posterior ratificación de las legislaturas de los Estados miembros de la Federación. En efecto, es importante destacar que sólo este procedimiento combinado, de los cuatro recogidos en el artículo V²²¹, es el que ha sido utilizado por más de dos siglos en las veintisiete enmiendas aprobadas, manteniéndose, así, en definitiva, la sustancia de la Constitución con la introducción de aquellos cambios que son exigidos para adaptarla a las nuevas exigencias sociales o corregir deficiencias de sus preceptos.

A la luz de esta afirmación, podría creerse que la relativa estabilidad constitucional que ha mantenido el sistema estadounidense, en comparación con otros países alrededor del mundo, se debe al ejercicio del *amending power* previsto en el artículo V de su Constitución. Sin embargo, tiene una explicación lógica, que coincide con una de las grandes aportaciones que el

²²¹ El constituyente estadounidense dispuso en el artículo V de la Constitución Federal cuatro procedimientos combinados que permiten la reforma de la Constitución. En primer lugar, la propuesta y preparación de la enmienda puede ser acordada por las dos terceras partes de cada Cámara (Congreso y Senado), o, en segundo lugar, a solicitud de las legislaturas de los Estados miembros de la Federación al Congreso Federal, y con la reunión de una Convención constitucional que se encargará de realizar la respectiva propuesta. En tercero y cuarto lugar, el procedimiento de ratificación puede realizarse por la aprobación de la enmienda presentada por las tres cuartas partes de los Estados miembros, o bien por la aprobación de las tres cuartas partes de las diferentes convenciones estatales. Ver: PÉREZ SERRANO, Nicolás; *Tratado de Derecho Político*, Civitas, Madrid, 1984, p. 465–468, y PÉREZ ROYO, Javier; *La reforma de la Constitución*, ob. cit., p. 29.

constitucionalismo norteamericano ha dado a la teoría constitucional, a saber, el control constitucional de las leyes por parte de los jueces (*judicial review*), cuya práctica proviene de la conocida sentencia *Marbury vs. Madison*, con el que el juez JOHN MARSHALL, a través de la interpretación²²² que hiciera del artículo VI, párrafo 2 de la Constitución norteamericana, confirmó el principio de supremacía constitucional, al permitir a los jueces no aplicar las leyes que fuesen contrarias a la Constitución.

A partir de este antecedente, se hace indiscutible el carácter supremo de las normas constitucionales, que, entre otras cosas, explica el control de constitucionalidad y la interpretación judicial de la Constitución. Bajo este entendido, no ha sido la institución de la reforma constitucional la que ha conducido al desarrollo de la Constitución Federal de los Estados Unidos de América por la vía de la interpretación judicial, sino que ha sido la imposición en la práctica de la interpretación judicial la que ha minimizado y hecho soportables las dificultades del procedimiento de reforma²²³.

Ahora bien, al otro lado del Atlántico, la reforma constitucional se ha presentado de una forma muy diferente a la formulada en el constitucionalismo estadounidense, puesto que mientras en la tradición americana la institución de la

²²² En este contexto, la Constitución representa el parámetro del control de constitucionalidad de la ley, y a raíz de ello, toda ley debe ser interpretada a la luz del texto fundamental cuando se pretende verificar si es conforme o no con ésta. Sólo así será posible la estabilidad constitucional, la salvaguarda de la supremacía de la Constitución y la de sus principios fundamentales.

²²³ PÉREZ ROYO, Javier; ***La reforma de la Constitución***, ob. cit., p. 30-31.

reforma ha dado lugar a un pequeño número de modificaciones, en Europa, por su parte, su aplicabilidad ha estado supeditada al contexto político-jurídico y a una serie de acontecimientos históricos que sucesivamente han irrumpido en cada uno de los Estados de la región.

Así entendido, no hay dos países en el continente europeo que compartan la misma experiencia en lo que al ejercicio de la reforma constitucional se refiere, pero sí hay similitudes entre los países que han compartido la fórmula monárquica de gobierno, y en los que la evolución del sistema político ha dado lugar a una Monarquía parlamentaria, de la misma manera que las hay, aunque en menor medida, en algunos países que se han acabado configurando como Repúblicas²²⁴.

Al respecto, en la experiencia francesa, antecedente originario del constitucionalismo europeo, la Asamblea Nacional Constituyente de 1791 dispuso, en el Título VII de la Constitución, la cláusula de reforma que, pese a declarar que *“la Nación tiene el derecho imprescriptible de cambiar su Constitución”*²²⁵, confirió

²²⁴ PÉREZ ROYO, Javier; “Por qué en España no se reforma la Constitución”, ob. cit., p. 32.

²²⁵ La Constitución francesa de 1791, a diferencia de la estadounidense, distinguió dos mecanismos para llevar a cabo la modificación de su contenido. El primero, la revisión total o *changément* recogido en el artículo 201, donde la el cambio total de la Constitución era considerado como un derecho imprescriptible de la Nación que no encontraba regulación jurídica alguna. En segundo lugar, la reforma parcial o *révision* de algunos artículos, cuyo procedimiento, según el artículo 202, exigía la aprobación de tres Asambleas legislativas consecutivas, y sólo la cuarta, en la que no podían figurar ni siquiera como elegibles los pertenecientes a la tercera, decidía finalmente si aprobaba o no la reforma constitucional. Ver: DESLANDRES, Maurice; ***Histoire constitutionnelle de la France, de 1789 à 1870***, Vol. I, París, 1932, p. 126 y ss., citado en CONTRERAS, Manuel; “Sobre las transformaciones constitucionales y sus límites”, ***Revista de Estudios Políticos***, núm. 16, 1980, p. 166, y PÉREZ ROYO, Javier; ***La reforma de la Constitución***, ob. cit., p.47.

la práctica de la modificación del texto constitucional a un órgano ordinario, como el Parlamento. Empero, a diferencia de la modificación que pueden sufrir las leyes ordinarias, en el caso de la eventual modificación de la Constitución francesa, se estableció una serie de condicionantes que debían superarse para aprobar la reforma. En este caso, se exigía que tres Legislaturas consecutivas hubieran expresado su voluntad uniforme para cambiar algún artículo constitucional, y, posteriormente, una cuarta Legislatura, constituida como Asamblea de Revisión, que la aprobara definitivamente.

En cualquier caso, el procedimiento de reforma constitucional en Francia y en gran parte de los países europeos no llegó a aplicarse en el siglo XIX por distintas circunstancias, entre ellas, golpes de estado o movimientos subversivos (p. ej., los golpes de estado en la República francesa en los años 1797, 1799 y 1851, o la práctica de pronunciamientos militares que en España marcaban el cambio del signo político), establecimiento de condicionamientos temporales para el ejercicio de la reforma constitucional (p. ej., la Constitución española de 1812, en su artículo 375, imposibilitaba el ejercicio del poder constituyente derivado hasta tanto transcurrieran ocho años de vigencia del texto constitucional) y el silencio constitucional respecto a los mecanismos de reforma (p. ej., la Carta francesa de 1814 y la Constitución francesa de 1830, el Estatuto Albertino de Italia de 1848, y las Constituciones españolas de 1837, 1845 y 1876), lo que derivó en que, de hecho, se admitiera la modificación de la Constitución a través del

procedimiento legislativo ordinario²²⁶, con lo que aquélla quedaba privada de valor normativo.

Con el surgimiento del constitucionalismo democrático durante el siglo XX, la institución de la reforma constitucional llega a implantarse en el continente europeo de una forma parecida a la presentada en Estados Unidos, es decir, con vocación de funcionar como mecanismo de garantía excepcional y, a la vez, de actualización del texto fundamental. Además de ello, en algunos países europeos llegó a crearse un sistema de garantías de la Constitución dual, en el que, junto a la reforma constitucional, se sitúa una garantía adicional en el control de constitucionalidad²²⁷ a través del modelo kelseniano de jurisdicción constitucional o *Verfassungsgerichtsbarkeit*, que hizo posible que, de manera ordinaria, un órgano especializado²²⁸ llevara a cabo la interpretación constitucional, con el objeto de adaptar la Constitución a las nuevas realidades derivadas de la

²²⁶ DE ESTEBAN, Jorge y GONZÁLEZ TREVIJANO, Pedro; ***Tratado de Derecho Constitucional III***, ob. cit., p.721-724.

²²⁷ PÉREZ ROYO, Javier, ***La reforma de la Constitución***, ob. cit., p. 15.

²²⁸ El modelo kelseniano de jurisdicción constitucional, fue implementado por primera vez en las Constituciones de Checoslovaquia y Austria de 29 de febrero de 1920 y 1 de octubre de 1920, respectivamente, y, más tarde recogido en la Constitución española de 1931. En la Alemania de Weimar, lo que comenzó como un control concentrado de la constitucionalidad federal de las leyes de los *Länder* ante el Tribunal del Reich, terminó convirtiéndose en algunos casos, indirectamente, en control de las leyes del Reich. Posteriormente, el modelo de jurisdicción constitucional concentrada se instauró en Italia y Alemania mediante sus Constituciones de 1947 y 1949, respectivamente, y de ahí saltó a otros países de Europa occidental y América Latina. Sobre la aplicación práctica del modelo en la época de Entreguerras, puede leerse: CRUZ VILLALÓN, Pedro; ***La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad***, ob. cit., p. 70-77 y 229-419.

evolución social, sin alterar su literalidad²²⁹. El esquema reforma/justicia constitucional, tras el derrumbe de los nuevos regímenes democráticos en los años 30, fue consolidándose en Europa occidental, tras la Segunda Guerra Mundial, a partir de la experiencia, esta vez exitosa, de la Constitución de Italia de 1947 y, especialmente, de la Ley Fundamental de la República Federal Alemana de 1949, y se fue extendiendo a la mayoría de los países que, en el curso de las décadas siguientes, salieron de regímenes militares (Portugal y España, en la década de los 70) y, posteriormente, de los sistemas comunistas (Europa del Este, en la década de los 90).

En este sentido, cabe observar que, tras la extensión de la interpretación constitucional como elemento clave del control de constitucionalidad, la cláusula de reforma constitucional, en la práctica, se presenta como un instrumento excepcional que sólo tiene sentido cuando la labor interpretativa del juez, mecanismo ordinario de actualización constitucional, resulta insuficiente para realizar una adaptación del contenido de la Constitución. La reforma constitucional, es, por tanto, la máxima expresión del principio de legitimidad democrática en el Estado, ya que con ella se mantiene vivo el vínculo entre la

²²⁹ Sin embargo, como afirma LÓPEZ BASAGUREN, es una realidad que “mientras que en los sistemas anglosajones la interpretación de la Constitución por los jueces ha ocupado el lugar que los procesos de reforma constitucional no eran capaces de llenar, en los sistemas constitucionales continentales la incapacidad de afrontar la reforma constitucional cuando el sistema político da muestras de necesitar ajustes o modificaciones, está llamado a provocar la crisis de legitimidad de la Constitución, por su incapacidad para dar adecuada solución a los problemas y, en consecuencia, ahondar la crisis del sistema político y de su legitimidad ciudadana”. Ver: LÓPEZ BASAGUREN, Alberto; “Sobre la reforma de la Constitución. Una visión de conjunto”, en ARAGÓN, Jorge (Dir.); Por una reforma Constitucional, *Gaceta Sindical reflexión y debate*, núm. 23, dic. 2014, p. 83.

legitimidad de origen (poder constituyente originario) y la legitimidad de ejercicio (poder constituyente latente) y se permite renovar y adaptar la Constitución a las nuevas realidades. En otras palabras, la reforma es “una pieza esencial para el correcto funcionamiento del orden constitucional, porque en la consecución de un adecuado equilibrio entre rigidez-petrificación/permisividad de la reforma-adaptabilidad a la realidad social, estará una de las claves de la longevidad y efectividad de los textos constitucionales²³⁰”.

Ahora bien, cuando se requiere la activación del poder constituyente derivado para llevar a cabo la reforma de la Constitución, su actuación, como hemos sostenido, se encuentra subordinada por el propio texto fundamental, al ser un poder de naturaleza jurídica. Esto ocurre, en realidad, porque la Constitución, dotada de rigidez, garantiza, mediante los procedimientos de reforma, su supremacía constitucional como *lex superior* frente al resto de normas que hacen parte del ordenamiento jurídico. Así, entonces, la Constitución va a establecer su propio procedimiento de reforma, que resulta más complejo al que suele utilizarse para la modificación de la legislación ordinaria, previéndose con ello, entre otras cosas, cuáles serán los sujetos legitimados para activar la reforma constitucional, así como también los mecanismo formales o procedimentales que deben seguirse para que la reforma pueda ser definitivamente adoptada.

²³⁰ VERA SANTOS, José Manuel; ***La reforma constitucional en España***, La Ley, Madrid, 2007, p. 25-26.

En este sentido, dentro del Derecho comparado, existe una larga experiencia en lo que a procedimientos de reforma constitucional atañe, según sea la configuración democrática que prevea cada ordenamiento estatal. Sin embargo, aunque resulta complejo sintetizar y abordar todos estos procedimientos en un solo apartado, para el objeto de la presente investigación, sólo detallaremos, de manera generalizada, los aspectos comunes que nos ofrecen algunas de estas modalidades procedimentales, por lo que tomaremos en consideración elementos fundamentales, como son los órganos encargados de llevar a cabo la modificación de la Constitución y el procedimiento que éstos deben transitar para su adopción, dentro de lo cual suele incluirse, actualmente, la participación del pueblo para activar o aprobar la reforma del texto fundamental.

A.- LA MODIFICACIÓN CONSTITUCIONAL REALIZADA POR ÓRGANOS CONSTITUIDOS ACTUANDO COMO PODER CONSTITUYENTE DERIVADO

Por lo general, el mecanismo procedimental de reforma constitucional que recoge la mayoría de las Constituciones es aquel en el que se confía el poder constituyente derivado al órgano legislativo nacional ordinario, que adoptará la modificación de la Constitución aplicando procedimientos legislativos especiales o de mayoría reforzada. Así, la adopción de una reforma constitucional es el resultado de la aprobación que se hubiere hecho a la misma por parte de la

mayoría cualificada del poder legislativo, la cual se concreta en cada país de una manera diferente²³¹.

Dentro de la variable aritmética de la mayoría cualificada, para la aprobación de las reformas constitucionales podemos encontrar, como las más extendidas, dos modalidades:

- La aprobación de la reforma constitucional por la votación de la mayoría absoluta de los miembros del poder legislativo, es decir, la aprobación de la mitad más uno de sus miembros, pero acompañada de dos votaciones sucesivas que pueden corresponder, en primera sesión, a la aprobación de una mayoría simple de los presentes o de la mayoría absoluta de los miembros del Parlamento (p. ej., el artículo 60 de la Constitución de Brasil de 1988, en el que se exige la aprobación de la enmienda por la mayoría absoluta de los miembros del Congreso Nacional en dos sesiones, y los artículos 286.2 de la Constitución de la República Portuguesa de 1976 y 375 de la Constitución Política de Colombia de 1991, que requieren la aprobación, en primera sesión, por mayoría simple, y, en la segunda, por la mayoría absoluta de los miembros el poder legislativo).
- La aprobación de la reforma constitucional por votación mayoritaria de dos tercios o tres quintas partes de los miembros del poder legislativo (p. ej., los

²³¹ DE VEGA, Pedro; *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, ob. cit., p. 97-99.

artículos 79 de la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania, 288.1 de la Constitución de la República Portuguesa, 411.2 de la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia y 135 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en los que se exige la aprobación de la reforma por las dos terceras partes de los miembros del poder legislativo, con la excepción de que en el caso mexicano, se requiere, además, que la reforma sea posteriormente aprobada por la mayoría de las legislaturas de los Estados. Por otro lado, en el caso español, la aprobación de la modificación constitucional varía según el procedimiento que sea utilizado, y es que, mientras en el procedimiento de reforma previsto en el artículo 167 se exige la aprobación por mayoría de tres quintas partes de cada una de las Cámaras, y, en caso de que no se lograra dicha aprobación, siempre que el texto hubiera obtenido el voto favorable de la mayoría absoluta del Senado, por la mayoría de dos tercios del Congreso, en lo que respecta al procedimiento de revisión constitucional recogido en el artículo 168, la modificación debe aprobarse de acuerdo al principio de mayoría de dos tercios de cada Cámara²³²).

²³² Sin embargo, es importante destacar que en ambos mecanismos de modificación de la Constitución, hay una previsión adicional, pues, mientras en el procedimiento de reforma constitucional (art. 167), no se hace necesario someter el texto a referéndum para su ratificación siempre que así lo considere una décima parte de los miembros de cada Cámara, en el procedimiento de revisión constitucional (art. 168), por su parte, una vez que es aprobada la reforma por las Cortes Generales, obligatoriamente deberá someterse a referéndum para su aprobación.

B.- LA MODIFICACIÓN CONSTITUCIONAL REALIZADA POR ÓRGANOS ESPECIALES

Dentro del Derecho comparado, otro de los métodos que han sido contemplados para ejecutar la modificación de la Constitución es el ejecutado por un órgano especializado *ad hoc* (Convención Nacional o Asamblea Nacional), distinto al poder legislativo ordinario. Dicho mecanismo tuvo su origen en la Constitución Federal de Estados Unidos de América dentro de los distintos procedimientos de reforma constitucional que se encuentran previstos en el artículo V²³³, en cuyo caso, para poder entrar en vigor, se hace necesario que la reforma sea ratificada por las legislaturas de las tres cuartas partes de los Estados o por convenciones convocadas al efecto en tres cuartos de los mismos. A partir de este precedente, la reforma constitucional tramitada por órganos especiales fue incorporada en otros sistemas constitucionales (p. ej., el artículo 115 de la Constitución francesa de 1793, y, ya en el siglo XX, los artículos 331 de la Constitución de la República Oriental del Uruguay de 1967, 376 de la Constitución Política de Colombia de 1991, 30 de la Constitución de la Nación Argentina de 1994, 411 de la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia de 2009,

²³³ *Artículo V. Constitución de los Estados Unidos de América.* Siempre que las dos terceras partes de ambas Cámaras lo juzguen necesario, el Congreso propondrá enmiendas a esta Constitución, o, a solicitud de las legislaturas de las dos terceras de los distintos Estados, convocará una Convención con el objeto de que proponga Enmiendas, las cuales, en cualquier caso, poseerán la misma validez como si fueran parte de esta Constitución, para todo efecto, una vez que hayan sido ratificadas por las legislaturas de las tres cuartas partes de los Estados separadamente o por medio de convenciones reunidas en tres cuartos de los mismos, según el Congreso haya propuesto uno u otro modo para la ratificación; y a condición de que ninguna Enmienda que sea hecha antes del año de mil ochocientos ocho, modifique de manera alguna, las cláusulas primera y cuarta de la Sección Novena del Artículo primero; y que a ningún Estado será privado, sin su consentimiento, de igualdad de voto en el Senado.

entre otras, en las que la reforma al texto fundamental debe realizarse a través de un órgano especializado).

Señala PEDRO DE VEGA, sobre la base de la experiencia estadounidense, que el procedimiento de reforma constitucional ejercido por medio de un órgano especializado ha perdido su utilidad por su excesiva complicación. A ello se une, en los Estados Unidos, el elemento disfuncional que supone el consenso adicional que se exige de los Estados que integran la Federación²³⁴. Y, ciertamente, en más de doscientos años, nunca se ha convocado una convención en Estados Unidos para aprobar una enmienda.

Sin embargo, debemos ampliar nuestro examen más allá de la experiencia de Estados Unidos. Así, la reforma de la Constitución de Argentina de 1994 fue producto de una Convención Constituyente. Y, muy señaladamente, debe destacarse que la previsión de modificación constitucional realizada por órganos especiales ha revivido en algunas Constituciones latinoamericanas recientes, como es el caso de Costa Rica (1949), Colombia (1991), Venezuela (1999), Ecuador (2008) y Bolivia (2009), las cuales, entre los distintos mecanismos de modificación a la Constitución, prevén la reforma constitucional mediante la conformación de una Asamblea Constituyente.

²³⁴ DE VEGA, Pedro; *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, ob. cit., p. 98.

C.- LA PARTICIPACIÓN DEL PUEBLO DENTRO DEL PROCESO DE REFORMA CONSTITUCIONAL

Una de las caracterizaciones con las que la doctrina suele categorizar los modelos de actuación del poder constituyente derivado, como menciona GARCÍA BELAUNDE²³⁵, se encuentran en aquellos procedimientos que se ven directamente ligados al principio democrático, tras reconocer al pueblo distintos niveles de participación en el momento de tramitar o decidir sobre alguna reforma constitucional. De acuerdo con esta visión, podemos considerar que la participación del pueblo, dentro del proceso de reforma constitucional, puede ser entendida como un elemento más de agravación por el que debe transitar el constituyente derivado al momento de adoptar alguna reforma a la Constitución.

En esta perspectiva, podemos destacar que cualquiera que sea el nivel de participación directa del pueblo, aquélla tendrá por objeto reforzar la legitimidad de la reforma constitucional mediante la reafirmación del principio democrático. La participación popular en el procedimiento de reforma constitucional como manifestación formal del poder constituyente derivado, según los ordenamientos constitucionales que la prevean, se puede encontrar incluida en el momento de la activación de la reforma o en el de aprobación definitiva de la misma.

²³⁵ GARCÍA BELAUNDE, Domingo; "Sobre el control de la reforma constitucional (con especial atención a la experiencia jurídica peruana)", ob. cit., p. 483.

Así, por ejemplo, en lo que respecta a la iniciativa del proceso de reforma constitucional, los artículos 138 de la Constitución de Suiza de 1999, 331 de la Constitución de Uruguay de 1967, 375 de la Constitución de Colombia de 1991, 341 y 342 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999, 441 y 442 de la Constitución de Ecuador de 2008, y 411 de la Constitución de Bolivia de 2009, facultan a un porcentaje determinado de electores a presentar proyectos de reforma constitucional.

Por otra parte, para la adopción de la reforma constitucional, algunas Constituciones exigen de manera obligatoria o facultativa la participación del pueblo, a través del mecanismo del referéndum (p. ej., los artículos 46 de la Constitución de Irlanda de 1937, 89 de la Constitución francesa de 1958, 140 de la Constitución de Suiza de 1999, 138 de la Constitución italiana de 1947, 168 de la Constitución española de 1978, 377 de la Constitución de Colombia de 1991, 341 y 344 de la Constitución de Venezuela de 1999, y 442 de la Constitución de Ecuador de 2008, en los que se exige la intervención del cuerpo político de la sociedad a través de referéndum para ratificar la reforma constitucional, mientras que en el artículo 167 de la Constitución española de 1978 y el artículo 206 de la Constitución de Perú de 1993, la celebración del referéndum depende de que concurra la voluntad de una fracción del Parlamento).

7.- LA MUTACIÓN CONSTITUCIONAL Y EL MITO DEL PODER CONSTITUYENTE DIFUSO

La Constitución escrita, desde su vertiente normativa, tiene entre sus objetivos fundamentales la pretensión de perdurar en el tiempo. No obstante, hablar de permanencia constitucional no implica, bajo ningún supuesto, petrificar el texto constitucional, pues, por el contrario, toda Constitución requiere su adecuación a las exigencias de la realidad cambiante. Por tal motivo, el pueblo, en todo momento, tendrá el derecho de actualizarla con los cambios y exigencias que son propios a la evolución de la sociedad.

En este sentido, la tensión que puede existir entre la pretensión de permanencia y la necesidad de cambio o lo que es lo mismo, legalidad y legitimidad constitucional, es una vicisitud que puede superarse mediante la reforma constitucional, como mecanismo extraordinario de actualización del texto fundamental mediante el cual el constituyente derivado, en uso de los procedimientos formales previstos en la Constitución, tiene la posibilidad de cubrir los defectos o lagunas que pudo ocasionar el constituyente originario al terminar su obra o, simplemente, adecuar su contenido a las nuevas realidades.

Paralelamente a ello, hemos podido advertir que en la evolución de la teoría constitucional se han desarrollado ciertos mecanismos ordinarios que permiten modificar la Constitución, al margen del procedimiento formal de reforma constitucional, por autoridades distintas al constituyente derivado, todo ello con la

finalidad de adaptarla a las necesidades que la propia sociedad impone como consecuencia de su progreso, sin que tenga que alterarse su contenido literal.

Bajo esta visión, desde finales del siglo XIX e inicios del siglo XX, se desarrolló la doctrina alemana de la *Verfassungswandlungen* o mutaciones constitucionales, como fruto de las aportaciones científicas planteadas por juristas como LABAND, JELLINEK, SMEND y HSÜ-DAU-LIN. Dentro de sus investigaciones, estos autores pudieron destacar que la acción del Estado, a través de la actividad legítima y continua de los órganos del poder público, puede modificar el texto fundamental mediante vías o canales informales que, competencialmente, la Constitución les ha atribuido para el ejercicio efectivo de su actividad.

En otras palabras, las mutaciones constitucionales, tal como afirma HESSE, corresponden a aquellas modificaciones que, de manera habitual, realizan los poderes constituidos al contenido de los preceptos constitucionales, de modo que la norma, conservando el mismo texto, recibe un significado distinto²³⁶. De esta forma, debemos enfatizar que mientras las modificaciones formales exigen la superación de una serie de requisitos que pueden retrasar su aprobación, las *Verfassungswandlungen* suelen ser más efectivas en determinadas circunstancias, en la medida en que éstas, al respetar la letra y espíritu de la

²³⁶ HESSE, Konrad; *Escritos de Derecho constitucional*, ob. cit., p. 85.

Constitución, se integran en su texto con mayor premura, acomodándola a la realidad, que cambia o se modula con el tiempo²³⁷.

Desde esta vertiente, resulta indiscutible la admisión de las mutaciones constitucionales como mecanismo de adaptación informal de la Constitución al inevitable progreso político, económico y social que se plantea en una comunidad; empero, la cuestión que su implementación plantea es determinar cómo y de qué forma los poderes constituidos pueden llevar a cabo este tipo de modificaciones.

En el ámbito de esta discusión, para dar una respuesta coherente a ello, la doctrina europea ha propuesto una clasificación o tipología de actos estatales que tienen capacidad para materializar cambios en la Constitución a través de la vía informal de la mutación constitucional.

En la escuela alemana del Derecho público del siglo XIX, LABAND afirmó que la Constitución del Reich podía sufrir transformaciones fuera de los mecanismos formales de reforma constitucional, por tres vías diferentes: i) regulación por parte de las leyes del Reich de elementos centrales del Estado no previstos o previstos de manera colateral por la Constitución del Reich; ii) modificación de elementos centrales del Estado por medio de leyes del Reich que contradicen el contenido de

²³⁷ LUCAS VERDÚ, Pablo; *Curso de Derecho Político*, Vol. IV, Tecnos, Madrid, 1984, p. 145.

la Constitución y alteración de los elementos centrales del Estado y; iii) usos y costumbres de los poderes públicos²³⁸.

Por su parte, JELLINEK sostiene que las mutaciones constitucionales pueden originarse por distintas prácticas estatales, como: i) prácticas legislativas desarrolladas en el Parlamento a través de sus actos normativos (p. ej., leyes, reglamentos); ii) prácticas jurisdiccionales ejecutadas por los tribunales mediante la emisión de jurisprudencia y; iii) prácticas administrativas como ejercicio común de la Administración pública en ejecución de la Constitución y la leyes cuando actúan contrariamente a la Constitución²³⁹.

En esta línea, HSÜ-DAU-LIN consideró que la necesidad política es la causa fundamental de las mutaciones constitucionales y construyó una clasificación de éstas tomando en cuenta una diferenciación entre las mutaciones que congruentemente son permitidas y exigidas por la Constitución y aquellas otras que, pese a su necesidad real, son inconstitucionales²⁴⁰ y exigen que el cambio sea a través de los procedimientos formales establecidos en la Constitución. De acuerdo con esta distinción, y siendo ambas causas promotoras de mutaciones constitucionales como modo natural de que el Estado cumpla su finalidad de

²³⁸ SÁNCHEZ URRUTIA, Ana Victoria; "Mutación Constitucional y fuerza normativa de la Constitución. Una aproximación al origen del concepto", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 58, ene.-abr., 2000, p. 108-109.

²³⁹ JELLINEK, Georg; *Reforma y Mutación de la Constitución* (Trad. Christian Föster), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, p. 76-84.

²⁴⁰ ROLLNERT LIERN, Göran; "La mutación constitucional entre la interpretación y la jurisdicción constitucional", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 101, may.-ago., 2014, p. 129.

autoconservación, este autor destaca cuatro tipos de mutaciones, que distingue en: i) Las producidas como consecuencia de prácticas estatales que no contradicen la Constitución escrita, para cuya reglamentación no exista norma constitucional (p. ej., la afirmación del *judicial review* en el constitucionalismo estadounidense, que, aunque no sea una competencia atribuida en la Constitución Federal a los Tribunales Federales, constituye un principio fundamental e inalterable para el sistema democrático); ii) Las producidas por prácticas políticas en oposición abierta a preceptos constitucionales (p. ej., el mandato imperativo que existe entre parlamentarios y sus respectivos partidos políticos, cuando la Constitución impide esta situación); iii) Las originadas por imposibilidad del ejercicio o por desuso de las competencias y atribuciones establecidas en la Constitución (p. ej., el no ejercicio del derecho conferido a los Jefes de Estado a no sancionar una ley aprobada por el Parlamento); iv) Las producidas por interpretación de los términos de la Constitución, de modo tal que los preceptos obtienen un contenido distinto a aquel con el que en principio fueron pensados (p. ej., la interpretación que hacen los Tribunales Constitucionales para determinar, ante vacíos o imprecisiones del constituyente originario, cuál es el verdadero sentido y como debe entenderse el contenido real de una norma²⁴¹).

En definitiva, sea cual sea la clasificación que tomemos como referencia para aludir a las modificaciones que puede sufrir, paralelamente a los cauces formales,

²⁴¹ DAU-LIN, Hsü; ***Mutación de la Constitución***, Instituto Vasco de Administración Pública, Oñati, 1998, p. 24-80, citado en DE VEGA, Pedro; ***La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente***, ob. cit., p. 185-190.

el contenido normativo de la Constitución, podemos extraer que las mutaciones constitucionales, en su función complementaria de la Constitución, pueden causarse por las prácticas de la administración, del parlamento o de los órganos jurisdiccionales, siempre y cuando desarrollen el contenido del texto fundamental sin alterar sus términos literales o sus principios estructurales, pues, de ser este el caso, se estaría ante un fraude al texto fundamental, dada la anticonstitucionalidad del acto, que, consecuentemente, deberá ser controlado por la jurisdicción constitucional como garante de la supremacía de la Constitución.

Así entendidas, las mutaciones constitucionales operan permanentemente en la actividad cotidiana de los poderes constituidos para encontrar soluciones a los problemas constitucionales que son corolario a las vicisitudes que se dan en la sociedad, y será sólo en el supuesto de que la mutación no permita moldear un complemento que se adecúe a la Constitución, cuando inexorablemente deberá actuar el constituyente derivado para modificarla a través de la reforma constitucional, precisamente en su calidad de garante material de la supremacía y rigidez constitucional.

En otro orden de ideas, desde la apreciación que puede referirnos el mito de que las mutaciones constitucionales puedan ser entendidas como una manifestación más del poder constituyente, el jurista francés BURDEAU reconoce que en el poder constituyente, dentro de sus tipologías originaria y derivada, coexiste a su vez un poder constituyente difuso, que, sin encontrarse previsto en

la Constitución, se presenta como un poder real con la función hermenéutica de complementar el texto fundamental ante vacíos constitucionales. De ahí que, en palabras del jurista francés, pese a la rigidez que pueda caracterizar a la Constitución escrita, su estructura inacabada o incompleta la hace dinámica, al permitir su alteración por parte de los órganos del poder público con la finalidad de remediar coyunturas políticas que tienden a trastocar el sistema²⁴².

Según esta doctrina, existe, pues, una relación entre la mutación constitucional y el llamado poder constituyente difuso, en la que los poderes constituidos, dentro de sus prácticas comunes, tienen la labor de dictar actos de complementación constitucional para expandir el ámbito de normas constitucionales cuyo contenido requiere ser integrado para su aplicación en una situación dada²⁴³, ya que la Constitución, como afirma KONRAD HESSE, si bien es una norma jurídica, en ningún momento puede desligarse del proceso práctico de realización como reflejo de la realidad social y, necesariamente, debe concretizarse para adaptarla a los cambios progresivos que se producen en las relaciones sociales²⁴⁴.

Por otro lado, dentro de esta visión, HÄBERLE afirmó que la reforma de la Constitución, al igual que la interpretación de ésta (mutación constitucional), son

²⁴² BURDEAU, Georges; *Traité de science politique*, Vol. IV, ob. cit., p. 246-247.

²⁴³ DA SILVA, José Alfonso; *Mutaciones Constitucionales* (Trad. María del Pilar Hernández), *Revista mexicana de Derecho Constitucional*, núm. 1, jul.-dic., 1999, extraído el día 23 de junio de 2015 de: <http://www.revistas.unam.mx/index.php/cuc/article/view/1982>, p. 11-12.

²⁴⁴ HESSE, Konrad; *Die Normative Kraft der Verfassung, Tübingen*, 1959, p. 8, citado en PÉREZ ROYO, Javier, *La reforma de la Constitución*, ob. cit., p. 108

formas de manifestación del poder constituyente en el sentido amplio, a pesar de corresponder a procesos claramente diferenciables²⁴⁵. Sin embargo, aunque la reforma constitucional y la interpretación constitucional sean conceptos derivados de la Constitución y se encuentren previstos en ella, en esencia, no comparten la misma finalidad, ni tampoco se manifiestan en la misma medida e importancia frente al poder constituyente, ya que mientras la reforma constitucional hace clara referencia al principio de soberanía popular, en el caso de la interpretación constitucional no puede decirse lo mismo²⁴⁶.

En este sentido, entender las mutaciones constitucionales como muestra de un poder constituyente difuso²⁴⁷, tomando en cuenta la definición real de poder constituyente según su función creadora o reformadora del orden normativo, resulta inadecuado, ya que las modificaciones informales que realizan los distintos órganos del poder público a la Constitución no implican la reforma literal del texto constitucional, pues sólo complementan en sentido hermenéutico el texto supremo. Por otro lado, conforme a la tradición constitucional, los poderes públicos no son más que poderes constituidos que deben actuar conforme al marco jurídico diseñado en la Constitución, y, en lo que respecta a las mutaciones

²⁴⁵ HÄBERLE, Peter; “Verfassungsinterpretation und Verfassungsgebung”, *Zeitschrift für das Schweizerische Recht*, núm. 189, p. 16-20, citado en PÉREZ ROYO, Javier, *La reforma de la Constitución*, ob. cit., p. 111-113.

²⁴⁶ MÉNDEZ MAGDALENO, Jari L.; *La Constitución como proceso político*, Dykinson, Madrid, 2012, p. 166-167.

²⁴⁷ Para IGNACIO DE OTTO, el Tribunal Constitucional, en su labor de interpretación, desempeña una función constituyente, en el caso donde decide aquellos supuestos no decididos por el poder constituyente en su ocasión. Por su parte, MARTÍNEZ SOSPEDRA atribuye al Tribunal Constitucional una función de poder constituyente constituido o reformador constitucional, pues adapta la Constitución a las nuevas realidades sociales, sin necesidad de su revisión.

constitucionales que son producto de las interpretaciones realizadas por los órganos jurisdiccionales, tal como sostiene GARCÍA DE ENTERRÍA, en ningún momento podrá ligarse a la función propia del poder constituyente, dado que éste ha comisionado a aquél sólo para la defensa y custodia de su obra, ante la eventual intromisión o menoscabo que pueda cometer alguno de los poderes del Estado²⁴⁸.

En nuestra opinión, podemos afirmar que las mutaciones constitucionales son un ejercicio hermenéutico que puede suponer un cambio o un complemento a la interpretación previamente establecida de un artículo constitucional, pero que rebasan su ámbito cuando resultan incompatibles con el texto o el espíritu de la Constitución.

8.- EL PODER CONSTITUYENTE Y SUS MANIFESTACIONES RECIENTES EN AMÉRICA LATINA

Hemos considerado que el poder constituyente originario, en su actividad fundacional, y el poder constituyente derivado, vinculado a la función de reforma constitucional, desde luego, no son términos intercambiables. El primero de ellos, indudablemente, alude al proceso de creación o reorganización del orden normativo a través de reglas nuevas, y el otro, a los cambios que se hacen al texto constitucional vigente, conforme a los procedimientos previstos en él.

²⁴⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, ob. cit., p. 197-198.

Sin embargo, que exista esta dicotomía funcional de poder constituyente no quiere decir que entre ambos conceptos no puedan existir categorías alternativas, como es el caso de la reforma total prevista en algunos ordenamientos jurídicos (p. ej., el artículo 168 de la Constitución española de 1978) o la reforma constitucional que se ejerce tras la ruptura del orden vigente²⁴⁹.

Las categorías alternativas entre el poder constituyente originario y el poder constituyente derivado, de hecho, han generado una intensa discusión en la doctrina contemporánea para dilucidar en qué grado son legítimos o legales los procesos constituyentes que se han materializado en Latinoamérica a lo largo de estos últimos años, y es precisamente este supuesto el que en esta ocasión abordaremos como un nuevo paradigma del poder constituyente en el siglo XXI.

En primer lugar, debemos precisar que el poder constituyente originario aparece, en el panorama estatal, como un poder político que pretende fundar el orden jurídico constitucional por primera vez, o refundar el ya existente como consecuencia de algún evento violento o pacífico que puede surgir directamente de la manifestación voluntaria del cuerpo político.

Desde este punto de vista, las Constituciones latinoamericanas originadas tras los procesos independentistas, han sido objeto de múltiples reformas durante

²⁴⁹ DE OTTO, Ignacio; ***Qué son la Constitución y el Proceso Constituyente***, ob. cit., p. 54, citado en PISARELLO, Gerardo. ***Procesos constituyentes. Caminos para la ruptura democrática***, ob. cit., p. 18.

casi dos siglos, pero las reformas en cuestión no fueron hechas, necesariamente, respetando los procedimientos formales de ejercicio del poder constituyente derivado, al punto de que, como menciona BREWER-CARÍAS, casi todas las Constituciones actuales en Suramérica han sido producto de Asambleas o Convenciones Constituyentes, las cuales en su momento asumieron el poder constituyente sin que necesariamente hubieran estado reguladas expresamente en los textos constitucionales precedentes²⁵⁰.

Incluso en muchos de estos casos, en lo que respecta a la refundación el orden constitucional, la manifestación del poder constituyente se vio presidida por un golpe de Estado, en los que un gobierno *de facto* propiciaría el cambio constitucional como cobertura para anclar el ejercicio del poder a sistemas dictatoriales, autocráticos o militares que han regido los países de este ámbito por muchos años (p. ej., la Constitución de la República de Venezuela de 1953, promulgada durante el gobierno dictatorial del general Marcos Pérez Jiménez, la cual fue derogada en el año 1958 con ocasión del movimiento cívico militar que derrocó al gobierno; la ley fundamental cubana de 1959, producto del gobierno revolucionario que derogó la Constitución de 1940; la Constitución Política de la República de Chile de 1980, que fue producto del golpe de Estado auspiciado por el General Augusto Pinochet, etc.).

²⁵⁰ BREWER CARÍAS, Allan; “Modelos de revisión constitucional en América Latina”, en ***Derechos Fundamentales, Derecho Constitucional y Procesal Constitucional***, San Marcos, Lima, 2008, p. 215.

Fuera de estos casos, la reorganización del orden constitucional, igualmente, ha tenido lugar en otras ocasiones tras coyunturas particulares de carácter pacifista, en las que un poder constituyente latente, asentado en las bases de la sociedad, se ha revelado para exigir el cambio de un ordenamiento que ha quedado obsoleto, al no responder a las necesidades políticas, económicas o sociales sentidas por la sociedad, pues las modificaciones particulares que se hacían a la Constitución en cumplimiento de los cauces formales preestablecidos se producían de manera limitada, en contraste con las aspiraciones de la sociedad.

No es un hecho furtivo que el ideario constitucional, desde el siglo pasado, en palabras de CARLOS DE CABO, venía sufriendo la erosión y el retroceso en aspectos básicos, dentro de un proceso gradual de desformalización y desjuridización. Muestra de ello es la huida del Derecho público y el surgimiento de la aspiración en la sociedad de activar un proceso de renovación y fortalecimiento ante el desorden constitucional del poder y de la vida política²⁵¹, como fruto del rechazo a una serie de fenómenos extrajurídicos que afectaban primordialmente a las clases sociales más desfavorecidas²⁵².

²⁵¹ DE CABO, Carlos; *Dialéctica del sujeto dialéctica de la Constitución*, Trotta, Madrid, 2010, p. 141-142.

²⁵² Las aspiraciones constituyentes y sus manifestaciones recientes, en palabras de PISARELLO, han surgido como rechazo de las políticas neoliberales, privatizadoras y precarizadoras impuestas en la última década, así como también de la emergencia de una potencia popular que había quedado marginada de la política y que necesitaba ser tomada en cuenta para dar respuesta a los cambios civilizatorios (productivos, tecnológicos, ecológicos, entre otros) que traía consigo el nuevo siglo. Ver: PISARELLO, Gerardo. *Procesos constituyentes. Caminos para la ruptura democrática*, ob. cit., p. 107-108.

Esta observación es importante porque en ella se encuentra una de las razones que, de hecho, generaron una oleada constituyente que ha podido manifestarse recientemente en Suramérica con la promulgación de las Constituciones de Colombia (1991), Venezuela (1999), Ecuador (2008) y Bolivia (2009), las cuales, a diferencia de las Constituciones tradicionales, beben de la efervescencia del movimiento doctrinal neoconstitucionalista, expuesto por autores como ALEXY²⁵³, ZAGREBELSKY²⁵⁴, DWORKIN²⁵⁵, FERRAJOLI²⁵⁶ y NINO²⁵⁷, entre otros, que dejan de lado la concepción formalista de la Constitución como norma que sólo fija límites y separa los poderes públicos, para entenderla como una norma que contiene altos niveles materiales (principios), que van a condicionar la actuación del Estado por medio de la ordenación de ciertos fines y objetivos²⁵⁸, todo ello con la finalidad de garantizar el goce y la efectividad de los derechos de los ciudadanos²⁵⁹.

²⁵³ ALEXY, Robert; "La naturaleza de la filosofía del derecho", *Revista Doxa*, núm. 26, 2003, p. 145; y ALEXY, Robert; *Teoría del discurso y derechos humanos*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1995, p. 53.

²⁵⁴ ZAGREBELSKY, Gustavo; *El derecho dúctil*, Trotta, Madrid, 1997, p. 122 y ss.

²⁵⁵ DWORKIN, Ronald; *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona, 1984, p. 72.

²⁵⁶ FERRAJOLI, Luigi; *Garantismo: Debate sobre el derecho y la democracia*, Trotta, Madrid, 2006, p. 23 y ss.

²⁵⁷ NINO, Carlos; *Ética y derechos humanos*, Paidós, Buenos Aires, 1984, p. 214.

²⁵⁸ CARBONELL, Miguel; *El neoconstitucionalismo en su laberinto*, Trotta, Madrid, 2007, p. 9-10.

²⁵⁹ ECHEVERRI URUBURU, Álvaro y DUQUE AYALA, Corina; *Políticas y Constitucionalismo en Suramérica. El poder político, la democracia y los retos del Estado Social de Derecho en Suramérica*, Ibáñez, Bogotá, 2015, p. 86 y ss.

Particularmente, en el caso de las citadas Constituciones latinoamericanas, su configuración se ha realizado a través del llamamiento a Asambleas Constituyentes como poder constituyente originario, con el objeto de transformar y refundar por completo el orden constitucional. Sin embargo, lo paradójico que presentan estos procesos, y sobre lo que se ha generado un amplio debate a nivel académico en la materia, viene dado por el hecho de que los textos constitucionales anteriores no establecían, dentro de su contenido, este mecanismo de activación del poder constituyente.

En efecto, para materializar la convocatoria de una Asamblea Constituyente y así configurar las señaladas Constituciones, fue argumentada una construcción teórico-práctica que venía fundamentada en el clásico principio de soberanía popular, en el que el pueblo soberano, único sujeto legitimado para transformar el orden constitucional por ser supremo, ilimitado e indivisible²⁶⁰, ya no concebido como una mera declaración dentro de la Constitución, podría habilitarse como poder constituyente originario cuando lo estimase necesario, para romper los viejos esquemas constitucionales y, así, producir nuevas Constituciones que fueran capaces de responder a las exigencias políticas, económicas y sociales sentidas por el pueblo en ese momento.

De ahí que, en abierta tensión con los mecanismos formales de cambio establecidos en las Constituciones hasta entonces vigentes, y siendo el pueblo

²⁶⁰ PÉREZ TREVIÑO, José Luis; *Los límites jurídicos al soberano*, Tecnos, Madrid, 1998, p. 29.

soberano y origen primigenio de los poderes, aquél sería entendido como el sujeto clave al que se consultaría mediante el mecanismo democrático del referendo, como vía de legitimación política, a fin de que determinase directamente la conveniencia o no de celebrar una Asamblea Constituyente para redactar una nueva Constitución²⁶¹. Esta situación se perfiló de manera afirmativa en los cuatro países suramericanos citados, con sus claras salvedades²⁶², donde el mandato imperativo del pueblo, producto de la consulta, se entendería como la vía para legitimar la creación de Asambleas Constituyentes que serían electas para redactar las Constituciones actualmente vigentes.

De acuerdo con esta apreciación, lo que para un sector de la doctrina ha podido resultar novedoso y legítimo en estas experiencias constituyentes, al tratarse de un acto del pueblo soberano como artífice directo de su destino,

²⁶¹ PISARELLO, Gerardo. **Procesos constituyentes. Caminos para la ruptura democrática**, ob. cit., p. 109.

²⁶² A diferencia de los procesos constituyentes desencadenados en Venezuela, Ecuador y Bolivia, el proceso constitucional colombiano no hizo una impugnación frontal de las políticas aplicadas hasta aquel momento, tildadas de neoliberales por un importante sector de la intelectualidad jurídica y política, ni de las élites políticas que las habían gestionado. Contrariamente a ello, en los otros tres países, el detonante de las rupturas constituyentes fue la precarización rampante de las condiciones de vida de los sectores populares y la falta de credibilidad hacia las élites gobernantes. En este contexto, registra una gran importancia la participación de los “nuevos sujetos históricos” (afectados y excluidos que van desde los sin tierra, las clases medias urbanas, a los campesinos y las comunidades indígenas), apáticos ante los sistemas políticos anteriores, que intervinieron guiados por un líder político catalogado como socialista, el cual, una vez que accede al poder, hace el llamamiento a una Asamblea Constituyente, a fin de redactar una nueva Constitución que se adaptara a una visión intervencionista del Estado y a un sistema político de democracia participativa. Ver, al respecto: PISARELLO, Gerardo. **Procesos constituyentes. Caminos para la ruptura democrática**, ob. cit., p. 112 y ss., DE CABO, Carlos; **Dialéctica del sujeto dialéctico de la Constitución**, ob. cit., p. 143, y SÁNCHEZ LORA, Juan Carlos; “De la ilegitimidad democrática de los tribunales constitucionales en el nuevo constitucionalismo bolivariano. Casos: Venezuela, Ecuador y Bolivia”, **Revista de Derecho Público**, núm. 129, ene.-mar., 2012, p. 59.

requiere hacer una salvedad. En efecto, si bien una consulta popular nunca podría considerarse inconstitucional por ser expresión genuina del poder soberano, por el contrario, crear por vía de consulta popular una Asamblea Constituyente implica en todo caso una reforma constitucional-anticonstitucional, pues para hacer la inclusión de este mecanismo de ejercicio del poder constituyente originario, necesariamente debía seguirse el procedimiento formal en garantía y resguardo de la rigidez y supremacía normativa de la Constitución²⁶³.

En cualquier caso, a pesar de estas incongruencias jurídicas, el poder constituyente originario, en su función refundadora del orden normativo constitucional, se presenta como un gran paradigma en los movimientos populares de las últimas décadas en Suramérica, y más recientemente, se ha podido mostrar con rasgos similares en los procesos constituyentes que se han venido desarrollado tumultuosamente, tras la primavera árabe, en países como Egipto y Túnez.

²⁶³ BREWER CARÍAS, Allan; "Poder Constituyente originario y Asamblea Nacional Constituyente. Comentarios sobre la interpretación jurisprudencial relativa a la naturaleza, la misión y los límites de la Asamblea Nacional Constituyente)", *Colección de Estudios jurídicos*, núm. 72, 1999, p. 72.

CAPÍTULO III

EL PODER CONSTITUYENTE EN EL MUNDO GLOBALIZADO Y EL PARADIGMA DE LOS DERECHOS HUMANOS

El poder constituyente, desde su perspectiva productora del orden normativo constitucional, ha sido la condición *sine qua non* de existencia y validez del Estado constitucional. Su función y actividad, sustentada en el principio de soberanía popular, va a manifestarse de manera puntual al momento de fundar, refundar o modificar las normas constitucionales que organizan y limitan los poderes estatales, todo ello en ejercicio del derecho a la libre autodeterminación que indelegablemente asiste al pueblo para permitirle convivir dentro de un esquema institucional de carácter pacífico y ordenado.

Bajo este entendido, la teoría del poder constituyente del siglo XVIII, hasta su reafirmación teórico-práctica en la actualidad, ha sido objeto de distintos debates por diversos sectores de la doctrina, pues éstos, desde distintas corrientes ideológicas, de lado y lado, han sostenido opiniones contrarias en aspectos básicos que van dirigidos principalmente al proceso de configuración y el ámbito de actividad que lo caracteriza como potestad fundamentada en el principio de soberanía popular.

Las diversas discusiones doctrinarias que hacen parte del entendimiento que hoy día podemos tener de la teoría del poder constituyente pasan igualmente por analizar el proceso evolutivo que ha atravesado el Estado, dadas las transformaciones a las que se ha visto sometido como unidad político soberana de base territorial que forma parte del sistema internacional.

En cualquier caso, el largo camino que atañe a la evolución del Estado ha supuesto que su soberanía, entendida como la afirmación del poder que determina sus prerrogativas y competencias *ad intra* y *ad extra*²⁶⁴, se haya podido ver afectada como consecuencia del fenómeno internacional de la globalización, que, en resumidas cuentas, desde las distintas dimensiones en las que suele manifestarse, ha procurado la interconexión de la sociedad en diversos niveles, escalas y ámbitos.

Concretamente, como apunta ZAGREBELSKY, no cabe duda alguna de que desde finales del siglo pasado se han venido presentando “vigorosas fuerzas corrosivas, tanto interna como externamente: el pluralismo político y social interno, que se opone a la idea misma de soberanía y de sujeción; la formación de centros de poder alternativo y concurrentes con el Estado, que operan en el campo político, económico, cultural y religioso, con frecuencia en dimensiones totalmente independientes del territorio estatal; la progresiva institucionalización, promovida a veces por los propios Estados, de contextos que integran sus poderes en dimensiones supraestatales, sustrayéndolos así a la disponibilidad de los Estados particulares; e incluso la atribución de derechos a los individuos, que pueden

²⁶⁴ En la ciencia jurídico-política, dentro del principio de soberanía se distinguen dos tipos de relaciones: *ad intra* o de derecho interno y *ad extra* o de derecho internacional. La primera de ellas se relaciona bajo la perspectiva de que el Estado es un poder supremo dentro de su territorio, en el que los hombres libres deciden su forma de gobierno y eligen a sus representantes conforme a las leyes que son expresión de la voluntad popular. La segunda se refiere a la independencia del Estado internacionalmente frente al resto de Estados, bajo el principio de la igualdad jurídica estatal. Ver: KELSEN, Hans; **Teoría General del Derecho y del Estado** (Trad. Eduardo García Meynes), Universidad Nacional Autónoma de México, México (UNAM), 1988, p. 138 y CARPIZO, Jorge; “La soberanía del pueblo en el derecho interno y en el internacional”, **Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)**, núm. 28, 1982, p. 201.

hacerlos valer ante jurisdicciones internacionales frente a los Estados a los que pertenecen²⁶⁵”.

Estas circunstancias no sólo han generado la convivencia del Estado (sujeto fundamental y protagonista de la sociedad internacional y las relaciones internacionales) con una pluralidad de actores transnacionales con los que interactúa internacionalmente de manera habitual. Por otro lado, el nuevo escenario internacional igualmente ha repercutido en la autonomía estatal o soberanía interna en lo que respecta al monopolio productivo del Derecho y la aplicación de éste, y es que, en la actualidad, algunos actores supraestatales, como es el caso de las organizaciones internacionales, se ven provistas de este tipo de potestades para operar válidamente en distintas materias como resultado de la atribución de competencias que les han realizado los Estados²⁶⁶.

En resumen, lo que por ahora importa retener es que la configuración del Estado constitucional contemporáneo, entendido como una asociación de base territorial que se encuentra organizada política y jurídicamente a partir de una Constitución originada de acuerdo al principio de soberanía popular, es una institución que se ha encontrado sujeta a cambios inevitables. Dichos cambios, en

²⁶⁵ ZAGREBELSKY, Gustavo; *El derecho dúctil*, ob. cit., p. 11-12.

²⁶⁶ Dentro de esta nueva coyuntura, debe añadirse que la soberanía del Estado también se ve afectada por la intervención de actores internacionales, en términos de FERDINAND LASALLE “grupos fácticos de poder”, que operan paraestatalmente en el orden político, económico, social, etc., como pueden ser las empresas transnacionales, organizaciones no gubernamentales, grupos financieros, grupos terroristas o la propia sociedad civil local o global, que se hacen presentes a través de distintos canales de participación interfiriendo en las decisiones que soberanamente deben adoptar los Estados.

el nuevo escenario internacional, se ven gradualmente multiplicados por intercambios transnacionales de índole político, económico, comunicacional, tecnológico, cultural, entre otros, que se generan entre los Estados y los demás actores transnacionales que hacen parte de la comunidad internacional, superando las barreras y controles fronterizos clásicos del Estado.

Todos estos sucesos, por tanto, han supuesto la existencia de una sociedad internacional cada vez más interconectada. De hecho, el Estado constitucional ha sido el sujeto mayormente afectado en el nuevo escenario mundial, vista la pérdida de autonomía e independencia que ha venido sufriendo²⁶⁷ como consecuencia de los efectos ocasionados por el llamado fenómeno internacional de la globalización que impera en la sociedad y comprende prácticamente todas sus relaciones.

Precisamente, es desde el punto de vista de la ambigüedad de los efectos que ha producido en el Estado constitucional el fenómeno de la globalización, como estudiaremos a lo largo del presente Capítulo la teoría del poder constituyente, todo ello con la finalidad de dilucidar si su afirmación soberana se ha mantenido incólume ante dicho fenómeno o si, por el contrario, ha configurado una serie de cambios que exigen repensar y hacer una reestructuración de dicha teoría en torno a su labor productora de la Constitución como fuente primaria del Derecho.

²⁶⁷ KEOHANE, Robert y NYE, Joseph; *Poder e interdependencia. La política mundial en transición*, GEL, Buenos Aires, 1988, p. 26-41.

1.- LA GLOBALIZACIÓN COMO FENÓMENO INTERNACIONAL Y SUS IMPLICACIONES EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL

La globalización es un fenómeno omnipresente del que solemos escuchar o que encontramos de manera frecuente en nuestras vidas, ya sea en aspectos políticos, económicos, tecnológicos, culturales, educativos, etc., dada la extensión y repercusión que presenta a escala planetaria en todas las relaciones sociales en las que suele incidir.

Desde la óptica del Derecho constitucional, la globalización no es un fenómeno que ha permanecido aislado a su estudio y desarrollo, pues, dentro de las implicaciones que ha podido tener en el mundo contemporáneo, vamos a encontrar “un Estado enfrentado a procesos a los que ya no puede dominar y que de forma sostenida va perdiendo poder tanto hacia arriba (tratados de libre comercio, uniones monetarias y políticas, transferencias de competencias a instancias supranacionales, subordinación de facto a empresas transnacionales, embates de los especuladores financieros, etc.), como hacia abajo (riesgo de secesión, nacionalismos periféricos, neocorporativización de la sociedad, falta de normatividad de su regulación, etc.)²⁶⁸”. Todo ello, inevitablemente, exige a esta rama del Derecho repensar ciertos elementos fundamentales que la componen, a

²⁶⁸ CARBONELL, Miguel y VÁZQUEZ, Rodolfo; *Estado constitucional y globalización*, Porrúa – Universidad Autónoma de México (UNAM), México, 2001, p. IX-XX.

fin de adaptar la Constitución a los avances y exigencias que son propias de la evolución de la sociedad.

En este contexto, el problema de fondo que atañe al desarrollo de los nuevos paradigmas que reviste la teoría del poder constituyente pasa por explicar a qué nos referimos cuando hablamos de globalización y cómo este fenómeno ha podido influir en el Estado. De hecho, ha sido justamente el Estado el sujeto que, desde el punto de vista su afirmación de poder, al organizar y generar un control en su territorio y población mediante la producción y aplicación de normas, quien se ha visto más afectado en todas las relaciones políticas, económicas y sociales que tienen lugar en su seno, vista la aparición e interacción de una pluralidad de actores transnacionales que, desde diversas esferas, inciden en su soberanía, al configurarse una sociedad mundial²⁶⁹ interconectada.

1.1.- EL SIGNIFICADO DE LA GLOBALIZACIÓN Y SU PRESENCIA EN EL MUNDO CONTEMPORÁNEO

Como bien hemos expresado, la globalización es un término omnicomprendivo que suele utilizarse para denominar muchos de los procesos

²⁶⁹ Como menciona CELESTINO DEL ARENAL, el paso de la sociedad internacional a la actual sociedad mundial se ha dado en un período inferior a un siglo, donde una sociedad internacional desintegrada y compuesta por una pluralidad de Estados que se sumían exclusivamente en sus problemas internos, dio paso a una sociedad mundial (todavía abierta) en la que la interdependencia estatal y la aparición de nuevos actores internacionales, a través de la solidaridad y cooperación, buscan la integración con el objeto de hacer frente a los problemas que desbordan los referentes estatales y afectan a la sociedad en general. Ver: DEL ARENAL, Celestino; **Introducción a las relaciones internacionales**, Tecnos, Madrid, 2007, p. 18-19.

que diariamente se desarrollan y hacen parte de nuestra vida cotidiana, al irrumpir en cualquier tipo interacción humana.

El término globalización, también denominado mundialización por algunos autores²⁷⁰, “remonta al trabajo de muchos intelectuales del siglo XIX y principios del XX, desde KARL MARX o sociólogos como SAINT SIMON hasta especialistas en geopolítica como MACKINDER, los cuales reconocieron que la modernidad estaba integrando al mundo²⁷¹”. No obstante, la cuestión terminológica que plantea dicho fenómeno ha impuesto a la doctrina una labor compleja al momento de precisarla,

²⁷⁰ La doctrina más autorizada en la materia (SUSAN STRANGE, MANUEL CASTELLS, FELIPE SAHAGÚN y CATERINA GARCÍA SEGURA) ha destacado que aunque la mundialización y la globalización son dinámicas íntimamente relacionadas que se dan sucesivamente en el tiempo, no deben considerarse como simples etapas de un mismo proceso, sino que son procesos que difieren en su naturaleza y efectos. En este sentido, la distinción que puede hacerse de las mismas es necesaria para comprender en todo su alcance la evolución y las decisivas transformaciones que experimenta la sociedad internacional entre el siglo XV y el momento presente. En primer lugar, la mundialización se refiere a la etapa que se desarrolla entre el siglo XV y la primera mitad del siglo XX, donde existe un dominio y unificación del espacio y el tiempo a escala planetaria que se encuentra regulado por las barreras fronterizas que imponen los Estados como sujetos protagonistas del sistema internacional. La globalización, por su parte, es un proceso distinto, que se encuentra actualmente en desarrollo desde la segunda mitad del siglo XX tras la superación de las barreras del espacio y el tiempo, como marco de actuación de los actores que sobrepasan las fronteras estatales y que convergen en la plural participación en marcos transnacionales. Ver al respecto: DE VEGA, Pedro; “Mundialización y Derecho Constitucional: La crisis del principio democrático en el constitucionalismo actual”, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 100, abr.-jun., 1998, p. 13-56; DEL ARENAL, Celestino; “Mundialización, creciente interdependencia y globalización en las relaciones internacionales”, *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria-Gasteiz 2008*, Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, 2009, p. 187, STRANGE, Susan; *Dinero loco. El descontrol del sistema financiero global*, Paidós, Madrid, 1999; CASTELLS, Manuel; *La era de la información: Economía, sociedad y cultura. La sociedad red (Vol. 1)*, Alianza, Madrid, 1997; y GARCÍA SEGURA, Caterina; “La globalización en la sociedad internacional contemporánea: dimensiones y problemas desde la perspectiva de las relaciones internacionales”, en *Curso de Derecho Internacional de Vitoria-Gasteiz 1998*, Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco-Tecnos, Madrid, 1999, p. 315-350.

²⁷¹ HELD, David y MCGREW, Anthony; *Globalización/Antiglobalización. Sobre la reconstrucción del orden mundial*, Paidós, Barcelona, 2003, p. 13.

pues la respuesta a la pregunta ¿Qué es la globalización?, depende, en muchos casos, del enfoque que es utilizado según cada disciplina de estudio, que puede presentar objetos y fines opuestos a los de otras.

En este contexto, la idea de la existencia de la globalización y sus aproximaciones ha sido un tema ampliamente discutido por los distintos sectores de la doctrina, los cuales, ideológicamente, se han decantado a favor o en contra de dicho fenómeno.

En una primera vertiente de este debate doctrinal, podemos mencionar al movimiento identificado como escépticos, quienes manifiestan su rechazo a la globalización. Según esta corriente, la globalización se trata de una ideología propagada por liberales que busca dismantelar los sistemas de bienestar y recortar los gastos llevados a cabo por el Estado en beneficio de la sociedad²⁷². Bajo este enfoque, dicho sector argumenta que la globalización no plantea más que una corriente ideológica basada en la economía de libre mercado cuya presencia, en ningún momento, puede desligarse del control que es impuesto por los gobiernos centrales y locales, los cuales, de manera exclusiva, mantienen la legítima capacidad de imponer su poder dentro de su territorio y su población por encima de cualquier otro factor externo²⁷³.

²⁷² GIDDENS, Anthony; *Un mundo desbocado. Los efectos de la globalización en nuestros días*, Taurus-Pensamiento, Madrid, 1999, p. 21.

²⁷³ SERNA DE LA GARZA, José María; *Impacto e implicaciones constitucionales de la globalización en el sistema jurídico mexicano*, Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), México, 2012, p. 49-50.

En una visión opuesta, para otro sector de la doctrina, identificado como globalistas, la globalización viene a ser un fenómeno real y auténtico que se expresa de manera multidimensional, como resultado de la intensificación, interdependencia, instantaneidad y ubicuidad de las relaciones políticas, económicas, científico-técnicas, sociales, culturales, etc., que se desarrollan entre los distintos actores estatales, transnacionales, subestatales y los propios individuos. Todos estos componentes, en definitiva, han sido capaces de afectar de forma desigual a los diferentes subsistemas internacionales, regiones y actores, al provocar interdependencia y dependencias crecientes de todo tipo, al configurar una sociedad global nueva²⁷⁴ que tiende a ser más interconectada.

Así pues, según ULRICH BECK, la globalización es un fenómeno internacional producto de un conjunto de dimensiones y procesos concurrentes, “en virtud de los cuales los Estados nacionales soberanos se entremezclan e imbrican mediante actores transnacionales y sus respectivas probabilidades de poder, orientaciones, identidades y entramados varios²⁷⁵”. En un enfoque similar, DAVID HELD, ANTHONY MCGEW, DAVID GOLDBLATT y JONATHAN PERRATON, destacan que la globalización es un proceso o conjunto de procesos que transforman la organización espacial de

²⁷⁴ DEL ARENAL, Celestino; “Mundialización, creciente interdependencia y globalización en las relaciones internacionales”, ob. cit., p. 218-219.

²⁷⁵ BECK, Ulrich; *¿Qué es la globalización? Falacias del globalismo, respuestas a la globalización*, Paidós, Barcelona, 2008, p. 34.

las relaciones sociales y las transacciones, generando así la interacción y ejercicio de poder por parte de redes regionales y transcontinentales²⁷⁶.

Bajo estas consideraciones previas, siendo la doctrina de la globalización la línea de estudio en la que nos situamos, debemos destacar que ésta, en su afirmación, es un fenómeno inacabado que se originó a mediados del siglo XX²⁷⁷, específicamente entre los años setenta y ochenta, como consecuencia de la reestructuración del sistema capitalista mundial²⁷⁸ y la influencia de los sistemas comunicacionales y tecnológicos²⁷⁹ que han logrado propagarse y entremezclarse en todas las relaciones sociales que hace parte de nuestra vida, superando las barreras del tiempo y espacio que anteriormente demarcaban cualquier tipo de interacción.

²⁷⁶ HELD, David; MCGEW, Anthony; GOLDBLATT, David; y PERRATON, Jonathan; **Global transformations. Politics, Economics and Culture**, Stanford University Press, California, 1999, p. 16.

²⁷⁷ Muchos autores han expresado que la globalización no es un fenómeno reciente, pues el mismo tuvo su origen en siglos precedentes, especialmente en la primera Revolución industrial, que se dio durante el siglo XVII, como consecuencia de la difusión de la economía global abierta tras el desarrollo de técnicas y ciencias para la producción y el comercio, y la formación de un sistema político internacional-estatal que se profundizó durante el siglo XIX. Sin embargo, debemos apartarnos de dicho criterio, ya que se dirige principalmente al entendimiento de la globalización desde la vertiente económica y el sistema político internacional de manera estatalizada, lo cual, a día de hoy, no se acopla a la ubicuidad e instantaneidad que caracteriza a un fenómeno que se ha presentado con mayor intensidad en todos los niveles de la sociedad gracias a los factores tecnológicos. Ver: KAPLAN, Marcos; **Estado y Globalización**, Universidad Autónoma de México (UNAM), 2002, p. 109-139.

²⁷⁸ CASTELLS, Manuel; **La era de la información. Economía, sociedad y cultura. La sociedad red** (Vol. I), Siglo XXI editores, México, 2005, p. 77-78.

²⁷⁹ GARCÍA SEGURA, Caterina; "La globalización en la sociedad internacional contemporánea: dimensiones y problemas desde la perspectiva de las relaciones internacionales", ob. cit., p. 326.

En cualquier caso, lo que claramente debemos establecer es que la globalización es un fenómeno indiscutible, que se proyecta universalmente en todos los niveles y escalas de la sociedad a través de la exteriorización de una serie de procesos de distinta naturaleza que van a interconectar una sociedad antes fragmentada, al punto de que no existe ningún país ni grupo social que pueda eludirla para vivir separadamente al margen de los demás²⁸⁰.

Aunado a ello, conviene tener en cuenta que su presencia, como fenómeno transnacional, se ha visto impulsada por múltiples factores que son promovidos por una pluralidad de actores subestatales y transnacionales. Estos factores, además de penetrar las barreras y sobrepasar los controles estatales, tienen la capacidad de influir, desde el exterior, en las decisiones que en muchos casos los gobiernos estatales deben adoptar de acuerdo con el marco competencial que les ha sido atribuido por la Constitución.

1.2.- LAS DIMENSIONES DE LA GLOBALIZACIÓN

Sumariamente, cuando aludimos a que la globalización es un fenómeno multidimensional o interdisciplinar, nos referimos a que su definición puede

²⁸⁰ BECK, Ulrich; *¿Qué es la globalización? Falacias del globalismo, respuestas a la globalización*, ob. cit., p. 33.

plantearse de acuerdo a diferentes versiones del término, a distintas fases y a diferentes estimaciones²⁸¹ que, en su conjunto, la comprenden.

Bajo esta perspectiva, debemos entender que la globalización es un término complejo que se encuentra compuesto por una serie de dimensiones o factores autónomos que se presentan, con mayor o menor intensidad, en todas las interacciones sociales. Y es que sus manifestaciones, concretamente, son capaces de materializar y hacer efectivas las interacciones que logran desplegarse globalmente entre los Estados y los distintos actores que hacen parte de la sociedad internacional, generando así efectos recíprocos entre los partícipes como consecuencia de la interdependencia²⁸².

En este contexto, la doctrina ha destacado una serie de factores determinantes que, interrelacionadamente, facilitan e impulsan el fenómeno de la globalización²⁸³. Sobre esta base, entre las principales dimensiones que comprenden el fenómeno de la globalización, encontramos las siguientes:

²⁸¹ GARRIDO GOMEZ, María Isabel; *Las transformaciones del derecho en la Sociedad Global*, Arazandi, Madrid, 2010, p. 17.

²⁸² La interdependencia es un factor fundamental que se presenta en el mundo contemporáneo e implica la dependencia mutua que, en la política mundial, produce efectos recíprocos entre países o entre actores transnacionales que intervienen en la relación. Ver al respecto: KEOHANE, Robert y NYE, Joseph; *Poder e interdependencia. La política mundial en transición*, ob. cit., p. 22.

²⁸³ Ver al respecto: IBÁÑEZ, Josep; "La realidad de la globalización. Procesos, factores y actores de un incipiente sistema global", *Revista de Investigaciones Políticas y Sociológicas*, Vol. 1, núm. 1, 1999, p. 48-51; MUJAL LEÓN, Eusebio; *La Globalización y sus consecuencias a nivel internacional, regional y nacional*, El Príncipe, Universidad de Georgetown, 2003, p. 5; DEL ARENAL, Celestino; "Mundialización, creciente interdependencia y globalización en las relaciones internacionales", ob. cit., p. 222-226; GARCÍA SEGURA, Caterina; "La globalización en la sociedad internacional contemporánea: dimensiones y problemas desde la perspectiva de las relaciones

A.- LA DIMENSIÓN TECNOLÓGICO-CIENTÍFICA DE LA GLOBALIZACIÓN

La globalización, como hecho objetivo e irrefutable que ha impactado sobre las estructuras sociales en procesos políticos, económicos, culturales, científicos, comunicacionales, etc., se ha visto claramente dinamizada como consecuencia de los avances tecnológicos y científicos que paulatinamente se han venido desarrollando. Esta situación, ha hecho posible la interconexión de la sociedad mundial, en distintos ámbitos, al comprimir en su más mínima expresión esas medidas de tiempo, distancias, tamaño, pesos y costes que, anteriormente, limitaban cualquier tipo de interacción.

Ya desde los años setenta, debido a la revolución tecnológica, hemos venido observando un impactante progreso tecno-científico que se caracterizó por introducir, entre tantas cosas, la creación de nuevos productos y transformar los procesos productivos que se emplean en muchos sectores de la economía²⁸⁴, los cuales han logrado magnificarse, principalmente, gracias al desarrollo del comercio internacional.

No obstante, los factores tecnológicos no sólo han causado efectos en los aspectos económico-productivos que se impulsan con el comercio internacional,

internacionales”, ob. cit., p. 331-335; y LERDA, Juan Carlos; “Globalización y pérdida de autonomía de la autonomía de las autoridades fiscales, bancarias y monetarias”, *Revista de la CEPAL*, núm. 58, abr. 1996, p. 65-68.

²⁸⁴ MERTENS, Leonard; *Crisis Económica y Revolución Tecnológica. Hacia nuevas estrategias de las organizaciones sindicales*, Editorial Nueva Sociedad – Organización Regional Interamericana de Trabajadores (ORIT), Caracas, 1991, p. 32.

sino que también su presencia se ve reflejada en las innovaciones científicas que han sido aplicadas a los medios de transporte. Desde esta perspectiva, los avances tecnológicos han auspiciado la creación y desarrollo de medios transportes eficientes que permiten el traslado de personas y mercancías a distancias inimaginables²⁸⁵, que han favorecido el flujo migratorio y la ampliación de los mercados en términos de tiempo y costo reducido.

Asimismo, desde el punto de vista de las comunicaciones y la transmisión de información, la tecnología ha creado y fortalecido un nuevo paradigma en lo que respecta a la interconexión global de todas las personas. De hecho, los medios de comunicación e información con los que actualmente contamos han superado las barreras espacio-temporales, pues un acontecimiento que antes ocurría en un país, además de ser un hecho complejo de conocer y ser difundido mundialmente, era percibido por otro como una situación ajena en la que nada podía interesarle o perjudicarle. Hoy día, gracias a los avances tecnológicos, cualquier acontecimiento puede ser reproducido en tiempo real a través de distintos medios tecnológicos de comunicación e información (p. ej., las redes sociales de interacción como el Twitter o el Facebook), de modo que no es sólo que podamos estar enterados instantáneamente de los problemas que ocurren en cualquier lugar del mundo, sino que muchos de esos problemas, antes percibidos como “externos o ajenos”, se han vuelto globales y, para su solución, requieren de la intervención y colaboración de la sociedad en su conjunto.

²⁸⁵ GARCÍA SEGURA, Caterina; “La globalización en la sociedad internacional contemporánea: dimensiones y problemas desde la perspectiva de las relaciones internacionales”, ob. cit., p. 331.

B.- LA DIMENSIÓN ECONÓMICA DE LA GLOBALIZACIÓN

Dentro de las dimensiones que componen el fenómeno de la globalización, la economía viene siendo uno de los factores que va a caracterizarlo y representarlo con gran intensidad, dados los cambios y efectos que ha logrado desplegar en el Estado y la propia sociedad tras la apertura que mundialmente se ha hecho al comercio internacional.

Anteriormente, hemos señalado que la globalización tiene como antecedente la restructuración del sistema capitalista mundial, que logró expandirse globalmente a partir de los años setenta con la ayuda de los mencionados avances tecno-científicos. Desde la vertiente económica, la globalización viene siendo el resultado del modo de producción capitalista, que se encuentra marcado por una nueva distribución del peso relativo a los componentes financieros, productivo y de servicios²⁸⁶, los cuales van a sobreponerse al Estado como consecuencia de la creciente interdependencia en las relaciones comerciales que son ejecutadas transnacionalmente por actores paraestatales que se encuentran geográficamente deslocalizados.

²⁸⁶ DE CABO, Antonio y PISARELLO, Gerardo; ***Constitucionalismo, mundialización y crisis del concepto de soberanía. Algunos efectos en América Latina y en Europa***, Universidad de Alicante, Alicante, 2000, p. 18.

Ahora bien, como explica BHALLA, la globalización, en términos económicos, se define como el fenómeno que conlleva mayores intercambios comerciales, más inversión directa y financiera y mayor liberalización del comercio y de las políticas de inversión²⁸⁷. En este sentido, el papel preeminente de la economía dentro de la globalización se ha visto permeado por una serie de elementos significativos que han impulsado el comercio internacional, dentro de los que podemos destacar los siguientes:

i) Los nuevos procesos de producción global

La producción es un elemento de la economía global que se ha reflejado de manera muy notable en el comercio internacional tras la implementación de componentes tecnológicos que facilitan el transporte y la producción masiva de cualquier tipo de producto. Así, el crecimiento productivo se ha visto favorecido por la segmentación, deslocalización y externacionalización que se ha podido desarrollar tras la creación de empresas transnacionales que actúan en el mercado global sin vincularse concretamente con un territorio estatal determinado²⁸⁸.

Esta situación, en líneas generales, ha permitido que la producción de mercancía pueda realizarse masivamente en cualquier lugar del mundo,

²⁸⁷ BHALLA, A.S.; *Globalization, Growth and Marginalization*, Macmillan, Londres, 1998, p. XI.

²⁸⁸ DEL ARENAL, Celestino; "Mundialización, creciente interdependencia y globalización en las relaciones internacionales", ob. cit., p. 223.

abaratando los altos costos que implicaba la distribución de un producto que era hecho en un país y finalmente llevado a otro para su venta y consumo definitivo.

ii) La libre circulación de bienes, servicios y capitales

Otro de los factores que trae consigo el crecimiento del comercio internacional en la economía se encuentra vinculado a la libre circulación de bienes y servicios, que, de forma institucionalizada, se encuentra recogido y garantizado normativamente a través de acuerdos internacionales multilaterales [p. ej., el Acuerdo sobre Facilitación del Comercio (AFC) que entró en vigor el 22 de febrero de 2017 y corresponde al primer acuerdo multilateral concluido en los veintiún años de existencia de la Organización Mundial de Comercio (OMC), organización esta que reemplazó al anterior GATT]; los tratados de libre comercio, como el Acuerdo de Libre Comercio de América del Norte (NAFTA) y el Área de Libre Comercio de las Américas (ALCA); y los acuerdos regionales de integración que se han materializado en organizaciones supranacionales *sui generis* como el caso de la Unión Europea (UE), y el Mercado Común del Sur (MERCOSUR), entre otros], para cuya efectividad se ha exigido la modificación de las legislaciones nacionales en aras de eliminar las barreras fronterizas, con la finalidad de fomentar y establecer un mercado más integrado y globalizado.

De igual manera, junto a la eliminación de barreras nacionales, que favorece la libre circulación de bienes y servicios dentro de mercados cada vez más

amplios, coexiste el inmensurable incremento del flujo de capitales, que actualmente se realiza de manera expedita con plena libertad, como corolario a las desregulaciones nacionales que imposibilitaban la operatividad de los mercados financieros.

En este contexto, los mencionados avances tecnológicos han jugado un rol trascendental en lo que corresponde al perfeccionamiento de un mercado financiero global. Una muestra de ello puede observarse, por ejemplo, en las transacciones electrónicas con las que instantáneamente hacemos movimientos de capitales de un país a otro, lo que representa uno de tantos mecanismos tecnológicos que han facilitado la operatividad de las finanzas a escala planetaria.

C.- LA DIMENSIÓN IDEOLÓGICA DE LA GLOBALIZACIÓN

En su oportunidad, hemos podido indicar cómo, para un sector de la doctrina identificado como escépticos, la globalización representa sólo un discurso ideológico promovido por los librecambistas que pretende socavar el Estado de bienestar y promover los recortes estatales.

Este planteamiento, de hecho, no puede obviarse. Dicho en otros términos, la globalización, en sus distintas dimensiones, presenta un importante peso ideológico, que ha sido impuesto mundialmente por la corriente neoliberal, que comenzó a afirmarse en los tiempos de Reagan y Thatcher, y que tomó un

impulso decisivo tras la caída del muro de Berlín en el año 1989 y el colapso de los regímenes comunistas de Europa del este y de la propia Unión Soviética. Precisamente, se suele identificar a la corriente neoliberal como el motor del fenómeno transnacional de la globalización.

En esta óptica, el sociólogo francés ALAN TOURAINE ha señalado que el objetivo central de la ideología neoliberal “es afirmar la liberación de la economía y la supresión de las formas caducas y degradadas de intervención estatal²⁸⁹”, aspectos éstos que se han visto ampliamente profundizados gracias al modelo hegemónico de la democracia liberal.

Sin duda alguna, el factor ideológico de la globalización se ha beneficiado principalmente por los avances tecnológicos que se vinculan con la estructura de la información y comunicación, ya que estos aspectos, basados en principios fundamentales (p. ej., el pluralismo político, la libertad de ideas y pensamientos, las libertades políticas y económicas, entre otros) que son promovidos por la democracia liberal como uno de los tantos elementos legitimadores de libertad que propugna el neoliberalismo, han logrado homogeneizar ciertos valores como universalmente válidos, con lo que se condiciona a los Estados y a la propia sociedad a su admisión, so pena de mantenerlos excluidos de un sistema global cada vez más interconectado.

²⁸⁹ TOURAINE, Alan; “La globalización como ideología”, *El País*, 29 de septiembre de 1996, Disponible en: http://elpais.com/diario/1996/09/29/opinion/843948007_850215.html.

Con todo, debe señalarse que los aspectos ideológicos de la globalización, tanto en lo que se refiere a su versión neoliberal, como a la extensión de ciertos valores compartidos, han comenzado a ser discutidos por nuevos líderes, calificados habitualmente como populistas, cuyos ejemplos más destacados son Donald Trump y Marine Le Pen, que favorecen una idea fundada en el nacionalismo económico, el proteccionismo comercial y el cierre de las sociedades dentro del escenario interno.

D.- LA DIMENSIÓN POLÍTICO-INSTITUCIONAL DE LA GLOBALIZACIÓN

Si bien hemos podido observar hasta ahora cómo la globalización ha demostrado un impactante ensanchamiento en las tres dimensiones señaladas, en lo que respecta al campo político-institucional, a simple vista, es una realidad compleja de afirmar.

No cabe duda alguna de que ante el impacto de la globalización en el mundo contemporáneo, el sujeto más perjudicado en su exteriorización ha sido el Estado, que hoy en día se encuentra imposibilitado de intervenir en muchos de los procesos que afectan las relaciones sociales y se desarrollan en su propio entorno. A pesar de ello, conviene sostener, como apunta GARCÍA SEGURA, que ninguno de los factores y procesos que se relacionan con el fenómeno de la

globalización se ha dado en el vacío²⁹⁰, es decir, no pueden ser generados o explicados por sí solos bajo una total inoperancia o apatía de los Estados.

Al contrario, todos y cada uno de los factores que han materializado el fenómeno transnacional de la globalización dependen sustancialmente de la autoridad nacional-estatal²⁹¹ y su aparato político-institucional, pues precisamente el Estado y sus poderes públicos son los principales causantes, por ejemplo, del aumento del comercio internacional desde la Segunda Guerra Mundial²⁹², al haber hecho posible que cualquier elemento externo sea capaz de inmiscuirse en su territorio y su sociedad.

En todas las manifestaciones, el peso protagónico del Estado ha sido fundamental para la configuración y desarrollo de la globalización. De manera decisiva, desde la soberanía nacional, los poderes públicos son los sujetos que han propiciado e impulsado progresivamente el escenario adecuado para que los factores que componen la globalización puedan calar e interconectar a la sociedad, como resultado de las desregularizaciones o autorizaciones que son concedidas por los Estados con el fin de que aquéllos puedan operar libremente dentro de su territorio.

²⁹⁰ GARCÍA SEGURA, Caterina; “La globalización en la sociedad internacional contemporánea: dimensiones y problemas desde la perspectiva de las relaciones internacionales”, ob. cit., p. 333.

²⁹¹ GILPIN, Robert; *La Economía política de las relaciones internacionales* (Trad. Cristina Piña), Grupo Editor Latinoamericano, Buenos Aires, 1990, p. 85-88.

²⁹² IBÁÑEZ, Josep; “La realidad de la globalización. Procesos, factores y actores de un incipiente sistema global”, ob. cit. p. 49.

Bajo esta matización, los Estados, indiscutiblemente, se han visto profundamente afectados en sus competencias y funciones soberanas como consecuencia de la globalización, empero, son justamente ellos los que concretamente han adoptado todas las políticas que ha resultado necesarias para que la globalización pueda producir sus efectos a corto y mediano plazo²⁹³.

Por otro lado, es menester destacar que la dinámica político-institucional de la globalización se ha desarrollado progresivamente con la creación de las organizaciones internacionales de cooperación o coordinación, así como también las organizaciones supranacionales de integración²⁹⁴, a las que los Estados, voluntariamente, les han otorgado ciertas facultades para que adopten decisiones comunes y uniformes que los vinculen en determinadas materias, como la economía, cultura, medio ambiente, trabajo, derechos humanos, etc.

Respecto a lo anterior, conviene observar, que aunque éstas no sean las únicas dimensiones que envuelven el fenómeno de la globalización, por otra parte,

²⁹³ DEL ARENAL, Celestino; "Mundialización, creciente interdependencia y globalización en las relaciones internacionales", ob. cit., p. 225.

²⁹⁴ Las organizaciones internacionales de *cooperación y coordinación* son organizaciones internacionales interestatales que, en su constitución, respetan la soberanía de los Estados miembros y, dentro de su actividad, desarrollan funciones de cooperación mediante la realización de acciones coordinadas entre sus miembros, con el fin de alcanzar unos objetivos colectivos a través de la adopción unánime de sus decisiones que son aplicables en los territorios de los Estados parte (p. ej., ONU, OEA, entre otras.). Por su parte, las organizaciones supranacionales de *integración* son aquellas que pretenden la integración de los Estados miembros a través de la cesión voluntaria de competencias que han hecho a órganos comunes independientes, cuyas decisiones, funcionalmente, resultarán superiores a las ejecutadas por los poderes públicos estatales, teniendo, en determinadas ocasiones, autoridad directa e inmediata sobre los ordenamientos jurídicos nacionales (p. ej., UE). Ver: DÍEZ DE VELASCO, Manuel; **Las organizaciones internacionales**, Tecnos, Madrid, 2010, p. 44.

sí han sido las principales promotoras de dicho fenómeno, pues, desde sus distintas dinámicas, permitieron su expansión y desarrollo a lo largo del mundo en gran parte de las relaciones sociales que ejecutamos de manera cotidiana. De ahí que, como afirman HELD Y MCGREW, estas dimensiones designan a escala ampliada, la magnitud creciente, la aceleración y la profundización del impacto de los flujos y patrones transcontinentales de interacción social que nos remiten a un cambio en la escala de la organización humana, que se enlaza con comunidades distintas y expande su alcance en las relaciones de poder a través de regiones y continentes de todo el mundo²⁹⁵.

En resumen, la globalización, a través de sus distintas dimensiones, como resultado de los acelerados flujos e intercambios que se desarrollan en cualquier ámbito de las relaciones sociales en superación de las barreras y controles que ejercen los Estados, ha generado la integración de una sociedad cada vez más interconectada que se encarna en todos los niveles y escalas en las que interactúa.

Por lo tanto, dentro de este esquema integral, que involucra a los diversos actores transnacionales que hacen vida dentro del sistema internacional, lo que se busca en la actualidad es que muchos de los problemas que aquejan comúnmente a toda la sociedad (problemas globales), se resuelvan bajo un escenario de coordinación o integración en el que se permita adoptar decisiones comunes que

²⁹⁵ HELD, David y MCGREW, Anthony; ***Globalización/Antiglobalización. Sobre la reconstrucción del orden mundial***, ob. cit., p. 13.

se enmarcan en los principios de solidaridad y cooperación de todos los involucrados.

1.3.- LAS CARACTERÍSTICAS PRINCIPALES DE LA GLOBALIZACIÓN

Hasta aquí, hemos podido vislumbrar cómo la globalización ha dado lugar a un espacio y un marco de acción nuevos, en los que la política tradicional pierde su estrecha vinculación con el Estado²⁹⁶. Este nuevo fenómeno, en tanto complejo por lo que respecta a su multidimensionalidad, originó numerosos cambios en todos los ámbitos, espacios y niveles de la sociedad, al propiciar un mundo global que pretende ser cada día más interconectado.

El estudio de dicho fenómeno puede caracterizarse de manera individualizada según las distintas dimensiones que comprende. Sin embargo, en todas ellas, la globalización se manifiesta a través de la intensificación, interdependencia y ubicuidad de las relaciones políticas, económicas, científico-técnicas, sociales, informativas, comunicativas, culturales, entre otras, que trascienden las fronteras estatales, afectando con ello, de forma desigual, a los diferentes subsistemas internacionales, regiones y actores, al provocar todo tipo

²⁹⁶ BECK, Ulrich; “El metajuego de la política cosmopolita”, *Claves de Razón práctica*, núm. 145, sep. 2004, p. 5.

de interdependencia y dependencias crecientes, configurando una sociedad global interconectada²⁹⁷.

En cualquier caso, tomando en cuenta las dimensiones de la globalización, podemos extraer de manera común las siguientes características:

A.- EL FENÓMENO DE LA GLOBALIZACIÓN ES EL RESULTADO DE LA CRECIENTE INTERDEPENDENCIA QUE SE PRESENTA EN TODOS LOS ÁMBITOS Y NIVELES DE LA SOCIEDAD

Ello quiere decir que la interdependencia²⁹⁸, desde la Segunda Posguerra, se ha incrementado considerablemente en todas las interacciones sociales a causa del continuo intercambio transnacional de elementos económicos, políticos, tecnológicos, científicos, informativos, ambientales, etc., que se desarrolla en los

²⁹⁷ DEL ARENAL, Celestino; "Globalización y humanización en las relaciones internacionales", en RODRÍGUEZ VIRGILI, J. (ed.); *Un renacentista del siglo XXI, Homenaje al profesor Pedro Lozano Bartolozzi*, EUNSA, Pamplona, 2010, p. 185-186.

²⁹⁸ La interdependencia puede ser entendida como la dependencia mutua que existe entre Estados o el resto de actores que forman parte de la sociedad internacional (p. ej., organizaciones internacionales o supranacionales, empresas transnacionales y la propia sociedad civil, etc.), en el que la mayor parte de los intercambios e interacciones que se producen genera obligaciones y efectos recíprocos para todas las partes involucradas en la relación. En este sentido, para la doctrina, una relación puede considerarse interdependiente cuando implica la existencia de costos recíprocos de los intercambios, los cuales, además de ser significativos, reducen la autonomía de los sujetos involucrados en el intercambio, creando así una asimetría entre éstos. Ver al respecto KEOHANE, Robert y NYE, Joseph; *Poder e interdependencia. La política mundial en transición*, ob. cit., p. 22-23.

distintos niveles de la sociedad, reduciendo la posibilidad de control estatal, dada la instantaneidad y falta de localización que despliegan²⁹⁹.

No obstante, como punto crítico, es importante destacar, que aun cuando la creciente interdependencia, a través de sus múltiples interacciones, se ha encontrado presente en todos los países y territorios del mundo, su intensidad y amplitud no se ha desplegado uniformemente alrededor del mundo. De hecho, muchas regiones, Estados, ciudades, territorios y poblaciones, a pesar de sufrir las consecuencias de la globalización, por otra parte, se han visto marginados de sus distintas dimensiones.

B.- LA GLOBALIZACIÓN LLEVA CONSIGO LA APARICIÓN Y PARTICIPACIÓN DE NUEVOS ACTORES QUE VAN A INTERACTUAR EN EL SISTEMA INTERNACIONAL CON LOS ESTADOS

En efecto, dentro del fenómeno de la globalización, ha surgido una pluralidad de actores transnacionales que, además de hacer heterogéneo el sistema internacional, en tanto no exclusivo de los Estados, son capaces de interactuar y manifestarse en diferentes ámbitos y sectores.

En este nuevo escenario, la globalización ha favorecido el desarrollo de redes transnacionales conformadas por una pluralidad de actores transnacionales

²⁹⁹ DEL ARENAL, Celestino; "Mundialización, creciente interdependencia y globalización en las relaciones internacionales", ob. cit., p. 225.

y subestatales (p. ej., organizaciones internacionales o supranacionales³⁰⁰, empresas transnacionales, organizaciones no gubernamentales y la propia sociedad civil), en cuya campo de actividad, pese a que el Estado sigue siendo el sujeto *per se* de Derecho internacional que interactúa en el plano supraestatal, van a tener la posibilidad de actuar intensamente en el marco de la política mundial³⁰¹.

C.- LA UNIFICACIÓN DEL TIEMPO Y EL ESPACIO DE LA SOCIEDAD EN LAS INTERACCIONES TRANSNACIONALES

A este respecto, el fraccionamiento que pudo tener la sociedad internacional a causa de los límites fronterizos estatales que eran impuestos por las barreras de tiempo y espacio que condicionaban a la actividad humana, han sido superados en virtud de la presencia de la globalización. De esta suerte, la creciente interdependencia que ésta envuelve ha permitido la configuración de un sistema

³⁰⁰ Dentro del esquema de integración de la sociedad que promueve la globalización, se ha favorecido la creación de organizaciones internacionales a las que los Estados han atribuido una serie de competencias para llegar a acuerdos comunes sobre la regulación mínima uniforme en determinadas materias, así como también el surgimiento de organizaciones supranacionales de integración en la que varios Estados se unen para gestionar en común determinadas materias mediante la cesión de una parte de sus competencias soberanas a las instituciones comunes que, en adelante, se encargaran de llevar a cabo dicha gestión. Estos organismos cuentan con competencias normativas y decisorias que vinculan comúnmente a todos los Estados miembros, los cuales se encuentran comprometidos a cumplirlas y hacerlas efectivas dentro de sus territorios, en virtud de las obligaciones que han adquirido a través del tratado internacional que ha dado vida a dichos organismos.

³⁰¹ Desde esta perspectiva, la capacidad decisoria del Estado se ha logrado enervar tras la interacción de los nuevos actores transnacionales que, desde sus distintas esferas de poder, y tras el manejo de muchos de los factores que hacen parte de la dimensión económica, como, por ejemplo, ocurre con las empresas transnacionales, son capaces de incidir directa o indirectamente en las decisiones estatales que van dirigidas a la política y a la desregularización o creación de normas en el escenario nacional o internacional, como condición necesaria para poder recibir ciertos beneficios o no permanecer aislados frente a los demás Estados.

en el que hoy todos estamos interconectados. Por ende, muchos problemas, vista su connotación global, son resueltos en distintos escenarios supraestatales a través de mecanismos de cooperación y solidaridad entre los distintos actores que conforman la sociedad internacional.

En cualquier caso, el nuevo panorama inherente a la globalización en el que nos encontramos ha sido consecuencia de un factor determinante, que se ve reflejado en los nuevos avances tecno-científicos desarrollados desde los años setenta con la mencionada revolución tecnológica. Por ejemplo, innovaciones producidas, principalmente, en el campo de las telecomunicaciones y la informática, han supuesto el paralelismo de las interacciones en el tiempo y el espacio en distintas dinámicas que actualmente llegan a producirse de manera inmediata a escala planetaria³⁰².

Dicho de otro modo, la globalización ha pretendido una reorganización espacial donde el mundo es un único sistema de información y comunicación. Esto implica que las ideas, las órdenes, el conocimiento y la información, van a circular libremente y en tiempo real a través de los diferentes medios de comunicación (televisión, internet, telefonía y los diferentes sistemas de comunicación), logrando aproximar a los individuos y sus problemas al margen de sus Estados.

³⁰² CASTELLS, Manuel; *Globalización, desarrollo y democracia: Chile en el contexto mundial*, Fondo de Cultura Económica, Santiago, 2005, p. 15.

En síntesis, la globalización, como menciona CELESTINO DEL ARENAL, ha generado nuevas solidaridades e identidades dentro de la sociedad que van a reforzar el papel y el protagonismo de los individuos y los actores transnacionales y subestatales. De esta forma, visto el fortalecimiento de la interdependencia en sus diferentes ámbitos, se ha llegado a estimular la descentralización de los Estados como consecuencia de la erosión cualitativa de sus fronteras, lo que consecutivamente ha puesto en entredicho la soberanía estatal a favor de la apertura de las sociedades³⁰³.

1.4.- LOS EFECTOS PROGRESIVOS DE LA GLOBALIZACIÓN Y SU INCIDENCIA EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL

La globalización es, pues, un fenómeno internacional que se compone de múltiples dimensiones o procesos que son operados por distintos actores internacionales, los cuales, día a día, han sido capaces de transformar la realidad del sistema internacional y la de los propios sistemas estatales.

Bajo esta idea específica, no cabe duda de que nos encontramos en un mundo diferente, en el que la sociedad se ve cubierta por redes que circundan todo el planeta, y con las que se permite tratar, en tiempo real, por ejemplo, transacciones comerciales y financieras, así como también participar y transmitir

³⁰³ DEL ARENAL, Celestino; "Mundialización, creciente interdependencia y globalización en las relaciones internacionales", ob. cit., p. 221.

instantáneamente decisiones de índole económico, político, diplomático, militar, entre otros, de un punto del planeta a otro³⁰⁴.

En todo caso, reconduciendo ya el estudio al objeto de la presente investigación, la incidencia de la globalización en el Estado constitucional, y consecuentemente, en el entendimiento que al día de hoy podemos tener del poder constituyente, es el efecto de dos hechos cruciales que nos importa dejar sentados de manera especial a continuación:

A.- LA GLOBALIZACIÓN HA SIDO UN FENÓMENO INTERNACIONAL QUE HA CONFIGURADO UNA SOCIEDAD MUNDIAL INTERCONECTADA

Precisamente, con la organización descentralizada, la interconexión y la formación de redes transnacionales que han sido impulsadas por la creciente interdependencia en todos los niveles y ámbitos de la sociedad, se ha configurado una sociedad mundial realmente consciente de sí y cada vez más interconectada, donde muchos de los antiguos problemas que antes eran concebidos como locales, ahora se han vuelto globales.

Dentro de este esquema, el tratamiento de dichos problemas, más que pasar por la autonomía e independencia estatal que era propia del Estado westfaliano medido en términos soberanos, actualmente exige la participación conjunta de los

³⁰⁴ KAPLAN, Marcos; *Estado y globalización*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2002, p. 308.

múltiples actores que conforman el sistema internacional, encuadrados, en muchos casos, en el seno de las organizaciones internacionales de coordinación o en las organizaciones supranacionales de integración.

Desde esta perspectiva, si bien el fenómeno de la globalización ha sido el escenario propicio para el desarrollo de nuevos actores transnacionales y subestatales que, carentes de base territorial, han sido capaces de mermar los niveles de decisión que poseían los Estados, por otro lado, la interconexión de la sociedad mundial, bajo una tendencia homogeneizadora³⁰⁵, ha sido proclive a configurar procesos de coordinación o integración.

En este marco, han recibido un definitivo impulso las organizaciones internacionales, que van a adoptar decisiones que vinculan a todos los Estados parte, en virtud de una serie de obligaciones que son provistas a través del Derecho internacional de los tratados³⁰⁶ [p. ej., el surgimiento de organizaciones supranacionales de integración en Europa y América con la Unión Europea³⁰⁷ y

³⁰⁵ Como afirma GARCÍA SEGURA, la globalización es el resultado de múltiples procesos interdependientes que son capaces de impregnar al sistema en todos sus niveles y escalas como una estructura de valores y acuerdos homogeneizados que, por ende, deben ser aceptados por los Estados. Ver: GARCÍA SEGURA, Caterina; "La globalización en la sociedad internacional contemporánea: dimensiones y problemas desde la perspectiva de las relaciones internacionales", ob. cit., p. 324-325.

³⁰⁶ MARTÍNEZ DE BRINGAS, Asier; "Globalización y Derechos Humanos", **Cuadernos Deusto de Derechos Humanos**, Universidad de Deusto-Bilbao, núm. 15, 2001, p. 15.

³⁰⁷ No se ignora que la Unión Europea, como organización supranacional, supone un paso más en la integración. Así, la fuerza del Derecho de la Unión no deriva del Derecho internacional, sino de los principios de primacía y eficacia directa que le vienen siendo reconocidos. Con todo, resulta indudable que la vinculación de los Estados que la componen, a través de los tratados que la

MERCOSUR, respectivamente; y la creación de los sistemas regionales de protección de derechos humanos como es el caso, en el ámbito europeo, del Consejo de Europa (CE), que adoptó en el año 1950 el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, también denominado Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), y, en el ámbito americano, con la Organización de Estados Americanos (OEA), que aprobó la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (DADH) en el año 1948, lo cual más tarde conduciría a la adopción de la Convención Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en el año 1969].

Ciertamente, muchas de estas organizaciones existían ya anteriormente al surgimiento del actual fenómeno de la globalización, pero, en esta nueva realidad, se han convertido, por un lado, en instrumentos que propician el tratamiento compartido de problemas cuya dimensión escapa del ámbito nacional, y, por otro lado, en agentes que intensifican el avance de la propia globalización.

B.- LA EROSIÓN DE LA SOBERANÍA Y LA PÉRDIDA PROGRESIVA DEL PROTAGONISMO DEL ESTADO

En directa relación con la interconexión de la sociedad internacional, la globalización ha servido como elemento transformador del Estado y su

constituyen y de su correspondiente adhesión de la Unión, se deriva del Derecho internacional de los tratados.

configuración en todo lo que respecta a sus facultades y competencias soberanas *ad intra* y *ad extra*.

Esta aseveración, sin duda alguna, es el resultado de la erosión que ha sufrido el poder estatal y que supone la pérdida progresiva de su protagonismo como resultado de dos circunstancias determinantes. La primera de ellas tiene ocasión con la privatización exhaustiva³⁰⁸ de la práctica totalidad de las actividades humanas que se dan en el planeta,³⁰⁹ al ser llevadas a cabo principalmente por empresas transnacionales que se han instalado con el beneplácito concedido por los gobiernos estatales. La segunda se produce tras la creación de organizaciones internacionales y organizaciones supranacionales de integración, que adoptan decisiones comunes bajo fines colectivos que obligan y reconducen el actuar en la política interna de los Estados miembros.

A la vista de estas consideraciones, con la globalización, “al haberse erosionado progresivamente el principio unitario de organización política, representado por la soberanía y por el orden que de ella deriva, los significados

³⁰⁸ Como efecto negativo de la globalización, en el ámbito económico, los Estados han ido perdiendo capacidad de decisión política a favor de las grandes corporaciones transnacionales, pues estas son las encargadas de elaborar, en base a los usos y costumbres comerciales, normas de facto (*lex mercatoria*) que son gestionadas y ejecutadas por los gobiernos estatales. Ver al respecto: FARIÑAS, María José; “De la globalización económica a la globalización del derecho: Los nuevos escenarios jurídicos”, ***Derechos y libertades: revista del Instituto Bartolomé de las Casas***, núm. 8, 2000, p. 190.

³⁰⁹ GARCÍA PICAZO, Paloma; ***Teoría breve de las Relaciones Internacionales***, Tecnos, Madrid, 2006, p. 225, citado en DEL ARENAL, Celestino; “Mundialización, creciente interdependencia y globalización en las relaciones internacionales”, ob. cit., p.220.

resultantes pueden variar en función de las constelaciones que se van formando entre los elementos que componen el Derecho público³¹⁰”.

De hecho, como secuela del fenómeno de la globalización, esta rama del Derecho se ha visto en la necesidad de reconstruir la noción del principio de soberanía estatal que se veía tradicionalmente vinculado al poder supremo, autónomo e independiente del Estado frente a sus pares, para cambiarlo por el de una soberanía compartida³¹¹ en el que aquéllos, por razones de cooperación e incluso necesidad, coinciden en organizaciones internacionales o supranacionales a las que delegan competencias en diferentes niveles políticos (regional, estatal y supranacional) para la adopción de decisiones comunes en función de ciertos ámbitos materiales que los vinculan directa o indirectamente.

Este fenómeno ha dado lugar a la mayor parte de las transformaciones recientes que ha sufrido el Derecho constitucional por motivos *de facto* o *de iure*³¹², y que se hacen evidentes con la pérdida del monopolio del Estado en ciertas potestades que ahora son ejecutadas exclusiva o concurrentemente por autoridades supranacionales, como son: i) la función legislativa, al producir normas que amplían el sistema de fuentes en el orden interno, y ii) la función

³¹⁰ ZAGREBELSKY, Gustavo; *El derecho dúctil*, ob. cit., p. 12.

³¹¹ JÁUREGUI BERECIARTU, Gurutz; “Estado, Soberanía y Constitución: Algunos retos del Derecho Constitucional ante el siglo XXI”, *Revista de Derecho Político*, núm. 44, 1998, p. 58.

³¹² MIR PUIGPELAT, Orio; *Globalización, Estado y Derecho. Las transformaciones recientes del Derecho administrativo*, Thomson Civitas, Madrid, 2004, p. 25-26.

jurisdiccional, al resolver controversias en aplicación de un Derecho propio, vinculando con sus decisiones al Estado a los Estados involucrados³¹³.

De ahí que, tras la puesta en escena de la globalización, como proceso de interconexión de la sociedad, todas las normas o decisiones que son dictadas por los organismos supraestatales tendrán por finalidad la uniformidad político-normativa de una serie de decisiones que antes eran adoptadas autónomamente por los Estados, de manera que éstos, al haber ratificado o haberse adherido al tratado internacional que los hace parte del organismo correspondiente, se encuentran en la imposibilidad de incumplir sus compromisos invocando para su justificación disposiciones de su Derecho interno, lo que incluye su Constitución.

Producto de todas estas circunstancias, si bien la globalización, según afirma CASTELLS³¹⁴, ha afectado a la concepción clásica del Estado, más que su desaparición o desvanecimiento, ha implicado su transformación en un modelo cooperativo³¹⁵ que, en suma, permite mantener, como afirmación fundamental, que el Estado constitucional continúa siendo el punto de referencia de la vida social donde se definen y se expresan democráticamente los principios valorativos

³¹³ ALEGRÍA, Héctor; Globalización y Derecho, *Revista Pensar en Derecho de la Universidad de Buenos Aires-Eudeba*, núm. 1, 2012, p. 218.

³¹⁴ CASTELLS, Manuel; *Globalización, desarrollo y democracia: Chile en el contexto mundial*, ob. cit., p. 25.

³¹⁵ HÄBERLE, Peter; *Pluralismo y Constitución: Estudios de Teoría Constitucional de la Sociedad Abierta* (Trad. Emilio Mikunda), Tecnos, Madrid, 2002, p. 255.

ordenadores de la convivencia³¹⁶. No obstante, los propios avances de la sociedad no sólo han exigido la actualización de muchos de estos principios valorativos, sino que también requieren la adaptación del Estado a los nuevos retos políticos, económicos y sociales de carácter global, lo que inevitablemente ha hecho necesario, o a veces obligatorio, la conformación de alianzas estratégicas interestatales con la participación del resto de actores internacionales para hacer frente coordinadamente a muchos de los problemas que afectan a la sociedad en su conjunto.

1.5.- EL DISCURSO DE LA GLOBALIZACIÓN COMO FENÓMENO DE INTERNACIONALIZACIÓN JURÍDICA

En el apartado anterior hemos podido referirnos a cómo el fenómeno de la globalización ha incidido tajantemente en el principio de soberanía nacional, el cual constituye una de las bases que sustenta el Estado, como afirmación de poder que le permite ejercer sus funciones y competencias en el plano nacional e internacional.

Frente a este criterio, la interconexión que progresivamente ha vivido la sociedad dentro del fenómeno de la globalización implica, a su vez, la transformación del Estado, que ahora, a fin de solucionar los problemas que indistintamente impactan en él y en la sociedad global, se ha visto llevado a

³¹⁶ DE VEGA, Pedro; "Mundialización y Derecho Constitucional: La crisis del principio democrático en el constitucionalismo actual", ob. cit., p. 14.

compartir cuotas de su soberanía con autoridades supraestatales a las que otorga una serie de potestades para que, de manera coordinada y uniforme, adopten decisiones de alcance colectivo que van a vincular a los propios Estados en todos sus niveles y escalas.

En este sentido, es importante señalar que la creación de las organizaciones internacionales y supranacionales de integración que se han venido articulando desde la mitad del siglo pasado, ha sido una realidad que no se ha producido espontáneamente, ni como producto del azar. Por el contrario, aquéllos han sido fruto de la concertación estatal, que pudo perfeccionarse a través del Derecho internacional de los tratados y las propias Constituciones estatales, las cuales, desde el punto de vista interno, terminaron previendo la atribución de competencias soberanas a autoridades supraestatales³¹⁷ para que fuesen

³¹⁷ La creación de organismos supraestatales tiene su antecedente más remoto en las organizaciones internacionales de coordinación y cooperación que se desarrollaron durante el siglo XIX, como el caso de las Comisiones fluviales destinadas a regular y facilitar la navegación por determinados ríos internacionales (p. ej., la Comisión Central del Rhin, prevista en el Acta final del Congreso de Viena de 1815 y creada por el Tratado de Maguncia de 1831) y las Uniones administrativas internacionales destinadas a canalizar de manera permanente e institucionalizada la acción concertada de sus Estados miembros en sectores técnicos específicos, tales como las comunicaciones (p. ej., la Unión Telegráfica Internacional, creada en 1865, y la Conferencia de Washington de 1889, que crea una oficina comercial que en 1919 se convierte en la Unión Panamericana). Sin embargo, el precedente más conocido de organizaciones multilaterales de cooperación bajo una estructura orgánica institucionalizada lo encontramos en la Sociedad de Naciones, que fue configurada a través del Tratado de Versalles, firmado en 1919, como la primera organización internacional con vocación universal que fomentó la cooperación de las naciones para resolver controversias a través de medios pacíficos. Dicha organización fracasó, al no impedir que se desencadenara la Segunda Guerra Mundial, por lo que más tarde fue sustituida por la Organización de las Naciones Unidas, creada a través de la Carta de las Naciones Unidas firmada el 26 de junio de 1945, que entraría en vigor el 24 de octubre de 1945. En un orden similar, pero de dimensión regional, podemos hacer mención a la Organización de Estados Americanos, creada tras la firma de la Carta de la Organización de los Estados Americanos el 30 de abril de 1948 como base para la integración para América, y la Unión Europea, que constituye el proceso de

capaces de establecer, como apunta CARRILLO SALCEDO, un mínimo jurídico necesario que resulta imprescindible para regular las relaciones de coexistencia y cooperación entre Estados territorialmente soberanos³¹⁸.

De este modo, y sobre esas bases, podemos intuir que el Derecho forma parte imprescindible del fenómeno de la globalización en cuanto a los procesos de coordinación o integración que hasta ahora se han configurado alrededor del mundo y que resultan evidentes en aspectos que van desde la creación de organizaciones internacionales (universales o regionales) y organizaciones supranacionales de integración, hasta lo que corresponde al ejercicio habitual de las actividades que deben desempeñar éstos en cumplimiento de sus objetivos políticos, económicos, sociales, entre otros, según las competencias que les han sido atribuidas por los Estados para el ejercicio de sus funciones.

Quiere decir ello que todas las normas, actos y decisiones que son dictados en el seno de las organizaciones supraestatales van a tener repercusión directa, como fuente externa, en el Derecho que se incorpora en los ordenamientos nacionales. Por lo tanto, los efectos que produce el Derecho supraestatal dentro del fenómeno internacional de la globalización van a vincular a los Estados

integración político-económico más avanzado, que tiene como antecedente más remoto Tratado de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (CECA), firmado en París el 18 de abril de 1951, y el Tratado de la Comunidad Económica Europea, firmado en Roma el 25 de marzo de 1957. Ver: DÍEZ DE VELASCO, Manuel; **Las organizaciones internacionales**, ob. cit., p. 40-43.

³¹⁸ CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio; "Derechos Humanos y Derecho Internacional", **Revista de filosofía moral y política**, núm. 22, 2000, p. 70.

miembros, tras asumir el compromiso internacional de adoptar todas las medidas que resulten necesarias para asegurar su cumplimiento.

Esta situación, por simple que parezca, según PRIETO SANCHÍS, ha representado “no sólo un golpe mortal para el legalismo estatalista, sino que obliga también a replantearse en otros términos la idea de unidad del ordenamiento; unidad que ya no puede lograrse a través de un sistema jurídico jerarquizado y escalonado, sino que precisamente intenta reconstruirse a partir de la Constitución como expresión de un marco de consenso y unidad, ya no formal, sino material y sustantivo y, sobre todo, procedimental, donde han de coexistir diversas concepciones de justicia”³¹⁹.

Dicho en otras palabras, la aplicabilidad del Derecho en el plano interno y las decisiones que son adoptadas por los organismos internacionales han generado nuevas interacciones que colisionan con los esquemas clásicos de validez y vigencia territorial de las normas jurídicas, de modo que la estructura piramidal que tanto juego había dado para explicar y comprender la jerarquía normativa y el principio de unidad, como afirma JULIOS-CAMPUZANO, “se ha convertido ya en una pieza de museo entre los recursos pedagógicos de la docencia del derecho”³²⁰.

³¹⁹ PRIETO SANCHÍS, Luis; *Constitucionalismo y Positivismo*, Editorial Fontamara, México, 1999, p. 37.

³²⁰ DE JULIOS-CAMPUZANO, Alfonso; “Globalización, pluralismo jurídico y ciencia del derecho” en DE JULIOS-CAMPUZANO, Alfonso (ed.); *Dimensiones jurídicas de la globalización*, Dykinson, Madrid, 2007, p. 16-17.

De este modo, en la actualidad, muchas de las decisiones o normas que operan al margen de los ordenamientos estatales, amén de ser producidas por órganos supraestatales, en algunos casos, tendrán jerarquía constitucional, al integrarse inmediatamente en el bloque de constitucionalidad³²¹, y, en otros, simplemente gozarán de primacía³²² y eficacia directa³²³ (p. ej., el Derecho de la

³²¹ Al respecto, a pesar de que no exista una opinión común de cuáles son las normas que comprenden el bloque de constitucionalidad, existen diversas clasificaciones que giran en torno a la naturaleza legislativa del parámetro de la acción de inconstitucionalidad y que admiten el rango constitucional de fuentes del Derecho distintas de la Constitución formal, tales como las leyes orgánicas e incluso la jurisprudencia de los tribunales internacionales de protección de los derechos humanos. Sin embargo, podemos destacar que el bloque de constitucionalidad se refiere al conjunto de normas que gozan de jerarquía constitucional independientemente de que las mismas se encuentren previstas o no en la Constitución (p. ej., el artículo 23 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela reconoce que los tratados internacionales relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno en la medida de que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorable a las establecidas en la Constitución y en las leyes de la República, motivo que permite su aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público). Ver al respecto: CARPIO MARCOS, Edgar; "Bloque de constitucionalidad y proceso de inconstitucionalidad de las leyes", *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, núm. 4, 2005, p. 79-114.

³²² En el Derecho comunitario, el principio de primacía fue consagrado jurisprudencialmente por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la sentencia *Costa vs Enel* de 15 de julio de 1964, donde se afirmó que el Derecho procedente de las instituciones europeas se integra en los sistemas jurídicos de los Estados miembros, que están obligados a respetarlos, teniendo primacía sobre los Derechos nacionales. En este sentido, para garantizar la superioridad del Derecho de la Unión Europea sobre el nacional, no es que este último quede anulado o derogado, sino que su obligatoriedad quedará suspendida en aplicación del Derecho de la Unión Europea, que se compone de todas las normas europeas. Unión Europea. *Access to European Union Law*, [consultado 28 de agosto 2016]. Disponible en <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=URISERV:114548>.

³²³ El principio de efecto directo dentro del proceso de integración europeo fue consagrado jurisprudencialmente por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la sentencia *Van Gend en Loos* de 5 de febrero de 1963, en la cual se reconoce que los particulares puedan invocar directamente normas europeas de derecho primario (siempre y cuando las obligaciones sean precisas, claras, incondicionales y no requieran medidas complementarias tanto de carácter nacional o europeo) o derivado (los actos aprobados por instituciones sobre la base a los tratados constitutivos, como el caso de los reglamentos, directivas en materias de protección de derecho de los particulares, decisiones, siempre que designen a un Estado miembro como destinatario, y determinados acuerdos internacionales) ante las jurisdicciones nacionales y europeas, aun cuando el Estado no haya recogido dichas normas en su ordenamiento jurídico interno. Unión Europea.

Unión Europea), por lo que las Constituciones estatales, deberán estipular el orden jerárquico que poseerán estas normas externas dentro de su sistema de fuentes.

En fin, la globalización ha tenido una enorme proyección jurídica en cuanto a la internacionalización del Derecho, como consecuencia de la creación de organizaciones internacionales y supraestatales de integración que se han venido desarrollando desde la segunda mitad del siglo XX. Y, en efecto, esto es así por la sencilla razón de que los Estados se han dado cuenta de que el mundo contemporáneo no es un mundo fraccionado, que se componga de una simple suma de naciones que pudieran actuar de manera autónoma e independiente.

En buena medida, han reconocido que la sociedad mundial se encuentra interconectada por distintos factores y que los procesos de coordinación o integración liderados por organizaciones internacionales o supranacionales han logrado consolidarse como los mecanismos más efectivos para tratar, de manera concertada, problemas que afectan por igual a todos los Estados.

En este contexto, la homogeneización o armonización del Derecho que es generada por las organizaciones internacionales y supranacionales de integración, como consecuencia de la integración de la sociedad internacional en el mundo globalizado, a pesar de alterar la tradicional estructura jerárquica del ordenamiento

Acces to European Unión law, [consultado 28 de agosto 2016]. Disponible en <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=uriserv:l14547>.

jurídico nacional, resulta ser un factor determinante para su funcionamiento, ya que, a través de ella, se establecen criterios uniformes que afianzan políticas que tienen una vocación internacional en un plano, ya universal, ya regional.

2.- EL CANON DE LOS DERECHOS HUMANOS EN EL MUNDO GLOBALIZADO

El Estado constitucional moderno, en su estructura funcional, se ha configurado como un instrumento útil para limitar y controlar jurídicamente la actividad de las instituciones que ejercen el poder a partir de la Constitución.

En lo que refiere a su actividad, el reconocimiento de derechos fundamentales³²⁴ cuyos orígenes se remontan a las declaraciones de derechos producidas en el siglo XVII y XVIII (el *Bill of Rights* de 1689 en Inglaterra, la Carta de Derechos de Virginia de 1776 y la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, en Francia), ha llegado a ser parte sustancial de la Constitución y el propio Estado constitucional, pues, como afirma DíEZ-PICAZO, aquéllos suponen fronteras jurídicamente infranqueables que salvaguardan a los particulares de la acción ejercida por todos los poderes públicos³²⁵.

³²⁴ Cuando hablamos de derechos fundamentales, acogiendo el criterio sostenido por el Tribunal Constitucional de España en sentencia 25/1981, nos referimos no sólo a los derechos que tienen *per se* los ciudadanos a partir de la Constitución, sino también a aquéllos que garantizan un *status* jurídico o la libertad en un ámbito de la existencia que hace parte esencial de un ordenamiento objetivo como marco de convivencia humana, justa y pacífica que se plasma en el Estado de Derecho. Ver: PÉREZ LUÑO, Antonio E.; **Los Derechos Fundamentales**, Tecnos, Madrid, 2007, p. 25-26.

³²⁵ DíEZ-PICAZO, Luis María; **Sistema de Derechos Fundamentales**, Thomson Civitas, Madrid, 2008, p. 33.

Bajo estas consideraciones, los derechos fundamentales³²⁶ vinculados al surgimiento del Estado constitucional, según afirma PÉREZ ROYO, se encuentran definidos formal o estructuralmente como “los derechos naturales constitucionalizados sobre la base del principio de soberanía popular”³²⁷.

Así pues, los derechos fundamentales presuponen límites materiales que son impuestos al Estado por el poder soberano en ejercicio del poder constituyente, como elemento estructural del constitucionalismo democrático, que se consolidó progresivamente a partir de la Segunda Posguerra Mundial como el único y verdadero sistema capaz de asegurar los derechos que resultan intrínsecos a todas las personas.

Dentro de esta panorámica, vistas las violaciones masivas a los derechos cometidas por los regímenes políticos totalitarios en los años 30 del pasado siglo (Alemania e Italia), así como también las sufridas durante la Segunda Guerra Mundial, el reconocimiento de derechos que era realizado únicamente por el poder

³²⁶ La expresión “derechos fundamentales” constituye un término relativamente reciente, que vino a acuñarse en el constitucionalismo moderno posterior a la Primera y Segunda Guerra Mundial, bajo el término alemán *Grundrechte*. Este término fue utilizado por primera vez en la Constitución Alemana de *Paulskirche* de 1848, y aparece después en la Constitución de Weimar de 1919 y la Ley Fundamental de Bonn de 1949, para denominar aquellos derechos naturales que se encuentran consagrados en la Constitución. A partir de la doctrina alemana, el término de derechos fundamentales adquiere una dimensión europea, según los términos utilizados por PETER HÄBERLE. Ver: HÄBERLE, Peter; “El concepto de los derechos fundamentales”, en SAUCA, José (ed.); **Problemas actuales de los derechos fundamentales**, Universidad Carlos III, Madrid, 1994, p. 90-95, y PÉREZ ROYO, Javier; **Curso de Derecho Constitucional**, ob. cit., p. 179-180.

³²⁷ PÉREZ ROYO, Javier; **Curso de Derecho Constitucional**, ob. cit., p. 180.

constituyente dentro de los sistemas estatales logró adquirir una proyección internacional (internacionalización de los derechos fundamentales) a mediados del siglo XX, desde el momento en que la Organización de las Naciones Unidas (ONU)³²⁸, a través de su Asamblea General (AG), el 10 de diciembre de 1948, dictó la Declaración Universal de los Derechos Humanos³²⁹, en la cual se recogió

³²⁸ Entre los propósitos de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), el artículo 1 de la Carta de las Naciones Unidas destacó: 1.- Mantener la paz y la seguridad internacionales, y con tal fin: tomar medidas colectivas eficaces para prevenir y eliminar amenazas a la paz, y para suprimir actos de agresión u otros quebrantamientos de la paz; y lograr por medios pacíficos, y de conformidad con los principios de la justicia y del derecho internacional, el ajuste o arreglo de controversias o situaciones internacionales susceptibles de conducir a quebrantamientos de la paz; 2.- Fomentar entre las naciones relaciones de amistad basadas en el respeto al principio de la igualdad de derechos y al de la libre determinación de los pueblos, y tomar otras medidas adecuadas para fortalecer la paz universal; 3.- Realizar la cooperación internacional en la solución de problemas internacionales de carácter económico, social, cultural o humanitario, y en el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión; y 4.- Servir de centro que armonice los esfuerzos de las naciones por alcanzar estos propósitos comunes.

³²⁹ Dentro de esta argumentación, debemos precisar que la Declaración Universal de Derechos Humanos constituyó el primer instrumento internacional de cooperación y solidaridad para garantizar los derechos, catalogados como derechos humanos dada su dimensión supranacional. Por otro lado, es importante señalar que este instrumento internacional, al ser una Declaración adoptada por la Asamblea Nacional como una Resolución sin valor legal, y no un tratado internacional de carácter convencional, carece de eficacia jurídica directa para los Estados miembros de la ONU. No obstante, la trascendencia que posee este instrumento en tanto a la receptividad y aceptación común por parte de los gobiernos y las propias organizaciones internacionales, ha generado de él una práctica general, constante y uniforme que reúne los requisitos para ser considerada como una norma consuetudinaria. E incluso, muchos Estados procedieron a insertar un catálogo de derechos en sus Constituciones haciendo un reenvío directo a documentos adoptados en sede internacional, tal como ocurre, por ejemplo, con el numeral 22, inciso 2, del artículo 75 de la Constitución argentina de 1994, que contiene una larga lista de declaraciones y tratados en materia de derechos humanos, entre ellos la Declaración Universal de los Derechos Humanos, a los que se les reconoce rango de fuente constitucional, así como la función integradora de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución misma. La Constitución española, por su parte, en su artículo 10.2 establece de manera expresa que la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre derechos humanos integran el marco de interpretación de las normas relativas a los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución. Ver: BUERGENTHAL, Thomas; GROSSMAN, Claudio y NIKKEN, Pedro; *Manual Internacional de Derechos Humanos*, Editorial jurídica venezolana, Caracas, 1990, p. 25-27, y PIZZORUSSO, Alessandro; "Las 'generaciones' de derechos", *Anuario de Derechos Humanos (Nueva Época)*, Vol. 3, 2002, p. 498.

un catálogo de derechos que serviría como marco normativo para la construcción de un sistema supraestatal cuyo fin ulterior sería impedir las violaciones de los derechos humanos por parte de los Estados.

En este sentido, la ampliación y desarrollo que ha tenido el reconocimiento y tutela de los derechos en el actual mundo globalizado se encuentra estrechamente vinculado a un fenómeno de integración internacional en el que los Estados, convencionalmente, han decidido crear organizaciones internacionales o supranacionales de integración a las que atribuyen competencias normativas, decisorias y jurisdiccionales con la finalidad de establecer un canon jurídico mínimo de comportamiento que controle y vincule internacionalmente a los propios Estados.

Sobre esta base, debemos entender que los procesos de coordinación o integración que se han venido gestando en materia de derechos han supuesto un cambio radical dentro del esquema normativo fijado en el Estado constitucional, ya que la influencia de la internacionalización de los derechos humanos, concebidos como bienes y valores supremos comúnmente aceptados por la sociedad internacional, impone un compromiso internacional de los Estados, que han de respetar y garantizar. Caso contrario, además de implicar la responsabilidad penal internacional de los perpetradores de violaciones de tales derechos, se generará también la responsabilidad internacional del Estado frente a la comunidad internacional, que, inclusive, podrá ser causa de sanciones en aplicación del

derecho internacional, para prevenir que se ejecuten o continúen ejecutándose violaciones de derechos.

Establecida la anterior precisión, las páginas que siguen estarán dirigidas a estudiar, de manera detallada, cómo el fenómeno de la globalización ha incidido en la internacionalización de los derechos. Para ello, se tomará en cuenta, en primer lugar, un análisis general de los derechos humanos y las experiencias que se han fraguado en los sistemas de protección de derechos humanos de ámbito universal y regional, así como también los desarrollados en los procesos de integración económica que, dentro de su ámbito competencial, han aceptado el desafío de reconocer y tutelar los derechos de acuerdo con su marco jurídico-institucional.

Posteriormente, abordaremos una serie de decisiones que han sido adoptadas por las organizaciones supraestatales en materia de derechos humanos por las que los Estados, a fin de no ser sometidos aún más a la opinión pública mundial y permanecer aislados dentro de un sistema internacional cada vez más interconectado, deben consentir la incorporación de tales decisiones a su funcionamiento interno sin importar que éstas, en muchas ocasiones, incidan en sus Constituciones. De hecho, es justamente desde esta perspectiva como la teoría del poder constituyente se puede ver sometida a un nuevo paradigma que requiere repensar y actualizar sus bases conforme a los cambios que son propios de la evolución del Estado dentro del sistema internacional.

2.1. LA UNIFORMIDAD DE LOS DERECHOS HUMANOS Y SU ORDENAMIENTO INTERNACIONAL

Los derechos humanos, “en tanto pretensiones subjetivas absolutas, válidas por sí mismas, con independencia de la ley³³⁰”, se presentan como valores o bienes jurídicos globalmente protegidos que son similares a los resguardados en los ordenamientos estatales bajo la locución de derechos fundamentales.

En este sentido, cuando hablamos de derechos humanos, nos referimos al reconocimiento que se lleva a cabo internacionalmente de aquellos “derechos inherentes a la persona que se derivan de la dignidad humana y resultan fundamentales en un determinado estadio de evolución de la humanidad, por lo que reclaman una protección jurídica³³¹”. Todos estos principios o valores, generados en el orden internacional, crean un deber en el Estado frente a toda la comunidad internacional tras el compromiso que aquél ha adquirido de respetarlos y garantizarlos, de manera que todas las personas puedan hacer pleno ejercicio de ellos independientemente del país en el que se encuentren.

Por tanto, podemos deducir que la cuestión de los derechos ya no sólo compromete a cada Estado según su ordenamiento jurídico doméstico, sino que es un aspecto que, por sus dimensiones extraterritoriales, reviste un interés de la

³³⁰ ZAGREBELSKY, Gustavo; *El derecho dúctil*, ob. cit., p. 47.

³³¹ CASAL HERNÁNDEZ, Jesús María; *Los derechos humanos y su protección (Estudios sobre derechos humanos y derechos fundamentales)*, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2008, p. 15.

comunidad internacional, al ser conceptuados los derechos como universales, indivisibles e interdependientes³³².

Ahora bien, como hemos venido diciendo hasta ahora, los derechos humanos, dada su consagración internacional, nacen del advenimiento de la ONU como un esfuerzo de cooperación y solidaridad permanente entre Estados, con el objeto primordial de crear, mediante un tratado multilateral, una organización internacional con objetivos colectivos que fuese capaz de mantener la paz y la seguridad dentro de la comunidad internacional a través de la promoción y protección de los derechos en torno a normas jurídicas que vinculan internacionalmente a todos los Estados miembros³³³.

³³² La Conferencia Mundial sobre los Derechos Humanos adoptó en Viena, el 25 de junio de 1993, la Declaración y Programa de Acción de Viena de la Conferencia Mundial de Derechos Humanos, en la que en su párrafo 5 se destacó que todos los derechos son universales, indivisibles e interdependientes entre sí. En este sentido, los derechos humanos son *universales* en tanto constituyen exigencias ético-jurídicas que se postulan como un fin, y no como medios, en los tratados y declaraciones que han sido aprobados y promovidos en el marco del sistema de las Naciones Unidas. Son *indivisibles* ya que entre todos los derechos (civiles, políticos, económicos, sociales y culturales) existe una unidad que no permite que sean tomados de manera aislada o separada y se presentan como *interdependientes entre sí*, ya que todos están relacionados, en la medida en que el disfrute de un derecho particular o grupo de derechos depende para su existencia de la realización de otro derecho de un grupo de derechos. Ver: NIKKEN, Pedro; “El concepto de Derechos Humanos”, en: **Seminario sobre Derechos Humanos mayo-junio de 1996 celebrado en la Habana**, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, 1997, p. 22-27 y VÁSQUEZ, Luis Daniel y SERRANO, Sandra; “Los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. Apuntes para su aplicación práctica”, en: **La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma**, Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), México, 2011, p. 135-165.

³³³ La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en cuanto a los tratados internacionales relativos a la promoción y protección de los derechos humanos, ha destacado que “los tratados modernos sobre derechos humanos, en general, y, en particular, la Convención Americana, no son tratados multilaterales de tipo tradicional, concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos, para el beneficio mutuo de los Estados contratantes. Su objeto y fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los otros Estados contratantes. Al aprobar estos tratados

En efecto, importa destacar que el escenario de cooperación que ha significado la ONU para la protección de los derechos humanos supone el establecimiento de un parámetro mínimo de conducta que, internacionalmente, es impuesto a todos los Estados para reconocer y garantizar el respeto de los derechos humanos. De acuerdo con ello, esta instancia internacional de vocación universal ha establecido un compendio de reglas jurídicas (p. ej., la Declaración Universal de los Derechos Humanos del año 1948 y los Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos y Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que fueron firmados el 19 de diciembre de 1966, etc.) que vinculan a todos los Estados que han suscrito y ratificado cada uno de los instrumentos en cuestión.

Por otra parte, la internacionalización de los derechos humanos también ha sido desarrollada por las organizaciones internacionales de dimensiones regionales, que, para su funcionamiento, abarcan un marco jurídico-institucional que se encarga de promover y proteger los derechos en un grupo determinado de países (p. ej., la OEA y la CIDH, el CE y el CEDH).

sobre derechos humanos, los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción...". Ver: Corte Interamericana de Derechos Humanos (Pleno) [Internet]. Opinión Consultiva núm. OC-2/82, de 24 de septiembre de 1982, [consultado 8 de septiembre 2016]. Disponible en http://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia/ficha_opinion.cfm?nId_Ficha=16&lang=en.

De cualquier manera, las normas que se han desarrollado en el campo de los derechos humanos por las organizaciones internacionales a partir de la segunda mitad del siglo XX tienen, entre tantos objetivos, el establecimiento uniforme de reglas jurídicas que representan un canon básico aceptable o tolerable de convivencia por el que, como efecto reflejo, se limita la actividad de los Estados. De hecho, según la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia, el reconocimiento de los derechos humanos constituyen obligaciones *erga omnes* que responden a compromisos que obligan a todos los Estados respecto a la comunidad internacional en su conjunto, en virtud del interés jurídico que representan para la sociedad³³⁴.

³³⁴ La Corte Internacional de Justicia, en su sentencia del asunto *Barcelona Traction Light and Power Company Limited* (España vs. Bélgica), de 5 de febrero de 1970, reconoció que, dentro del Derecho internacional, los derechos fundamentales de la persona humana constituyen obligaciones *erga omnes*, es decir obligaciones de todos los Estados hacia la comunidad internacional. Ahora bien, aunque suele identificarse a las normas *erga omnes* con las normas de *ius cogens*, es decir, aquellas normas que, según el artículo 53 de la Convención de Viena de 23 de mayo de 1969, son “aceptadas y reconocidas por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de Derecho internacional general que tenga el mismo carácter”, no toda norma *erga omnes* es norma de *ius cogens*, ni viceversa. En otras palabras, todas las normas relativas a los derechos humanos son normas *erga omnes* que resultan obligatorias hacia la comunidad internacional y sólo se permite su suspensión o derogación, según algunos instrumentos internacionales, en situaciones excepcionales, como la guerra o algún peligro público que amenace la vida de la nación. Sin embargo, algunos de estos derechos (*normas erga omnes*) son indisponibles para los Estados y ni siquiera en situaciones excepcionales pueden ser suspendidos o derogados, por constituir normas imperativas o *ius cogens* para aquéllos (p. ej., derechos considerados como el derecho a la vida y la prohibición a la tortura). Ver: Organización de las Naciones Unidas; “Documentos del quincuagésimo período de sesiones”: **Anuario de la Comisión de Derecho Internacional**, Vol. II, primera parte, 1998, [consultado 12 de septiembre 2016]. Disponible en https://books.google.com.mx/books?id=_zXQXk1xuwC&pg=PA151&lpg=PA151&dq=corte+internacional+de+justicia+fallos+Barcelona+Traction+Light+erga+omnes&source=bl&ots=kgBUccIZce&sig=3mernXdxBpNFwUKRjxzGFqBpgl&hl=es&sa=X&ved=0ahUKewjnp_KzrLPahVCGx4KHVM1CeUQ6AEILTAD#v=onepage&q=corte%20internacional%20de%20justicia%20fallos%20Barcelona%20Traction%20Light%20erga%20omnes&f=false, p.151, GONZÁLEZ CAMPOS, Julio D.; SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, Luis I., SÁENZ DE SANTAMARÍA, Paz Andrés; **Curso de Derecho Internacional**

Por lo tanto, debemos enfatizar que las normas internacionales que son dictadas por las organizaciones internacionales atinentes al reconocimiento³³⁵ o protección de los derechos humanos implican un presupuesto mínimo básico que los Estados parte se comprometen a respetar y hacer respetar a favor todas las personas. Sin embargo, esto no es óbice para que el Estado, posteriormente, haciendo uso de sus potestades soberanas, pueda desarrollarlas a través de la formulación de las reglas que considere más pertinentes, siempre y cuando se tenga como salvedad no violentar ese mínimo jurídico que ha sido exigido como base en los instrumentos internacionales.

Bajo este presupuesto, debemos afirmar que el ordenamiento internacional de los derechos humanos está formado por los distintos instrumentos internacionales que han sido dictados por las organizaciones internacionales, en cuyo objeto y finalidad se promueve el reconocimiento y protección de los derechos que resultan intrínsecos e inherentes a la persona humana.

Público, Civitas, Madrid, 2008, p. 836, y PASTOR RIDRUEJO, José Antonio; “Sobre la universalidad del Derecho internacional de los derechos humanos”, **Anuario de Derechos Humanos (Nueva Época)**, Vol. 12, 2011, p.275.

³³⁵ Como bien aclara DíEZ-PICAZO, los tratados internacionales de carácter universal no prevén, en principio, procedimientos de tutela a disposición de los particulares afectados, como ocurre en el caso de los sistemas regionales de protección de derechos. De hecho, la inobservancia que se hace a estos tratados supone, como garantía, el ejercicio de mecanismos de naturaleza diplomática o política por el resto de los Estados. Ver: DíEZ-PICAZO, Luis María; **Sistema de Derechos Fundamentales**, ob. cit., p. 169.

De esta forma, y en resumidas cuentas, el ordenamiento internacional de los derechos humanos codificado en las declaraciones, tratados, convenciones, convenios, pactos internacionales o cualquiera que sea su denominación particular, genera un compromiso jurídico para los Estados frente a la comunidad internacional. Ese compromiso consiste en respetar y garantizar los derechos y libertades de todas las personas que se encuentren bajo sus jurisdicciones, de modo que en ninguna circunstancia los Estados podrán invocar su soberanía o derecho interno para impedir su ejercicio efectivo, violarlos o permitir que sujetos de su organización o ajenos a ella puedan hacerlo.

2.2. LOS SISTEMAS INTERNACIONALES PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

Hasta ahora, hemos hablado de cómo los derechos humanos han sido desarrollados a través de un ordenamiento jurídico internacional dictado por las organizaciones internacionales creadas para cumplir objetivos colectivos, en uso de mecanismos institucionalizados de cooperación permanente y voluntaria³³⁶.

Ahora bien, dentro de la tesitura que corresponde a los propósitos por los que han sido creadas las referidas organizaciones en materia de derechos humanos, no sólo se ha dispuesto que éstas, a través de sus instrumentos internacionales, reconozcan un catálogo de derechos subjetivos que deben ser

³³⁶ DÍEZ DE VELASCO, Manuel; *Las organizaciones internacionales*, ob. cit., p. 38.

garantizados por los Estados en virtud del compromiso adquirido ante la comunidad internacional de respetarlos y hacerlos respetar. Por otro lado, dentro de su estructura institucional de funcionamiento, los Estados han reconocido a dichas organizaciones ciertas competencias en lo que respecta a la tutela de los derechos humanos, de manera que sus órganos, a través del principio de complementariedad o subsidiariedad³³⁷, y con el objeto de proteger los derechos reconocidos en los instrumentos internacionales, se encuentran facultados para aplicar ciertos mecanismos judiciales o extrajudiciales siempre y cuando los Estados, en su fuero interno, no hayan brindado una protección adecuada o efectiva a la persona cuando ocurriera alguna violación de tales derechos.

Desde este punto de vista, ambas categorías (adopción de normas sustantivas que enuncian derechos y los mecanismos judiciales y extrajudiciales para la protección de los derechos humanos), constituyen los denominados sistemas internacionales de protección de derechos humanos³³⁸, por medio de los cuales se controlan y supervisan las obligaciones de promoción y protección de derechos que han sido adquiridas por los Estados al ratificar los tratados internacionales respectivos.

³³⁷ El principio de complementariedad supone que los organismos internacionales van a poder ejercer sus competencias, siempre y cuando la protección que ejerce en primera instancia el Estado a nivel interno resulte insuficiente o ineficaz. Ver: TORO HUERTA, Mauricio Iván; "El principio de subsidiariedad en el derecho internacional de los derechos humanos con especial referencia al sistema interamericano", en: **La Corte Interamericana de Derechos Humanos a veinticinco años de su funcionamiento**, Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), México, 2007, p. 23-61 y CASAL HERNÁNDEZ, Jesús María; **Los derechos humanos y su protección (Estudios sobre derechos humanos y derechos fundamentales)**, ob. cit., p. 32.

³³⁸ DÍEZ DE VELASCO, Manuel; **Instituciones del Derecho internacional público**, Tecnos, Madrid, 2007, p. 650.

Respecto a lo anterior, en esta oportunidad nos dedicaremos a hacer un examen exhaustivo de los distintos sistemas internacionales de protección de derechos humanos que son aplicados por las organizaciones internacionales de acuerdo a su composición o alcance³³⁹. Sobre esta base, analizaremos el marco normativo y la estructura orgánica y procesal que recogen cada uno de estos sistemas supranacionales, los cuales se configuran como mecanismos de control y supervisión que han sido creados para garantizar la vigencia efectiva de los ordenamientos internacionales en materia de derechos humanos.

2.2.1.- EL SISTEMA INTERNACIONAL DE PROTECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS DE DIMENSIÓN UNIVERSAL

El sistema universal de protección de derechos humanos surge con la creación de ONU como el organismo internacional de cooperación y coordinación por excelencia. Dentro de los propósitos previstos en el artículo 1 de la Carta de las Naciones Unidas se halla el desarrollo y estimulación del respeto a los

³³⁹ Los sistemas internacionales de protección de derechos humanos que son aplicados por las organizaciones internacionales creadas en virtud del Derecho de los tratados se encuentran vinculados a la composición o alcance que poseen dichas organizaciones en cuanto a la participación de los Estados, distinguiéndose organizaciones universales o generales y organizaciones regionales o restringidas. Las primeras de ellas (organizaciones de vocación universal), son aquellas que están abiertas a la participación potencial de todos los Estados y son constituidas para satisfacer unos fines susceptibles de interesar a toda la comunidad internacional. Las segundas (organizaciones de vocación regional), por su parte, se encuentran restringidas a la participación de un número limitado de Estados entre los que existe una determinada afinidad objetiva (contigüidad geográfica) y/o subjetiva (similitudes económicas, políticas, religiosas, etc.). Ver al respecto DÍEZ DE VELASCO, Manuel; *Las organizaciones internacionales*, ob. cit., p. 50-52.

derechos humanos y las libertades fundamentales de todas las personas, sin distinción alguna por motivos de raza, sexo, idioma o religión.

Desde esta perspectiva, para el cumplimiento de dichos objetivos, el Consejo Económico y Social (ECOSOC)³⁴⁰ creó a la Comisión de Derechos Humanos (CDH) por medio de las resoluciones 5 (I) del 16 de febrero de 1946 y 9 (II) del 21 de junio de 1946, como órgano técnico auxiliar de asesoramiento intergubernamental que llevaría a cabo todas las acciones necesarias en materia de derechos humanos, principalmente, para la codificación y promoción³⁴¹ de las nuevas normas internacionales en dicha materia y la aplicación de los mecanismos de garantía que resulten oponibles a los Estados a fin de determinar el cumplimiento o no de los instrumentos internacionales de protección de los derechos.

A partir de su creación, la CDH, en su funcionamiento, estableció estándares internacionales de derechos humanos al redactar la Carta Internacional de

³⁴⁰ Según el artículo 68 de la Carta de las Naciones Unidas, el Consejo Económico y Social (uno de los principales órganos de la ONU junto a la Asamblea General, el Consejo de Seguridad, el Consejo de Administración Fiduciaria, la Corte Internacional de Justicia y la Secretaría) sería el órgano encargado de establecer las comisiones de orden económico y social y para la promoción de los derechos humanos, así como las demás comisiones necesarias para el desempeño de sus funciones.

³⁴¹ Para la promoción y protección de todos los derechos humanos, a través de Resolución AG 48/141 de 7 de enero de 1994, se creó un Alto Comisionado para la promoción y la protección de todos los derechos humanos, al que no correspondieron nuevos poderes en esta materia, sino sólo la tarea de lograr una mayor coordinación e impulso dentro del sistema de la ONU. Ver: GONZÁLEZ CAMPOS, Julio D.; SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, Luis I., SÁENZ DE SANTAMARÍA, Paz Andrés; **Curso de Derecho Internacional Público**, ob. cit., 842.

Derechos Humanos³⁴² y el resto de normas internacionales que se especializan en determinados tipos de derechos³⁴³. Paralelamente, dentro de su organización, se estableció una serie de mecanismos procesales de control y supervisión donde Comités especializados tendrían la tarea de inspeccionar la plena vigencia de los derechos consagrados en los tratados como parte fundamental de los compromisos adquiridos por los Estados al ratificarlos.

Ahora bien, es importante destacar que la CDH, pese a su formidable labor, al codificar los distintos instrumentos internacionales de derechos humanos, estuvo siempre sujeta a críticas por parte de los Estados y la propia sociedad civil en lo que respecta a la función supervisora que debía desempeñar, dada su ineficiencia y la tendencia que mostró, al politizar el programa de derechos humanos de las Naciones Unidas³⁴⁴.

³⁴² La Carta Internacional de los Derechos Humanos es el instrumento jurídico internacional de dimensión universal surgido en el seno de la Comisión de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas, que se encuentra compuesto por la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el conjunto de normas específicas que establecen mecanismos de control y supervisión internacional del comportamiento de los Estados (p. ej., Protocolo Facultativo Primero al Pacto de Derechos Civiles y Políticos, adoptado por la AG el 16 de diciembre de 1966).

³⁴³ Al margen de la Carta Internacional de Derechos Humanos, la ONU ha impulsado la promoción y protección de determinados derechos a través de otros instrumentos internacionales de protección de derechos específicos, como es el caso de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, la Convención sobre los Derechos del Niño, la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, la Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas y la Convención Sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

³⁴⁴ BUERGENTHAL, Thomas; GROSSMAN, Claudio y NIKKEN, Pedro; *Manual Internacional de Derechos Humanos*, ob. cit., p. 43.

Esto trajo consigo una falta de credibilidad de la CDH, lo que hizo que, tras sesenta años de funcionamiento, fuese extinguida y sustituida por el actual Consejo de Derechos Humanos³⁴⁵. En efecto, el mencionado Consejo fue creado por la Resolución AG 60/251 de 15 de diciembre de 2006, como un avance institucional de la ONU para subsanar las deficiencias que tuvo la CDH, con el objetivo primordial de promover, coordinar, vigilar y examinar las situaciones de violaciones de los derechos humanos dentro de los Estados parte, haciendo dentro de su actividad recomendaciones y observaciones al respecto.

En cualquier caso, lo que interesa dejar sentado es que la labor supervisora que ejerce la ONU para garantizar el cumplimiento efectivo de las obligaciones internacionales propias de los tratados de derechos humanos supone la creación de órganos especializados, como es el caso de los Comités³⁴⁶, que han sido

³⁴⁵ El Consejo de Derechos Humanos es un órgano intergubernamental de la ONU subsidiario de la Asamblea General que se encuentra compuesto por 47 Estados miembros, que serán elegidos, de acuerdo con el artículo 7 de la Resolución 60/251, de forma directa e individual en votación secreta por la mayoría de los miembros de la Asamblea General, por un período de tres años, sin poder optar a la reelección inmediata después de dos períodos consecutivos.

³⁴⁶ Existen nueve Comités creados en virtud de los tratados de derechos humanos para supervisar su cumplimiento: 1.-El Comité de Derechos Humanos creado por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; 2.- El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales creado por el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; 3.- El Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial creado por la Convención Internacional Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial; 4.- El Comité contra la Tortura creado por la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanas o Degradantes; 5.- El Comité de los Derechos del Niño creado por la Convención Sobre los Derechos del Niño; 6.- El Comité de Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares creado por la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares; 7.- El Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer creado por la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas

creados en el *corpus iuris* para la protección internacional de los derechos humanos, y el Consejo de Derechos Humanos, instituido por la propia Carta de las Naciones Unidas, que actuarán a través de dos procedimientos claramente diferenciables, a saber, los mecanismos convencionales y los extra-convencionales de protección de derechos humanos que seguidamente pasaremos a explicar brevemente:

A.- LOS MECANISMOS CONVENCIONALES DE PROTECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS

Los mecanismos convencionales de protección de derechos humanos son aquellos que se han previsto sobre la base de los tratados internacionales de derechos humanos. Estos mecanismos se encuentran a cargo de una serie de órganos (Comités) que se han creado en virtud de los referidos tratados, para velar por el cumplimiento efectivo de las obligaciones que han adquirido los Estados parte de promover y garantizar los derechos que son consagrados en dichos instrumentos³⁴⁷.

La actividad que ejecutan los Comités para asegurar los compromisos establecidos en los tratados de derechos humanos es llevada cabo a través de tres tipos procedimientos, como son:

de Discriminación Contra la Mujer; 8.- El Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad creado por la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad; y 9.- El Comité contra las Desapariciones Forzadas creado por la Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas.

³⁴⁷ DÍEZ DE VELASCO, Manuel; *Instituciones del Derecho internacional público*, ob. cit., p. 669-673.

i) **Los informes periódicos:** Constituyen el procedimiento habitual de supervisión y se encuentra previsto en todos los tratados de derechos humanos. Mediante ellos, los Estados parte se comprometen a presentar informes periódicos a los Comités respectivos según el tratado en cuestión, detallando las disposiciones y medidas que han sido adoptadas en su foro interno, así como también el progreso que se ha dado tras la implementación de los derechos reconocidos en el instrumento respectivo.

Dichos informes son examinados por el Comité, que, tras un proceso de diálogo con los representantes de los Estados, redactará un informe definitivo donde se recogerán observaciones y recomendaciones para que los Estados cuestionados adopten una serie de medidas que resulten útiles para cumplir los compromisos de promoción y protección de derechos que son previstos en el instrumento internacional respectivo.

ii) **Las comunicaciones o denuncias interestatales:** Corresponden a un procedimiento contencioso que se encuentra previsto en algunos tratados de derechos humanos³⁴⁸. A través de ellas, se permite que un Estado parte denuncie

³⁴⁸ Dentro de los tratados internacionales de derechos humanos que prevén el procedimiento de comunicaciones o denuncias interestatales encontramos el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y su Protocolo Facultativo, la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanas o Degradantes, la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, la Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas y la Convención

a otro Estado parte ante el Comité correspondiente, tras la presunta violación que ha realizado este último de las obligaciones impuestas por el tratado.

Ahora bien, pese a que algunos tratados internacionales de derechos humanos han recogido el procedimiento de comunicaciones o denuncias interestatales, este mecanismo ha resultado ser ineficaz, ya que, hasta la fecha, ningún Estado ha tomado la iniciativa de denunciar a otro por la presunta violación de algún derecho consagrado en cualquiera de los tratados³⁴⁹.

iii) **Las comunicaciones o denuncias personales:** Es el mecanismo procesal previsto en los tratados internacionales de derechos humanos³⁵⁰ que permite a cualquier persona denunciar a un Estado parte ante el Comité respectivo, tras presuntamente haber sufrido una violación de alguno de los derechos recogidos

sobre los Derechos del Niño. Es importante destacar que la competencia de los Comités para recibir y examinar este tipo de denuncias sólo podrá ser ejercida en el supuesto en que ambos Estados (denunciante y denunciado) hayan reconocido dicha competencia al Comité a través de una declaración facultativa. Este requisito se exceptúa en la Convención Internacional sobre la eliminación de todas las Formas de discriminación racial, ya que la competencia del Comité para recibir denuncias interestatales viene implícita desde el momento en que un Estado ratifica o se adhiere a la Convención.

³⁴⁹ Organización de las Naciones Unidas. Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, [consultado 2 de octubre 2016]. Disponible en <http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/TBPetitions/Pages/HRTBPetitions.aspx#interstate>.

³⁵⁰ El procedimiento de comunicaciones o denuncias personales es uno de los mecanismos recogidos en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y su Protocolo Facultativo, la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, la Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas y la Convención Sobre los Derechos del Niño.

en los referidos instrumentos internacionales.

En este supuesto, el Comité hace un examen del caso y redacta un dictamen u opinión en el que determinará si ocurrió o no la violación denunciada. En caso de acreditarse la violación, el Comité formulará observaciones y recomendaciones sobre las medidas de reparación que el Estado deberá adoptar para resarcir los daños ocasionados³⁵¹. No obstante, el cumplimiento de dichas recomendaciones queda a discreción del Estado infractor, ya que el dictamen carece de carácter vinculante.

Finalmente, si el Estado interesado no acepta las observaciones hechas por el Comité, no cabe una ulterior acción internacional, salvo la publicación que puede hacer el Comité del respectivo informe. De este modo, y en última instancia, la eficacia del mecanismo procesal de comunicaciones o denuncias individuales radica en la publicidad de dicho informe, el cual someterá al Estado involucrado a la observación y crítica de la comunidad internacional³⁵².

³⁵¹ Entre las medidas de reparación que puede indicar el Comité se encuentran: a.- la derogación o modificación de la legislación interna, incluso las disposiciones constitucionales, en torno al reforzamiento de las garantías y derechos; b-. solicitar la libertad inmediata de la víctima; c-. indemnizar a las víctimas, etc.

³⁵² GONZÁLEZ CAMPOS, Julio D.; SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, Luis I., SÁENZ DE SANTAMARÍA, Paz Andrés; ***Curso de Derecho Internacional Público***, ob. cit., p. 846.

B.- LOS MECANISMOS EXTRACONVENCIONALES DE PROTECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS

A diferencia de los mecanismos convencionales que se han previsto directamente en los tratados de derechos humanos para supervisar su cumplimiento, los mecanismos extraconvencionales corresponden a aquellos procedimientos que se fundamentan en la Carta de las Naciones Unidas y los poderes que se han atribuido a la ONU en materia de derechos humanos³⁵³, los cuales son ejecutados por el Consejo de Derechos Humanos, para atender el sinnúmero de comunicaciones o denuncias de violaciones de derechos humanos que son recibidas por la Organización.

Así pues, para afrontar y responder efectivamente a cada una de estas violaciones, se han previsto dos procedimientos especiales, como son:

i) **Los procedimientos especiales:** Dichos procedimientos tienen su origen en las Resoluciones 8 y 9 (XXIII) de la Comisión de Derechos Humanos y la Resolución 1235 (XLII) del ECOSOC de 6 de junio de 1967, por la que se autorizó a la primera de ellas y a la Subcomisión de Prevención y Protección a las Minorías³⁵⁴ a examinar y debatir públicamente la situación de las “violaciones

³⁵³ DÍEZ DE VELASCO, Manuel; *Instituciones del Derecho internacional público*, ob. cit., p. 673.

³⁵⁴ La Subcomisión de Prevención de Discriminación y Protección a las Minorías, es un órgano vinculado de la Comisión de Derechos Humanos establecido en el año 1947, compuesto por expertos independientes a propuesta de los Estados, que tendrían por objeto fundamental emprender estudios sobre la prevención de cualquier discriminación y sobre la protección de minorías raciales, nacionales, religiosas, lingüísticas y presentar recomendaciones a la Comisión

notorias de los derechos humanos y las libertades fundamentales” en aquellos países en los que persistían políticas oficiales de dominación colonial, discriminación racial o de *apartheid*.

Los procedimientos especiales³⁵⁵, en su entera apreciación, constituyen el mecanismo habitual de investigación por medio del cual el Consejo de Derechos Humanos, a través de grupos de trabajos de carácter geográficos o temáticos (órganos especiales conformado por relatores especiales³⁵⁶), lleva a cabo el estudio y análisis de la evolución de los derechos humanos a nivel mundial.

de Derechos Humanos, así como también desempeñar cualquier función que le asigne el ECOSOC o la Comisión. En el año 1999, la Subcomisión cambió su denominación y pasó a llamarse Subcomisión de Promoción y Protección de Derechos Humanos, y depende del actual Consejo de Derechos Humanos.

³⁵⁵ De acuerdo con el Manual de Operaciones de los Procedimientos Especiales del Consejo de Derechos Humanos, la expresión "procedimientos especiales" ha sido acuñada a la luz de la práctica de la Comisión de Derechos Humanos, del Consejo Económico y Social (ECOSOC) y de la Asamblea General para describir los distintos procedimientos establecidos para promover los derechos humanos en relación con cuestiones o temas concretos, o para examinar la situación en determinados países, a través de informes públicos que son discutidos públicamente por el Consejo de Derechos Humanos. Dentro de los procedimientos especiales, los órganos fueron facultados para recibir comunicaciones o denuncias individuales a fin de realizar investigaciones en el territorio de los Estados denunciados, incluso sin su autorización, a través de visitas *in loco*. Ver: VILLÁN DURÁN, Carlos; "La protección de los derechos humanos en el sistema de las Naciones Unidas", **Jueces por la democracia**, núm. 24, 1994, p. 84 y Organización de las Naciones Unidas. Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, [consultado 13 de octubre 2016]. Disponible en http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/SP/Manual_Operations2008.pdf.

³⁵⁶ Los titulares de los sistemas de relatores especiales responde a distintos nombres: Relatores Especiales, Grupos de Trabajo, Representantes Especiales del Secretario General, Representantes de Secretario General, Representantes de la Comisión de Derechos Humanos o Expertos Independientes, e incluso un Equipo de Trabajo integrado por cinco miembros, pertenecientes a cada uno de los cinco grupo regionales de las Naciones Unidas. Ver: VILLÁN DURÁN, Carlos; **Curso de Derecho Internacional de los Derechos Humanos**, Trotta, Madrid, 2002, p. 576

Los órganos especiales van a recabar la información relativa a la investigación encomendada por el Consejo de Derechos Humanos para examinarla, y, posteriormente, redactar un informe definitivo, que es remitido a aquél para ser discutido públicamente.

Finalmente, el Consejo, emitirá una resolución en la que formulará observaciones y recomendaciones de alcance general a los Estados interesados, a fin de que apliquen una serie de medidas que les permitan cumplir con las obligaciones exigidas por los instrumentos internacionales.

Es importante destacar que los procedimientos especiales, tal como apunta DÍEZ DE VELASCO, no constituyen un procedimiento judicial o cuasijudicial que tenga por objeto obtener la condena del Estado, ni mucho menos otorgar derecho de reparación alguna a los particulares³⁵⁷. En efecto, de lo que se trata es de constatar las situaciones fácticas que presentan los Estados en relación con los derechos humanos, todo ello con la finalidad de que el Consejo de Derechos Humanos, en última instancia, determine cuál ha sido la evolución de la situación de los derechos humanos a través de los informes públicos y las resoluciones que consecuentemente adopta.

En este sentido, al igual que ocurre con los dictámenes elaborados por los comités de acuerdo con los mecanismos convencionales de comunicaciones o

³⁵⁷ DÍEZ DE VELASCO, Manuel; *Instituciones del Derecho internacional público*, ob. cit., p. 675.

denuncias individuales, la eficacia de los mecanismos radica en la publicidad que reciben los informes que son discutidos por el Consejo de Derechos Humanos. De hecho, la publicidad que se hace de estos informes, de manera indirecta, constituirá el eje central de dicho procedimiento³⁵⁸, pues, de esta forma, la opinión de la comunidad internacional podrá alcanzar conocimiento de las situaciones e intervenir, como mecanismo de presión, para que los Estados cumplan sus compromisos de velar y proteger los derechos humanos.

ii) **El procedimiento confidencial:** El mecanismo de denuncia confidencial fue creado en virtud de la Resolución 1503 (XLVIII) del ECOSOC de 27 de mayo de 1970, reformado por la Resolución 2000/3 del ECOSOC de 16 de junio de 2000 y la Resolución 5/1 del Consejo de Derechos Humanos de 18 de junio de 2007. Mediante este mecanismo, se faculta al Consejo de Derechos Humanos a abordar los cuadros persistentes de violaciones manifiestas y probadas de los derechos humanos y de todas las libertades fundamentales que se produzcan en cualquier parte del mundo y en cualquier circunstancia, ante denuncias o comunicaciones individuales.

De acuerdo con este procedimiento, las denuncias y su trámite tendrán un carácter confidencial y pueden ser presentadas por cualquier persona o grupo de personas, incluyendo a organizaciones no gubernamentales (ONG) que actúen de buena fe de conformidad con los principios de derechos humanos, no tengan

³⁵⁸ *Idem.*

posturas políticamente motivadas y contrarias a lo dispuesto en la Carta de las Naciones Unidas y sostengan tener conocimiento directo y fidedigno de esas violaciones, siempre y cuando se encuentren documentadas y el denunciante hubiere agotado previamente los medios internos.

El examen de las comunicaciones se desarrolla en dos fases en las que interviene sucesivamente, por un lado, el Grupo de Trabajo sobre las Comunicaciones y el Grupo de Trabajo sobre las Situaciones, que se reúnen al menos dos veces al año durante cinco días laborables en cada período, y, por el otro, el Consejo de Derechos Humanos en pleno.

Respecto a lo anterior, en primer lugar, el Grupo de Trabajo de Comunicaciones se encarga de examinar aquellas denuncias que parezcan revelar un cuadro persistente de violaciones manifiestas y fehacientemente probadas de los derechos humanos y de las libertades fundamentales para adoptar una decisión sobre la admisibilidad o desestimación de las mismas

Seguidamente, el Grupo de Trabajo de Comunicaciones proporcionará al Grupo de Trabajo sobre las Situaciones un expediente en el que figuren todas las comunicaciones admisibles, así como las recomendaciones al respecto. Este último deberá presentar al Consejo de Derechos Humanos un informe sobre los cuadros persistentes de violaciones manifiestas y fehacientemente probadas de los derechos humanos, en el que igualmente formulará recomendaciones al

Consejo de Derechos Humanos sobre la manera de proceder, normalmente, en forma de un proyecto de resolución o decisión relativa a la situación investigada.

Los informes que el Grupo de Trabajo sobre las Situaciones remita al Consejo de Derechos Humanos serán examinados de manera confidencial, a menos que el Consejo decida otra cosa. En última instancia, el Consejo podrá adoptar las siguientes decisiones: 1.- Que se deje de examinar la situación cuando no se justifique su examen o la adopción de medidas ulteriores, 2.- Que se mantenga la situación en estudio y se solicite al Estado interesado que proporcione información adicional dentro de un plazo de tiempo razonable, 3.- Que se mantenga la situación en estudio y se nombre a un experto independiente y altamente calificado para que siga de cerca la situación e informe al Consejo al respecto, 4.- Que se deje de examinar el asunto en virtud del procedimiento de denuncia confidencial para proceder a su examen público, 5.- Que se recomiende a la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos (ACNUDH) que preste cooperación técnica, mediante la asistencia para el fomento de la capacidad o servicios de asesoramiento al Estado interesado³⁵⁹.

De cualquier manera, como crítica, debemos destacar que la aplicación del procedimiento confidencial para el examen de las violaciones a derechos humanos, desde el comienzo de su aplicación, ha estado sujeto a grandes

³⁵⁹ Organización de las Naciones Unidas. Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, [consultado 12 de octubre 2016]. Disponible en http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/ComplaintProcedure/Pages/FAQ_sp.aspx#faq3.

polémicas, dada la ineficacia que ha demostrado, pues, como apunta CARRILLO SALCEDO, “mediante la confidencialidad del procedimiento se quiso facilitar la cooperación de los Estados que fuesen a ser investigados por la Comisión de Derechos Humanos; en la práctica, sin embargo, dicho objetivo no ha sido cumplido, ya que los Estados se sintieron protegidos por la confidencialidad del procedimiento y en numerosas ocasiones se mostraron reticentes a cooperar³⁶⁰”, lo que ha conllevado su desuso, a favor de los procedimientos públicos especiales.

2.2.2.- LOS SISTEMAS INTERNACIONALES DE PROTECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS DE DIMENSIONES REGIONALES

Paralelamente al sistema internacional de protección de derechos humanos de vocación universal aplicado por la ONU, desde el punto de vista regional existe un entramado normativo-institucional por medio del cual se ha construido una serie de mecanismos supranacionales de protección de derechos humanos autónomos e independientes, con los que se pretende promover y garantizar su respeto dentro de un número restringido de Estados en virtud de la existencia de lazos geográficos, históricos y culturales que asemejan sus sistemas políticos, económicos y sociales.

De manera concreta, la introducción de los sistemas internacionales de

³⁶⁰ CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio; *Soberanía de los Estados y Derechos Humanos en el Derecho Internacional Contemporáneo*, Tecnos, Madrid, 2001, p. 122.

protección de derechos humanos de ámbito regional supone, por encima de todo, la creación de organizaciones internacionales de cooperación continental que, entre sus fines generales, desarrollan el Derecho internacional de los derechos humanos, a fin de mantener un escenario de paz dentro de una determinada región. Particularmente, estos fines son alcanzados a través de la configuración de una serie de reglas que han sido producidas en el seno de estas organizaciones, con la creación de sistema de supervisión y control que será ejecutado a través de mecanismos judiciales y extrajudiciales.

Sobre esta base, en el transcurso de las siguientes páginas nos dedicaremos a estudiar, de manera específica, los sistemas internacionales de protección de derechos humanos que han sido desarrollados regionalmente desde mediados del siglo XX en el continente europeo y americano³⁶¹, pues, dentro del Derecho comparado, son justamente estos los sistemas que cuentan con mayor tradición y avance en la materia. Aunado a lo anterior, dentro del análisis determinaremos cómo sus decisiones, ejemplos claros de los procesos de integración de la sociedad internacional del mundo globalizado, han sido capaces de influir jurídicamente en Derecho interno de los Estados, que, además de haber ratificado el respectivo instrumento internacional de derechos humanos, han reconocido la

³⁶¹ Además del sistema de protección regional de derechos humanos europeo y americano podemos encontramos el Sistema africano de derechos humanos y de los pueblos, creado a partir de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, también llamada Carta de Banjul, aprobada el 27 de julio de 1981. Sin embargo, para la presente investigación nos hemos decantado por analizar únicamente los sistemas europeos y americanos, en virtud de que sus decisiones han sido reconocidas como los referentes más avanzados en la *praxis* para la salvaguardia de los derechos humanos.

competencia de los órganos creados por el tratado en cuestión para garantizar su cumplimiento.

A.- EL SISTEMA EUROPEO DE PROTECCIÓN INTERNACIONAL DE DERECHOS HUMANOS

i) Historia, evolución y esquema general

El Sistema europeo de protección de derechos humanos tuvo su origen en el Consejo de Europa, el cual fue creado mediante el Tratado de Londres el día 5 de mayo de 1949, como el organismo internacional de cooperación regional al que, entre sus distintas funciones, se le encomendó la salvaguarda y mayor efectividad de los derechos humanos y las libertades fundamentales dentro del continente europeo.

De acuerdo con esta directriz, para la construcción de los mecanismos efectivos que permitirían salvaguardar los derechos humanos en la región, en el seno del Consejo de Europa se suscribió el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH)³⁶², también denominado Convenio de Roma, por haber sido firmado en la capital italiana el 4 de noviembre de 1950. Éste ha sido considerado por la doctrina como el tratado internacional más importante que se ha celebrado

³⁶² En la actualidad el CEDH ha sido modificado parcialmente por catorce Protocolos Adicionales, en los cuales se han agregado derechos y modificado el procedimiento que fue construido en el tratado fundacional para garantizar los derechos y libertades fundamentales.

sobre derechos humanos dentro del ámbito regional europeo³⁶³.

El CEDH no es sólo un instrumento internacional que simplemente reconoce derechos y libertades individuales. Paralelamente, y con el objeto de asegurar el respeto de los compromisos asumidos por los Estados parte y garantizar los derechos en él reconocidos, estableció un mecanismo de garantía y control conformado por dos órganos fundamentales: la Comisión Europea de Derechos Humanos³⁶⁴ y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos³⁶⁵ (TEDH).

Años después, a través del Protocolo Adicional 11, suscrito el día 11 de mayo de 1994, se modificó el sistema de control y salvaguarda del CEDH. En efecto, fue suprimida la Comisión, y, en consecuencia, se simplificó el funcionamiento del sistema a través del establecimiento del TEDH como único órgano de control de carácter permanente.

En otro orden de ideas, debemos indicar que si bien el CEDH no consagró derechos económicos y sociales, dicha situación no supone que el Consejo de Europa haya pasado por alto su importancia. En efecto, con el objeto de mejorar el nivel de vida y promover el bienestar social de los pueblos de los Estados miembros del Consejo, la protección de este tipo de derechos se llevó a cabo de

³⁶³ DÍEZ-PICAZO, Luis María; **Sistema de Derechos Fundamentales**, ob. cit., p. 172.

³⁶⁴ La Comisión Europea de Derechos Humanos, era el órgano al cual los individuos o Estados parte se dirigían para alegar la vulneración del Convenio y se pronunciaba sobre la admisibilidad o no de la demanda.

³⁶⁵ Hemos de añadir que el Convenio de Roma es el texto internacional que estableció por primera vez en la historia un Tribunal de derechos humanos como órgano de control.

manera complementaria a través de la Carta Social Europea (CSE), adoptada en Turín el 18 de octubre de 1961 y firmada en Estrasburgo el 27 de abril de 1978³⁶⁶, mediante la cual se reconoció el derecho al trabajo, el derecho a la familia, los derechos de los niños y adolescentes, el derecho a la salud, a la seguridad social, a la vivienda, etc.

Ahora bien, a diferencia del mecanismo de control y supervisión de carácter jurisdiccional que fue previsto en el CEDH, la CSE, por su parte, estableció un sistema de informes a partir del cual los Estados son examinados por diferentes entidades del Consejo de Europa³⁶⁷, como son el Comité Europeo de Derechos Sociales, el Comité Gubernamental y el Comité de Ministros.

³⁶⁶ La CSE ha sido modificada y complementada a través de cuatro Protocolos Adicionales en los años 1988, 1991 y 1995 con los cuales se han introducido nuevos derechos y, en el último, establecido un sistema de reclamación colectiva en el que organizaciones internacionales de empleados y trabajadores, organizaciones internacionales no gubernamentales reconocidas como entidades consultivas del CE y organizaciones nacionales representativas de empleadores y de trabajadores sometidas a la jurisdicción de la parte contratante pueden presentar reclamaciones en las que se denuncie la aplicación insatisfactoria de la Carta, para que el Comité de Ministros adopte una resolución en la que se hagan observaciones y recomendaciones dirigidas al estado afectado. La CSE fue revisada en Estrasburgo el 3 de mayo de 1996 y entró en vigor en 1999. Actualmente, el sistema de derechos sociales europeo cuenta con la ratificación de 43 de los 49 Estados que forman parte del Consejo de Europa, bien con la ratificación de la Carta original de 1961 o de la Carta revisada en 1996.

³⁶⁷ Los informes estatales, en primer lugar, son recibidos por el Secretario General del Consejo de Estado y remitidos a su vez, para su examen, al Comité Europeo de Derechos Sociales. Seguidamente, el Comité Europeo de Derechos Sociales redactará un informe con sus conclusiones, las cuales se harán públicas por la Secretaría General y se remitirán al Comité Gubernamental. Posteriormente, el Comité Gubernamental preparará las decisiones del Comité de Ministros, que, finalmente, adoptará una resolución relativa al ciclo de control, la cual contendrá recomendaciones individuales dirigidas a los Estados parte.

Desde esta perspectiva, importa enfatizar que el marco jurídico-institucional conformado por el CEDH y la CSE se configura como el sistema europeo de protección de derechos humanos; no obstante, dado que el mecanismo de control que prevé la Carta Social corresponde sólo a un instrumento de naturaleza política y diplomática, en esta ocasión nos detendremos a estudiar sólo el aparato jurisdiccional que se encuentra desarrollado en el Convenio de Roma, vista la influencia y repercusión que ha representado para los Estados parte, e, inclusive, para otros Estados que pertenecen a sistemas distintos de integración regional.

ii) El Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y el sistema de tutela del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

El CEDH y sus Protocolos Adicionales, como se anticipó, reconocen una serie de derechos que son inherentes a todas las personas, entre los que pueden destacarse el derecho a la vida; el derecho a no ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes; el derecho a no ser sometido a esclavitud o trabajo forzado; el derecho a la libertad y a la seguridad personal; el derecho al debido proceso equitativo; el derecho a la no retroactividad de la ley penal; el derecho al respeto a la vida privada y familiar; el derecho a la libertad de pensamientos, derecho a la libertad de expresión, entre otros.

Ahora bien, a la luz del catálogo de derechos que recoge el CEDH, principalmente, de derechos de primera generación (derechos civiles y políticos),

el control y supervisión que se previó para asegurar su respeto se concretó en un mecanismo de tutela jurisdiccional, que es ejercido hoy en día por el TEDH³⁶⁸.

Sobre este esquema, el Tribunal es competente para conocer: 1) demandas interestatales (art. 33 CEDH) presentadas por el incumplimiento que ha hecho un Estado del Convenio o el Protocolo; 2) demandas individuales³⁶⁹ (art. 34 CEDH) presentadas por personas físicas, organizaciones no gubernamentales o grupo de particulares que se consideren víctimas de una violación de alguno de los derechos consagrados en el Convenio o sus Protocolos que presuntamente fuera cometida por algún Estado parte; y 3) opiniones consultivas que son solicitadas por el Consejo de Europa (artículo 48 del CEDH).

³⁶⁸ El TEDH se compone por un número de jueces igual al de los Estados parte del CEDH, los cuales son propuestos y elegidos por la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa por un período de nueve años, y no reelegibles. Desde el punto de vista funcional, el Tribunal ejerce su actividad jurisdiccional a través de cuatro órganos, como lo son: 1) *Jueces únicos*, competentes para declarar la inadmisibilidad o archivar las demandas siempre y cuando la decisión no requiera adoptar un examen complementario (art. 27 CEDH); 2) *Comités* integrados por tres jueces, que actuarán en la fase de admisión de las demandas tras la remisión de aquéllas por el juez único (art. 28 CEDH); 3) *Salas* conformadas por siete jueces que serán competentes para pronunciarse sobre el fondo de las demandas (art. 29 CEDH); y 4) La *Gran Sala*, integrada por diecisiete jueces, que actúa, para conocer de aquellos casos en los que las Salas, en tanto no hayan dictado sentencia, se inhiben a favor de la Gran Sala por presentarse una cuestión grave relativa a la interpretación del Convenio o sus Protocolos; cuando la decisión adoptada por las Salas sea contraria a una sentencia dictada anteriormente por el Tribunal; y para conocer de las opiniones consultivas que el Consejo de Ministros le plantee al Tribunal (art. 30 y 31 CEDH)

³⁶⁹ Para la presentación de demandas individuales, el o los recurrentes deberán cumplir con una serie de extremos legales como: a) agotar, de acuerdo con el principio de subsidiariedad en el derecho internacional de los derechos humanos, los recursos internos, para poder presentar la demanda en un lapso no mayor de seis meses contados a partir de la fecha de la decisión definitiva; b) alegar la violación de alguna de las disposiciones del Convenio o de sus Protocolos, con lo cual deberá demostrar al menos un interés legítimo como víctima; y c) cumplir con los requisitos formales exigidos (art. 35 CEDH).

En la *función contenciosa* del TEDH, es decir, la que ejerce al conocer demandas interestatales y demandas individuales, una vez que éstas son admitidas y llevadas a trámite, el Tribunal, finalmente, emitirá una sentencia definitiva en la que, luego de analizar y valorar los argumentos y pruebas presentadas por las partes, resolverá si el Estado involucrado cometió o no alguna violación al CEDH. Paralelamente a ello, podrá acordar alguna satisfacción equitativa como medida indemnizatoria a favor de la víctima (art. 41 CEDH)³⁷⁰.

En lo que respecta a los efectos de las sentencias del TEDH, las mismas resultan vinculantes para los Estados involucrados en el litigio en cuestión, y, en virtud de ellas, están en la obligación de poner fin a la violación y reponer la situación infringida al estado anterior al de la lesión del derecho vulnerado mediante la aplicación de los procedimientos que disponga internamente cada Estado (art. 46.1 CEDH).

Por otra parte, para velar por el cumplimiento efectivo de las decisiones, el Tribunal transmitirá las sentencias definitivas al Comité de Ministros del Consejo de Europa, como órgano encargado de supervisar su cumplimiento. En este supuesto, el Comité podrá, conforme al Protocolo 14, en caso que existan dudas en la interpretación de la sentencia a ejecutar, pedir al Tribunal que se pronuncie sobre ellas (art. 46.3 CEDH). Igualmente, ante la negativa de los Estados a acatar

³⁷⁰ Es importante destacar que contra las decisiones dictadas por la Gran Sala del TEDH, no cabe el ejercicio de ningún recurso. Contrariamente ocurre con las sentencias dictadas por las Salas del Tribunal, puesto que, dentro de un plazo de tres meses contados a partir de la fecha que fue dictada la sentencia, podrán ser objeto de un recurso excepcional ante la Gran Sala (art. 43 CEDH)

las sentencia, el Comité de Ministros se encuentra facultado para plantear, previa notificación del Estado, la cuestión al Tribunal, con la finalidad de que determine si aquél ha incumplido su obligación a respetar los derechos humanos conforme al artículo 1 de CEDH³⁷¹.

Ahora bien, en lo que respecta a la *función consultiva* del TEDH, el Comité de Ministros podrá solicitar, por medio de la decisión adoptada por la mayoría de los representantes con derecho a intervenir en el Comité, que el Tribunal se pronuncie acerca de cuestiones jurídicas relativas a la interpretación del CEDH y sus Protocolos³⁷². En este sentido, el Tribunal, de acuerdo con su competencia, emitirá un dictamen motivado que es comunicado a Comité de Ministros.

Visto lo anterior, el elemento más importante del sistema europeo de protección de derechos humanos se encuentra en su mecanismo de control jurisdiccional, que permite condenar por medio de una sentencia, a cualquiera de los Estados partes que haya incumplido alguno de los derechos consagrados en el CEDH.

³⁷¹ En caso de que se determine que el estado incumplió su obligación de respetar los derechos humanos, se permitirá al Comité adoptar las medidas que considere pertinentes contra el Estado involucrado (arts. 46.4 y 46.5 CEDH).

³⁷² Al tenor del artículo 47.2 del CEDH, las opiniones no podrán referirse a cuestiones que guarden relación con el contenido o la extensión de los derechos enunciados en el Título I de dicho instrumento internacional y sus Protocolos, ni sobre las demás cuestiones de las que el Tribunal o el Comité de Ministros pudiera conocer como resultado de la presentación de un recurso previsto por el Convenio.

Desde el punto de vista práctico, las decisiones del Tribunal, en su gran mayoría, han sido acatadas voluntariamente por los Estados parte. Ello quiere decir, como elemento positivo del sistema, que los propios Estados se han percatado de que el cumplimiento de las sentencias del TEDH, no sólo constituye una obligación internacional asumida frente a la comunidad internacional en virtud del CEDH, sino que, además, en el fondo, resulta ser el único medio eficaz por el que puede disminuirse el nivel de presión que ejerce la opinión pública internacional luego de las implicaciones internacionales que posee este tipo de fallos.

B.- EL SISTEMA AMERICANO DE PROTECCIÓN INTERNACIONAL DE DERECHOS HUMANOS

El Sistema americano de protección internacional de derechos humanos se ha configurado en el marco de acción de la Organización de los Estados Americanos (OEA), que es la organización intergubernamental de cooperación regional creada el 30 de abril de 1948, a través de la Carta de la Organización de Estados Americanos. Paralelamente a ello, en esa misma fecha, fue adoptada la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (DADH), la cual corresponde al primer instrumento internacional de derechos humanos que ha sido aprobado, inclusive con antelación a la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

La DADH, en el orden sustantivo, reconoció una serie de derechos y deberes que, tras su consagración, debían ser garantizados y respetados por todos los Estados parte. Sin embargo, en contraste con lo que dos años más tarde se construiría dentro del Sistema europeo de protección internacional de derechos humanos, la Declaración, adjetivamente, no previó ningún mecanismo de control y salvaguarda que fuese capaz de garantizar la plena observancia de los derechos que consagraba. En este sentido, la eficacia de dicho instrumento fue dejada al libre albedrío de cada uno de los Estados parte³⁷³ con fundamento en el principio internacional de *pacta sunt servanda*.

Ahora bien, ante el vacío de la DADH en relación con los mecanismos para la protección de los derechos en ella previstos y el silencio de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, por medio de Resolución de 18 de agosto de 1959 fue creada la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Comisión IDH) como el órgano responsable de promover la observancia y defensa de los derechos humanos en el continente americano.

En este sentido, el diseño normativo promovido por la DADH, una vez que se instaura la Comisión IDH como órgano permanente de la OEA en el año 1967³⁷⁴,

³⁷³ AYALA CORAO, Carlos; "El sistema interamericano de promoción y protección de los derechos humanos", en FIX-ZAMUDIO, Héctor (Coord.); **México y las declaraciones de derechos humanos**, Corte Interamericana de Derechos Humanos-UNAM, México, 1999, p. 100-101.

³⁷⁴ A través del Protocolo de Buenos Aires suscrito el 27 de febrero de 1967, la Comisión IDH fue incluida dentro de los órganos principales de la OEA como órgano responsable de promover la observancia y defensa de los derechos humanos y de servir como órgano consultivo de la Organización en esa materia

condujo, al poco tiempo, a la adopción de la Convención Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)³⁷⁵, también conocida como el “Pacto de San José”, tras ser adoptado en la ciudad de San José de Costa Rica el 21 de noviembre de 1969.

En este contexto, la CIDH es reconocida como el documento normativo internacional más extenso que hasta la fecha se ha desarrollado en esta materia, al estar compuesto por 82 artículos. Dentro de su contenido, además de consagrar expresamente un catálogo de derechos, establece un mecanismo de control y salvaguarda bicéfalo, que se encuentra integrado por la Comisión IDH y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH).

En suma, debemos destacar que el sistema de protección internacional de derechos humanos en el continente americano se encuentra compuesto por dos

³⁷⁵ Además de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, dentro del seno de la OEA se han desarrollado distintos instrumentos internacionales de derechos humanos dirigidos a reconocer y proteger un tipo específico de derechos. Entre ellos podemos encontrar la Convención Interamericana sobre desaparición forzada de personas, adoptada en Belém do Pará, Brasil, el 9 de junio de 1994; la Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura, suscrita en Cartagena de Indias, Colombia, el 9 de diciembre de 1985; la Convención Interamericana contra el racismo, la discriminación racial y Formas conexas de intolerancia, suscrita en La Antigua, Guatemala, el 6 de mayo de 2013; la Convención Interamericana contra toda forma de discriminación y tolerancia, suscrita en La Antigua, Guatemala, el 6 de mayo de 2013; la Convención Interamericana para la eliminación de todas las Formas de discriminación contra las personas con discapacidad, adoptada en Ciudad de Guatemala, Guatemala, el 6 de julio de 1999; la Convención Interamericana sobre concesión de los derechos civiles a la mujer, adoptada en Bogotá, Colombia, el 5 febrero de 1948; la Convención Interamericana sobre concesión de los derechos políticos a la mujer, suscrita en Bogotá, Colombia, el 5 de febrero de 1948; la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, adoptada en Belém do Pará, Brasil, el 6 de septiembre de 1994; y la Convención Interamericana sobre la protección de los derechos humanos de las personas mayores, adoptada en Washington D.C., Estados Unidos, el 15 de junio de 2015.

grupos de fuentes. En primer lugar, por el sistema general previsto en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, la DADH y el Estatuto de la Comisión IDH, cuyo órgano de salvaguarda es la Comisión IDH. En segundo lugar, el sistema de la CIDH, que obliga sólo a aquellos Estados parte que han ratificado dicho instrumento y cuyos órganos de control y supervisión son la Comisión IDH y la Corte IDH³⁷⁶.

Como acertadamente expresa JESÚS MARÍA CASAL, la dualidad que plantea el sistema de protección de derechos humanos americano va a depender de las fuentes y los procedimientos con los que son sometidos los asuntos de derechos humanos las autoridades de la OEA, en el entendido de si el sometimiento de un caso a su examen se plantea como corolario o no de la ratificación el Pacto de San José³⁷⁷.

De cualquier manera, por lo que respecta a esta doble formulación, para el estudio de la presente investigación nos dedicaremos a analizar el contenido de la CIDH, precisamente, por ser éste el instrumento más importante para la región en lo que respecta a la materia y el que integra el mecanismo de tutela más eficaz

³⁷⁶ BUERGENTHAL, Thomas; GROSSMAN, Claudio y NIKKEN, Pedro; **Manual Internacional de Derechos Humanos**, ob. cit., p. 234.

³⁷⁷ Bajo este entendido, si un Estado parte de la OEA no ha ratificado la CIDH (p. ej., Canadá y Estados Unidos), estará sujeto a las disposiciones de la Carta de la Organización de Estados Americanos y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. Ahora bien, si el Estado ratificó el Pacto de San José, va a encontrarse sometido a los preceptos de la Convención y, eventualmente, a la competencia contenciosa de la Corte IDH, siempre y cuando hubiese aceptado su competencia. Ver: CASAL HERNÁNDEZ, Jesús María; **Los derechos humanos y su protección (Estudios sobre derechos humanos y derechos fundamentales)**, ob. cit., p. 37.

entre los que se han configurado en América para asegurar el respeto de los derechos humanos.

I) La Convención Interamericana de Derechos Humanos y el sistema de protección de la Comisión IDH y la Corte IDH

El Pacto de San José Costa Rica³⁷⁸, dentro de su articulado, hace el reconocimiento de un catálogo amplio de derechos que incluye derechos civiles y políticos (arts. 3 al 25 de la CIDH) y derechos económicos, sociales y culturales, los cuales, bajo la denominación de desarrollo progresivo (art. 26 CIDH), se consagran como prestaciones que los Estados parte se comprometen a implementar y garantizar como exigencia de las normas económicas, sociales, de educación, ciencia y cultura recogidas en la Carta de la OEA, reformada por el Protocolo de Buenos Aires.

A la vista de lo anterior, para asegurar la promoción y respeto de los compromisos adquiridos por los Estados al ratificar dicho instrumento, la CIDH articuló el sistema de protección a través de dos órganos especiales: la Comisión IDH y la Corte IDH (art. 33 CIDH).

³⁷⁸ El Pacto de San José, desde su suscripción en el año 1969, ha estado sujeto a modificaciones con las que se le han agregado derechos por medio de la suscripción de dos Protocolos Adicionales: el Protocolo Adicional a la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales (1988) y el Protocolo a la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos relativo a la abolición de la pena de muerte (1990).

El primero de ellos, es decir, la Comisión IDH³⁷⁹, es un órgano permanente de la OEA que se encarga fundamentalmente de promover la observancia y defensa de los derechos humanos en los pueblos de América. Para ello, sus funciones son ejecutadas, bien al tenor de las previsiones de la Carta de la OEA (art. 18 del Estatuto de la Comisión IDH³⁸⁰) frente a todos los Estados miembros de la Organización, o, de acuerdo con la CIDH, respecto a aquellos Estados que han ratificado dicho instrumento (art. 19 del Estatuto de la Comisión IDH³⁸¹).

³⁷⁹ Conforme a su Estatuto, la Comisión IDH se encuentra integrada por siete miembros que son electos por la Asamblea General de la OEA (arts. 2 y 3 Estatuto de la Comisión IDH).

³⁸⁰ Entre las funciones que la Comisión IDH ejerce respecto a los Estados miembros de la OEA, encontramos: a) estimular la conciencia de los derechos humanos en los pueblos de América; b) formular recomendaciones a los gobiernos de los Estados para que adopten medidas progresivas en favor de los derechos humanos, dentro del marco de sus legislaciones, de sus preceptos constitucionales y de sus compromisos internacionales, y también disposiciones apropiadas para fomentar el respeto a esos derechos; c) preparar los estudios o informes que considere convenientes para el desempeño de sus funciones; d) solicitar que los gobiernos de los Estados le proporcionen informes sobre las medidas que adopten en materia de derechos humanos; e) atender las consultas que, por medio de la Secretaría General de la Organización, le formule cualquier Estado miembro sobre cuestiones relacionadas con los derechos humanos en ese Estado y, dentro de sus posibilidades, prestar el asesoramiento que le soliciten; f) rendir un informe anual a la Asamblea General de la Organización, en el cual se tenga debida cuenta del régimen jurídico aplicable a los Estados parte en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y de los Estados que no son partes; g) practicar observaciones in loco en un Estado, con la anuencia o a invitación del gobierno respectivo, y h) presentar al Secretario General el programa-presupuesto de la Comisión para que éste lo someta a la Asamblea General.

³⁸¹ Además de las previstas en el artículo 17 del Estatuto de la Comisión IDH, las funciones que ejerce la Comisión respecto a los Estados parte de la CIDH son las siguientes: a) diligenciar las peticiones y otras comunicaciones, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 44 al 51 de la Convención; b) comparecer ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los casos previstos en la Convención; c) solicitar a la Corte Interamericana de Derechos Humanos que tome las medidas provisionales que considere pertinentes en asuntos graves y urgentes que aún no estén sometidos a su conocimiento, cuando se haga necesario para evitar daños irreparables a las personas; d) consultar a la Corte acerca de la interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o de otros tratados sobre la protección de los derechos humanos en los Estados americanos; e) someter a la consideración de la Asamblea General proyectos de protocolos adicionales a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, con el fin de incluir progresivamente en el régimen de protección de la misma otros derechos y libertades, y f) someter a la Asamblea General, para lo que estime conveniente, por conducto del Secretario General, propuestas de enmienda a la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

La Corte IDH³⁸², por su parte, es un órgano de carácter convencional de la CIDH que, en contraposición con la permanencia que caracteriza a la Comisión IDH, sólo podrá ejercer sus funciones jurisdiccionales en aquellos asuntos en los que los Estados parte del Pacto de San José le han reconocido formalmente su competencia en el momento de ratificar la Convención, o bien a través de una declaración separada (art. 62 CIDH).

En este sentido, la Corte IDH, en el ejercicio de sus atribuciones, lleva a cabo dos funciones: a) una función *contenciosa*, por medio de la cual recibe y examina las comunicaciones o demandas individuales que son remitidas por la Comisión IDH o algún Estado parte ante la presunta la violación que ha cometido otro Estado a la CIDH³⁸³; y b) una función *consultiva*, mediante la cual, además de llevar a cabo la interpretación de la CIDH y los demás tratados concernientes a la protección de los derechos humanos, ejerce el control de convencionalidad para analizar la compatibilidad del Derecho interno de los Estados parte de la OEA con la Convención.

³⁸² La Corte IDH se encuentra integrada por siete jueces nacionales de los Estados miembros de la OEA, elegidos a título personal entre juristas de la más alta autoridad profesional y moral, de reconocida competencia en materia de derechos humanos, por la Asamblea General de la OEA en una votación secreta en la que sólo participan los Estados parte del Pacto de San José (arts. 52 al 54 CIDH).

³⁸³ Debemos destacar que el sistema americano de protección internacional de derechos humanos previsto en la CIDH, como ya hemos podido advertir, se encuentra compuesto por dos mecanismos de tutela relacionados o vinculados entre sí. Ello quiere decir que el ejercicio de la función contenciosa de la Corte IDH se encuentra supeditada al trámite procedimental que los particulares o los Estados parte de la Convención deben agotar previamente ante la Comisión IDH.

Sobre estas bases, en las siguientes páginas nos dedicaremos a estudiar el sistema de protección de la CIDH, haciendo mayor énfasis en las denuncias individuales que, por violación de derechos humanos, tramitan sus dos órganos de tutela. De esta forma, extraeremos una serie de elementos que nos resultan imprescindibles para abordar los efectos que sus decisiones han tenido en el Derecho interno de los Estados que son parte de aquélla, y principalmente en la obra del poder constituyente, esto es, la Constitución.

a) El procedimiento de control y supervisión ejercido por la Comisión IDH

La organización y funcionamiento de la Comisión IDH, en lo que respecta a la protección de los derechos consagrados en la CIDH³⁸⁴, se encuentra regulado por la propia Convención, el Estatuto de la Comisión IDH y su respectivo Reglamento.

Desde esta perspectiva, inicialmente, debemos indicar que la Comisión IDH es el órgano facultado para recibir las comunicaciones individuales³⁸⁵ o

³⁸⁴ De manera general, el funcionamiento de la Comisión IDH se encuentra regulado por una pluralidad de fuentes, como lo son la Carta de la Organización de los Estados Americanos, el Estatuto de la Comisión IDH, el Pacto de San José y el Reglamento de la Comisión IDH, aprobado por la Comisión en su 137º período ordinario de sesiones, celebrado del 28 de octubre al 13 de noviembre de 2009, posteriormente modificado en los años 2011 y 2013.

³⁸⁵ De acuerdo con el artículo 44 de la CIDH y el artículo 23 del Reglamento de la CIDH, las comunicaciones o peticiones individuales pueden ser presentadas por cualquier persona o grupo de personas o entidades no gubernamentales legalmente reconocidas en uno o más Estados miembros de la OEA, siempre y cuando éstos hubiesen agotado, conforme al principio de

interestatales³⁸⁶ que contienen las denuncias o quejas que son presentadas contra un Estado miembro de la CIDH, ante la violación de cualquiera de los derechos que se encuentran recogidos en dicha Convención o sus Protocolos.

Así pues, en virtud de las comunicaciones, la Comisión IDH, en primer lugar, a través de su Secretaría Ejecutiva, llevará a cabo una revisión inicial de la misma para determinar si se adecúa o no a los requisitos exigidos en el Estatuto y el Reglamento de la Comisión IDH³⁸⁷. Cumplidos dichos requisitos, dará a trámite la

subsidiariedad o complementariedad de los derechos humanos, los recursos previstos en la jurisdicción interna (art. 41.1 CIDH), y hubiesen presentado dicha petición dentro de un plazo de seis meses contados a partir de la fecha en que el presunto lesionado hubiese sido notificado de la decisión definitiva en el fuero interno. El principio de subsidiariedad, de acuerdo con la CIDH, puede exceptuarse en los siguientes supuestos: 1) Cuando no exista en la legislación interna del Estado denunciado el debido proceso legal para la protección del derecho o derechos que se alega socavado; 2) Cuando no se haya permitido al presunto lesionado el acceso a los recursos internos o haya sido impedido agotarlos, y 3) Cuando se haya producido un retardo injustificado en la decisión sobre los mencionados recursos.

³⁸⁶ En el caso de las comunicaciones interestatales, conforme al artículo 45.1 CIDH, la Comisión IDH sólo conocerá las denuncias presentadas por aquellos Estados que, en el momento de ratificar o adherirse a la CIDH, han reconocido la competencia de la Comisión para recibir y examinar las comunicaciones en que un Estado parte alegue que otro Estado parte ha incurrido en violaciones de los derechos humanos establecidos en la Convención.

³⁸⁷ En caso de no cumplir con dichos requisitos, la Secretaría solicitará al peticionario que los complete (art. 26.2 del Reglamento de la Comisión IDH). Sin embargo, en caso de no completarlos, o no cumplidos los extremos exigidos, la petición o comunicación será inadmitida por la Comisión siempre que el denunciante no haya cumplido con los requisitos previstos en el artículo 46 de la CIDH, es decir, 1.- no haya agotado los recursos internos o demostrado su excepción según lo previsto en el artículo 46.2 CIDH; 2.- no haya presentado la denuncia en un plazo de seis meses a partir de que el presunto lesionado en sus derechos haya sido notificado de la decisión definitiva; 3.- que la materia de la petición o comunicación no esté pendiente de otro procedimiento de arreglo internacional; y 4.- que la petición no sea anónima y contenga todos los requisitos de forma. Además de lo anterior, la denuncia será inadmitida cuando el demandante no exponga una relación de los hechos que caracterizan la violación de los derechos garantizados por la Convención, cuando la exposición resulte manifiestamente infundada o sea evidente su total improcedencia o cuando la comunicación o demanda haya sido examinada anteriormente por la Comisión u otro organismo internacional. Igualmente, de conformidad con el artículo 42 del Reglamento de la Comisión IDH, la comunicación o denuncia podrá archivarse cuando se verifique que no existen suficientes motivos o subsisten los de la petición o caso, siempre que a) no se

comunicación³⁸⁸ y notificará al Estado involucrado para que remita un informe de contestación a la denuncia. Igualmente, previa citación de las partes, podrá llevar a cabo una audiencia con el objeto de comprobar los hechos y pedir al representante del Estado demandado cualquier información que estime pertinente³⁸⁹.

Ahora bien, tras la recepción del referido informe, la Comisión IDH constituirá un grupo de trabajo compuesto por tres o más de sus miembros, el cual hará un estudio amplio del caso para pronunciarse sobre la admisión de la comunicación, en el que formulará una serie de recomendaciones al pleno de la Comisión (art. 35 Reglamento Comisión IDH).

Una vez admitida la comunicación, se abrirá a trámite el asunto³⁹⁰, a fin de que los peticionarios presenten sus observaciones sobre el fondo de la denuncia (art. 37 Reglamento Comisión IDH).

cuenta con la información necesaria para alcanzar una decisión sobre la petición, a pesar de los esfuerzos para alcanzar dicha información o; b) la injustificada inactividad procesal del peticionario constituya un indicio serio de desinterés en la tramitación de la petición.

³⁸⁸ En casos graves y urgentes (art. 48.2 CIDH), la Comisión IDH puede realizar una investigación *in loco* previo consentimiento del Estado en cuyo territorio se alegue haberse cometido la violación, tan sólo con la presentación de una petición o comunicación que reúna todos los requisitos formales de admisibilidad.

³⁸⁹ FIX-ZAMUDIO, Héctor; "El Sistema americano de protección de los derechos humanos", **Cuaderno de Investigaciones Jurídicas**, núm. 1, ene.-abr., 1986, p. 59.

³⁹⁰ Durante el trámite, la Comisión IDH podrá poner a disposición de las partes la posibilidad de llegar a una solución amistosa del asunto. En el caso de ser acogida la solución amistosa por las partes, la Comisión redactará un informe que contenga la breve exposición de los hechos denunciados y la solución lograda, el cual será publicado por el Secretario General de la OEA (art. 49 CIDH y 40 Reglamento de la Comisión IDH).

Cumplidas dichas formalidades, la Comisión IDH deliberará en privado sobre el fondo de la comunicación y, mediante votación, decidirá si ha existido o no la violación alegada (art. 43 CIDH). Para ello, redactará un informe donde, en caso de constatar la violación³⁹¹, hará una serie de proposiciones y recomendaciones al Estado involucrado, fijándole un plazo para su cumplimiento³⁹² (arts. 50 CIDH y 43.2 Reglamento de la Comisión IDH).

En este contexto, tras notificar a las partes del informe, sólo en caso de que el Estado parte del Pacto de San José hubiese aceptado la jurisdicción contenciosa de la Corte IDH, la Comisión IDH dará oportunidad al denunciante para que presente su posición respecto del sometimiento del caso a la Corte (art. 43.2 de la CIDH). En el supuesto de que el Estado denunciado no hubiese dado cumplimiento al informe, la Comisión IDH someterá el caso a la Corte IDH, excepto por decisión fundada de la mayoría absoluta de los miembros de la Comisión³⁹³.

³⁹¹ Caso contrario, manifestará tal situación en su informe de fondo, el cual remitirá a las partes y publicará en su informe anual (art. 44.1 Reglamento de la Comisión IDH)

³⁹² Una vez publicado el informe sobre la solución amistosa o sobre el fondo en el cual hubiese formulado recomendaciones, la Comisión IDH podrá tomar las medidas de seguimiento que considere oportunas (art. 48 Reglamento de la Comisión IDH).

³⁹³ Si dentro del plazo de tres meses a partir de la transmisión del informe al Estado denunciado, el asunto no hubiese sido solucionado, o en el caso de que la denuncia no hubiese sido elevada a la jurisdicción de la Corte IDH, la Comisión IDH emitirá, por mayoría absoluta de los votos de sus miembros, su opinión y conclusiones sobre la cuestión sometida a su consideración, haciendo las recomendaciones pertinentes para que las partes den cumplimiento a la decisión. Sin embargo, si el Estado involucrado no cumpliera con la misma, la Comisión IDH determinará por mayoría absoluta de los votos de sus miembros si publica o no el asunto en el informe anual que debe presentar ante la Asamblea General de la OEA (art. 51.3 CIDH).

En suma, así culmina el procedimiento de control y supervisión que lleva a cabo la Comisión IDH, el cual constituye una instancia que ineludiblemente debe seguirse, para tratar de obtener, previamente a acudir a la Corte IDH, una solución amistosa entre las partes a través de la mediación que lleva a cabo la Comisión. De hecho, y en resumidas cuentas, desde una visión práctica, este procedimiento ha representado un mecanismo eficaz de control para depurar los casos que, eventualmente, serán elevados al procedimiento contencioso que es tramitado por la Corte IDH.

b) El procedimiento contencioso y consultivo de la Corte IDH

La Corte IDH³⁹⁴ es un órgano supraestatal de control judicial autónomo a quien compete la aplicación e interpretación de la CIDH. Desde esta perspectiva, como ya hemos aludido a lo largo de este apartado, la Corte IDH ejerce su actividad a través de dos procedimientos que se distinguen según la naturaleza del asunto que es sometido a su consideración y que responden, en un caso, a una función contenciosa, y, en el otro, a una función consultiva.

b.1) La función contenciosa de la Corte IDH

La Corte IDH es competente para conocer, previo reconocimiento de su

³⁹⁴ El funcionamiento de la Corte IDH se encuentra desarrollado a través del Estatuto de la Corte IDH aprobado mediante Resolución N° 448, adoptada por la Asamblea General de la OEA en octubre de 1979, y el Reglamento de la Corte IDH, aprobado por la propia Corte en su LXXXV Período Ordinario de Sesiones, celebrado del 16 al 28 de noviembre de 2009.

competencia contenciosa³⁹⁵, y una vez que ha sido agotado el procedimiento

³⁹⁵ Hasta la fecha, 20 Estados de los 24 que son parte de la CIDH han reconocido la competencia de la Corte IDH. En esta perspectiva, es importante traer a colación las controversias que han surgido en ciertos países de Suramérica y el Caribe, específicamente el caso de Perú en 1999, Venezuela en 2012 y la República Dominicana 2014, cuando intentaron desentenderse, con resultados más o menos significativos, de la vinculación de las decisiones dictadas por la Corte IDH. En el primero de los casos, en la década de los noventa, durante el mandato del Presidente Alberto Fujimori, la Corte IDH dictó una serie de fallos (asuntos: *Loayza Tamayo c Perú* de 17 de septiembre de 1997; *Castillo Petruzzi c Perú* de 30 de mayo de 1999) en los que determinó la responsabilidad internacional del Estado peruano por la violación de derechos protegidos por la CIDH. A raíz de ello, la Corte Suprema de Justicia del Perú y la Sala Plena del Consejo Supremo de Justicia Militar del Perú, en fechas de 14 de junio de 1999 y 30 de mayo de 1999, respectivamente, dictaron dos resoluciones en las que declararon la inejecutabilidad de las sentencias dictadas por la Corte IDH, alegando, entre otras cosas, argumentos de soberanía del Estado peruano, la autonomía de su poder judicial y el desconocimiento que hacía la Corte IDH de la Constitución Política del Perú. En virtud de ello, el Congreso peruano, a través de Resolución Legislativa 27.152, aprobó la retirada, con efecto inmediato, del reconocimiento de la competencia contenciosa de la Corte IDH, la cual fue notificada a la Secretaría de la OEA el 9 de julio de 1999, principalmente, con la finalidad de eludir las condenas por la violación de la CIDH que iban a ser adoptadas en los asuntos *Tribunal Constitucional c Perú* e *Ivcher Bronstein c Perú*. Bajo esta situación, la Corte IDH, manifestó a través del fallo de 24 de septiembre de 1999 [asunto *Tribunal Constitucional c Perú* (Competencia)] que la decisión del Estado peruano de denunciar su reconocimiento a la competencia contenciosa de la Corte, con efectos inmediatos, era inadmisibles en vista de que: 1) no era una previsión contenida en la CIDH, ni podía aplicarse la hipótesis de efectos inmediatos en virtud de que todo tratado, según el artículo 56.2 del Convenio de Viena, prevé un plazo de anticipación de, por lo menos, doce meses para la notificación de un Estado parte de su intención de denunciar un tratado o retirarse de él; y 2) que el Estado que aceptó la jurisdicción obligatoria de la Corte Interamericana, según el artículo 62.1 de la misma, pasa a obligarse por la Convención como un todo, por lo cual, la pretendida denuncia del Estado peruano, además de afectar a la integridad de la Convención, requería, en su eventual caso, la denuncia de la totalidad de la CIDH. De cualquier forma, en el año 2000 el Presidente Fujimori abandonó su cargo, y la eventual denuncia a la CIDH nunca llegó a materializarse. Ver: DULITZKY, Ariel; “El retiro del reconocimiento de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos por parte de Perú. Análisis Jurídico”, *Pensamiento Constitucional*, Vol. 6, núm. 6, 1999, p. 705-708 y Corte Interamericana de Derechos Humanos (Pleno) [Internet]. Sentencia de 24 de septiembre de 1999, caso *Tribunal Constitucional c Perú* (Competencia), [consultado 18 de noviembre 2016]. Disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_55_esp.pdf. En el segundo caso, se trata de la denuncia formulada el 10 de septiembre de 2012 por la República Bolivariana de Venezuela a la CIDH, la cual surtió efectos un año después, es decir, el día 10 de septiembre de 2013. Esta denuncia, surgió como medida de retaliación a la sentencia dictada por la Corte IDH el día 5 de agosto de 2008, caso *Apitz y otros (Corte Primera de lo Contencioso Administrativo) c Venezuela*, en la que determinó la responsabilidad internacional del Estado venezolano por la violación de algunos derechos consagrados en la CIDH. Esta condena fue sentida por el país suramericano, razón por la cual la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia venezolano, en su sentencia 1939/2008, de 18 de diciembre de 2008, a través de un recurso de interpretación interpuesto por la Procuraduría General de la República, hizo un

obligatorio que lleva a cabo la Comisión IDH, los casos individuales de violación de derechos consagrados en la CIDH que han sido sometidos a su conocimiento por la Comisión IDH o un Estado parte en caso de corresponder a una demanda interestatal (art. 61 CIDH)³⁹⁶.

llamamiento al Ejecutivo Nacional a denunciar la CIDH tras declarar la inejecutabilidad del fallo de la Corte IDH, en virtud de que, a su criterio, desconocía el ordenamiento constitucional interno e intervenía en la soberanía venezolana, y lo que finalmente resultaba obligatorio para el Estado a tenor del artículo 23 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, eran sólo las normas creativas derechos humanos y no los fallos o dictámenes de instituciones, resoluciones de organismos, etc. Ver: Corte Interamericana de Derechos Humanos (Pleno) [Internet]. Sentencia de 5 de agosto de 2008, caso *Apitz y otros (Corte Primera de lo Contencioso Administrativo) c Venezuela*, [consultado 18 de noviembre 2016]. Disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_182_esp.pdf, y República Bolivariana de Venezuela. Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia (Pleno) [Internet]. Sentencia núm. 1939/2008 de 18 de diciembre de 2008, [consultado 18 de noviembre 2016]. Disponible en <https://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/Diciembre/1939-181208-2008-08-1572.html>. Finalmente, una situación similar fue planteada en el caso de República Dominicana, a la que la Corte IDH, a través de sentencia de 28 de agosto de 2014 (*asunto de personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana*), declaró su responsabilidad por la violación de los derechos establecidos en la CIDH. Meses después, como medida de rechazo, el Tribunal Constitucional de República Dominicana, tras conocer de una acción directa de inconstitucionalidad contra el instrumento de aceptación de la competencia de la Corte IDH, mediante sentencia TC/0256/14, de 4 de noviembre de 2014, declaró inconstitucional dicho instrumento, por cuanto, además de la firma del presidente de la República, exigía también la ratificación del Congreso Nacional, lo cual no se había llevado a cabo en su momento. De cualquier manera, el razonamiento del Tribunal Constitucional dominicano no resultó un argumento válido para que el Estado dominicano se desligue de los efectos de la Corte IDH, pues, al igual que el supuesto peruano antes mencionado, el retiro del reconocimiento de la competencia contenciosa de la Corte IDH, necesariamente debe pasar por la denuncia de la CIDH, lo cual, al día de hoy, en ningún momento ha sido planteado por la República Dominicana. Ver: Corte Interamericana de Derechos Humanos (Pleno) [Internet]. Sentencia de 28 de agosto de 2014, caso *de personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana*, [consultado 18 de noviembre 2016]. Disponible en http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_282_esp.pdf, y República Dominicana. Tribunal Constitucional (Pleno) [Internet]. Sentencia TC/0256/14, de 4 de noviembre de 2014, [consultado 18 de noviembre 2016]. Disponible en <https://www.tribunalconstitucional.gob.do/sites/default/files/documentos/Sentencia%20TC%200256-14%20%20%20%20C.pdf>.

³⁹⁶ Para que la Corte IDH pueda entrar en conocimiento de cualquier caso que se someta a su jurisdicción, es condición, conforme al artículo 61.2 de la CIDH, haber agotado el procedimiento de control y supervisión ante la Comisión IDH, tras emitir su informe definitivo, que contiene los hechos supuestamente violatorios de algún derecho y la identificación de la presunta víctima (arts. 48 al 50 CIDH).

De acuerdo con ello, la Corte IDH tramitará dichos asuntos a través de un proceso que se encuentra compuesto por una fase escrita y otra oral (Capítulos II y III de Reglamento de la Corte IDH³⁹⁷).

El primero de ellos, es decir, la *fase escrita*, se inicia con la presentación del informe final de la Comisión IDH o por escrito motivado del Estado parte en las demandas interestatales (arts. 35 y 36 del Reglamento de la Corte IDH). En cualquier de estos casos, la Corte procederá a notificar a las partes involucradas a fin de que la víctima, por un lado, presente su escrito de solicitudes, argumentos y pruebas, y el Estado demandado, por el otro, dé contestación u oponga las excepciones preliminares, que se encuentran establecidas en el artículo 42 del Reglamento de la Corte IDH.

Por otro lado, la *fase oral* corresponde a la celebración de audiencias públicas³⁹⁸, que son dirigidas por el Presidente de la Corte IDH, con el objeto de

³⁹⁷ Dentro de cualquiera de estas fases, la Corte IDH se encuentra facultada para adoptar todas las medidas provisionales que estime convenientes en aquellos casos que, por situaciones de extrema gravedad y urgencia, resultaren necesarias para salvaguardar a la víctima ante daños irreparables (arts. 63 CIDH y 27 del Reglamento de la Corte IDH). Igualmente, podrá permitir la participación de un *amicus curiae* (amigo de la Corte), con el que se permite que un tercero (que no es parte en el proceso) colabore con la Corte ofreciendo su opinión, dada la trascendencia e interés que representa para la resolución definitiva del asunto (art. 44 Reglamento de la Corte IDH).

³⁹⁸ Por regla general, las audiencias de la Corte IDH son de carácter público, salvo que aquella estime oportuno mantener la privacidad de las mismas (art. 15.1 Reglamento de la Corte IDH).

practicar todas las pruebas que fueron promovidas por las partes³⁹⁹ (arts. 45 al 55 del Reglamento de la Corte IDH).

Una vez culminadas las audiencias, la Corte IDH deliberará en privado y aprobará el contenido de la sentencia, que será notificada a las partes (arts. 66 al 68 CIDH y 65 al 68 del Reglamento de la Corte IDH). Ahora bien, en caso de haberse acreditado la violación de alguno de los derechos contenidos en la CIDH, la Corte ordenará al Estado involucrado el cese inmediato de la violación y, paralelamente, le instará a que garantice el ejercicio pleno de los derechos de la víctima. Eventualmente, podrá acordar una medida de reparación a la víctima y, si procede, condenar en costas.

De otro lado, ha de tenerse en cuenta que las sentencias de la Corte IDH son inapelables. Por ende, una vez notificadas las partes de su contenido, estarán en la obligación de cumplirlas. Conforme a ello, la Corte supervisará el cumplimiento de las decisiones (art. 69 del Reglamento de la Corte IDH) a través de los informes estatales y de las observaciones que, a su vez, realizan la víctima o sus representantes y la Comisión IDH a dichos informes, pudiendo incluso celebrar, si lo considerara pertinente, una audiencia para supervisar el cumplimiento de la decisión.

³⁹⁹ De cada una de estas audiencias, la Secretaría de la Corte asentará, a través de acta, las declaraciones emitidas por las partes, testigos, peritos, representantes y asesores legales (art. 55 Reglamento de la Corte IDH)

Una vez que la Corte IDH cuente con la información necesaria, determinará el estado del cumplimiento de lo resuelto y emitirá las resoluciones que estime convenientes, dando así fin a sus atribuciones jurisdiccionales.

b.2) La función consultiva de la Corte IDH

Aunque no se trate de un mecanismo de control o protección, en sentido estricto, de los derechos reconocidos en la CIDH, la Corte IDH, conforme a lo establecido al artículo 70 del Reglamento de la Corte IDH, se encuentra facultada para interpretar el Pacto de San José y otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos, tras la consulta que haya sido planteada por alguno los Estados miembros de la OEA o la Comisión IDH (arts. 64 CIDH y 70 y 71 del Reglamento de la Corte IDH). Asimismo, podrá conocer, a solicitud de un Estado parte de la OEA, de la interpretación de las leyes internas de los Estados, algo también denominado control de convencionalidad⁴⁰⁰, con el objeto de determinar la compatibilidad de éstas con el Pacto de San José.

⁴⁰⁰ La denominación de control de convencionalidad apareció por primera vez en la jurisprudencia de la Corte IDH en su sentencia de 26 de septiembre de 2006 (*Almonacid Arellano /Chile*), al afirmar que “cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”

En efecto, tras la solicitud de interpretación planteada por alguno de los Estados miembros de la OEA o por la Comisión IDH, la Corte IDH emitirá un dictamen que será leído en público, de acuerdo con las exigencias que se encuentran previstas en el art. 75 del Reglamento de la Corte IDH.

Debe subrayarse que el sistema americano de protección internacional de derechos humanos, en su evolución, ha mostrado importantes avances, en cuanto a la protección de los derechos consagrados en el Pacto de San José y el resto de tratados de derechos humanos de ámbito americano. Sin embargo, para su verdadera consolidación, como ocurre en el sistema europeo de protección internacional de derechos humanos, es indispensable contar con el apoyo y cooperación de los Estados parte de la OEA, no sólo al ratificar la CIDH y aceptar la competencia contenciosa de la Corte IDH, sino para asumir y cumplir las decisiones que son adoptadas por estos órganos supraestatales.

Y es que ha sido una práctica habitual que aquellos Estados a los que la Corte IDH les ha determinado su responsabilidad internacional, además de incumplir con los fallos, tras alegar una supuesta parcialidad o politización de la OEA y sus órganos, han decidido no suministrar los recursos financieros que son necesarios para la supervivencia de este organismo regional⁴⁰¹. Inevitablemente,

⁴⁰¹ GARCÍA CASADO, Cristina; “La CIDH enfrenta su peor crisis financiera en medio de críticas de países OEA”, **Agencia EFE**, 29 de mayo de 2016, Disponible en

esta situación ha generado una grave crisis en el sistema, pues los órganos de control y tutela se han visto materialmente dificultados para cumplir con la responsabilidad que poseen de velar por el respeto de los derechos humanos en el continente.

2.3. RECONOCIMIENTO Y PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LOS PROCESOS DE INTEGRACIÓN

La generalización de la garantía de los derechos fundamentales en un marco supranacional se manifiesta también en la Unión Europea, la cual constituye el ejemplo más significativo de organización internacional de integración.

El proceso de integración que se inició en los años cincuenta con fines eminentemente económicos con la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (CECA), la Comunidad Económica Europea (CEE) y la Comunidad Europea de la Energía Atómica (CEEa o EUROTAM), constituye hoy en día, ya cristalizado en la Unión Europea, un bloque regional que abarca múltiples materias. Paralelamente, la promoción y protección de los derechos fundamentales⁴⁰², integrados ya en el

<http://www.efe.com/efe/america/portada/la-cidh-enfrenta-su-peor-crisis-financiera-en-medio-de-criticas-paises-oea/20000064-2939661>.

⁴⁰² En el proceso de integración de la UE, la protección de los derechos fundamentales constituyen un principio constitucional de la organización al representar un elemento propio e irrenunciable de toda Constitución que resulta de gran interés en su función integradora. Ver: MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, José; “La protección de los derechos fundamentales en la UE: cuestiones pendientes tras la Carta de Niza”, *Anuario Jurídico de la Rioja*, núm. 6-7, 2000-2001, p. 388-389, y MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, José; “La protección de los derechos sociales en la Unión Europea: sobre el papel cuasiconstitucional del Tribunal de Justicia”, en VON BOGDANDY, Armin;

Derecho de la Unión Europea⁴⁰³, se ha perfilado como uno de los ámbitos que ha experimentado mayor cambio en su configuración en el seno de la Unión.

De manera cronológica, en un inicio, los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas no hicieron mención alguna de los derechos fundamentales y su protección. Sin embargo, dentro del Tratado de la Comunidad Económica Europea (TCEE), pudo apreciarse la recepción particular de algunos derechos (p. ej. el derecho a un nivel de vida equitativo, el derecho al empleo y el de igualdad de retribución sin discriminación por razón de sexo), los cuales cumplieron predominantemente una función eliminadora de trabas a la libre competencia y complementaria de las libertades económicas dentro del proceso de integración⁴⁰⁴.

A pesar de ello, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE), mediante una construcción pretoriana, logró dar un viraje de ciento

FIX-FIERRO, Héctor; MORALES ANTONIAZZI, Mariela y FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (Coords.); ***Construcción y papel de los derechos sociales fundamentales. Hacia un ius constitutionale commune en América Latina***, Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), México, 2011, p. 252.

⁴⁰³ El derecho comunitario, según el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE de 15 de julio de 1965 *Costa/Enel*) constituye un ordenamiento propio, integrado en el sistema jurídico de los Estados miembro, que conforma un conjunto estructurado de normas jurídicas que posee sus propias fuentes, dotado, además, de órganos y procedimientos aptos para emitirlos e interpretarlos. Dicho ordenamiento se encuentra conformado por el derecho originario (los tratados constitutivos o modificatorios de la Comunidad) y el derecho derivado (el derecho creado por las instituciones comunitarias en el ejercicio de sus competencias, con el fin de cumplir los objetivos de los tratados). Ver: MORCILLO MORENO, Juana; “Fuentes del derecho comunitario”, en ORTEGA ÁLVAREZ, Luis (Dir.) y MORENO MOLINA, José A. (Coord.); ***Derecho Comunitario Europeo***, Lex Nova, Valladolid, 2007, p. 93-95.

⁴⁰⁴ MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, José; “La protección de los derechos fundamentales en la UE: cuestiones pendientes tras la Carta de Niza”, ob. cit., p. 391.

ochenta grados para llenar el citado vacío jurídico en materia de derechos, cuando se vio en la necesidad de resolver cuestiones prejudiciales en las que se planteaba la repercusión del Derecho comunitario (hoy Derecho de la Unión) sobre los derechos fundamentales de los particulares.

Precisamente, en sus sentencias 29/69, de 2 de noviembre de 1969 (asunto *Stauder*), y 11/70, de 17 de diciembre de 1970 (asunto *Internationale Handelsgesellschaft*), el TJCE afirmó, por un lado, que en los derechos fundamentales de la persona subyace uno de los principios generales del Derecho comunitario, cuyo respeto debía ser asegurado por el Tribunal de Justicia, y, por el otro, que los citados principios generales se inspiraban en las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros⁴⁰⁵.

A partir de ese momento, la jurisprudencia del TJCE abordó y desarrolló la eficacia de los derechos fundamentales en las Comunidades Europeas, no sólo controlando la aplicación de las normas del Derecho comunitario, sino también las normas dictadas por los Estados miembros para aplicar el Derecho comunitario o excepcionar su aplicación⁴⁰⁶, según el criterio sentado en sus sentencias 5/88, de 13 de julio de 1989 (asunto *Wachauf c. Alemania*) y C-260/89, de 18 de junio de 1991 (asunto *Elliniki Radiophonia Tileorassi AE c. Dimotiki Etairia Pliroforissis y Sotirios Kouvelas*).

⁴⁰⁵ GONZÁLEZ CAMPOS, Julio D.; SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, Luis I., SÁENZ DE SANTAMARÍA, Paz Andrés; **Curso de Derecho Internacional Público**, ob. cit., p. 857.

⁴⁰⁶ RUBIO LLORENTE, Francisco; “Mostrar los derechos sin destruir la Unión”, **Revista Española de Derecho Constitucional**, núm. 64, año 22, ene.-abr., 2002, p. 15-16.

Años más tarde, el criterio jurisprudencial del TJCE fue incorporado en el Tratado de la Unión Europea (TUE), firmado en Maastricht el 7 de febrero de 1992, que estableció en su artículo F que “La Unión respetará los derechos fundamentales tal y como se garantizan en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, y tal como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembro como principios generales del Derecho comunitario”.

En el año 2000, se produjo la codificación de los derechos en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE), la cual, en un solo texto, recogió de manera expresa un catálogo de derechos civiles, políticos, económicos y sociales que, en su conjunto, plasmaba y actualizaba los valores comunes de los pueblos de Europa.

Ahora bien, en ese momento, la CDFUE quedó en una declaración formal que, tras su proclamación, hecha en Niza en el año 2000, carecía de fuerza vinculante, al no ser incorporada al Tratado de la Unión Europea. Pese a ello, su aprobación sí llegó a tener un impacto importante, en virtud de que los derechos que contenía llegaron a ser utilizados esporádicamente por el TJUE y por los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros para fundar sus decisiones, en

calidad de principios interpretativos⁴⁰⁷.

Sea como fuere, tras el aplazamiento que provocó en el empeño de otorgar valor vinculante a la Carta el frustrado intento de establecer un genuino “Tratado Constitucional⁴⁰⁸” que rigiera a la Unión Europea, la inclusión de los derechos reconocidos por la Carta en el ámbito del Derecho de la Unión se produjo, ya con plena eficacia jurídica, se produjo con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa el 1 de diciembre de 2009⁴⁰⁹.

Hoy en día, la CDFUE, representa la referencia normativa básica de la Unión Europea respecto a la protección de los derechos fundamentales. Es, en efecto, un instrumento vinculante para todas las instituciones comunitarias (art. 5.2 Tratado de la Unión Europea) y los propios Estados miembros desde el momento en que directamente apliquen⁴¹⁰ el Derecho de la Unión, o, lo desarrollen de

⁴⁰⁷ Así, por ejemplo, el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo español, dentro de su jurisprudencia, utilizó la CDFUE como principio hermenéutico, de acuerdo al artículo 10.2 de la Constitución española, sobre la el reconocimiento y protección de los derechos fundamentales. Ver: ANDRÉS SAENZ DE SANTAMARÍA, P; “La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea en la práctica española”, *Revista de Derecho de la Unión Europea*, núm. 15, 2008, p. 239-245.

⁴⁰⁸ DÍEZ-PICAZO, Luis María; *Sistema de Derechos Fundamentales*, ob. cit., p. 186.

⁴⁰⁹ Así fue recogido en el artículo 6.1 del Tratado de la Unión Europea, modificado por el Tratado de Lisboa, donde se estableció que “la Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000, tal como fue adaptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo, la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados”

⁴¹⁰ En efecto, podemos hacer mención al examen realizado por el TJUE en la sentencia de 26 de febrero de 2013 en el asunto *Melloni*, C-399/11, en la cual analizó el sentido y alcance del nivel de protección que asume la CDFUE en su artículo 53, que dispone “Ninguna disposición de la presente Carta podrá interpretarse como limitativa o lesiva de los derechos humanos y libertades reconocidos, en su respectivo ámbito de aplicación, por el derecho de la Unión, el Derecho

acuerdo con un mandato expreso de la normativa de la Unión⁴¹¹.

Por otro lado, es importante destacar que la CDFUE cita en su artículo 52 al Convenio Europeo de Derechos Humanos, a los Tratados, al resto del Derecho de la Unión, a las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros y a la legislación y prácticas nacionales como guía para su interpretación por parte de los órganos jurisdiccionales de la Unión⁴¹².

Ahora bien, para asegurar la eficacia de la CDFUE como parte del Derecho de la Unión, se han previsto dos instancias que permiten hacer valer los derechos que han sido consagrados dentro de su articulado. La primera ellas es el control que ejercen los Estados miembros en el fuero interno, a través de sus órganos

internacional y los convenios internacionales de los que son parte la Unión, la Comunidad o los Estados miembro, y en particular al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, así como por las Constituciones de los Estados miembro”. A este respecto, el TJUE se enfrentó a una cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Constitucional español, debido a que este último consideró que su Constitución confería un mayor grado de protección a las garantías procesales fundamentales que el previsto en el Derecho de la Unión. En el marco de esta controversia, el TJUE, finalmente, determinó que cuando la normativa de la Unión no permita ningún margen de maniobra al Estado a la hora de aplicarla, se debe limitar a ejecutarla, pues, aunque el contenido reconocido en el Derecho interno mantenga un estándar de protección más elevado, cuando se aplique el Derecho de la Unión deberá prevalecer como canon de los derechos fundamentales el derivado de la CDFUE.

⁴¹¹ El Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en sentencia de 26 de febrero de 2013 (asunto *Akerberg Fransson*), afirmó que si la normativa de la Unión otorga un margen de apreciación al Estado a la hora de implementar el Derecho de la Unión, éste podrá incorporar un canon más elevado de derechos fundamentales siempre que no se ponga en riesgo ni la primacía, la unidad y la efectividad de las normas de Unión. Por otro lado,

⁴¹² Al respecto, CARRASCO DURÁN, Manuel; “Relaciones entre la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y la Declaración de Derechos contenida en la Constitución”, en ***La Constitución Española treinta años después de la integración europea***, XIV Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España de Deusto, celebrado los días 4 y 5 de febrero de 2016, [consultado 30 de octubre de 2016]. Disponible en <http://congresoace.deusto.es/wp-content/uploads/2016/01/Mesa-1-Carrasco.pdf>, p. 1.

jurisdiccionales internos, cuando se aplica el Derecho de la Unión, y la segunda, el que lleva a cabo, ya desde el plano supranacional, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE)⁴¹³.

Conforme a ello, en la primera instancia, los Estados miembros tienen la obligación de establecer todos los recursos que resulten necesarios para garantizar la tutela judicial efectiva en los ámbitos cubiertos por el Derecho de la Unión (art. 19.1 Tratado de la Unión Europea). Por ende, los jueces nacionales, como jueces de la Unión, asumen la condición de garantes del Derecho de la Unión. Empero, en el caso de que presenten dudas sobre la interpretación o validez del Derecho de la Unión, el juez nacional, si lo estima necesario, podrá promover una cuestión prejudicial ante el TJUE, lo cual será de carácter obligatorio si la decisión que deba adoptar no es susceptible de ulterior recurso judicial conforme al Derecho interno.

⁴¹³ Según RODRIGUEZ-IZQUIERDO SERRANO, dentro del sistema español existe una pluralidad de jurisdicciones que son competentes para la tutela de los derechos fundamentales. En primer lugar, la ejercida por los jueces ordinarios nacionales, que son considerados como los garantes naturales de la tutela de subjetiva de los derechos fundamentales y los aplicadores primarios del Derecho de la Unión, incluida la CDFUE. En segundo lugar, el juez constitucional y el juez europeo, considerados como los supremos intérpretes del Título I de la Constitución y de la Carta, respectivamente, así como los custodios de la garantía objetiva de sendas declaraciones iusfundamentalistas. Esto incluye también el conocimiento que tiene el juez constitucional español del recurso de amparo dentro de la función de tutela subjetiva que ejerce de ciertos derechos constitucionales (arts. 14 al 30 de la Constitución española), por lo general, previa actuación de los jueces y tribunales ordinarios Ver: RODRÍGUEZ-IZQUIERDO SERRANO, Myriam; “Pluralidad de jurisdicciones y tutela de los derechos”, *Revista española de derecho constitucional*, año 36, núm. 107, 2016, p. 120-122.

En segundo lugar, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), a través sus órganos⁴¹⁴, es la institución que, en el ámbito de la Unión, se encarga de garantizar el respeto de los derechos fundamentales a la hora de interpretar y aplicar los Tratados de la UE y la propia CDFUE, al ser esta ya, desde la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, parte del derecho de la Unión.

En esta óptica, el TJUE lleva a cabo un control eminentemente normativo y será competente para pronunciarse, de acuerdo con el artículo 19.3 del Tratado de la UE: a) sobre los recursos interpuestos por un Estado miembro, por una institución o por personas físicas o jurídicas contra una medida adoptada por una institución de la UE; b) con carácter prejudicial, a petición de los órganos jurisdiccionales, nacionales sobre la interpretación del Derecho de la Unión o sobre la validez de los actos adoptados por las instituciones; y c) por los demás casos previstos en los Tratados.

Ahora bien, la vía de acceso que poseen los particulares al TJUE para la defensa de los derechos y libertades consagrados en la CDFUE se limita, indirectamente, a la cuestión prejudicial que pueden plantear los órganos jurisdiccionales nacionales y, directamente, al recurso de anulación contemplado en el artículo 263.4 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, con el que se controla la legalidad de los actos dictados por las instituciones comunitarias

⁴¹⁴ El Tribunal de Justicia de la Unión Europea es la institución de la UE. De acuerdo con el artículo 19.1 del Tratado de Lisboa, se encuentra integrado por tres órganos jurisdiccionales: el Tribunal de Justicia, el Tribunal General y los Tribunales especializados.

en los que: 1.- Los particulares son destinatarios directos; 2.- No siendo dirigidos directamente a los particulares, les afectan directa e individualmente. Por lo tanto, los particulares deberán demostrar, conforme a la doctrina *Plaumann*, que ese acto “les atañe debido a ciertas circunstancias que les son propias o a una situación de hecho que les caracteriza en relación con cualesquiera otra persona y, por ello, les individualiza de una manera análoga a la del destinatario”⁴¹⁵; y 3.- contra los actos reglamentarios que los afecten directamente y que no incluyan medidas de ejecución⁴¹⁶.

Sobre esta base, debemos mencionar que el TJUE no es propiamente un Tribunal o Corte que se encargue de tutelar, al estilo de los sistemas regionales de protección de derechos humanos regionales, los derechos fundamentales. Contrariamente a éstos, es un órgano supranacional encargado de asegurar la correcta aplicación del Derecho de la Unión, en el que, actualmente, se incluyen la CDFUE.

⁴¹⁵ Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (Tribunal de Justicia) [Internet]. Sentencia C-25/62, asunto *Plaumann & Co. c Comisión de la Comunidad Económica Europea*, de 15 de julio de 1953, [consultado 31 de octubre 2016]. Disponible en <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?jsessionid=9ea7d2dc30d5b5193d5a6b9a4bca98c9bc510c6818f8.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxuNbxr0?text=&docid=87101&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=25270>.

⁴¹⁶ Al respecto, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en auto de inadmisibilidad de fecha 6 de septiembre de 2011 (asunto *Inuit Tapiriit Kanatami y otros c Parlamento y Consejo*), señaló que los impugnables por este medio son sólo los actos reglamentarios no legislativos de carácter general, pues en caso de ser actos legislativos deberán cumplirse los requisitos de la doctrina *Plaumann*, es decir, afectar al particular directa e individualmente. Ver: Tribunal General del Tribunal de Justicia de la Unión Europea [Internet]. Auto de inadmisión, C-18/10, asunto *Inuit Tapiriit Kanatami y otros c Parlamento y Consejo*, de 6 de septiembre de 2011, [consultado 31 de octubre 2016]. Disponible en <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=109461&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=314014>.

En otro orden de ideas, no debemos obviar que, a pesar de que la UE no se ha adherido formalmente al CEDH⁴¹⁷, y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) no tenga competencia *ratione personae* para enjuiciar los procedimientos y decisiones de las instituciones europeas, dicho Tribunal, por otra parte, ha venido ejerciendo indirectamente una supervisión del Derecho de la Unión a través del control ejercido sobre los Estados miembros cuando aplican dichas disposiciones normativas [Sentencias TEDH de 9 de enero de 1990 (asunto *M & Co. c Alemania*), 15 de noviembre de 1996 (asunto *Cantoni c Francia*), 18 de febrero de 1999 (asunto *Matthews c Reino Unido*), 10 de marzo de 2004 (asunto *Senator Lines GmnH c varios Estados*), 30 de junio de 2005 (asunto *Bosphorus Hava Yollary Turizm c. Irlanda*) y 6 de diciembre de 2012 (asunto *Michaud c Francia*)].

Al respecto, como bien ha destacado ALONSO GARCÍA, el control que lleva a cabo el TEDH sobre la actividad de los Estados miembros del CEDH cubierta por

⁴¹⁷ Así se desprende de lo acordado por el TJUE en su dictamen 2/94, de 28 de marzo de 1996, y más recientemente en el dictamen 2/13, de 18 de diciembre de 2014, donde este órgano jurisdiccional examinó la compatibilidad entre el Proyecto de Acuerdo de Adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos y los Tratados constitutivos de la Unión tras la solicitud que fuere presentada por la Comisión de acuerdo al artículo 218.11 del Tratado de Funcionamiento de la UE. En este sentido, tras el análisis realizado, el TJUE determinó que la adhesión de la Unión al CEDH no es compatible con el artículo 6.2 del Tratado de la Unión Europea ni con el Protocolo núm. 8 de la UE en virtud de varias circunstancias: 1.- puede afectar las características específicas y la autonomía de la Unión; 2.- puede afectar el artículo 344; 3.- no prevé modos de funcionamiento del mecanismo de codemandado y del procedimiento de intervención previa del TJUE que permita preservar las características específicas de la Unión y su Derecho; y 4.- no tiene en cuenta las características específicas del Derecho de la Unión en lo que respecta al control jurisdiccional de los actos, acciones y omisiones que permitan preservar las características de la política exterior y seguridad común (PESC).

el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión, es desarrollada de acuerdo con los siguientes criterios: 1) Cuando un Estado miembro de la Unión mantengan un margen de apreciación a la hora de ejecutar el Derecho de la Unión, el control que ejercerá del TEDH sobre el Estado que, a su vez, es parte de la CEDH, responderá a los mismos parámetros que el control ejercitado sobre la actividad nacional desvinculada por completo del Derecho de la Unión, y 2) cuando los Estados miembros de la Unión no tengan margen de apreciación a la hora de aplicar el Derecho a la Unión, el TEDH pondrá en práctica la doctrina de la protección equivalente, en la que existirá una presunción *iuris tantum* de la conformidad de la actividad nacional reglada con el CEDH, siempre y cuando el ordenamiento jurídico de la Unión permita, con carácter general, y en términos de control judicial, la efectiva protección de los derechos fundamentales por ella reconocidos, en términos sustanciales, a los derivados del CEDH, pero que podrá desvirtuarse si se llegara a demostrar que la protección de los derechos fundamentales por la Unión hubiera resultado manifiestamente deficiente⁴¹⁸.

2.4 LAS IMPLICACIONES CONSTITUCIONALES DE LAS RESOLUCIONES ADOPTADAS POR COMITÉS Y TRIBUNALES DE ORGANIZACIONES INTERNACIONALES Y SUPRANACIONALES EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS

En el apartado anterior, tuvimos la oportunidad de analizar los sistemas internacionales para la protección de los derechos humanos que han sido

⁴¹⁸ ALONSO GARCÍA, Ricardo; *El juez nacional en la encrucijada europea de los derechos fundamentales*, Porrúa, México, 2015, p. 44-45.

desarrollados por organizaciones internacionales de cooperación en el ámbito universal y regional, así como también la forma en que está planteada hoy en día la protección de los derechos fundamentales en el ámbito de la Unión Europea, caracterizada por ser una organización de integración supranacional.

Sobre esta particularidad, debemos entender que las decisiones que son adoptadas por las instancias internacionales en materia de derechos humanos, además de las repercusiones que poseen al someter a un Estado al señalamiento de la opinión de la comunidad internacional, en muchos otros supuestos, como ocurre en el caso de las sentencias emanadas de los tribunales internacionales o supranacionales, implican el establecimiento de una responsabilidad internacional que pesa sobre el Estado frente a la comisión de un hecho ilícito⁴¹⁹. Aunado a ello, todas estas decisiones, de manera generalizada, entrañan una serie de observaciones y recomendaciones que procuran modular la actividad del Estado, al instarle, por ejemplo, a modificar su ordenamiento interno para adecuarse a los estándares de respeto a los derechos han sido fijados sobre la base de los tratados.

Desde este punto de vista, es conveniente señalar que la mayor parte de las violaciones a los derechos humanos que son cometidas por los Estados y sus

⁴¹⁹ Según DÍEZ DE VELASCO, el hecho internacionalmente ilícito es definido “como un hecho atribuible a un sujeto jurídico-internacional que, constituyendo una violación o infracción al Derecho internacional, lesiona derechos de otro sujeto u otros sujetos de dicho ordenamiento, o incluso derechos o intereses de los que sería titular la propia comunidad internacional, dando lugar, entre otras consecuencias posibles, a la responsabilidad del sujeto autor del hecho”. DÍEZ DE VELASCO, Manuel; *Instituciones del Derecho internacional público*, ob. cit., p. 824.

respectivos órganos suponen, en gran medida, la no aplicación o la incorrecta aplicación del Derecho internacional de los derechos humanos o el Derecho proveniente del proceso de integración. Por lo tanto, dentro de las distintas incidencias que pueden ocasionar las decisiones dictadas por organismos internacionales o supranacionales en el fuero interno de los Estados, encontramos aspectos que no sólo repercuten constitucionalmente en el sistema de fuentes del Derecho y su jerarquía, sino también en determinados elementos que, en muchas ocasiones, influyen y logran sobreponerse al propio poder constituyente como ente generador de la Constitución.

En efecto, este es el problema fundamental que se desprende del estudio de la teoría del poder constituyente conforme a los cambios que ha impuesto el fenómeno internacional de la globalización, de modo que, encontrándonos en medio de esta encrucijada, en el transcurso de las siguientes páginas nos detendremos a analizar tres resoluciones adoptadas por Comités y Tribunales de organizaciones internacionales y supranacionales en materia de derechos humanos, todo ello con el objeto de determinar el grado en que éstas han podido ser capaces de influir en la afirmación y ejercicio del poder constituyente.

A.- LA PROYECCIÓN DE LA SENTENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS DE 5 DE FEBRERO DE 2001 (ASUNTO “LA ÚLTIMA TENTACIÓN DE CRISTO” OLMEDO BUSTOS Y OTROS C CHILE)

Dentro del sistema interamericano de protección de derechos humanos, la Corte IDH, en el año 1999, entró en conocimiento de una demanda sometida por la Comisión IDH contra la República de Chile por la presunta violación cometida por esta última de los artículos 13 (libertad de pensamiento y expresión) y 12 (libertad de conciencia y religión) de la CIDH.

En aquella época, la Constitución Política de la República de Chile de 1980 recogía en su artículo 19.12⁴²⁰ un sistema de censura previa para la exhibición y publicidad de producción cinematográfica, por el que el Consejo Nacional de Calificación Cinematográfica, en aplicación del Decreto Ley núm. 679 de 1974, a

⁴²⁰ **Artículo 19 Constitución Política de la República de Chile.** La Constitución asegura a todas las personas: (...) 12. La libertad de emitir opinión y la de informar, sin censura previa, en cualquier forma y por cualquier medio, sin perjuicio de responder de los delitos y abusos que se cometan en el ejercicio de estas libertades, en conformidad a la ley, la que deberá ser de quórum calificado. La ley en ningún caso podrá establecer monopolio estatal sobre los medios de comunicación social. Toda persona natural o jurídica ofendida o injustamente aludida por algún medio de comunicación social, tiene derecho a que su declaración o rectificación sea gratuitamente difundida, en las condiciones que la ley determine, por el medio de comunicación social en que esa información hubiera sido emitida. Toda persona natural o jurídica tiene el derecho de fundar, editar y mantener diarios, revistas y periódicos, en las condiciones que señale la ley. El Estado, aquellas universidades y demás personas o entidades que la ley determine, podrán establecer, operar y mantener estaciones de televisión. Habrá un Consejo Nacional de Radio y Televisión, autónomo y con personalidad jurídica, encargado de velar por el correcto funcionamiento de estos medios de comunicación. Una ley de quórum calificado señalará la organización y demás funciones y atribuciones del referido Consejo. La ley establecerá un sistema de censura para la exhibición y publicidad de la producción cinematográfica y fijará las normas generales que regirán la expresión pública de otras actividades artísticas” (subrayado propio)

través de resolución administrativa de fecha 29 de noviembre de 1988, rechazó la exhibición de la película “La última tentación de Cristo”.

Ante el rechazo del citado Consejo, la empresa productora de la película, *United International Pictures Ltda*, recurrió ante la Corte de Apelaciones de Santiago, la cual confirmó la prohibición en sentencia de fecha 14 de marzo de 1989. Siete años después, el Consejo, revisó la prohibición de exhibición de la película ante una nueva petición formulada por *United International Pictures Ltda* y, por mayoría de votos, autorizó por resolución administrativa del 11 de noviembre de 1996 la exhibición del film bajo la clasificación para espectadores mayores de 18 años de edad.

No obstante, la resolución del Consejo, en esta oportunidad, sería recurrida ante la Corte de Apelaciones de Santiago por medio de un recurso de protección interpuesto por varias personas, actuando “por y a nombre de Jesucristo, la Iglesia Católica y por sí mismos”. En virtud de ello, la Corte de Apelaciones, por medio de sentencia de 20 de enero de 1997, acogió el recurso y procedió a dejar sin efecto la resolución administrativa del Consejo Cinematográfico, por lo que quedó nuevamente prohibida la exhibición de la película.

Contra este fallo, un grupo de personas procedió a presentar un recurso de apelación ante la Corte Suprema de Justicia de Chile, que confirmó la decisión de la Corte de Apelaciones mediante sentencia de 17 de junio de 1997. Con esta

decisión, quedaron agotados los medios jurisdiccionales internos, y, como consecuencia de ello, los interesados procedieron a demandar al Estado chileno ante el sistema interamericano de protección de derechos humanos.

En este sentido, tras el trámite del referido caso, la Corte IDH, en su fallo definitivo, declaró que el Estado chileno violó el derecho a la libertad de pensamiento y expresión consagrado en el artículo 13 de la CIDH, en virtud de que el artículo 19.12 de su Constitución política establecía una censura previa que limitaba la exhibición de producciones cinematográficas.

El punto que interesa recalcar del fallo dictado por la Corte IDH viene dado por que, luego de condenar y establecer la responsabilidad internacional del Estado chileno por la violación a la CIDH, le insta a “modificar su ordenamiento jurídico interno, en un plazo razonable, con el fin de suprimir la censura previa para permitir la exhibición de la película ‘La última tentación de Cristo’”.

Desde esta perspectiva, debemos extraer que la Corte IDH no sólo garantiza de manera individualizada el respeto de los derechos reconocidos en la CIDH. Además, asume la potestad de llevar a cabo un control del ordenamiento interno de los Estados, incluidas sus Constituciones, con el objeto de que éstas se adecúen a los cánones mínimos en materia de derechos exigidos en los instrumentos internacionales.

Así las cosas, desde la óptica del control normativo ejercido por la Corte IDH en el caso “La última tentación de Cristo”, pese a que, durante el proceso tramitado ante el mencionado órgano, el Estado chileno se encontraba gestionando un procedimiento de reforma constitucional⁴²¹, la Corte, en su sentencia, ordenó al Estado chileno modificar su ordenamiento jurídico, específicamente el artículo 19.12 de su Constitución, a fin de suprimir la censura previa cinematográfica, que contradecía el artículo 13 de la CIDH.

Bajo esta imposición internacional de carácter jurisdiccional, el Estado chileno, llanamente, dio cumplimiento al fallo en cuestión, pues, a través de la Ley 19.742, publicada el día 25 de agosto de 2001, llevó a cabo la reforma constitucional exigida por la Corte IDH para ceñirse a los estándares establecidos en la CIDH. De esta forma, fue reemplazado el párrafo final del artículo 19.12 de Constitución de la República de Chile, al modificar la censura cinematográfica por un sistema de calificación⁴²².

⁴²¹ Para la fecha en que se llevaba a cabo el proceso ante el sistema interamericano de derechos humanos, el entonces Presidente de la República chilena Eduardo Frei Ruiz-Tagle, había presentado el 14 de abril de 1997 un proyecto de reforma al artículo 19.12 de la Constitución chilena ante la Cámara de Diputados, con el que se pretendía eliminar la censura cinematográfica y sustituirla por un sistema de calificación que consagrara el derecho a la libre creación artística. Dicho proyecto sería aprobado el 17 de noviembre de 1999. Sin embargo, para el día 5 de febrero de 2001, fecha en la que la Corte IDH dictó su sentencia, la reforma constitucional planteada no había sido adoptada.

⁴²² Es importante destacar que la Corte IDH, en la fase de supervisión del cumplimiento de sus decisiones, dio por terminado el caso y ordenó el archivo del expediente en 2003. Por otro lado, en la reforma constitucional llevada a cabo por el Estado chileno, igualmente, fue consagrado el derecho a la libre creación artística, tras sustituir el párrafo primero del artículo 19.25, y disponer: “La libertad de crear y difundir las artes, así como el derecho del autor sobre sus creaciones intelectuales y artísticas de cualquier especie, por el tiempo que señale la ley y que no será inferior al de la vida del titular”. Ver: Biblioteca del Congreso Nacional de Chile; ***Historia de la Ley N°***

Al hilo de lo anterior, lógicamente, si bien la Corte IDH en ningún momento asume la figura del poder constituyente, por otro lado, y de manera palpable, sí logra convertirse en un factor determinante en lo que respecta al ejercicio de dicho poder; y es que los Estados, tras la configuración de las organizaciones internacionales, a las cuales reconocen una serie de competencias en virtud del Derecho internacional de los tratados, se encuentran jurídicamente obligados frente a la comunidad internacional, por lo que no pueden, bajo ninguna circunstancia, invocar su Derecho interno para justificar el incumplimiento a las decisiones emanadas de las instancias internacionales.

B.- LA INFLUENCIA DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS DE 11 DE ENERO DE 2000, ASUNTO C-285/98 (TANJA KREIL C REPÚBLICA FEDERAL ALEMANIA)

El asunto *Tanja Kreil c la República Federal Alemania* es uno de los casos que, de manera más paradigmática, han puesto de relieve el significado de la primacía del Derecho de la Unión por encima del Derecho interno de los Estados miembros, inclusive las normas de rango constitucional.

19.742. Reforma Constitucional que elimina la censura cinematográfica sustituyéndola por un sistema de calificación y que consagra el derecho a la libre creación artística, [consultado 1 de noviembre 2016]. Disponible en https://www.google.com.mx/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwjKmLGn_5HQAhUGYiYKHZcMCfMQFggcMAA&url=https%3A%2F%2Fwww.leychile.cl%2FNavegar%2Fscripts%2Fobtienearchivo%3Fid%3Drecursoslegales%2F10221.3%2F4748%2F1%2FHL19742.pdf&usg=AFQjCNG17hhlOqxhuM0bdSeJDs0sVTtAhg&sig2=jHQDPwudTxShrJKdosPmEQ.

En este caso, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) se enfrentó a una cuestión prejudicial planteada por el *Verwaltungsgericht* de Hannover sobre la interpretación de la Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa al principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres dentro del acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo, todo ello con la finalidad de determinar si la Directiva en cuestión resultaba compatible o no con el Derecho alemán.

Dicho asunto, de acuerdo con los hechos fijados por el TJCE, surge a raíz de la controversia suscitada entre la señora Tanja Kreil y el Estado alemán, en el momento en que la señora Kreil, especialista en electrónica, presentó en el año 1996 una solicitud de alistamiento voluntario en la fuerza armada para ocupar un empleo dentro del servicio de mantenimiento armamentístico. Inicialmente, la solicitud fue denegada por el Centro de reclutamiento, y, más tarde, por la Administración Central de Personal de la *Bundeswehr* (ejército alemán) pues, según el artículo §1.II de la *Gesetz über die Rechtsstellung der Soldaten* (Ley sobre el régimen jurídico del personal militar⁴²³), basado en el apartado IV del

⁴²³ El artículo §1.II de la *Gesetz über die Rechtsstellung der Soldaten* establecía: “1. Como soldado profesional podrá ser empleado quien se obligue voluntariamente a prestar un servicio en el ejército de por vida. 2. Como soldado temporal podrá ser empleado quien se obligue voluntariamente a servir en el ejército por un tiempo limitado. 3. En cualquiera de los modelos de servicio militar previstos en los puntos 1 y 2 podrán también ser empleadas mujeres para prestar servicio en unidades sanitarias y en formaciones de música militar. Ver al respecto: MARTÍN VIDA, María Ángeles; “La reforma del artículo 12a de la Ley Fundamental de Bonn a raíz de la sentencia <<Kreil>> del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas”, *Revista de derecho Constitucional Europeo*, núm. 1, 2004, p. 359.

artículo 12 A de la Ley Fundamental para la República Federal de Alemania⁴²⁴, las mujeres quedaban excluidas de prestar el servicio militar cuando la actividad que hubiera que realizar implicara el empleo de armas de fuego.

Bajo estas circunstancias, la señora Kreil recurrió ante el *Verwaltungsgericht* de Hannover alegando que la denegación de su solicitud fue realizada por motivos discriminatorios basados únicamente en su condición de mujer, lo cual, bajo su apreciación, resultaba directamente contradictorio al Derecho comunitario. Este problema llevó a que el Tribunal alemán planteara la cuestión prejudicial ante el TJCE, por la presunta incompatibilidad entre el Derecho nacional y el Derecho comunitario, especialmente, la Directiva 76/207/CEE del Consejo, que, en su artículo 2, apartados 1 a 3, establecía: “1.- El principio de igualdad de trato, en el sentido de las disposiciones siguientes, supone la ausencia de toda discriminación por razón de sexo, bien sea directa o indirectamente, en lo que se refiere, en particular, al estado matrimonial o familiar; 2.- La presente Directiva no obstará [a] la facultad que tienen los Estados miembros de excluir de su ámbito de aplicación las actividades profesionales y, llegado el caso, las formaciones que a ellas conduzcan, para las cuales, el sexo constituye una condición determinante en razón de su naturaleza o de las condiciones de su ejercicio; 3.- La presente Directiva no obstará [a] las disposiciones relativas a la protección de la mujer,

⁴²⁴ El apartado IV del artículo 12A de la Ley Fundamental de la República Federal Alemana (antes de su reforma en el año 2000) disponía: “si, durante el estado de defensa, las necesidades fijas de servicios civiles en los establecimientos sanitarios civiles y en los hospitales militares no pueden cubrirse sobre una base voluntaria, las mujeres de edades comprendidas entre dieciocho años cumplidos y cincuenta y cinco años cumplidos podrán ser destinadas a dichos servicios por la Ley o en virtud de una Ley. En ningún caso podrán prestar un servicio con armas”.

especialmente en lo que se refiere al embarazo y a la maternidad”.

Sobre la base de estas consideraciones, el TJCE reconoció en su fallo que los Estados miembros, en virtud del Tratado de la Comunidad Europea, se encuentran facultados para excluir la aplicabilidad del Derecho comunitario en circunstancias relevantes, como, por ejemplo, cuando se ponga en peligro la seguridad pública del Estado⁴²⁵; empero, cualquier medida adoptada por motivos de seguridad pública, como la alegada por el Estado alemán en el caso sometido a análisis, no implica bajo ninguna circunstancia una reserva general que le permita excluir el ámbito de aplicación del Derecho comunitario, puesto que, al “reconocer la existencia de tal reserva, sin atender las condiciones específicas de las disposiciones del Tratado, podría contravenir el carácter imperativo y la aplicación uniforme del Derecho comunitario”⁴²⁶.

⁴²⁵ El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, en sentencia de 26 de octubre de 1999 (*asunto Angela María Sirdar c The Army Board, Secretary of State for Defence*), en un caso similar, relativo a la interpretación de la Directiva 76/2007/CEE, tras la negativa de *The Army Board, Secretary of State for Defence* británica de contratar a la señora Sirdar como cocinera del *Royal Marines* del ejército británico por razones de interoperabilidad (cualquier persona del cuerpo de *Royal Marines* debía poder servir como fusilero y ser varón, y, por ende, la persona que ocupara el puesto de cocinero debía obligatoriamente ser varón), determinó que dicha negativa se encontraba justificada en virtud de la discrecionalidad que se otorga, de acuerdo con el artículo 2.2 de la Directiva 76/2007/CEE, a las autoridades nacionales, en el sentido de que éstas pueden excluir proporcionalmente del ámbito de aplicación de la Directiva aquellas actividades profesionales en las que el sexo constituya una condición determinante en razón de su naturaleza o de las condiciones de su ejercicio, como es el supuesto de garantizar la seguridad interior y exterior de los Estados miembros. Ver: Tribunal de Justicia de las Comunidades Europea. Sentencia C-273/97, asunto *Angela María Sirdar c The Army Board, Secretary of State for Defence*, de 26 de octubre de 1999, [consultado 2 de noviembre de 2016]. Disponible en <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?jsessionid=9ea7d2dc30d5c1ab19eb171c4e94bc5da6bc59938b45.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxuSbxj0?text=&docid=44803&pageIndex=0&doclang=ES&mode=Is t&dir=&occ=first&part=1&cid=582614>.

⁴²⁶ Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (Tribunal de Justicia) [Internet]. Sentencia C-285/98, asunto *Tanja Kreil c República Federal Alemania*, de 11 de enero de 2000, [consultado 2

De acuerdo con el criterio de proporcionalidad⁴²⁷, el TJCE determinó que la exclusión por motivos de seguridad pública invocada por el Estado alemán no era una excepción lógica con la que pudiera impedirse el acceso de las mujeres al alistamiento militar. Desde esta perspectiva, el Tribunal de Justicia, en su interpretación, confirmó la aplicabilidad de la Directiva 76/207/CEE del Consejo sobre la igualdad de hombres y mujeres en el acceso al trabajo, por encima de la normativa alemana que excluía a las mujeres de los empleos militares que implicaban el uso de armas.

El trasfondo polémico que nos interesa destacar en el asunto *Kreil* conforme al objeto de la presente investigación y el estudio de la teoría del poder constituyente, se extrae, principalmente, del momento en que el TJCE, dentro de la cuestión prejudicial que le fue planteada por el Tribunal alemán, lleva a cabo un control normativo entre el Derecho comunitario y el Derecho nacional, en el que se concluyó que su Constitución, específicamente el apartado IV del artículo 12A de

de noviembre de 2016]. Disponible en <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=44931&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=694426>.

⁴²⁷ De acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, el principio de proporcionalidad “exige que las excepciones no sobrepasen los límites de lo adecuado y necesario para conseguir el objetivo propuesto y exige conciliar, en la medida de lo posible, el principio de igualdad de tratado con las exigencias de seguridad pública determinantes de las condiciones de ejercicio de la actividad que se trate”. En el caso en cuestión, el Tribunal destacó en el párrafo 28 de la sentencia que la propia naturaleza de las fuerzas armadas involucra el uso de armas de fuego, y siendo que las mujeres dentro del servicio militar dentro de la *Bundeswehr* recibían un curso inicial de adiestramiento armamentístico, concluyó que la exclusión que hizo el Estado alemán de las mujeres al servicio militar para operar armas no era una justificación que se adaptara al principio de proporcionalidad.

la Ley Fundamental de la República Federal Alemana, contradecía la Directiva 76/207/CEE del Consejo en cuanto a la igualdad de trato entre hombres y mujeres para el acceso al empleo, la formación y promoción profesional y las condiciones de trabajo.

En este contexto, aunque el Tribunal de Justicia, dada la naturaleza del asunto, no condenó al Estado alemán, ni le ordenó modificar su Derecho interno para ajustarse al Derecho comunitario, Alemania acabó reformando el inciso final del apartado IV del artículo 12A de la Ley Fundamental de la República Federal Alemana el día 19 de diciembre de 2000, de modo que se aseguró a las mujeres, en igualdad de condiciones, prestar el servicio militar en puestos que implicaran el uso de armas de fuego.

Es importante hacer notar que lo que sienta el fallo en cuestión y afecta a la teoría del poder constituyente podemos traducirlo en la influencia que tienen las decisiones adoptadas por las instituciones de la Unión Europea, como organización supranacional de integración, para cada uno de los Estados que la conforman. Ciertamente, la Unión Europea no supone la afirmación de un poder constituyente europeo que solape la actividad del poder constituyente estatal, en el momento de manifestarse en su función ya originaria, ya derivada. No obstante, las decisiones adoptadas en el seno de la Unión Europea, como la ocurrida en el caso *Kreil*, tienen tal trascendencia e importancia para los Estados miembros que, en su afirmación, logran sobreponerse a éstos e incluso al propio poder

constituyente, que forzosamente debe acoger las indicaciones impuestas como parte de los compromisos adquiridos por el Estado.

C.- LAS RECOMENDACIONES DEL COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER Y EL ORDEN DE SUCESIÓN DE LA CORONA DENTRO DEL SISTEMA CONSTITUCIONAL ESPAÑOL

Uno de los temas clásicos objeto de discusión en la doctrina española es, justamente, el relativo al orden de sucesión de la Corona previsto en el apartado 1 del artículo 57⁴²⁸, que impone la preferencia del varón sobre la mujer.

Conviene precisar que la Constitución de 1978, en su artículo 1.3, estableció que la forma política del Estado español es la de una monarquía parlamentaria. Ahora bien, para el establecimiento de la institución de la Corona dentro la Constitución española, el constituyente, como apunta TORRES DEL MORAL, no tuvo en el Derecho comparado un punto de referencia acerca de la igualdad sucesoria, por lo optó por ajustarse al Derecho histórico español⁴²⁹, en el que los reinados y

⁴²⁸ El artículo 57.1 de la Constitución española, en cuanto a orden de sucesión de la Corona, estableció: en el inciso 1º del artículo 57 que establece: “La Corona de España es hereditaria en los sucesores de S. M. Don Juan Carlos I de Borbón, legítimo heredero de la dinastía histórica. La sucesión en el trono seguirá el orden regular de primogenitura y representación, siendo preferida siempre la línea anterior a las posteriores; en la misma línea, el grado más próximo al más remoto; en el mismo grado, el varón a la mujer, y en el mismo sexo, la persona de más edad a la de menos”.

⁴²⁹ El Derecho histórico español en materia de sucesión de la Corona arranca con la Ley de Partidas, la costumbre de la Corona de Aragón y el Fuero General de Navarra, donde se daba preferencia al hijo varón sobre la hija mujer. Ver: Consejo de Estado español. Informe sobre

regencias se venían ejerciendo en virtud del principio jurídico de preferencia, mas no exclusividad, del varón en la sucesión de la Corona⁴³⁰.

De esta forma, tras la promulgación de la Constitución de 1978, en la cual se proclamó la restauración de la Monarquía española y pasó a ser su primer titular D. Juan Carlos I de Borbón, se estableció en el artículo 57 un régimen de sucesión en el que se otorgaba preferencia al hijo varón sobre la mujer. Es importante mencionar que, en un principio, esta previsión constitucional no planteó inconveniente, ya que, antes de zanjar el proceso constituyente, por medio del Real Decreto de 21 de enero de 1977, había sido nombrado Príncipe de Asturias D. Felipe de Borbón y Grecia⁴³¹, pese a tener una hermana mayor (Elena de Borbón y Grecia), que era la primogénita del Monarca mencionado en el artículo 57 de la Constitución española.

No obstante, con el paso del tiempo, el principio de preferencia del hijo varón sobre la mujer dentro del sistema de sucesión a la Corona española se volvió una cuestión controvertida, que logró subir a la palestra pública y académica por contradecir el derecho a la igualdad y la prohibición de discriminación entre el

modificaciones a la Constitución española, [consultado 6 de noviembre 2016]. Disponible en <http://www.consejo-estado.es/pdf/modificaciones%20constitucion%20esp.pdf>, p. 21-26.

⁴³⁰ TORRES DEL MORAL, Antonio; "Fórmulas para el establecimiento de la igualdad sucesoria en la Corona", *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, núm. 54/55, 2006, p. 52.

⁴³¹ SERRANO ALBERCA, José Manuel; *El orden de sucesión a la Corona española, abdicaciones y renunciaciones (artículo 57 de la Constitución española)*, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 2013, p. 33.

hombre y la mujer, que se encuentran consagrados en el artículo 14 de la Constitución de 1978.

En medio de esta polémica, desde el sistema universal de protección internacional de los derechos humanos que lleva a cabo la ONU, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, creado por la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer para supervisar su aplicación, el cual fue ratificado con reserva por el Estado español el 3 de septiembre de 1981 en lo que refiere a las disposiciones constitucionales en materia de sucesión a la Corona⁴³², ha destacado en sus informes periódicos la situación discriminatoria que plantea dicha cuestión.

Desde esta perspectiva, de la reserva planteada por el Estado español podría inferirse un reconocimiento implícito que hace el Gobierno español de que el artículo 57.1 de la Constitución, relativo a la sucesión de la Corona española, conlleva una discriminación directa contra la mujer, lo que, en su estricto sentido, constituye el objeto cardinal que intenta suprimir la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer sobre la base de la igualdad de derechos entre el hombre y la mujer.

⁴³² España. Instrumento de Ratificación de 16 de diciembre de 1983 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, hecha en Nueva York el 18 de diciembre de 1979. *Boletín Oficial del Estado*, de 21 de marzo de 1984, núm. 69, p. 7715-7720, [consultado 6 de noviembre 2016]. Disponible en <https://www.boe.es/boe/dias/1984/03/21/pdfs/A07715-07720.pdf>.

De hecho, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, dentro de las observaciones que ha venido realizando al Estado español, ha hecho sugerencias y recomendaciones de carácter general sobre algunos aspectos en los que la legislación y las políticas públicas españolas no se adecúan a las disposiciones de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.

Interesa destacar sobre este punto las observaciones finales que realizó el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer en el mes de julio de 2015, en los informes periódicos séptimo y octavo combinados de España. Dentro del contenido de dichos informes, en sus numerales 12 y 13, se incluyó la situación de la sucesión de la Corona española, ante la declaración y reserva planteada para la aplicación de la Convención en España, dada la preferencia que otorga al varón sobre la mujer, señalando al respecto lo siguiente: “El Comité reitera su recomendación anterior e insta al Estado parte a que considere la posibilidad de retirar oportunamente la declaración sobre la Convención relativa a la sucesión de la Corona española”⁴³³.

Sin duda alguna, esta recomendación, emanada de un organismo supranacional como es la ONU, constituye un señalamiento de gran peso sobre el

⁴³³ Organización de las Naciones Unidas. Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer: Observaciones finales sobre los informes periódicos séptimo y octavo combinados de España, [consultado 6 de noviembre 2016]. Disponible en http://www.msssi.gob.es/ssi/igualdadOportunidades/internacional/onu/Documentos/Observaciones_finales_Comite_CEDAW.pdf.

Estado español, que se encuentra obligado frente a la comunidad internacional a respetar y garantizar los derechos reconocidos en los Tratados de los que es parte.

En esta disyuntiva, el Gobierno español propuso en 2004 llevar a cabo la reforma del artículo 57 de la Constitución, a los fines de establecer el derecho a la igualdad sucesoria en la Corona y, así, ajustarse a los estándares internacionales. Sin embargo, esta cuestión, como lo ha considerado el Consejo de Estado⁴³⁴, no plantea hoy en día una prioridad y la Constitución no se ha modificado.

En realidad, la cuestión de hecho que impide llevar a cabo la reforma constitucional del artículo 57.1 de la Constitución española, más allá de su trasfondo jurídico, recae, sobre todo, en un problema político de elevada magnitud para el sistema español. Ello se debe a que el precepto en cuestión, al estar ubicado en el Título II de la Constitución, por un lado sólo puede ser reformado a través del procedimiento agravado previsto en el artículo 168 constitucional, que exige, entre otros trámites, un referéndum; y, por otra parte, el uso de este

⁴³⁴ El 15 de abril de 2004, el Presidente de Gobierno José Luis Rodríguez Zapatero, en su discurso de investidura, propuso “modificar sin alterar las previsiones que afectan al Príncipe de Asturias, las normas que regulan el orden de sucesión en la Corona con el fin de adaptarlas al principio de no discriminación de la mujer que con carácter general consagra la propia Constitución”. Tras esta propuesta, solicitó, en 2005 al Consejo de Estado que informara sobre la reforma propuesta. Éste, al aprobar su informe en enero de 2006, destacó que la reforma constitucional propuesta por el Gobierno no era una situación urgente que debía llevarse a cabo, sino hasta tanto se produjera la segunda sucesión de la Corona, después del entonces Rey D. Juan Carlos I de Borbón. Desde esta perspectiva, la reforma constitucional propuesta ni siquiera llegó a formalizarse ante el Congreso de los Diputados. Ver: Consejo de Estado español. Informe sobre modificaciones a la Constitución española, [consultado 06 de noviembre 2016]. Disponible en <http://www.consejo-estado.es/pdf/modificaciones%20constitucion%20esp.pdf>, p. 35

procedimiento, como afirma de PEDRO DE VEGA, “terminaría generando un trauma político y constitucional grave⁴³⁵”, ya que, planteada para tratar un aspecto secundario, como es el establecimiento de la igualdad sucesoria, la reforma, eventualmente, podría dar lugar a una especie de referéndum sobre la Monarquía en sí⁴³⁶.

3.- EL PODER CONSTITUYENTE: LA RESTRUCTURACIÓN DE SU TEORÍA CONFORME AL NUEVO ESQUEMA DE LA GLOBALIZACIÓN

El poder constituyente, entendido desde su concepción clásica como la fuerza político-jurídica encargada de fundar, refundar o modificar el orden constitucional, es una institución que, al igual que la evolución que ha mostrado el Estado dentro de la sociedad internacional, se ha encontrado sujeto a una serie de transformaciones que nos impide afirmar su pureza estrictamente soberana, en lo que respecta a las decisiones que debe adoptar en el momento de hacer efectivo el ejercicio de su actividad.

Como expusimos en su momento, el fenómeno internacional de la globalización, desde sus múltiples dimensiones, ha incidido intensamente en la soberanía del Estado, que ahora, por cuestiones de cooperación, coordinación, integración e incluso necesidad, debe compartirla con distintos actores que hacen

⁴³⁵ DE VEGA, Pedro; *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, ob. cit., p. 150.

⁴³⁶ PEREZ ROYO, Javier, *La reforma de la Constitución*, ob. cit., p. 213.

parte de la sociedad internacional, entre ellos, con organizaciones internacionales y supranacionales de integración creadas en virtud del Derecho internacional de los tratados para gestionar una serie de materias de acuerdo con el marco competencial que le ha sido atribuidas por los Estados.

De ahí que, dentro del sistema internacional, las mencionadas organizaciones no sólo gozan de plena autonomía en el ejercicio de sus funciones a la hora de crear o producir normas, sino, también, al adoptar una serie de decisiones que indiscutiblemente afectan la soberanía interna de los Estados. De hecho, es tal la vinculación, que los Estados están en el deber de acatar tales decisiones sin poder siquiera invocar disposiciones de su derecho interno como justificante para su inobservancia⁴³⁷, pues éstas, en esencia, constituyen obligaciones internacionales cuyo incumplimiento, desde el punto de vista jurídico, supone un hecho internacionalmente ilícito que acarrea la responsabilidad estatal.

En este marco, una de las principales cuestiones entre las ligadas a la transformación del principio de soberanía del Estado en el nuevo esquema globalizado, se relaciona con la existencia de una pluralidad de fuentes del

⁴³⁷ Así lo ha entendido la Corte Internacional de Justicia, al sostener que un Estado no puede invocar su Constitución o sus leyes internas para sustraerse a las obligaciones dimanantes del Derecho internacional, destacando lo siguiente: “se debe observar, sin embargo, que si, por una parte, conforme a los principios generalmente admitidos, un Estado no puede respecto a otro Estado prevalerse de las disposiciones constitucionales de este último, sino solamente del Derecho Internacional y de los compromisos internacionales válidamente contraídos, por otra parte, e inversamente, un Estado no puede invocar respecto a otro Estado su propia constitución para sustraerse a las obligaciones que le impone el Derecho Internacional o los tratados en vigor”. C.I.J., Serie A/B, núm. 44, p. 24, citado en PASTOR RIDRUEJO, José Antonio; **Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales**, Tecnos, Madrid, 2015, p.176.

Derecho, entre ellas las creadas por las organizaciones internacionales y supranacionales de integración, que regulan distintas materias e inciden internamente en el orden jerárquico del ordenamiento jurídico nacional, pudiendo, incluso, sobreponerse a la Constitución y, por tanto, al propio poder constituyente al momento de ejercer su función fundadora, modificatoria o refundadora del orden constitucional.

Por consiguiente, el poder constituyente, en el ejercicio de su actividad, con el objeto de eliminar las antinomias o contradicciones que puedan surgir entre el Derecho interno y el supraestatal, de acuerdo con el principio de lógica y coherencia⁴³⁸, no sólo debe evitar invadir las competencias que soberanamente ha atribuido a las organizaciones internacionales o supraestatales de integración. Además de ello, en el fuero interno, deberá adoptar aquellas normas o decisiones de carácter internacional o supranacional, con el objeto de que su Constitución y el resto del ordenamiento jurídico sean capaces de responder, de manera eficaz, a los parámetros de conducta que se han establecido de manera concertada por los distintos Estados en el seno de las organizaciones internacionales.

⁴³⁸ El principio de la lógica y coherencia ha sido denominado jurisprudencialmente como *principe allant de soi*, a partir del cual “en el derecho de gentes, una norma consuetudinaria prescribe que un Estado que ha celebrado un convenio internacional, debe introducir en su derecho interno las modificaciones necesarias para asegurar la ejecución de las obligaciones asumidas” Ver: *Exchange des populations grecques et turques, avis consultatif*, 1925, C.P.J.I, Serie B, núm. 10, p. 20, citado en: Corte Interamericana de Derechos Humanos (Pleno) [Internet]. Sentencia de 23 de noviembre de 2009, caso *Radilla Pacheco c Estados Unidos Mexicanos*, [consultado 10 de noviembre 2016]. Disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_209_esp.pdf.

Ciertamente, desde una perspectiva comparada, según la relación entre el Derecho internacional y el Derecho Interno⁴³⁹ establecida en el sistema de integración del Derecho internacional que ha acogido cada Estado, hay situaciones en que las normas internacionales, como regla general, una vez publicadas oficialmente en el país, se incorporan de manera inmediata al ordenamiento interno, pudiendo incluso gozar de jerarquía constitucional, al formar parte del llamado bloque de constitucionalidad (p. ej., tratados de derechos humanos ratificados por los Estados), por lo que su aplicación resulta *self-executing* o inmediata por los distintos órganos de la Administración Pública y, consecutivamente, invocable por los particulares.

⁴³⁹ Dentro de la relación fundamental entre el derecho internacional y el derecho interno, existe un debate académico que se ha reflejado en el Derecho constitucional bajo la teoría dualista, monista y coordinadora o conciliadora. En la primera de ellas, la *teoría dualista*, su máximo exponente fue CARL HEINRICH TRIEPEL, y señala que el Derecho internacional y el Derecho interno al ser autónomos e independientes, además de tener un origen distinto, regulan ámbitos distintos puesto que el ordenamiento internacional se encarga de regular las relaciones que tienen lugar entre Estados, mientras que el ordenamiento interno rige la actividad que se desarrolla entre individuos o entre el Estado y sus súbditos. A raíz de ello, para la aplicación en el foro interno de las normas internacionales, se requiere un acto especial de recepción. En segundo lugar, la *teoría monista*, propuesta fundamentalmente expuesta por HANS KELSEN, sostiene que existe una unidad e integralidad de todos los ordenamientos jurídicos, según el cual todas las normas jurídicas derivan de la obligatoriedad y validez de otras normas superiores o de mayor jerarquía que, dentro de una cadena en cuyo extremo o vertiente piramidal, se situaría la llamada norma fundamental o *grundnorm* que podía ser colocada en el Derecho interno o internacional según los factores éticos o políticos. Sin embargo, entendió que la norma que en definitiva fundamentaba todo el Derecho se trasladaba progresivamente hacia la esfera internacional donde ésta tendría primacía sobre el Derecho interno. En tercero y último lugar encontramos la *teoría coordinadora o conciliadora* que al igual que la teoría monista, se basa en la unidad e integridad de todos los sistemas normativos. Esta teoría no habla de subordinación del Derecho interno a favor del internacional, ni deligación entre éste a favor de aquél, sino de coordinación entre uno y otro sobre la base de normas superiores que, según Pastor Ridruejo, serían precisamente las de Derecho natural. Ver al respecto: PASTOR RIDRUEJO, José Antonio; **Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales**, ob. cit., p. 174-175, y AGUIAR, Asdrúbal; **Código de Derecho internacional. Estudio preliminar y normas básicas**, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2006, p. 230.

Por otro lado, hay casos en los que la recepción del Derecho internacional, pese a su publicación, exige la adopción de medidas legislativas para su ejecución. En este sentido, los Estados deberán ajustar su ordenamiento a la tendencia generalizada en el Derecho globalizado, es decir, al Derecho que es producido como resultado de la integración que ha tenido la sociedad internacional en todos sus niveles y escalas, para, así, dar cumplimiento efectivo a las obligaciones internacionales.

En esta medida, dentro de este nuevo contexto globalizado, los derechos humanos han sido aspectos fundamentales de innovación y cambio en las relaciones de coexistencia y cooperación entre Estados dentro de las organizaciones internacionales y las organizaciones supranacionales de integración.

En este contexto, los tratados internacionales relativos al reconocimiento y protección de derechos han consagrado un estándar jurídico común que no sólo llega a sobreponerse al Derecho interno de los Estados. Además de ello, al referirse a una materia que trasciende la soberanía estatal e interesa a toda la comunidad internacional, vincula a todos los Estados, en el sentido de que éstos deberán ejecutar todas las medidas que resulten necesarias para promoverlos y

garantizarlos, ya que sus violaciones, de acuerdo con el Derecho internacional contemporáneo, se encuentran sujetas a la acción colectiva de los Estados⁴⁴⁰.

Bajo esta percepción, es importante destacar que, en el caso de los sistemas internacionales de protección de derechos humanos, según CARRILLO SALCEDO, han demostrado ser un fecundo cauce para la limitación de la soberanía nacional y un poderoso factor en el proceso de transformación del Derecho internacional⁴⁴¹. Ello podemos constatarlo en la producción de normas que irradian y se integran en el Derecho interno.

En otras palabras, dentro de los sistemas internacionales de protección de derechos humanos, así como también en los mecanismos de tutela de derechos fundamentales que emanan de los sistemas supranacionales de integración, la soberanía nacional no sólo se ve limitada por la producción y aplicación de normas supraestatales. Paralelamente a ello, se ve condicionada por las decisiones emanadas de las autoridades que han sido creadas en virtud de los instrumentos internacionales para velar por el cumplimiento de los compromisos adquiridos por los Estados de promover y proteger los derechos.

Desde esta perspectiva, los actos dictados por los tribunales de las organizaciones internacionales y las organizaciones supranacionales de

⁴⁴⁰ ACEVEDO, Domingo E.; "Relación entre el Derecho internacional y el Derecho Interno", *Revista del Instituto Iberoamericano de Derechos Humanos*, núm. 16, jul.-dic., 1992, p. 134.

⁴⁴¹ CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio; *Soberanía de los Estados y Derechos Humanos en el Derecho Internacional Contemporáneo*, ob. cit., p. 113-114.

integración, al igual que las normas contenidas en los tratados, son de contenido obligatorio para los Estados y, en muchos casos, son capaces de afectar en el orden interno estatal a los derechos de las personas⁴⁴².

Sobre esta base, el poder constituyente, en el nuevo escenario que plantea la globalización, con independencia de que sea un poder que adopta sus decisiones soberanamente, bajo ningún pretexto, puede rechazar u oponerse a adoptar los criterios o lineamientos que han sido preestablecidos en los diversos instrumentos supraestatales ratificados por el Estado. Así ocurre con el presupuesto de los derechos humanos, los cuales, al ser una categoría imprescindible para todo sistema político democrático, requerirán una especial atención del poder constituyente, para adaptar la Constitución a las exigencias propias de la evolución de la sociedad, todo ello en consonancia con los estándares mínimos que la comunidad internacional ha determinado para el respeto y salvaguardia de tales derechos.

Por tanto, los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos, así como el marco normativo-institucional de las organizaciones supranacionales de integración, han sido capaces de influir en el poder constituyente en el momento en que éste pretende, en el ejercicio soberano de sus funciones, fundar, refundar o modificar el orden político-normativo establecido en la Constitución.

⁴⁴² GONZÁLEZ CAMPOS, Julio D.; SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, Luis I., SÁENZ DE SANTAMARÍA, Paz Andrés; *Curso de Derecho Internacional Público*, ob. cit., p. 334-335.

En este sentido, debemos sostener, en primer lugar, que resulta obvio que los instrumentos supraestatales de derechos, llámense declaraciones, tratados, convenciones, convenios, pactos o cualquiera que sea su denominación particular, se integran en el ordenamiento jurídico nacional, y, en razón de constituir una obligación internacional asumida libremente por los Estados, se exige que éstos, para su cumplimiento, lleven a cabo todas las modificaciones normativas necesarias para que su sistema interno se adecúe a las directrices emanadas de instancias internacionales o supraestatales.

Por ende, en esta fase, el poder constituyente puede activarse en su función fundadora, refundadora o reformadora del orden constitucional con el objeto de que los derechos fundamentales que reconoce y garantiza la Constitución concuerden armónicamente con los derechos que han sido consagrados en los tratados que el Estado ha ratificado, para “establecer el estándar más alto de protección, ya sea fijándolo él mismo o, si no lo tiene, igualarlo a aquél más elevado⁴⁴³”.

Por otra lado, dentro de lo que corresponde a la ya estudiada teoría de los condicionantes materiales al poder constituyente derivado, los cuales definimos en su oportunidad como aquellos elementos que resultan inherentes o inmutables al constituyente reformador por constituir parte del núcleo de valores y principios que

⁴⁴³ AGUILAR CAVALLO, Gonzalo; “La internacionalización del Derecho Constitucional”, *Revista de Estudios Constitucionales*, núm. 1, vol. 5, junio, 2007, 231.

fundamentan y legitiman el sistema constitucional democrático, en el supuesto de los tratados internacionales de derechos humanos, desde el momento en que son ratificados por los Estados, se asientan como un condicionante material de carácter heterónomo⁴⁴⁴ que se impone tácitamente al constituyente derivado cuando pretende llevar a cabo alguna reforma constitucional que contradiga los aspectos que se encuentran contenidos en los tratados.

Evidentemente, como consecuencia de las obligaciones adquiridas por un Estado al ratificar un tratado internacional, como es el caso de los instrumentos supraestatales en materia de derechos, el poder constituyente derivado se va a encontrar impedido de llevar a cabo reformas constitucionales que tiendan a contravenir o, simplemente, imponer un menor grado protección al que ha sido consagrado en los instrumentos supraestatales. Y es que en el hipotético caso de realizarse una reforma de esta índole, supondría el incumplimiento del Estado a un compromiso internacional del que consecuentemente lo haría responsable frente a la comunidad internacional.

Por su parte, autores como DÍEZ-PICAZO y TAPIA VALDÉS, han sostenido que, desde la vertiente internacional, los derechos humanos, tanto individuales como colectivos, constituyen principios e instituciones consustanciales a la democracia y

⁴⁴⁴ Los límites materiales heterónomos al poder constituyente derivado son aquellos que derivan de un ordenamiento jurídico ajeno al Derecho interno (p. ej., el Derecho Internacional), que es capaz de incidir y obligar al Derecho interno a respetar y hacer respetar dichos límites. Ver: NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto; "Consideraciones sobre poder constituyente y reforma de la Constitución en la teoría y la práctica constitucional", ob. cit., p. 245.

son principios de *ius cogens* que son impuestos por el Derecho internacional convencional o consuetudinario. En virtud de ello, este tipo de disposiciones normativas van a prevalecer sobre la voluntad y soberanía del Estado, tras superponerse a éste como un límite metajurídico⁴⁴⁵ que restringe el actuar del poder constituyente originario, de modo que el principio de no injerencia en los asuntos internos de los Estados no implica ni implicará una absoluta libertad de decisión que le permita escapar de tales obligaciones internacionales⁴⁴⁶.

En contraposición a estas ideas, ya no desde el aspecto positivista que se encuentra definido normativamente en los instrumentos supraestatales, sino más bien desde la facultad decisoria que poseen las organizaciones internacionales y las organizaciones supranacionales de integración en el ejercicio de sus competencias, en el apartado anterior pudimos analizar una serie de casos paradigmáticos que muestran cómo las instancias supraestatales tienen la capacidad de influir, a través de sus decisiones, en la soberanía nacional de los Estados y el propio poder constituyente.

⁴⁴⁵ Los límites metajurídicos del poder constituyente originario, según expone TAPIA VALDÉS, se refieren a aquellos límites que, no siendo normativos, tienen su origen en el metalenguaje que dimana del sistema democrático constitucional (derechos humanos; principios consubstanciales al sistema político y a la forma del Estado democrático y de derecho; y principios *ius cogens* y el Derecho Internacional), y que justifican y legitiman la existencia o reconocimiento del poder constituyente. Ver: TAPIA VALDÉS, Jorge; "Poder constituyente irregular: los límites metajurídicos del poder constituyente originario", *Revista Estudios Constitucionales*, núm. 2, 2008, p. 132-134.

⁴⁴⁶ DíEZ-PICAZO, Luis María; "Límites internacionales al poder constituyente", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 76, ene.-abr., 2006, p. 13-16.

Así, pues, en dos de los casos analizados, específicamente en los asuntos “*La última tentación de Cristo*”, seguido por la Corte IDH, y “*Tanja Kreil c República Federal de Alemania*”, conocido por el TJCE, el impacto que tuvieron dichas sentencias fue de tal magnitud que forzaron, en el primero de ellos, a que una vez que fue establecida la responsabilidad internacional del Estado chileno por la violación de la CIDH, aquél llevara a cabo la reforma de su Constitución para eliminar las antinomias que planteaba respecto a dicho instrumento internacional, y en el otro, a pesar de no haber sido una exigencia del TJCE en virtud de la naturaleza del caso planteado, a que el Estado alemán modificara su Constitución para adaptarla al Derecho de la Unión, especialmente, a la Directiva 76/207/CEE del Consejo.

Ello hace que podamos considerar al poder constituyente como algo distinto, no ajeno a lo que siempre fue, pero sí modificado⁴⁴⁷. Por lo tanto, la restructuración que podemos hacer de la teoría del poder constituyente, inevitablemente, debe partir de una reflexión sobre sus características básicas, fundamentalmente las ligadas a su autonomía e independencia, que lo configuran como un poder ejercido democráticamente por el pueblo para, en uso de su soberanía, establecer el orden político que se plasmará en la Constitución.

⁴⁴⁷ GARCÍA BELAUNDE, Domingo; “Poder Constituyente: orígenes, desarrollo y modalidades”, en: ***IX Seminario Internacional Justicia Constitucional y Estado de Derecho celebrado en la Paz el 07-09 de junio de 2006***, Tribunal Constitucional de Bolivia y el Colegio de Abogados de la Paz, 2006, p. 9.

Precisamente, a partir de esta iniciativa, es la manera en la que podremos responder a las tres interrogantes fundamentales que suponen las nociones básicas del poder constituyente, es decir, *¿Qué es? ¿Dónde radica? y ¿Quién lo ejerce?*

En la dialéctica del poder constituyente originario/poder constituyente derivado, desde la teoría original de SIEYÈS hasta las reflexiones que ha hecho la literatura política y jurídica del constitucionalismo moderno, se ha sostenido en todo momento que el mismo, en cualquiera de sus funciones, es un poder autónomo e independiente que deriva de la voluntad del pueblo, y, al no encontrarse sujeto a ninguna autoridad o regulación jurídica de índole sustantiva o adjetiva, excepto cuando actúa como reformador del texto constitucional según el marco procedimental que se ha previsto en aquél, tiene la facultad de adoptar de manera libre y soberana todas las decisiones que le permitan articular la Constitución.

De cualquier manera, lo cierto del caso es que, en el mundo contemporáneo, la autonomía e independencia que en todo momento se ha propugnado del poder constituyente se ve supeditada por el fenómeno internacional de la globalización en torno a diversos aspectos, como ocurre con el paradigmático caso de los derechos humanos.

Sin lugar a dudas, la irradiación que ha tenido la integración de la sociedad internacional en todos sus niveles ha configurado un nuevo panorama en el que la comunidad internacional ha dejado de ser “una simple sumatoria de naciones claramente delimitadas y diferenciadas, un simple punto de encuentro temporal o de pasada, sino que ahora se aborda como un real espacio de convivencia, de comunión, de común unión entre los individuos, entre los pueblos, en definitiva, en un espacio donde se busca el bien común de la humanidad⁴⁴⁸”.

Bajo estas precisiones, lo que queremos expresar es que cada Estado, y, por ende, el poder constituyente, al compartir su soberanía con instancias internacionales o supranacionales de integración en el momento en que se hace parte de éstas al ratificar un tratado, debe aceptar los lineamientos e indicaciones en materia de derechos que han sido establecidos, bien en las normas codificadas en los distintos instrumentos normativos, o bien en las decisiones que toman las autoridades supraestatales en el ámbito de sus competencias.

Más allá de todo ello, ocurre, sin embargo, que muchas de las reformas constitucionales que se han llevado a cabo en distintos países desde la segunda mitad del siglo XX y lo que va del siglo XXI, incluso algunas ya no vinculadas específicamente al tema de los derechos humanos, responden a decisiones que han sido adoptadas previamente en sedes supraestatales, como efecto del

⁴⁴⁸ AGUILAR CAVALLO, Gonzalo; “La internacionalización del Derecho Constitucional”, ob. cit., p. 248.

fenómeno internacional de la globalización. Así, por ejemplo, podemos mencionar el caso del Estado español, en las dos únicas reformas constitucionales que se han hecho a su Constitución, en los años 1992 y 2011. Como afirma PÉREZ ROYO, “dichas reformas no han sido propiamente reformas de la Constitución, sino ‘incidentes’ en el proceso de integración de España en la Unión Europea. No han sido el resultado de un impulso interno, sino de un impulso exterior”⁴⁴⁹.

En este sentido, la primera de las reformas constitucionales mencionadas, es decir, la realizada en el año 1992, se llevó a cabo después de que el Consejo Europeo firmara el Tratado de la Unión Europea (Tratado de Maastricht)⁴⁵⁰. En virtud de ello, el Estado español se vio en la obligación de reformar el artículo 13 de su Constitución para incluir la expresión “y pasivo” en su apartado segundo⁴⁵¹, con el objeto de garantizar el derecho al sufragio pasivo en las elecciones municipales a los nacionales de los Estados integrantes de la UE.

Por lo que concierne a la reforma constitucional del año 2011, la misma tuvo lugar tras las directrices que fueron impuestas desde la Unión Europea en ejecución de las políticas económicas establecidas en el marco de la unión económica y monetaria, conforme a lo previsto en el Tratado de la Unión Europea,

⁴⁴⁹ PÉREZ ROYO, Javier; “Por qué en España no se reforma la Constitución”, ob. cit., p. 62.

⁴⁵⁰ El Tratado de Maastricht hizo el reconocimiento de la ciudadanía europea, y, como consecuencia de ello, consagró el derecho al sufragio de todos los ciudadanos europeos para ser electores y elegibles en las elecciones municipales del Estado miembro en el que fueran residentes

⁴⁵¹ España. Congreso de los Diputados [Internet]. Boletín Oficial del Congreso de los Diputados, serie B, núm. 147-5, de 20 de agosto de 1992, [consultado 8 de febrero 2016]. Disponible en http://www.congreso.es/public_oficiales/L4/CONG/BOCG/B/B_147-05.PDF.

en el Protocolo Anejo al Tratado sobre limitación de déficits excesivos y niveles de deuda y en el Pacto de Establecimiento y Crecimiento de 1997 (reformado en 2005 y 2011), para asegurar la continuación de la disciplina fiscal, que, dentro de la zona euro, se había fijado a fin de evitar el riesgo de que el endeudamiento público de los Estados miembros pudiese acabar con el euro⁴⁵².

En este contexto, el Estado español, con el objeto de reforzar los compromisos asumidos con la Unión Europea, el día 6 de septiembre de 2011, llevó a cabo la reforma constitucional del artículo 135 de la Constitución, mediante la cual se sustituyó íntegramente el contenido de dicho artículo para garantizar a nivel constitucional el principio de estabilidad presupuestaria, que vincula a todas las Administraciones Públicas. Ello suponía la adaptación a los cánones de política económica fijados en el marco de la Unión Europea para controlar el nivel de endeudamiento público y prevenir y corregir la aparición de un déficit presupuestario excesivo en la zona euro.

Como podemos observar, está claro que la globalización, desde sus múltiples dimensiones, tiene efectos directos en el Estado constitucional e,

⁴⁵²GARCÍA ROCA, Javier; “El principio de estabilidad presupuestaria y la consagración constitucional del freno al endeudamiento”, en CARBONELL, Miguel (Coord.), FIX FIERRO, Héctor (Coord.), GONZÁLEZ PÉREZ, Luis Raúl (Coord.) y VALADÉS, Diego (Coord.); ***Estado constitucional, derechos humanos, justicia y vida universitaria. Estudios en homenaje a Jorge Carpizo***, Tomo IV, Vol. 2, Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM) – Instituto de Investigaciones Jurídicas (IIJ), México, 2015, p. 735-736.

inevitablemente, en el propio poder constituyente⁴⁵³, que ahora debe analizarse e interpretarse a la luz de los estándares internacionales fijados en los tratados internacionales, decisiones institucionales e incluso jurisprudenciales de carácter internacional y supranacional, como lo son, señaladamente, las fundadas sobre la base de los derechos humanos, pues las obligaciones asumidas por los Estados en esta materia instruyen a todos sus poderes y órganos, sean ordinarios o extraordinarios, para adoptar y hacer efectivo en el foro interno los principios y valores que tales derechos encarnan.

Sobre la base de estas precisiones, debemos insistir en que la globalización, en ningún momento, ha conllevado de facto o *de iure* la desaparición de la soberanía del Estado, ni tampoco la del poder constituyente. De hecho, la afectación que ha sufrido el Estado, y por ende, el poder constituyente, como consecuencia del fenómeno internacional de la globalización, se sintetiza en la transformación que ha sufrido el principio de soberanía del Estado, que ha ido derivando hacia el de soberanía compartida.

Ello significa, el debilitamiento de la capacidad de decisión y acción que tiene el Estado, pues no necesitamos demasiada perspicacia para percatarnos de que en él influyen vigorosas fuerzas exteriores que condicionan su actividad y,

⁴⁵³ FERRAJOLI señala que, dentro de los efectos de la globalización, ha surgido “una suerte de anarcocapitalismo mundial que ha hecho de la falta de reglas –o, agregamos, de la imposición de reglas de excepción, su nueva y particular “*Grundnorm*”, que irradia sobre el Estado y sus Constituciones. Ver: FERRAJOLI, Luigi; “Pasado y futuro del Estado de Derecho”, en: CARBONELL, Miguel (Coord.); **Estado de Derecho. Concepto, fundamentos y democratización en América Latina**, Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), 2002, p. 196.

sucesivamente, en la actividad del poder constituyente en cualquiera de sus funciones.

De este modo, la transformación que la globalización ha forjado en la teoría del poder constituyente se explica en la disminución de su autonomía o independencia respecto a ciertas materias, que el Estado ha cedido a instancias internacionales o supranacionales. En esta idea, es obvio e irrefutable que los representantes del pueblo, en el ejercicio del poder constituyente, son quienes fundan, refundan o modifican el orden constitucional para organizar y limitar el poder del Estado. No obstante, hoy en día, el poder constituyente se encuentra condicionado por normas y decisiones supraestatales que son adoptadas previamente por las distintas instituciones de las organizaciones internacionales o supranacionales de integración, según las competencias que les han sido atribuidas por los propios Estados para su funcionamiento.

De ahí que el poder constituyente, de acuerdo con el esquema de cooperación e integración que interconecta la sociedad internacional, habrá de tener en cuenta los estándares supraestatales a los que el propio Estado se ha sometido, a fin de evitar que una norma constitucional, hipotéticamente, se desvincule del Derecho internacional⁴⁵⁴, lo que, si es un comportamiento reiterado, puede convertirlo en un estado “paria” en el ámbito internacional.

⁴⁵⁴ DÍEZ-PICAZO, Luis María; “Límites internacionales al poder constituyente”, p. 15.

Este es justamente el caso en el que actualmente se ve inmerso el Estado venezolano, que, tras haber objetado los parámetros internacionales emanados de los sistemas internacionales de protección de derechos humanos a nivel universal (p. ej., el informe emanado de Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria del Consejo de Derechos Humanos de la ONU⁴⁵⁵), y regional (p. ej., la denuncia que realizó a la CIDH en 2012), hoy en día ha quedado bajo la mira de la comunidad internacional, que, desde distintos escenarios, viene ejerciendo presión al Gobierno venezolano para que garantice de manera efectiva los derechos que han sido consagrados en los distintos instrumentos internacionales de derechos humanos.

Retomando el tema, de acuerdo con el nuevo esquema de la globalización que hemos venido estudiando, en primer lugar, cuando nos preguntamos *qué es el poder constituyente*, podemos argumentar que es la fuerza propiciada por el propio pueblo, que se manifiesta en dos momentos específicos.

⁴⁵⁵ Un ejemplo de cómo el Estado venezolano ha incumplido con las exigencias emanadas de los órganos internacionales de protección de derechos humanos de los que es parte, podemos observarlo en el informe emanado del Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria del Consejo de Derechos Humanos de la ONU, quien el 15 de septiembre de 2015 instó al gobierno venezolano a liberar al dirigente de oposición Leopoldo López, el cual fue condenado a 13 años de prisión por la presunta comisión de los delitos de instigación pública, asociación para delinquir y daños a la propiedad e incendio intencional en medio de un proceso lleno de irregularidades en violación al debido proceso y el derecho a la defensa. Ver: Organización de las Naciones Unidas. Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos [Internet]. Opinión adoptada por el Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria en su 70° período de sesiones (25 a 19 de agosto de 2014) núm. 26/2014, de 3 de noviembre de 2014, [consultado 15 de enero 2017]. Disponible en <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G14/196/47/PDF/G1419647.pdf?OpenElement>.

En primer lugar, cuando actúa como fuerza política (poder constituyente originario), sin más limitantes que los condicionantes que la sociedad internacional, dentro de nuevo escenario de la globalización, ha reconocido comúnmente como elementos sustanciales de la democracia constitucional (p. ej., respeto de los derechos humanos), en el momento en que el pueblo, por medio de sus representantes, pretende fundar o refundar el orden constitucional.

En segundo lugar, cuando actúa como fuerza jurídica (poder constituyente derivado) que emana directamente de la Constitución y se manifiesta de acuerdo con el procedimiento que ha sido previsto por el constituyente originario en el propio texto fundamental para poder modificarla y adaptarla a las nuevas realidades y exigencias que son propias de la evolución de la sociedad.

Por otra parte, al cuestionarnos *dónde* radica el poder constituyente, teniendo en cuenta la teoría cardinal del poder constituyente formulada por EMMANUEL SIEYÈS y la *praxis* que se ha venido desarrollando en el actual mundo globalizado, resulta indiscutible que el poder constituyente, como fuerza político-jurídica, según la función originaria o derivada que pretenda llevar a cabo, radica en el pueblo, como titular de la soberanía, el cual ejerce dicho poder a través de unos representantes que son elegidos mediante el sufragio universal para llevar a cabo la redacción de la Constitución o su eventual reforma. Finalmente, se ha hecho común que el pueblo manifieste su opinión, mediante referéndum, sobre el texto de la Constitución elaborado por sus representantes, algo que ocurre

también, en ocasiones, en los procedimientos de reforma de la Constitución.

Sobre la base de estas premisas, debemos poner de manifiesto que, si bien las organizaciones internacionales o supranacionales, a través de sus normas o decisiones, condicionan la autonomía e independencia del poder constituyente, también es cierto que, en ningún momento, han llevado a cabo una sustitución formal del poder constituyente en lo que respecta al ejercicio de sus funciones, pues es éste el ente que finalmente adoptará las decisiones que bien considere dentro de su jurisdicción.

En este orden de ideas, en lo que respecta a *quién* es el sujeto que ejerce el poder constituyente en el mundo globalizado, no hay duda alguna de que las organizaciones internacionales o supranacionales, a través de las normas o decisiones que adoptan, de acuerdo con el marco competencial que les ha sido atribuido por los Estados, establecen parámetros de conducta que sujetan y constriñen a éstos últimos frente a la comunidad internacional. No obstante, aquéllas en ningún momento suplen a las instancias nacionales en la adopción definitiva de sus decisiones.

De hecho, en el supuesto de que el parámetro internacional o supranacional emanado de las organizaciones supraestatales pudiera exigir al Estado la modificación de su Constitución, el poder constituyente derivado ejecutará su actividad al tenor de los cauces establecidos en la propia Constitución, y, a fin de

evitar que el Estado incurra en el incumplimiento de un compromiso internacional que ha asumido tras ratificar un tratado, deberá aceptar voluntariamente cada uno de estos condicionantes para adecuar su Derecho interno a las exigencias supraestatales, de manera que de no sea sometido al aislamiento de la comunidad internacional ante una conducta incompatible con el mundo globalizado en el que nos encontramos.

CONCLUSIONES

Como conclusión de la presente investigación, es de interés hacer una descripción del entendimiento que al día de hoy, en el mundo globalizado, y como consecuencia de la influencia de los derechos humanos, podemos tener del poder constituyente.

1.- La teoría del poder constituyente encuentra antecedentes remotos en una serie de ideas desarrolladas por pensadores en distintas fases de la historia. Estas ideas, en su conjunto, sirvieron de sustento para configurar la teoría del poder constituyente, con la que se intentó explicar de manera racional que el origen del poder del Estado, y por consiguiente, la propia Constitución, se erigía sobre la base del principio de soberanía nacional. En este contexto, si bien, en América, la Constitución se produjo inmediatamente como consecuencia de la afirmación de la soberanía popular, en Europa, por su parte, la tradición de la soberanía nacional como soberanía popular debió esperar al siglo XX. .

2.- El poder constituyente surge formalmente en el marco de los movimientos revolucionarios suscitados a finales del siglo XVIII en los Estados Unidos y Francia, como consecuencia de la aplicación práctica de la teoría del contrato o pacto social elaborada por ROUSSEAU, en el momento en que sus respectivas comunidades adquirieron conciencia política y decidieron, de manera voluntaria,

instituir un orden normativo que fuese capaz de organizar y limitar el poder del Estado a través de la Constitución.

3.- Si bien, dentro de la experiencia americana, el concepto de poder constituyente no surgió de manera expresa cuando fue elaborada la Constitución Federal de los Estados Unidos de 1787, por otro lado, su aparición orgánica sí llegó a manifestarse en la práctica, al ser identificado con el principio de soberanía del pueblo. Paralelamente a ello, en lo que respecta al ensayo francés, el concepto de poder constituyente es construido como resultado de la teorización de EMMANUEL SIEYÈS y su subsecuente manifestación práctica, la cual fue utilizada como sustento para arrebatar el poder a Luis XVI y otorgárselo a la representación de la Nación sobre la base de la cual se aprobó la Constitución de 1791.

4.- El poder constituyente, desde sus primeras manifestaciones prácticas en el siglo XVIII, atravesó un largo proceso evolutivo lleno de múltiples vicisitudes, en su mayoría, de tipo político-social, en las que su verdadero sentido y naturaleza, en Europea, como poder basado en las ideas de igualdad y ciudadanía llegó a desaparecer del escenario político-jurídico durante el siglo XIX y las primeras décadas del siglo XX.

5.- El poder constituyente, como resultado de la evolución histórica, debe ser entendido como el poder del sujeto político integrado por el pueblo, sin ningún tipo

de distinción de tipo económico o social, que se manifiesta para establecer la Constitución sobre la base de unos valores que representan a toda la sociedad.

Así pues, tras el establecimiento de las primeras Constituciones escritas, es decir, la Constitución de los Estados Unidos (1787) y Francia (1791), el poder constituyente, en esencia, se presenta como un poder de naturaleza política asentado en el poder soberano del pueblo que se expresa a través de mecanismos democráticos para establecer el orden constitucional. Conceptualizado así, el poder constituyente se extiende en Europa, en oposición a la sociedad burguesa del Estado liberal, a partir de la Primera Guerra Mundial, se consolidará, en algunos Estados de Europa occidental, después de la Segunda Guerra Mundial, y se generaliza en los años noventa del pasado siglo, tras la caída de los regímenes comunistas de Europa oriental.

6.- La caracterización que pueda hacerse del poder constituyente va a depender del objeto y clase a que se refiera su ámbito de actividad, en el sentido de si éste actúa como poder constituyente originario, para fundar o refundar el orden constitucional, o si, por el contrario, actúa como poder constituyente derivado, para modificar el contenido de la Constitución vigente.

Desde esta óptica, el poder constituyente originario es catalogado como un poder de naturaleza predominantemente política que, al derivar directamente de la

soberanía del pueblo, se caracteriza por ser autónomo e independiente, lo que consecuentemente le permite actuar sin ningún tipo de límite o control.

Caso contrario ocurre con el poder constituyente derivado, que es definido como un poder de naturaleza jurídica, tras dimanar directamente de la propia Constitución. En síntesis, es un poder limitado y condicionado que, cuando pretende manifestarse para modificar y adaptar el texto supremo a las exigencias de la sociedad, debe discurrir por los cauces procedimentales y las demás disposiciones normativas que han sido previstas dentro de la propia Constitución.

7.- En la doctrina, dentro del estudio de la teoría del poder constituyente, se ha considerado que sólo el poder constituyente derivado encuentra límites de tipo formal y material que regulan el ejercicio de su actividad y que funcionan como garantía de la rigidez que caracteriza al texto fundamental.

En esta perspectiva, los límites formales al poder constituyente derivado constituyen regulaciones de tipo institucional y procedimental que se encuentran expresamente previstas en la Constitución, y que, de manera necesaria, deben ser respetados en el momento en que se pretenda llevar a cabo alguna modificación del contenido del texto constitucional. Por otra parte, los límites materiales corresponden a regulaciones constitucionales de carácter expreso o implícito que, en sustancia, garantizan la irreformabilidad de determinados principios y normas

previstas en la Constitución que, en algunos países, se consideran irrenunciable del Estado.

8.- A pesar de lo controvertido que ha resultado en el Derecho comparado el reconocimiento de los límites materiales de carácter implícito al poder de reforma de la Constitución hemos sostenido su existencia a partir de la conexión inherente que existe entre el sistema político democrático y la Constitución, pues, como acertadamente se ha señalado, no hay Constitución sin democracia, ni mucho menos democracia sin Constitución⁴⁵⁶.

En otras palabras, respaldamos este argumento en virtud de que la democracia y sus elementos estructurales (p. ej., reconocimiento de derechos fundamentales, separación de poderes y temporalidad en cuanto a periodicidad de elecciones) hacen parte de un Estado que se cimienta en la Constitución, por lo que suprimir dichos elementos a través de los mecanismos de reforma constitucional, tangencialmente, sería contrario al elemento de legitimidad y validez democrática que insufla el poder constituyente originario al momento en que se aprueba la norma fundamental.

9.- El procedimiento por el que se manifiesta el poder constituyente depende del objeto que pretenda llevar a cabo en el ejercicio de su actividad, es decir, si actúa

⁴⁵⁶ FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, Carmen y FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, Alfonso; **Sistema electoral, Partidos Políticos y Parlamento**, Colex, Madrid, 2008, p. 17.

para fundar o refundar el orden constitucional, o si, por el contrario, lo hace para llevar a cabo la reforma de la Constitución.

En el primer caso, es decir, cuando la actividad responde a la fundación o refundación del texto constitucional, de manera común, salvo excepciones muy puntuales, como la ocurrida en el supuesto de la Constitución española de 1978, el poder constituyente originario se manifiesta a través de una Asamblea Constituyente designada por el pueblo con la función exclusiva de redactar y aprobar el texto constitucional. Dentro de este mecanismo, en la mayoría de los casos, según se ha puesto de manifiesto en gran parte de las Constituciones promulgadas desde la segunda mitad del siglo XX, la aprobación definitiva del texto supremo se ve presidida de un referéndum popular de ratificación.

En el segundo caso, es decir, cuando el poder constituyente derivado se manifiesta para elaborar, modificar o derogar alguna norma constitucional, su actividad será ejecutada, principalmente, a través del poder legislativo ordinario, en aplicación de procedimientos legislativos especiales o de mayoría reforzada, que son previstos expresamente dentro de la propia Constitución. Esta afirmación no implica que éste sea el único mecanismo previsto en el Derecho comparado para reformar la Constitución. Sin embargo, sí ha resultado ser el más común, en lo que a la práctica se refiere, dada la complejidad conllevan otros procedimientos, como es el caso de los ejecutados por órganos especiales distintos al legislativo ordinario (Convenciones o Asambleas Nacionales), o los que reconocen al pueblo

distintos niveles de participación en el momento de tramitar o decidir sobre alguna reforma constitucional [p. ej., Colombia (1991), Venezuela (1999), Ecuador (2008) y Bolivia (2009)].

10.- Aunque un sector de la doctrina ha sostenido que las mutaciones constitucionales corresponden a una manifestación más del poder constituyente, catalogado como “poder constituyente difuso”, lo cierto es que esta afirmación, tal como hemos podido demostrar a lo largo en nuestro estudio, resulta una apreciación completamente inoportuna, al no ser predicables de este fenómeno la naturaleza y fin propios del poder constituyente.

Así, mientras las mutaciones constitucionales representan un mecanismo habitual por medio del cual los poderes constituidos, conforme a las competencias que son previstas expresamente en la Constitución, otorgan un complemento hermenéutico al sentido de la misma sin alterar literalmente su contenido, el poder constituyente, por su parte, desde la vertiente de la reforma constitucional, representa una manifestación del principio de soberanía popular a través de la cual se elabora, modifica o deroga alguna norma dentro del propio texto constitucional para ser adaptada a las exigencias que son propias de la evolución del cuerpo social.

11.- La manifestación del poder constituyente en las recientes Constituciones promulgadas en América Latina [Colombia (1991), Venezuela (1999), Ecuador (2008) y Bolivia (2009)], que integran lo que se viene denominando “nuevo

constitucionalismo”, representa un paradigma muy singular para el estudio de la teoría del poder constituyente, en virtud de la forma atípica en que llegó a concretarse su manifestación sustantiva, al refundar el orden constitucional de dichos países en lo que podría considerarse como un poder constituyente originario que actuó sin control ni límite alguno.

De tal manera, aun cuando el principio de soberanía popular tendió un puente para activar el llamamiento a una Asamblea Constituyente a través de la consulta popular, el prestigio que, según los sectores más progresistas de la doctrina, puede tener este mecanismo innovador, desde el punto de vista teórico-dogmático de la Constitución, se ve comprometido por el hecho de contradecir el principio de rigidez constitucional, al articular un mecanismo de modificación constitucional no previsto en la texto fundamental con el que se permitió, sin ningún tipo de control o límite, la refundación *tabula rasa* del orden constitucional en dichos países.

12.- El poder constituyente, como elemento fundamental del Estado constitucional, ha sido un ente político-jurídico que, al igual que el Estado, se ha encontrado sujeto a un largo proceso evolutivo que le exige adaptarse a las nuevas realidades y exigencias de la sociedad, dentro del nuevo escenario internacional de interconexión de las sociedad que provocado por el fenómeno internacional de la globalización.

13.- En lo que refiere a la evolución de la sociedad internacional, la globalización se presenta como un fenómeno actual que incide sobre el Estado, y, consecuentemente, en el estudio de la teoría del poder constituyente. En este sentido, la globalización corresponde a un fenómeno que envuelve a la sociedad en todos sus niveles y escalas desde las distintas dimensiones en las que suele manifestarse.

En suma, el fenómeno internacional de la globalización, además de promover el surgimiento de una diversidad de actores transnacionales y subestatales que actúan en la sociedad internacional junto con los Estados, ha generado una interconexión de los Estados que se ha hecho evidente en el establecimiento de redes regionales o transcontinentales que se ven materializadas en la conformación de organizaciones internacionales y supranacionales creadas en el marco del Derecho internacional de los tratados.

14.- La principal consecuencia del fenómeno internacional de la globalización dentro del Estado constitucional se ve estrechamente ligada a la erosión del principio de soberanía. En este entendido, la soberanía estatal, vinculada tradicionalmente al poder supremo, autónomo e independiente que ostentaba el Estado frente a sus pares, se ve transmutada a favor de una soberanía compartida, dada la relación que hoy día mantiene aquél con autoridades supraestatales (organizaciones internacionales y supranacionales) a las que los propios Estados, soberanamente, han atribuido una serie de competencias

decisorias, normativas o jurisdiccionales que los vinculan frente a la comunidad internacional como parte de los compromisos adquiridos en virtud del Derecho de los tratados.

15.- El carácter vinculante que tienen las decisiones, normas o jurisprudencia emanadas de las organizaciones supraestatales en los Estados, como fuente de Derecho de origen externo, una vez que se incorporan en sus ordenamientos internos, consecuentemente, va a alterar la estructura jerárquica del sistema interno de fuentes del Derecho, dadas las obligaciones internacionales que han sido asumidas por los Estados tras la suscripción y ratificación de los tratados en cuestión.

De ahí que, tratándose de una obligación internacional que resulta jurídicamente exigible, los Estados, se encuentran impedidos de invocar disposiciones de su Derecho interno, incluyendo sus normas constitucionales, para justificar su inobservancia, so pena de incurrir un hecho internacionalmente ilícito, que supone su responsabilidad frente a la comunidad internacional.

16. Los derechos humanos, concebidos como bienes y valores supremos que son comúnmente aceptados por la sociedad internacional, los cuales, una vez positivizados, son exigibles a los Estados como un estándar jurídico mínimo de comportamiento, constituyen un elemento que se ha reforzado particularmente tras la interconexión de la sociedad, como corolario del fenómeno internacional de

la globalización, en la configuración de organizaciones internacionales y supranacionales de integración.

17.- A partir de la conformación de las organizaciones en cuestión, se han originado los denominados sistemas internacionales y regionales de protección de derechos humanos, los cuales, además de reconocer derechos en instrumentos internacionales, es decir, declaraciones, tratados, convenciones, convenios, pactos internacionales o cualquiera que sea su denominación particular, igualmente han creados tribunales especializados que actúan bajo el principio de complementariedad o subsidiariedad en el Derecho internacional, a fin de proteger los derechos que han sido reconocidos en los referidos instrumentos internacionales.

Del mismo modo, dentro de las organizaciones supranacionales propiciadas dentro de los procesos de integración regional, paralelamente, se ha hecho un reconocimiento expreso de derechos fundamentales dentro su marco normativo, que incluyen una serie de mecanismos para su tutela, los cuales son ejercidos los por órganos jurisdiccionales que garantizan la correcta aplicación del Derecho producido por dichas organizaciones.

19.- Las decisiones emanadas de los referidos órganos especializados de protección de derechos humanos constituyen una obligación internacional para aquellos Estados que han reconocido voluntariamente sus competencias. Como

consecuencia, una vez que es determinada la responsabilidad del Estado en las decisiones correspondientes, estarán en la obligación de acatarlas: i) restituyendo la situación jurídica infringida; ii) reparando los daños ocasionados a la víctima como consecuencia de la violación de alguno de los derechos reconocidos en los tratados; y iii) modificando su ordenamiento jurídico interno, incluyendo su Constitución, para adecuarlo a los estándares de respeto de los derechos que han sido reconocidos en los instrumentos internacionales.

19.- En relación con lo anterior, desde el punto de vista práctico, en las sentencias analizadas en la presente investigación, pudo demostrarse cómo la Corte IDH, en el asunto *“La última tentación de Cristo”* de 5 de febrero de 2001, una vez que determinó la responsabilidad internacional del Estado chileno, tras vulnerar la libertad de pensamiento y expresión consagrada en el artículo 13 de la Convención Interamericana de los Derechos Humanos (CIDH), le ordenó modificar su ordenamiento jurídico, específicamente el artículo 19.12 de su Constitución, a fin de que se ajustara a las previsiones de la CIDH, como parte de las obligaciones internacionales adquiridas por Chile al ratificar dicho instrumento internacional.

De la misma manera, se comprobó cómo el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (hoy Unión Europea), tras conocer la cuestión prejudicial en el asunto *“Tanja Kreil c la República Federal Alemania”* de 11 de enero de 2000, llevó a cabo un control normativo del Derecho nacional a la luz del Derecho comunitario (actualmente Derecho de la Unión Europea), a raíz de cual determinó

que el apartado IV del artículo 12A de la Ley Fundamental de la República Federal Alemana contradecía la Directiva 76/207/CEE del Consejo, en cuanto a la igualdad de trato entre hombres y mujeres para el acceso al empleo, la formación y promoción profesional y las condiciones de trabajo.

No obstante, a pesar de que, por la naturaleza del asunto, el TJCE no ordenó al Estado alemán modificar su Derecho interno para adecuarse al Derecho comunitario, aquél, dada la influencia de la sentencia, terminó reformando el inciso final del apartado IV del artículo 12A de la Ley Fundamental de la República Federal Alemana.

20. En el presupuesto de los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos, específicamente, el provisto por la Organización de Derechos Humanos a través del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, como parte de los mecanismos convencionales creados directamente por la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, hemos podido comprobar que aquél órgano, dentro de sus informes periódicos, recomendó al Estado español que llevara a cabo la reforma del artículo 57.1 de su Constitución, en atención al orden de sucesión de la Corona, por constituir una violación flagrante al derecho de igualdad entre hombres y mujeres.

En este contexto, tras análisis de dicho caso, observamos que, si bien el informe en cuestión no impone una obligación directa al Estado español, por el hecho de

ser una mera recomendación que se hizo con respeto a la declaración o reserva que el Gobierno español formuló al ratificar la Convención en cuestión, por otro lado, no puede obviarse que dicha recomendación puso en el punto de mira de la comunidad internacional, en extenso, la situación de la igualdad de derechos entre hombre y mujer en España.

21.- Por tanto, las decisiones adoptadas en los sistemas supraestatales de protección de derechos humanos, en el actual marco de interconexión de la sociedad internacional como efecto directo del fenómeno internacional de la globalización, tienen una enorme influencia dentro del estudio de la teoría del poder constituyente, pues su afirmación como poder político autónomo e independiente, que se manifiesta sin ningún tipo de limitación o condicionante por emanar directamente de la soberanía popular, se ha visto afectada como resultado de la transmutación que se ha dado del principio de soberanía nacional por el de soberanía compartida.

22.- Sin duda alguna, hemos podido demostrar que el ejercicio del poder constituyente, en la actualidad, encuentra una serie de condicionantes en las normas, decisiones y sentencias que emanan de los organismos internacionales y supranacionales, al ser su cumplimiento parte de las obligaciones internacionales que los Estados han asumido en virtud de los tratados internacionales, pues, en el nuevo escenario global cada vez más interconectado, donde los derechos humanos tienen impacto e interés para la comunidad internacional, no es plausible

que los Estados invoquen disposiciones de su Derecho interno, incluyendo su propia Constitución, para justificar el incumplimiento de los instrumentos internacionales que han sido elaborados por las organizaciones internacionales o supranacionales en esta materia.

23.- Dentro de los condicionantes que derivan de las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos en la actual era de la globalización, el poder constituyente estará impedido de entrometerse en aquellas competencias que los Estados han atribuido soberanamente a los sistemas supraestatales de protección de derechos humanos en lo que respecta, por un lado, a la producción de normas en la materia, y, por el otro, a la aplicación que de dichas normas pueden tener los órganos especializados que han sido creados para asegurar su cumplimiento, de acuerdo con el principio de complementariedad o subsidiariedad en el Derecho internacional.

En este sentido, el poder constituyente debe adoptar todas las medidas que resulten necesarias para trasponer armónicamente, dentro de la Constitución, los parámetros mínimos de conducta que son exigidos a los Estados por los instrumentos internacionales de derechos humanos, y así evitar que, tras su inobservancia, el Estado pueda incurrir en un hecho internacionalmente ilícito que acarree su responsabilidad frente a la comunidad internacional.

24.- Desde esta perspectiva, de acuerdo con el nuevo orden que supone la interconexión de la sociedad internacional en la era la globalización, podemos afirmar que el poder constituyente, a raíz de su caracterización tradicional, es un poder político que, día de hoy, tras emanar directamente de la soberanía popular, continúa siendo una fuerza autónoma e independiente que tiene la potestad de adoptar las decisiones que considere pertinentes al momento de fundar, modificar o refundar el orden constitucional.

25.- Sin embargo, un aspecto que bajo ningún motivo puede pasar desapercibido en el nuevo esquema de la globalización respecto a la proyección de los derechos humanos, es que la actuación autónoma e independiente del Estado, y, en consecuencia, la del poder constituyente en cualquiera de sus manifestaciones, se encuentra subordinada a los estándares mínimos jurídicos que han sido impuestos a través de las normas y decisiones originadas en el seno de las organizaciones internacionales o supranacionales en esta materia, como consecuencia de la transmutación del principio de soberanía estatal por el de soberanía compartida.

Ello quiere decir que las normas o decisiones que son adoptadas por dichas organizaciones en ejercicio de las funciones que les han sido atribuidas por los Estados, establecen un condicionante que atañe al poder constituyente, de manera que la inobservancia de las directrices supraestatales no sólo conllevan que el Estado incumpla una obligación internacional, sino que, además, y en su perjuicio, pueden someterlo a la opinión crítica de la sociedad. Esto, en los casos

más extremos, puede conllevar el eventual aislamiento del Estado respecto del resto de la comunidad internacional.

26.- En resumidas cuentas, los instrumentos internacionales de derechos humanos, incluyendo las decisiones y sentencias emanadas de los organismos internacionales y supraestatales, representan actualmente un condicionante para el poder constituyente, puesto que, en el caso de ser obviados, pueden generar importantes dificultades para el Estado a nivel internacional, dada la interconexión e interés común de la sociedad en un tema tan sensible como lo es el respeto y resguardo de los derechos humanos.

BIBLIOGRAFÍA

A

AGUILAR CAVALLO, Gonzalo; “La internacionalización del Derecho Constitucional”, *Revista de Estudios Constitucionales*, núm. 1, vol. 5, junio, 2007.

ACEVEDO, Domingo E.; “Relación entre el Derecho internacional y el Derecho Interno”, *Revista del Instituto Iberoamericano de Derechos Humanos*, núm. 16, jul.- dic., 1992.

AGUIAR, Asdrúbal; *Código de Derecho internacional. Estudio preliminar y normas básicas*, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2006.

ALÁEZ CORRAL, Benito; *Los límites materiales a la reforma de la Constitución española de 1978*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000.

ALÁEZ CORRAL, Benito; “La reforma constitucional como motor de las transformaciones actuales del Estado español”, en: *Derecho constitucional para el Siglo XXI. Actas del VIII Congreso de Derecho Constitucional*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2006.

ALEGRÍA, Héctor; Globalización y Derecho, **Revista Pensar en Derecho de la Universidad de Buenos Aires-Eudeba**, núm. 1, 2012.

ALEXY, Robert; **Teoría del discurso y derechos humanos**, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1995.

ALEXY, Robert; “La naturaleza de la filosofía del derecho”, **Revista Doxa**, núm. 26, 2003.

ALONSO GARCÍA, Ricardo; **El juez nacional en la encrucijada europea de los derechos fundamentales**, Porrúa, México, 2015.

ÁLVAREZ Conde, Enrique y TUR AUSINA, Rosario; **Derecho Constitucional**, Vol. I, Tecnos, Madrid, 1992.

ÁLVAREZ, Tulio; **Instituciones Políticas y Derecho Constitucional**, Tomo II, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2012.

AQUINO, Tomás de; **El Gobierno monárquico o de regimine principum** (Trad. L. Carbonero y Sol), Imprenta y Librería de A. Izquierdo, Sevilla, 1861.

ARAGÓN REYES, Manuel; **Constitución, democracia y control**, Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), México, 2002.

ARANGUREN, José Luis; **Ética y Política**, Guadarrama, Madrid, 1968.

ARBLASTER, Anthony; **Democracia**, Alianza, Madrid, 1992.

ARENDR, Hannah; **On revolution**, Penguin Books, New York, 1990.

ARISTOTELES; **La política**, Espasa-Calpe, Madrid, 1974.

AYALA CORAO, Carlos; “El sistema interamericano de promoción y protección de los derechos humanos”, en FIX-ZAMUDIO, Héctor (Coord.); **México y las declaraciones de derechos humanos**, Corte Interamericana de Derechos Humanos-UNAM, México, 1999.

B

BALAGUER CALLEJÓN, Francisco (Coord.), CÁMARA VILLAR, Gregorio, BALAGUER CALLEJÓN, María, y MONTILLA MARTOS, José; **Introducción al Derecho constitucional**, Tecnos, Madrid, 2014.

BAYONA AZNAR, Bernardo; “La paz en la teoría política de Marsilio de Padua”, *Revista Internacional de Filosofía Contrastada*, núm. XI, 2006.

BECK, Ulrich; *¿Qué es la globalización? Falacias del globalismo, respuestas a la globalización*, Paidós, Barcelona, 2008.

BECK, Ulrich; "El metajuego de la política cosmopolita", *Claves de Razón práctica*, núm. 145, sep. 2004.

BHALLA, A.S.; *Globalization, Growth and Marginalization*, Macmillan, Londres, 1998.

BISCARETTI DI RUFFIA, Paolo; "Sui limite della revisione costituzionale", *Annali del Seminario giuridico dell'Università di Catania*, vol. III, 1949.

BISCARETTI DI RUFFIA, Paolo; *Derecho Constitucional*, Tecnos, Madrid, 1965.

BLANCO A., Joaquín; *Teoría del Poder*, Pirámide, Madrid, 1977.

BOBBIO, Norberto; *Thomas Hobbes*, Ediciones Paradigma, Barcelona, 1991.

BODIN, Jean; *Los seis libros de la República* (Trad. P. Bravo), Tecnos, Madrid, 1997.

BOUTMY, Émile; *Étude de droit constitutionnel: France, Angleterre, États-Unis*, Librairie Plon, Paris, 1909.

BREWER-CARÍAS, Allan; ***Evolución Histórica del Estado. Instituciones Políticas y Constitucionales***, Tomo I, Editorial jurídica venezolana, Caracas, 1996.

BREWER-CARÍAS, Allan; “Poder Constituyente originario y Asamblea Nacional Constituyente. Comentarios sobre la interpretación jurisprudencial relativa a la naturaleza, la misión y los límites de la Asamblea Nacional Constituyente”, en ***Colección de Estudios jurídicos***, núm. 72, 1999.

BREWER-CARÍAS, Allan; ***Golpe de estado y proceso constituyente en Venezuela***, Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), México, 2002.

BREWER-CARÍAS, Allan; “Modelos de revisión constitucional en América Latina”, en ***Derechos Fundamentales, Derecho Constitucional y Procesal Constitucional***, San Marcos, Lima, 2008.

BREWER-CARÍAS, Allan; “Los aportes de la Revolución francesa al constitucionalismo moderno y su recepción en Hispanoamérica a comienzos del siglo XIX”, ***Ars Boni et Aequi***, vol. 7, núm, 2, 2011.

BRYCE, James; ***Constituciones flexibles y constituciones rígidas***, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1952.

BUERGENTHAL, Thomas; GROSSMAN, Claudio y NIKKEN, Pedro; **Manual Internacional de Derechos Humanos**, Editorial jurídica venezolana, Caracas, 1990.

BURDEAU, Georges; **Traité de Science Politique**, Vol. III, Librairie générale de droit et jurisprudence, Paris, 1950.

BURDEAU, Georges; **Traité de Science Politique**, Vol. IV, Librairie générale de droit et jurisprudence Paris, 1953.

C

CARBONELL, Miguel y VÁZQUEZ, Rodolfo; **Estado constitucional y globalización**, Porrúa – Universidad Autónoma de México (UNAM), México, 2001.

CARBONELL, Miguel; **El neoconstitucionalismo en su laberinto**, Trotta, Madrid, 2007.

CARBONELL, Miguel; **En los Orígenes del Estado constitucional: La Declaración Francesa de 1789**, Iustitia S.A.C, Lima, 2012

CARBONELL, Miguel; **Notas sobre el origen de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789**, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, Lima, 2012.

CARPIO MARCOS, Edgar; “Bloque de constitucionalidad y proceso de inconstitucionalidad de las leyes”, **Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional**, núm. 4, 2005.

CARPIZO, Jorge; “La soberanía del pueblo en el derecho interno y en el internacional”, **Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)**, núm. 28, 1982.

CARPIZO, Jorge; “Algunas reflexiones sobre el poder constituyente”, en: **Estudios en homenaje al doctor Hector Fix-Zamudio en sus treinta años como investigador de las ciencias jurídicas**, Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), México, 1988.

CARPIZO, JORGE; “Concepto de democracia y sistema de gobierno en América Latina”, **Revista general de derecho público comparado**, núm. 1, 2007.

CARRÉ DE MALBERG, Raymond; **Teoría general del Estado**, Fondo de Cultura Económico – Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), México, 2000.

CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio; “Derechos Humanos y Derecho Internacional”, *Revista de filosofía moral y política*, núm. 22, 2000.

CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio; ***Soberanía de los Estados y Derechos Humanos en el Derecho Internacional Contemporáneo***, Tecnos, Madrid, 2001.

CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio; “Notas sobre el significado político y jurídico de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 9, 2001.

CASAL HERNÁNDEZ, Jesús María; ***Los derechos humanos y su protección (Estudios sobre derechos humanos y derechos fundamentales)***, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2008.

CASTELLS, Manuel; ***La era de la información: Economía, sociedad y cultura. La sociedad red (Vol. 1)***, Alianza, Madrid, 1997.

CASTELLS, Manuel; ***Globalización, desarrollo y democracia: Chile en el contexto mundial***, Fondo de Cultura Económica, Santiago, 2005.

CASTELLS, Manuel; ***La era de la información. Economía, sociedad y cultura. La sociedad red (Vol. I)***, Siglo XXI editores, México, 2005.

CICCONETTI, Stefano; ***La revisione della costituzione***, Cedam, Padova, 1972.

CONSTANT, Benjamin; ***Escritos políticos*** (Trad. María Luisa Sánchez-Mejía), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989.

CONTRERAS, Manuel; “Sobre las transformaciones constitucionales y sus límites”, ***Revista de Estudios Políticos***, núm. 16, 1980.

CONTRERAS, Manuel; “Sobre el Título X de la Constitución española: de la reforma constitucional”, ***Revista de Derecho Político***, núm. 37, 1992.

CUEVA FERNANDEZ, Ricardo; “Una constitución republicana inglesa: El Instrument of Government de la Commonwealth (1653-1657)”, ***Revista de filosofía del derecho y derechos humanos***, núm. 26, enero 2012.

CH

CHEVALIER, Jacques; ***Historia del pensamiento*** (Trad. J. A. Miguez), Tomo II, Aguilar, Madrid, 1967.

D

DA SILVA, José Alfonso; ***Mutaciones Constitucionales*** (Trad. María del Pilar Hernández), ***Revista mexicana de Derecho Constitucional***, núm. 1, jul.-dic., 1999.

DAU-LIN, Hsü; ***Mutación de la Constitución***, Instituto Vasco de Administración Pública, Oñati, 1998.

DE CABO, Antonio y PISARELLO, Gerardo; ***Constitucionalismo, mundialización y crisis del concepto de soberanía. Algunos efectos en América Latina y en Europa***, Universidad de Alicante, Alicante, 2000.

DE CABO, Carlos; ***La reforma constitucional en la perspectiva de las fuentes del derecho***, Trotta, Madrid, 2003.

DE CABO, Carlos; ***Dialéctica del sujeto dialéctica de la Constitución***, Trotta, Madrid, 2010.

DE ESTEBAN, Jorge y GONZÁLEZ TREVIJANO, Pedro; ***Tratado de Derecho Constitucional III***, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2000.

DE JULIOS-CAMPUZANO, Alfonso; “Globalización, pluralismo jurídico y ciencia del derecho” en DE JULIOS-CAMPUZANO, Alfonso (ed.); ***Dimensiones jurídicas de la globalización***, Dykinson, Madrid, 2007.

DE LA HIDALGA, Luis; ***Teoría general del Estado***, Porrúa, México, 2008.

DE OTTO, Ignacio; **Qué son la Constitución y el Proceso Constituyente**, La Gaya Ciencia, Madrid, 1977.

DE OTTO, Ignacio; **Derecho Constitucional. Sistema de fuentes**, Ariel, Barcelona, 1987.

DE VEGA, Pedro; **La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente**, Tecnos, Madrid, 1985.

DE VEGA, Pedro; "Mundialización y Derecho Constitucional: La crisis del principio democrático en el constitucionalismo actual", **Revista de Estudios Políticos**, núm. 100, abr.-jun., 1998.

DEL ARENAL, Celestino; **Introducción a las relaciones internacionales**, Tecnos, Madrid, 2007.

DEL ARENAL, Celestino; "Mundialización, creciente interdependencia y globalización en las relaciones internacionales", **Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria-Gasteiz 2008**, Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, 2009.

DEL ARENAL, Celestino; “Globalización y humanización en las relaciones internacionales”, en RODRÍGUEZ VIRGILI, J. (ed.); ***Un renacentista del siglo XXI, Homenaje al profesor Pedro Lozano Bartolozzi***, EUNSA, Pamplona, 2010.

DESLANDRES, Maurice; ***Histoire constitutionnelle de la France, de 1789 à 1870***, Vol. I, París, 1932.

DÍAZ RICCI, Sergio; ***Teoría de la reforma constitucional***, Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM) – Universidad Complutense de Madrid - Ediar, Buenos Aires, 2004.

DÍAZ RICCI, Sergio; “Rigidez constitucional. Un concepto toral”, ***Estado constitucional, derechos, justicia y vida universitaria***, Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), México, 2015.

DÍEZ DE VELASCO, Manuel; ***Instituciones del Derecho internacional público***, Tecnos, Madrid, 2007.

DÍEZ DE VELASCO, Manuel; ***Las organizaciones internacionales***, Tecnos, Madrid, 2010.

DÍEZ-PICAZO, Luis María; “Límites internacionales al poder constituyente”, ***Revista Española de Derecho Constitucional***, núm. 76, ene.-abr., 2006.

DÍEZ-PICAZO, Luis María; **Sistema de Derechos Fundamentales**, Thomson Civitas, Madrid, 2008.

DULITZKY, Ariel; “El retiro del reconocimiento de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos por parte de Perú. Análisis Jurídico”, **Pensamiento Constitucional**, Vol. 6, núm. 6, 1999.

DWORKIN, Ronald; **Los derechos en serio**, Ariel, Barcelona, 1984

E

ECHEVERRI URUBURU, Álvaro y DUQUE AYALA, Corina; **Políticas y Constitucionalismo en Suramérica. El poder político, la democracia y los retos del Estado Social de Derecho en Suramérica**, Ibáñez, Bogotá, 2015.

ELSE, Jon y SLAGTAD, Rune; **Constitucionalismo y democracia** (Trad. Mónica Untrillo de Neira), Colegio Nacional de Ciencias Políticas y Administrativas – Fondo de Cultura Económica, México, 1999.

EMHKE, Horst; “Grenzen der Verfassungsänderung”, en HÄBERLE, P. (ed.); **Beiträge zur Verfassungstheorie und Verfassungspolitik**, Athenäum Verlag, Berlín, 1953.

F

FAJARDO, Ángel; **Principios del Derecho Constitucional general**, Nus, Caracas, 2002.

FARIÑAS, María José; “De la globalización económica a la globalización del derecho: Los nuevos escenarios jurídicos”, **Derechos y libertades: revista del Instituto Bartolomé de las Casas**, núm. 8, 2000,

FAVOREU, Louis; **La révision de la Constitution**, Economica-Puam, París, 1993.

FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, Carmen y FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, Alfonso; **Sistema electoral, Partidos Políticos y Parlamento**, Colex, Madrid, 2008.

FERNÁNDEZ SARASOLA, Ignacio; “La idea de la constitución real en Gran Bretaña”, **Fundamentos**, núm. 6, 2010.

FERRAJOLI, Luigi; **Los fundamentos de los derechos fundamentales**, Trotta, Madrid, 2001.

FERRAJOLI, Luigi; “Pasado y futuro del Estado de Derecho”, en: CARBONELL, Miguel (Coord.); **Estado de Derecho. Concepto, fundamentos y**

democratización en América Latina, Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), 2002.

FIORAVANTI, Maurizio; **Constitución: De la Antigüedad a nuestros días**, Trotta, Madrid, 2001.

FIX-ZAMUDIO, Héctor; “El Sistema americano de protección de los derechos humanos”, **Cuaderno de Investigaciones Jurídicas**, núm. 1, ene.-abr., 1986.

G

GARCÍA-ATANCE, María; “La reforma constitucional y las cláusulas de intangibilidad”, **Revista de Derecho Político**, núm. 37, 1992.

GARCÍA-ATANCE, María; **Reforma y permanencia**, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002.

GARCÍA BELAUNDE, Domingo; “Sobre el control de la reforma constitucional (con especial atención a la experiencia jurídica peruana)”, **Revista de Derecho Político**, núm. 66, 2006.

GARCÍA BELAUNDE, Domingo; “Poder Constituyente: orígenes, desarrollo y modalidades”, en: **IX Seminario Internacional Justicia Constitucional y Estado**

de Derecho celebrado en la Paz el 07-09 de junio de 2006, Tribunal Constitucional de Bolivia y el Colegio de Abogados de la Paz, 2006.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; **La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional**, Civitas, Madrid, 1985.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; **La lengua de los derechos. La formación del derecho público europeo tras la Revolución Francesa**, Alianza, Madrid, 1994.

GARCÍA LÓPEZ, Eloy; “Poder constituyente evolutivo en las crisis de la modernidad política”, en YEPES ARCILA, Hernando y SUELT COCK, Vanessa (Eds.); **La Constitución 20 años después**, Ibáñez, Bogotá, 2012.

GARCÍA-PELAYO, Manuel; **Derecho Constitucional Comparado**, Manuales de la Revista de Occidente, Madrid, 1964.

GARCÍA-PELAYO, Manuel; **Obras Completas Tomo I**, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009.

GARCÍA PICAZO, Paloma; **Teoría breve de las Relaciones Internacionales**, Tecnos, Madrid, 2006.

GARCÍA ROCA, Javier; “El principio de estabilidad presupuestaria y la consagración constitucional del freno al endeudamiento”, en CARBONELL, Miguel (Coord.), FIX FIERRO, Héctor (Coord.), GONZÁLEZ PÉREZ, Luis Raúl (Coord.) y VALADÉS, Diego (Coord.); ***Estado constitucional, derechos humanos, justicia y vida universitaria. Estudios en homenaje a Jorge Carpizo***, Tomo IV, Vol. 2, Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM) – Instituto de Investigaciones Jurídicas (IIJ), México, 2015.

GARCÍA SEGURA, Caterina; “La globalización en la sociedad internacional contemporánea: dimensiones y problemas desde la perspectiva de las relaciones internacionales”, en ***Curso de Derecho Internacional de Vitoria-Gasteiz 1998***, Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco-Tecnos, Madrid, 1999.

GARRORENA MORALES, Ángel; ***Derecho Constitucional. Teoría de la Constitución y sistema de fuentes***, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2011.

GARRIDO GOMEZ, María Isabel; ***Las transformaciones del derecho en la Sociedad Global***, Arazandi, Madrid, 2010.

GUASTINI, Ricardo; ***Estudios de Teoría Constitucional***, Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), México, 2001.

GIDDENS, Anthony; ***Un mundo desbocado. Los efectos de la globalización en nuestros días***, Taurus-Pensamiento, Madrid, 1999.

GILPIN, Robert; ***La Economía política de las relaciones internacionales*** (Trad. Cristina Piña), Grupo Editor Latinoamericano, Buenos Aires, 1990.

GONZÁLEZ CAMPOS, Julio D.; SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, Luis I., SÁENZ DE SANTAMARÍA, Paz Andrés; ***Curso de Derecho Internacional Público***, Civitas, Madrid, 2008.

H

HÄBERLE, Peter; “Verfassungsinterpretation und Verfassungsgebung”, ***Zeitschrift für das Schweizerische Recht***, núm. 189, 1978.

HÄBERLE, Peter; “El concepto de los derechos fundamentales”, en SAUCA, José (ed.); ***Problemas actuales de los derechos fundamentales***, Universidad Carlos III, Madrid, 1994.

HÄBERLE, Peter; ***Pluralismo y Constitución: Estudios de Teoría Constitucional de la Sociedad Abierta*** (Trad. Emilio Mikunda), Tecnos, Madrid, 2002.

HÄBERLE, Peter, ***El Estado constitucional***, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2007.

HELD, David; ***Democracy and Global Order. From the Modern State to Cosmopolitan Governance***, Stanford University Press, Stanford, 1995.

HELD, David; MCGEW, Anthony; GOLDBLATT, David; y PERRATON, Jonathan; ***Global transformations. Politics, Economics and Culture***, Stanford University Press, California, 1999.

HELD, David y MCGREW, Anthony; ***Globalización/Antiglobalización. Sobre la reconstrucción del orden mundial***, Paidós, Barcelona, 2003.

HELD, David; ***Modelos de Democracia***, Alianza, Madrid, 2006.

HELLER, Hermann; ***Teoría del Estado***, Fondo de Cultura Económica, México, 1963.

HESSE, Konrad; ***Die Normative Kraft der Verfassung***, Tübingen, 1959.

HESSE, Konrad; ***Escritos de Derecho constitucional*** (Trad. Pedro Cruz Villalón), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983.

HERNÁNDEZ CAMARGO, Lolymar; ***El proceso constituyente venezolano de 1999***, Academia de Ciencias Políticas y Sociales de Venezuela, Caracas, 2008.

HERNÁNDEZ VALLE, Rubén; “El poder constituyente derivado y los límites jurídicos del poder de reforma constitucional”, **Revista Española de Derecho Constitucional**, núm. 37, Ene.-Abr., 1993.

HOBBS, Thomas; **Leviathan**, Pogson-Smith, Oxford, 1909.

I

IBÁÑEZ, Josep; “La realidad de la globalización. Procesos, factores y actores de un incipiente sistema global”, **Revista de Investigaciones Políticas y Sociológicas**, Vol. 1, núm. 1, 1999.

J

JÁUREGUI BERECIARTU, Gurutz; “Estado, Soberanía y Constitución: Algunos retos del Derecho Constitucional ante el siglo XXI”, **Revista de Derecho Político**, núm. 44, 19.

JELLINEK, Georg; **Allgemeine Staatslehre**, Springer, Berlin, 1914.

JELLINEK, Georg; **Reforma y Mutación de la Constitución** (Trad. Christian Föster), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.

JELLINEK, Georg; ***Teoría general del Estado***, Fondo de Cultura Económica, México, 2000.

JELLINEK, Georg; ***La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, México***, Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM) – Instituto de Investigaciones Jurídicas (IIJ), México, 2003.

JELLINEK, Walter; ***Grenzen der Verfassungsgesetzgebung***, Julius Springer, Berlin, 1931.

JIMÉNEZ CAMPO, Javier; “Algunos problemas de interpretación en torno al título X de la Constitución”, ***Revista del Departamento de Derecho Político***, núm. 7, 1980.

K

KAPLAN, Marcos; ***Estado y Globalización***, Universidad Autónoma de México (UNAM), 2002.

KAPLAN, Marcos; ***Estado y globalización***, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2002.

KELSEN, Hans; ***Esencia y valor de la democracia*** (Trad. Rafael Luengo Tapia y Luis Legaz Lacambra), Editorial Labor, Barcelona, 1934.

KELSEN, Hans, ***Teoría general del Estado***, Editora Nacional, México, 1965.

KELSEN, Hans; ***Teoría General del Derecho y del Estado*** (Trad. Eduardo García Meynes), Universidad Nacional Autónoma de México, México (UNAM), 1988.

KEOHANE, Robert y NYE, Joseph; ***Poder e interdependencia. La política mundial en transición***, GEL, Buenos Aires, 1988.

L

LASSALLE, Ferdinand; ***¿Qué es una Constitución?***, Ariel, Barcelona, 2002.

LERDA, Juan Carlos; “Globalización y pérdida de autonomía de la autonomía de las autoridades fiscales, bancarias y monetarias”, ***Revista de la CEPAL***, núm. 58, abr. 1996.

LOEWENSTEIN, Karl; ***Political Reconstruction***, Macmillan, New York, 1946.

LOEWENSTEIN, Karl; ***Teoría de la Constitución***, Ariel, Barcelona, 1965.

LOMBRA, Raymond E. y WITTE, Willard E.; ***The Political Economy of International and Domestic Monetary Relations***, Ames, Iowa, 1982.

LÓPEZ BASAGUREN, Alberto; “Sobre la reforma de la Constitución. Una visión de conjunto”, en ARAGÓN, Jorge (Dir.); Por una reforma Constitucional, **Gaceta Sindical reflexión y debate**, núm. 23, dic. 2014.

LUCAS VERDÚ, Pablo; **Curso de Derecho Político**, Vol. II, Tecnos, Madrid, 1976.

M

MADURO LUYANDO, Eloy y PITTIER SUSCRE, Emilio, **Curso de Obligaciones. Derecho Civil III**, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2002.

MARTÍN y PÉREZ DE NANCLARES, José; “La protección de los derechos fundamentales en la UE: cuestiones pendientes tras la Carta de Niza”, **Anuario Jurídico de la Rioja**, núm. 6-7, 2000-2001.

MARTÍN y PÉREZ DE NANCLARES, José; “La protección de los derechos sociales en la Unión Europea: sobre el papel cuasiconstitucional del Tribunal de Justicia”, en VON BOGDANDY, Armin; FIX-FIERRO, Héctor; MORALES ANTONIAZZI, Mariela y FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (Coords.); **Construcción y papel de los derechos sociales fundamentales. Hacia un ius constitutionale commune en América Latina**, Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), México, 2011.

MARTÍN VIDA, María Ángeles; “La reforma del artículo 12a de la Ley Fundamental de Bonn a raíz de la sentencia <<Kreil>> del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas”, **Revista de derecho Constitucional Europeo**, núm. 1, 2004.

MARTÍNEZ DE BRINGAS, Asier; “Globalización y Derechos Humanos”, **Cuadernos Deusto de Derechos Humanos**, Universidad de Deusto-Bilbao, núm. 15, 2001.

MARTÍNEZ LACY, Ricardo; “La Constitución mixta de Polibio como modelo político”, *Revista Studia Historica-Historia Antigua*, núm. 23, 2005.

MARTÍNEZ SOSPEDRA, Manuel; **Manual de Derecho Constitucional. Parte General**, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2007.

MERTENS, Leonard; **Crisis Económica y Revolución Tecnológica. Hacia nuevas estrategias de las organizaciones sindicales**, Editorial Nueva Sociedad – Organización Regional Interamericana de Trabajadores (ORIT), Caracas, 1991.

MAZZIOTTI DI CELSO, Manlio y SALERNO, Giulio; **Manuale di diritto costituzionale**, CEDAM, Padova, 2002.

MCILWAIN, Charles Howard; **Constitucionalismo antiguo y moderno**, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1991.

MORCILLO MORENO, Juana; “Fuentes del derecho comunitario”, en ORTEGA ÁLVAREZ, Luis (Dir.) y MORENO MOLINA, José A. (Coord.); **Derecho Comunitario Europeo**, Lex Nova, Valladolid, 2007.

MORTATI, Costantino; “Appunti sul problema delle fonti del potere costituente”, **Rassegna di diritto pubblico**, Vol. 1, 1946.

MÉNDEZ MAGDALENO, Jari L.; **La Constitución como proceso político**, Dykinson, Madrid, 2012.

MIR PUIGPELAT, Orio; **Globalización, Estado y Derecho. Las transformaciones recientes del Derecho administrativo**, Thomson Civitas, Madrid, 2004.

MORTATI, Constantino; **Raccolta di scritti**, I, Giuffrè, Milán, 1972.

MUJAL LEÓN, Eusebio; **La Globalización y sus consecuencias a nivel internacional, regional y nacional**, El Príncipe, Universidad de Georgetown, 2003.

MURPHY, Walter F.; “Merlin’s memory: the past and future imperfect of the once and future polity”, en LEVINSON, Sanford (ed.); ***Responding to imperfection. The theory and practice of constitutional amendment***, Princeton University Press, Princeton, 1995.

N

NAVAS CASTILLO, Antonia y NAVAS CASTILLO, Florentina; ***El Estado Constitucional***, Dykinson, Madrid, 2009.

NEGRI, Antonio; ***El poder constituyente***, Traficante de sueños, Madrid, 2015.

NIKKEN, Pedro; “El concepto de Derechos Humanos”, en: ***Seminario sobre Derechos Humanos mayo-junio de 1996 celebrado en la Habana***, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, 1997.

NINO, Carlos; ***Ética y derechos humanos***, Paidós, Buenos Aires, 1984.

NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto; “Consideraciones sobre poder constituyente y reforma de la Constitución en la teoría y la práctica constitucional”, ***Revista Ius et Praxis***, núm. 15, 2009.

P

PALOMBELLA, Gianluigi; ***Constitución y soberanía: el sentido de la democracia constitucional*** (Trad. José Calvo González), Comares, Granada, 2000.

PARAMIO, Ludolfo; “Giro a la izquierda”, ***Revista Nueva Sociedad***, núm. 205, septiembre-octubre, 2006.

PASTOR RIDRUEJO, José Antonio; “Sobre la universalidad del Derecho internacional de los derechos humanos”, ***Anuario de Derechos Humanos (Nueva Época)***, Vol. 12, 2011.

PASTOR RIDRUEJO, José Antonio; ***Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales***, Tecnos, Madrid, 2015.

PECES-BARBA MARTINEZ, Gregorio; ***Derecho positivo de los derechos humanos***, Editorial Debate, Madrid, 1987.

PÉREZ LUÑO, Antonio; ***Derechos Humanos, Estado de derecho y Constitución***, Tecnos, Madrid, 1995.

PÉREZ LUÑO, Antonio E.; ***Los Derechos Fundamentales***, Tecnos, Madrid, 2007.

PÉREZ ROYO, Javier; ***La reforma de la Constitución***, Congreso de los Diputados, Madrid, 1987.

PÉREZ ROYO, Javier; “El derecho constitucional en la formación del jurista”, ***Revista Española de Derecho Constitucional***, núm. 46, Ene.-Abr., 1996.

PÉREZ ROYO, Javier; ***Curso de Derecho Constitucional***, Marcial Pons, Madrid, 13a ed., revisada y puesta al día por M. Carrasco Durán, Madrid, 2012.

PÉREZ ROYO, Javier; “Por qué en España no se reforma la Constitución”, en LÓPEZ GARRIDO, D. (Dir.) y MARTÍNEZ ALARCÓN, M. L. (Coord.); ***Reforma constitucional y estabilidad presupuestaria. El artículo 135 de la Constitución española***, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2013.

PÉREZ ROYO, Javier; ***La reforma constitucional inviable***, Madrid, 2015.

PÉREZ SERRANO, Nicolás; ***El Poder Constituyente***, Gráfica Administrativa, Madrid, 1947.

PÉREZ SERRANO, Nicolás; ***Poder Constituyente. Discurso del Académico de Número D. Nicolás Pérez Serrano***, Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, Madrid, 1947.

PÉREZ SERRANO, Nicolás; ***Tratado de Derecho Político***, Civitas, Madrid, 1984.

PÉREZ TREVIÑO, José Luis; ***Los límites jurídicos al soberano***, Tecnos, Madrid, 1998.

PISARELLO, Gerardo; ***Procesos constituyentes. Caminos para la ruptura democrática***, Trotta, Madrid, 2014.

PIZZORUSSO, Alessandro; “Las ‘generaciones’ de derechos”, ***Anuario de Derechos Humanos (Nueva Época)***, Vol. 3, 2002.

PLATÓN; ***Libro III.: Leyes, Obras Completas de Platón*** (Trad. D. Patricio de Azcárate), Biblioteca Filosófica, Madrid, 1872.

PORRAS NADALES, Antonio; “Notas sobre la teoría del poder constituyente y la experiencia española”, ***Revista de Estudios Políticos***, núm. 24, 1981.

PORRÚA PÉREZ, Francisco; ***Teoría del Estado***, Porrúa, México, 2005.

PRIETO SANCHÍS, Luis; **Constitucionalismo y Positivismo**, Editorial Fontamara, México, 1999.

R

RAGONE, Sabrina; **El control judicial de la reforma constitucional. Aspectos teóricos y comparativos**, Porrúa, México, 2012.

RECASENS SICHES, Luis; **Historia de las doctrinas sobre el contrato social**, Universidad Autónoma de México (UNAM), México, 2003.

RIVERO, Jean; **Les libertés Publiques**, Vol. I, Presses universitaires de France, París, 1973.

RODRIGUES CANOTILHO, Mariana; “El sistema constitucional de Portugal”, **Revista de derecho constitucional europeo**, núm. 14, 2010.

RODRÍGUEZ-IZQUIERDO SERRANO, Myriam; “Pluralidad de jurisdicciones y tutela de los derechos”, **Revista española de derecho constitucional**, año 36, núm. 107, 2016.

ROLLNERT LIERN, Göran; “La mutación constitucional entre la interpretación y la jurisdicción constitucional”, **Revista Española de Derecho Constitucional**, núm. 101, may.-ago., 2014.

ROMBOLI, Roberto; “Rottura, revisione o riforma “organica”. Limiti e procedure”, // **Ponte**, núm. 3, 1996.

ROUSSEAU, Jean-Jaques; **El contrato social**, Editorial Aguilar, Madrid, 1975.

ROUSSEAU, Jean-Jaques; **Escritos Políticos** (Trad. José Rubio Carracedo), Trotta, Madrid, 2006.

RUBIO LLORENTE, Francisco; “Mostrar los derechos sin destruir la Unión”, **Revista Española de Derecho Constitucional**, núm. 64, año 22, ene.-abr., 2002.

S

ANDRÉS SAENZ DE SANTAMARÍA, P; “La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea en la práctica española”, **Revista de Derecho de la Unión Europea**, núm. 15, 2008.

SAGÜÉS, Néstor Pedro; **Manual de derecho constitucional**, Astrea, Buenos Aires, 2007.

SAGÜÉS, Néstor Pedro; “Notas sobre el poder constituyente irregular”, **Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano**, año XV, 2009.

SANAHUJA, José Antonio; “Entre Washington y Westfalia: desarrollo y cohesión social en la globalización”, **Papeles de cuestiones internacionales**, núm. 87, 2004.

SÁNCHEZ LORA, Juan Carlos; “De la ilegitimidad democrática de los tribunales constitucionales en el nuevo constitucionalismo bolivariano. Casos: Venezuela, Ecuador y Bolivia”, **Revista de Derecho Público**, núm. 129, ene.-mar., 2012.

SÁNCHEZ URRUTIA, Ana Victoria; “Mutación Constitucional y fuerza normativa de la Constitución. Una aproximación al origen del concepto”, **Revista Española de Derecho Constitucional**, núm. 58, ene.-abr., 2000.

SARTORI, Giovanni; **Teoría de la democracia. 1. El debate contemporáneo**, Alianza, Madrid, 2005.

SCHMITT, Carl; **Teoría de la Constitución** (Trad. Francisco Ayala), Alianza, Madrid, 1982.

SERNA DE LA GARZA, José María; **Impacto e implicaciones constitucionales de la globalización en el sistema jurídico mexicano**, Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), México, 2012.

SERRANO ALBERCA, José Manuel; ***El orden de sucesión a la Corona española, abdicaciones y renunciaciones (artículo 57 de la Constitución española)***, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 2013.

SIEYÈS, Emmanuel; ***¿Qué es el Tercer Estado?*** (Trad. Francisco Ayala), Aguilar, Madrid, 1973.

SIEYÈS, Emmanuel, ***Qu'est-ce que le tiers eta?*** (1789), Quadrigue/Presses Universitaires de France, Paris, 1983.

SIEYÈS, Emmanuel; ***¿Qué es el tercer Estado?***, Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), México, 1983.

SOBERANES F., José Luis; ***Sobre el origen de las declaraciones de los derechos humanos***, Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), México-D.F., 2009.

SOSPEDRA MARTÍNEZ, Manuel; ***Manual de Derecho Constitucional. Parte General***, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2007.

SUNSTEIN, Cass; ***The Declaration of Independence and the Constitution of the United States of America***, Georgetown University Press, Washington D.C., 2003.

STERN, Klaus; ***Derecho del Estado de la República Federal Alemana*** (Trad. Javier Pérez Royo y Pedro Cruz Villalón), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1987.

STRANGE, Susan; “*Still an Extraordinary Power: America's Role in a Global Monetary System*”, en: LOMBRA, Raymond E. y WITTE, Willard E.; ***The Political Economy of International and Domestic Monetary Relations***, Ames, Iowa, 1982.

STRANGE, Susan; ***Dinero loco. El descontrol del sistema financiero global***, Paidós, Madrid, 1999.

T

TAPIA VALDÉS, Jorge; “Poder constituyente irregular: los límites metajurídicos del poder constituyente originario”, ***Revista Estudios Constitucionales***, núm. 2, 2008.

TORO HUERTA, Mauricio Iván; “El principio de subsidiariedad en el derecho internacional de los derechos humanos con especial referencia al sistema interamericano”, en: ***La Corte Interamericana de Derechos Humanos a veinticinco años de su funcionamiento***, Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), México, 2007.

TORRES DEL MORAL, Antonio; ***Principios del derecho constitucional español***, Tomo I, Facultad de Derecho Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2004.

TORRES DEL MORAL, Antonio; ***Introducción al Derecho Constitucional***, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, 1996.

TORRES DEL MORAL, Antonio; “Fórmulas para el establecimiento de la igualdad sucesoria en la Corona”, ***Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol***, núm. 54/55, 2006.

TOUCHARD, Jean; ***Historia de las ideas políticas***, (Trad. J. Pradera), Tecnos, Madrid, 1972.

V

VÁSQUEZ, Luis Daniel y SERRANO, Sandra; “Los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. Apuntes para su aplicación práctica”, en: ***La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma***, Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), México, 2011.

VERA SANTOS, José Manuel; ***La reforma constitucional en España***, La Ley, Madrid, 2007.

VILA CASADO, Iván; **Fundamento del Derecho Constitucional Contemporáneo**, Legis, Bogotá, 2012.

VILLALÓN, Pedro Cruz; **La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad**, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1987.

VILLÁN DURÁN, Carlos; “La protección de los derechos humanos en el sistema de las Naciones Unidas”, **Jueces por la democracia**, núm. 24, 1994.

VILLÁN DURÁN, Carlos; **Curso de Derecho Internacional de los Derechos Humanos**, Trotta, Madrid, 2002.

VILLEGAS DELGADO, César; “La Sumisión del Poder Público en el Civil Law y en el Common Law: Estado de Derecho, Rule of Law y su expansión en el ámbito internacional”, **Boletín Comparado de Derecho Mexicano**, Vol. XLVI, núm. 137, mayo-agosto 2013.

VITTORIO ENMANUEL, Orlando; **La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori dell'Assemblea costituente, Vol. I**, Camera dei Deputati-Segretariato generale, Roma, 1970.

Z

ZAGREBELSKY, Gustavo; *El derecho dúctil*, Trotta, Madrid, 1997.

JURISPRUDENCIA Y DICTÁMENES

Colombia. Corte Constitucional (Pleno) [Internet]. Sentencia núm. C-551/03, de 10 de julio de 2003 [consultado 25 de mayo 2015]. Disponible en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/C-551-03.htm>.

Consejo de Estado español. Informe sobre modificaciones a la Constitución española [consultado 6 de noviembre 2016]. Disponible en <http://www.consejo-estado.es/pdf/modificaciones%20constitucion%20esp.pdf>.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (Pleno) [Internet]. Opinión Consultiva núm. OC-2/82, de 24 de septiembre de 1982 [consultado 8 de septiembre 2016]. Disponible en http://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia/ficha_opinion.cfm?nId_Ficha=16&lang=es.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (Pleno) [Internet]. Sentencia de 24 de septiembre de 1999, caso *Tribunal Constitucional c Perú* (Competencia)

[consultado 18 de noviembre 2016]. Disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_55_esp.pdf.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (Pleno) [Internet]. Sentencia de 5 de agosto de 2008, caso *Apitz y otros (Corte Primera de lo Contencioso Administrativo) c Venezuela* [consultado 18 de noviembre 2016]. Disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_182_esp.pdf,

Corte Interamericana de Derechos Humanos (Pleno) [Internet]. Sentencia de 23 de noviembre de 2009, caso *Radilla Pacheco c Estados Unidos Mexicanos* [consultado 10 de noviembre 2016]. Disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_209_esp.pdf.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (Pleno) [Internet]. Sentencia de 28 de agosto de 2014, caso *personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana* [consultado 18 de noviembre 2016]. Disponible en http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_282_esp.pdf.

Organización de las Naciones Unidas. Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos [Internet]. Opinión adoptada por el Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria en su 70° período de sesiones (25 a 19 de agosto de 2014) núm. 26/2014, de 3 de noviembre de 2014 [consultado 15

de enero 2017]. Disponible en <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G14/196/47/PDF/G1419647.pdf?OpenElement>.

Organización de las Naciones Unidas. Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer: Observaciones finales sobre los informes periódicos séptimo y octavo combinados de España [consultado 6 de noviembre 2016]. Disponible en http://www.msssi.gob.es/ssi/igualdadOportunidades/internacional/onu/Documentos/Observaciones_finales_Comite_CEDAW.pdf.

Perú. Tribunal Constitucional (Pleno) [Internet]. Sentencia núm. 0014-2002-AI/TC, de 21 de enero de 2011 [consultado 03 de marzo 2015]. Disponible en <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00014-2002-AI.html>.

República Italiana. Corte Constitucional (Pleno) [Internet]. Sentencia núm. 1146/1988, de 29 de diciembre de 1988 [consultado 22 de mayo 2015]. Disponible en <http://www.cortecostituzionale.it/actionSchedaPronuncia.do?anno=1988&numero=1146>.

República Dominicana. Tribunal Constitucional (Pleno) [Internet]. Sentencia TC/0256/14, de 4 de noviembre de 2014 [consultado 18 de noviembre 2016]. Disponible en

<https://www.tribunalconstitucional.gob.do/sites/default/files/documentos/Sentencia%20TC%200256-14%20%20%20%20C.pdf>.

República Bolivariana de Venezuela. Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia (Pleno). Sentencia núm. 1939/2008 de 18 de diciembre de 2008 [consultado 18 de noviembre 2016]. Disponible en <https://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/Diciembre/1939-181208-2008-08-1572.html>.

Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas [Internet]. Sentencia C-25/62, asunto *Plaumann & Co. c Comisión de la Comunidad Económica Europea*, de 15 de julio de 1953 [consultado 31 de octubre 2016]. Disponible en <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?jsessionid=9ea7d2dc30d5b5193d5a6b9a4bca98c9bc510c6818f8.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxuNbxr0?text=&docid=87101&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=25270>.

Tribunal de Justicia de las Comunidades Europea [Internet]. Sentencia C-273/97, asunto *Angela María Sirdar c The Army Board, Secretary of State for Defence*, de 26 de octubre de 1999 [consultado 2 de noviembre de 2016]. Disponible en <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?jsessionid=9ea7d2dc30d5c1ab19eb171c4e94bc5da6bc59938b45.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxuSbxj0?text=&docid=44803&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=582614>.

Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (Tribunal de Justicia) [Internet]. Sentencia C-285/98, asunto *Tanja Kreil c República Federal Alemania*, de 11 de enero de 2000 [consultado 2 de noviembre de 2016]. Disponible en <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=44931&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=694426>.

Tribunal General del Tribunal de Justicia de la Unión Europea [Internet]. Auto de inadmisión, C-18/10, asunto *Inuit Tapiriit Kanatami y otros c Parlamento y Consejo*, de 6 de septiembre de 2011 [consultado 31 de octubre 2016]. Disponible en <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=109461&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=314014>.

PÁGINAS WEB

Biblioteca del Congreso Nacional de Chile; ***Historia de la Ley N° 19.742. Reforma Constitucional que elimina la censura cinematográfica sustituyéndola por un sistema de calificación y que consagra el derecho a la libre creación artística*** [consultado 1 de noviembre 2016]. Disponible en [https://www.google.com.mx/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwjKmLGn_5HQAUGYiYKHZcMCfMQFggcMAA&url=http%3A%2F%2Fwww.leychile.cl%2FNavegar%2Fscripts%2Fobtienearchivo%3Fid%](https://www.google.com.mx/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwjKmLGn_5HQAUGYiYKHZcMCfMQFggcMAA&url=http%3A%2F%2Fwww.leychile.cl%2FNavegar%2Fscripts%2Fobtienearchivo%3Fid%2F)

3Drecursoslegales%2F10221.3%2F4748%2F1%2FHL19742.pdf&usg=AFQjCNG17hhlOqxhuM0bdSeJDs0sVTtAhg&sig2=jHQDPwudTxShrJKdosPmEQ.

BREWER-CARÍAS, Allan; “La reforma constitucional y fraude a la Constitución” [consultado 15 de junio 2015]. Disponible en [http://allanbrewer.com/Content/449725d9-f1cb-474b-8ab2-41efb849fea8/Content/II,%204,%20639.%20REFORMA%20CONSTITUCIONAL%20Y%20%20FRAUDE%20A%20LA%20CONSTITUCI%C3%93N%20Monterrey%202009.doc\).pdf](http://allanbrewer.com/Content/449725d9-f1cb-474b-8ab2-41efb849fea8/Content/II,%204,%20639.%20REFORMA%20CONSTITUCIONAL%20Y%20%20FRAUDE%20A%20LA%20CONSTITUCI%C3%93N%20Monterrey%202009.doc).pdf)

CARRASCO DURÁN, Manuel; “Relaciones entre la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y la Declaración de Derechos contenida en la Constitución”, en *La Constitución Española treinta años después de la integración europea*, XIV Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España de Deusto, celebrado los días 4 y 5 de febrero de 2016 [consultado 30 de octubre de 2016]. Disponible en <http://congresoace.deusto.es/wp-content/uploads/2016/01/Mesa-1-Carrasco.pdf>.

España. Instrumento de Ratificación de 16 de diciembre de 1983 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, hecha en Nueva York el 18 de diciembre de 1979. *Boletín Oficial del Estado*, de 21 de marzo de 1984, núm. 69 [consultado 6 de noviembre 2016]. Disponible en

<https://www.boe.es/boe/dias/1984/03/21/pdfs/A07715-07720.pdf>.

España. Congreso de los Diputados [Internet]. Boletín Oficial del Congreso de los Diputados, serie B, núm. 147-5, de 20 de agosto de 1992 [consultado 8 de febrero 2016]. Disponible en

http://www.congreso.es/public_oficiales/L4/CONG/BOCG/B/B_147-05.PDF.

GARCÍA CASADO, Cristina; “La CIDH enfrenta su peor crisis financiera en medio de críticas de países OEA”, **Agencia EFE**, 29 de mayo de 2016, Disponible en <http://www.efe.com/efe/america/portada/la-cidh-enfrenta-su-peor-crisis-financiera-en-medio-de-criticas-paises-oea/20000064-2939661>.

GARCÍA VILLALÓN, Eli; “Por fin ha llegado el momento de subir los salarios en España”, **Diario de Sevilla**, 11 de febrero de 2017, Disponible en: http://www.diariodesevilla.es/economia/llegado-momento-subir-salarios-Espana_0_1108089337.html.

Organización de las Naciones Unidas; “Documentos del quincuagésimo período de sesiones”: **Anuario de la Comisión de Derecho Internacional**, Vol. II, primera parte, 1998 [consultado 12 de septiembre 2016]. Disponible en https://books.google.com.mx/books?id=_zXQXk1xuwC&pg=PA151&lpg=PA151&dq=corte+internacional+de+justicia+fallos+Barcelona+Traction+Light+erga+omnes&source=bl&ots=kgBUcclZce&sig=3mernXdxBpNFwUkRJxzGFqBppl&hl=es&sa=X

[&ved=0ahUKEwjnp_KzrLPAhVCGx4KHVM1CeUQ6AEILTAD#v=onepage&q=corte%20internacional%20de%20justicia%20fallos%20Barcelona%20Traction%20Light%20erga%20omnes&f=false.](#)

Organización de las Naciones Unidas. Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos [consultado 2 de octubre 2016]. Disponible en <http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/TBPetitions/Pages/HRTBPetitions.aspx#interstate>.

Organización de las Naciones Unidas. Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos [consultado 13 de octubre 2016]. Disponible en http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/SP/Manual_Operations2008.pdf.

Organización de las Naciones Unidas. Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos [consultado 12 de octubre 2016]. Disponible en http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/ComplaintProcedure/Pages/FAQ_sp.aspx#faq3.

Unión Europea. *Acces to European Unión law* [consultado 28 de agosto 2016]. Disponible en <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=URISERV:l14548>.

Unión Europea. *Acces to European Unión law* [consultado 28 de agosto 2016].
Disponble en <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=uriserv:l14547>.

TOURAINÉ, Alan; “La globalización como ideología”, ***El País***, 29 de septiembre de
1996, Disponible en
http://elpais.com/diario/1996/09/29/opinion/843948007_850215.html.