



UNIVERSIDAD PABLO DE OLAVIDE

**PROGRAMA DE DOCTORADO EN
CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS**

TESIS DOCTORAL

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

Iván de la Blanca Miranda

Directores: Antonio Carlos Wolkmer

María Holgado González

Sevilla, España

Febrero de 2022

RESUMEN

La presente tesis doctoral trata acerca de la relación entre el fenómeno constituyente y los derechos humanos. Siguiendo este objeto, se advierte que las principales tendencias doctrinales al respecto no son capaces de definir la naturaleza y el sentido de los procesos reales que dan vida a los anteriores. Las concepciones preponderantes en este ámbito presentan significativas carencias, tanto descriptivas como normativas: más bien, su función principal es la legitimación de los órdenes políticos dominantes (sean locales o global). Sin embargo, en términos generales, las corrientes de pensamiento que se califican a sí mismas como críticas tampoco han logrado caracterizar exhaustivamente estos procesos: en particular, esto se hace evidente en los distintos análisis del fenómeno constituyente. La aceptación de los principios del cosmopolitismo aparece como una tendencia generalizada en el conjunto de la teoría jurídica, lo cual se refleja en las propuestas sobre la interrelación entre el proceso constituyente y los derechos humanos: ello conlleva la propensión a apoyar la limitación del alcance de la actividad constituyente, por el bien de la afirmación de los derechos humanos “universales”. Tal postura no sólo contribuye a reducir las posibilidades de transformación del orden social en cada país, sino también sirve para el fortalecimiento del sistema político global imperante. Por tanto, la presente disertación desarrolla la proposición de redefinir sustancialmente estos dos conceptos: su punto de partida consiste en que estas ideas deben estudiarse como categorías no solo jurídicas sino también políticas, cuya comprensión sustantiva únicamente puede lograrse adoptando una perspectiva teórica coherentemente crítica. En este sentido, se sostiene la necesidad de la aplicación integral del principio de autodeterminación en procesos constituyentes emancipadores, con el fin de facilitar su éxito.

Palabras clave:

constitución; Derecho internacional; derechos humanos; proceso constituyente

ABSTRACT

The present doctoral dissertation deals with the connection between the constituent phenomenon and human rights. Following this object, it is noticed that the main doctrinal currents in this regard are unable to define the nature and meaning of the real processes that give life to the former. The prevailing conceptions in this sphere show significant shortcomings, both descriptive and normative: rather, their primary function is the legitimation of dominant political orders (whether local or world-wide one). However, in general terms, the schools of thought that describe themselves as critical have not managed to characterise comprehensively these processes either: in particular, this becomes evident in the different analyses of the constituent phenomenon. The acceptance of the tenets of cosmopolitanism appears as a widespread tendency in legal theory as a whole, which is reflected in the proposals about the interrelation between constituent process and human rights: it entails the inclination to support the limitation of the reach of constituent activity, for the sake of the affirmation of “universal” human rights. Such position not only contributes to reduce the possibilities for transformation of the social order in every country, but also serves for the strengthening of the ruling global political system. Therefore, the present dissertation develops the proposition to redefine substantially these two concepts: its basis is that these ideas should be studied not only as juridical but also as political categories, whose substantive comprehension can be attained solely by adopting a coherently critical theoretical perspective. In this sense, it is argued the necessity of the comprehensive application of the principle of self-determination in emancipatory constituent processes, in order to facilitate their success.

Keywords:

constituent process; constitution; human rights; international law

Al Túmulo del Rey Felipe II de Sevilla

«¡Voto a Dios que me espanta esta grandeza
y que diera un doblón por describilla!
Porque ¿a quién no suspende y maravilla
esta máquina insigne, esta riqueza?

Por Jesucristo vivo, cada pieza
vale más de un millón, y que es mancilla
que esto no dure un siglo, ¡oh gran Sevilla!,
Roma triunfante en ánimo y nobleza.

Apostaré que el ánima del muerto,
por gozar este sitio, hoy ha dejado
la gloria donde vive eternamente».

Esto oyó un valentón, y dijo: «Es cierto
cuanto dice voacé, señor soldado,
y el que dijere lo contrario, miente».

Y luego, incontinente,
caló el chapeo, requirió la espada,
miró al soslayo, fuese y no hubo nada.

Miguel de Cervantes Saavedra

ÍNDICE

LISTA DE ABREVIATURAS Y SIGLAS	10
INTRODUCCIÓN	12
1. EVOLUCIÓN Y ACTUALIDAD DE LA FORMULACIÓN MATRIZ DE LOS DERECHOS HUMANOS	21
1.1. Los factores políticos e ideológicos en la historia de la definición de los <i>derechos humanos</i> desde 1945.	21
1.1.1. El consenso antifascista, como fundamento de la formación original del sistema contemporáneo de derechos humanos.	22
A) El camino hacia la conformación del sistema internacional de los derechos humanos.	22
B) El proceso de elaboración de la Declaración Universal de Derechos Humanos.	32
C) Crítica a la concepción <i>celebratoria</i> acerca de la Declaración Universal.	38
1.1.2. Los derechos humanos y la dimensión ideológica de la Guerra Fría.	45
A) La preparación de los Pactos internacionales de derechos humanos.	45
B) Los sistemas regionales de derechos humanos, como estrategia de conformación de un “estándar” occidental.	51
C) El discurso de los <i>derechos humanos</i> y el retroceso de la perspectiva socialista en Occidente.	57
D) Los <i>derechos humanos</i> , como ariete ideológico contra el campo socialista.	60
1.1.3. La mutación de la comprensión de los derechos humanos conforme a la estrategia <i>neoliberal</i> global.	64
A) Sentido, imperativos y métodos fundamentales de la estrategia <i>neoliberal</i> .	64
B) La formación del nuevo estándar <i>universal</i> de los derechos humanos.	67
1.2. Los rasgos fundamentales del discurso hegemónico respecto a los <i>derechos humanos</i>.	75
1.2.1. La fundamentación esencialista de los derechos humanos.	75
A) La realización de la <i>naturaleza humana</i> en la concepción de los <i>derechos humanos</i> .	75
B) El concepto de <i>dignidad humana</i> .	79
1.2.2. La cuestión de la universalidad de los derechos humanos.	83
A) La teoría de las “generaciones” de <i>derechos humanos</i> .	83
B) Las consecuencias de la idea de <i>universalidad</i> de los derechos humanos.	87
1.2.3. La funcionalidad efectiva de las visiones dominantes acerca de los derechos humanos en el orden global.	91
A) Realidad y función de los “valores” contenidos en la concepción dominante de los <i>derechos humanos</i> .	91
B) Los argumentos <i>económicos</i> y <i>políticos</i> en la teoría sobre los <i>derechos humanos</i> .	97
C) El proceso de <i>legitimación</i> del sistema internacional de los derechos humanos.	100

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

2. LA NATURALEZA POLÍTICA Y JURÍDICA DEL FENÓMENO CONSTITUYENTE	107
2.1. Panorámica evolutiva de los procesos constituyentes desde la década de 1970.	107
2.1.1. Los procesos de homologación política al “estándar” normativo occidental.	109
A) Los antecedentes <i>intelectuales</i> : los casos de Alemania y Japón.	110
B) La contradicción entre <i>revolución</i> y <i>reforma</i> : el ejemplo portugués.	117
C) Colapso dictatorial y cambio institucional: el caso de Grecia.	127
D) La <i>Transición</i> : continuidad y ruptura <i>política</i> en España.	129
E) El proceso de transición <i>constitucional</i> brasileño.	145
F) El reajuste “democrático” del orden político de Filipinas.	148
G) El proceso constituyente paraguayo como operación de <i>recambio</i> institucional.	153
H) El fin del régimen del <i>apartheid</i> y la transición sudafricana.	156
2.1.2. Contexto, función y resultados de las contrarrevoluciones neoliberales.	159
A) El precedente <i>lejano</i> : el “golpe de timón” francés de 1958.	160
B) La <i>contrarrevolución</i> como núcleo de un nuevo orden <i>político</i> : el caso chileno.	164
C) Golpe de Estado y “transición” institucional en Turquía.	168
D) Panorámica de las transiciones post-socialistas en Europa Central y Oriental.	171
E) “Autogolpe” y gobierno <i>de facto</i> : el proceso constituyente de Perú.	176
F) El golpe de Estado de 1993 en la Federación Rusa.	180
2.1.3. Afirmación “popular” y transformaciones políticas en América Latina y Asia durante la década de 2000.	183
A) Un precursor ambiguo: el proceso constituyente colombiano de 1990-1991.	184
B) La formación de la República Bolivariana de Venezuela.	190
C) La creación del Estado Plurinacional de Bolivia.	195
D) Transformación social y proceso constituyente en Ecuador.	198
E) República, cuestión federal y cambio social: el proceso constituyente en Nepal.	201
2.2. Los debates acerca de las definiciones fundamentales del fenómeno constituyente.	206
2.2.1. Las teorías hegemónicas acerca del poder y el proceso constituyentes y sus insuficiencias.	207
A) Las concepciones <i>positivistas</i> del Derecho y los procesos constituyentes.	207
B) El <i>dogma</i> de la soberanía popular y el fenómeno constituyente.	216
C) La función <i>ideológica</i> de las teorías dominantes sobre el fenómeno constituyente.	230
2.2.2. Las teorías “contrahegemónicas” acerca del fenómeno constituyente: análisis y críticas.	244
A) <i>Constitucionalismo democrático</i> y poder constituyente.	244
B) Las teorías políticas <i>postmodernas</i> y el fenómeno constituyente.	257
C) Las limitaciones comunes de las teorías <i>contrahegemónicas</i> sobre el poder constituyente.	267
2.2.3. Naturaleza y rasgos del fenómeno constituyente, en su realidad como proceso social.	271
A) Principios elementales y categorías analíticas del <i>fenómeno constituyente</i> .	271
B) La cuestión del “poder constituyente” y la contradicción fundamental del <i>fenómeno constituyente</i> .	289
C) La naturaleza de la <i>Constitución</i> : <i>contenido</i> y <i>forma</i> del fenómeno constituyente.	300

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

3. LOS DERECHOS HUMANOS Y LAS LIMITACIONES JURÍDICAS A LOS PROCESOS CONSTITUYENTES	314
3.1. La intervención de los sistemas internacionales de derechos humanos en los fenómenos constituyentes: realidades y peligros.	314
3.1.1. La cuestión de las prohibiciones y restricciones generales en la configuración y el desarrollo del fenómeno constituyente.	315
A) La propuesta de existencia de límites “inmanentes” a los cambios constitucionales.	315
B) La relación genérica entre Derecho <i>interno</i> y Derecho <i>internacional</i> .	319
C) La posición del Derecho internacional de los derechos humanos como sistema jurídico “supraordenado” al Derecho <i>interno</i> .	328
3.1.2. La posibilidad de supervisión de los procesos constituyentes desde el Derecho internacional de los derechos humanos.	333
A) Sobre el concepto de “comunidad internacional”.	334
B) La personalidad jurídica internacional del individuo humano.	340
C) Mecanismos generales de supervisión jurídica internacional en el diseño constituyente de los distintos países.	343
D) Las especificidades de los sistemas regionales de protección de los derechos humanos.	352
3.1.3. ¿Cuál es la significación real de que los procesos constituyentes puedan ser intervenidos desde los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos?	361
A) Las consecuencias internas: manipulación de los criterios de “legitimidad” del orden político de un país.	361
B) La intervención directa de actores exteriores: dimensiones, manifestaciones y consecuencias.	369
3.2. Tendencias teóricas en la relación entre derechos humanos y proceso constituyente: críticas y soluciones.	384
3.2.1. Las propuestas de construcción de un “constitucionalismo global” trascendente a la soberanía “estatal”.	385
A) Los argumentos principales de las propuestas cosmopolitas hegemónicas.	385
B) La labor de justificación de la Unión Europea.	393
C) Crítica a las tesis del “constitucionalismo global”.	395
3.2.2. La visión defensora del “cosmopolitismo emancipador”: propuestas e incógnitas.	400
A) Las orientaciones e ideas principales de la corriente cosmopolita <i>contrahegemónica</i> .	400
B) La cuestión de la articulación jurídica del “cosmopolitismo emancipador”.	401
C) El problema de la convalidación implícita del orden global en el pensamiento cosmopolita “alternativo”.	404
3.2.3. El proceso constituyente, como fenómeno integral de la autodeterminación de una sociedad.	408
A) Los rasgos esenciales del derecho de libre determinación de los pueblos en el Derecho internacional.	408
B) La negación efectiva del derecho de libre determinación en la doctrina jurídica hegemónica.	413
C) Fundamentación emancipadora del principio de autodeterminación: proceso constituyente y transformación social.	418

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

CONCLUSIONES	428
BIBLIOGRAFÍA	433

LISTA DE ABREVIATURAS Y SIGLAS

ANC	African National Congress [Congreso Nacional Africano]
AP	Alianza Popular
CDS	Partido do Centro Democrático Social
CDU	Christlich Demokratische Union Deutschlands [Unión Demócrata Cristiana de Alemania]
CEE	Comunidad Económica Europea
CIC	Candidatura Independiente de Centro
EE. UU.	Estados Unidos de América
FMI	Fondo Monetario Internacional
KKE	Kommunistikó Kómma Elládas [Partido Comunista de Grecia]
KPD	Kommunistische Partei Deutschlands [Partido Comunista de Alemania]
MDP/CDE	Movimento Democrático Português / Comissão Democrática Eleitoral
MFA	Movimento das Forças Armadas
ND	Néa Dimokratía [Nueva Democracia]
OEA	Organización de los Estados Americanos
ONU	Organización de las Naciones Unidas
OTAN	Organización del Tratado del Atlántico Norte
PASOK	Panellínio Sosialistikó Kínima [Movimiento Socialista Panhelénico]
PCE	Partido Comunista de España

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

PCF	Parti Communiste Français [Partido Comunista Francés]
PCP	Partido Comunista Português
PPD	Partido Popular Democrático
PS	Partido Socialista
PSOE	Partido Socialista Obrero Español
PSP-US	Partido Socialista Popular - Unidad Socialista
SACP	South African Communist Party [Partido Comunista Sudafricano]
SPD	Sozialdemokratische Partei Deutschlands [Partido Socialdemócrata de Alemania]
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
UCD	Unión de Centro Democrático
URSS	Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas
UE	Unión Europea

INTRODUCCIÓN

El presente estudio surge, primariamente, a partir de la constatación de una candente necesidad, referente a la comprensión de la interrelación entre las distintas áreas de conocimiento de las ciencias sociales, en sus planos teóricos más generales. Se trata de clarificar cuáles son los fundamentos conceptuales que permiten caracterizar *conjuntamente* la realidad general, que es el mismo objeto de estudio para cada una de las mismas.

Efectivamente, la realidad de las sociedades, sean históricas o actuales, no es comprensible únicamente desde dimensiones analíticas particulares. Aun a riesgo de incurrir en una simplificación excesiva, se puede afirmar con seguridad que resulta imposible esclarecer la comprensión de todo fenómeno significativo en el devenir de la vida social sin tener en cuenta (aunque, ciertamente, no siempre con idéntica ponderación) las aportaciones de las distintas áreas del conocimiento centradas en el ámbito del derecho, la economía, la historia o la política. Esto, que en términos abstractos es generalmente asumido como una evidencia, es, sin embargo, obviado habitualmente en la práctica de las disciplinas científicas particulares, de forma que tanto los objetos de estudio como los enfoques de investigación suelen delimitarse de forma separada y cerrada unos de otros (aunque formalmente no suela aparecer así).

No obstante, la cuestión planteada no obedece a la voluntad de perfeccionamiento de la labor investigadora en el ámbito académico, en pos de lograr una suerte de “virtuosismo” que se pretenda justificar por sí mismo. El peligro de aislar las distintas perspectivas resulta bien patente en la ruptura del vínculo entre teoría y práctica: se presentan, así, unas concepciones teóricas que no son capaces de describir las tendencias existentes en la realidad social y una acción en la vida “diaria” carente de toda orientación en sus posibilidades o limitaciones (sean sustanciales o contingentes). En esta situación, se anula completamente la propia tarea científica, que queda reducida, en el mejor de los casos, a una actividad especulativa (justificada solamente en sí y por sí misma), si no como mero adorno legitimador de cualquier concepción sobre la

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

sociedad que se quiera promover. Así pues, la perspectiva teórica fundamental que orienta este estudio no puede otra ser sino *crítica*¹.

No obstante, y dada la natural inmensidad de una posible tarea de estudio de la realidad social humana en cuanto tal, sí es necesario cualificar fenómenos concretos destacados dentro de la misma, como objetos concretos de investigación, siempre que se tenga debida cuenta de su naturaleza tendencialmente interdisciplinar y que se recuerde que los fenómenos seleccionados están conectados con la realidad material a la que pertenecen. En este sentido, el presente estudio adopta como objeto de investigación la interrelación entre dos fenómenos característicos de la realidad política y jurídica, como son los *derechos humanos* y los *procesos constituyentes*.

Efectivamente, el estudio del dominio genérico de lo conocido como *derechos humanos* abarca múltiples perspectivas que, si bien se centran usualmente en el ámbito jurídico, también se reflejan en muchos otros aspectos del análisis de la vida social en general. Desde luego, el desarrollo de tales visiones (o, en determinados momentos y lugares, la preponderancia de unas frente a otras) se justifica por las múltiples cuestiones a las que es preciso plantear respuestas claras, tales como la voluntad de fortalecer la materialización efectiva de los derechos humanos reconocidos, hacer frente a las violaciones de estos o cuestionar su fundamentación esencial. Sin embargo, la adopción de un determinado punto de vista acerca de los derechos humanos ha de plantearse desde la conciencia del marco real global en el que se hallan, también en su desarrollo histórico. Más concretamente, no es posible separar la interpretación dominante acerca de los derechos humanos respecto de la existencia de múltiples poderes económicos y políticos definidos a escala planetaria, integrados en un orden hegemónico global (consolidado por el cumplimiento de la estrategia *neoliberal* en las últimas décadas). Ello exige, por tanto, evitar la adopción de cualquier clase de postura *acrítica* acerca de los derechos humanos: más concretamente, y en lo que respecta a la dimensión jurídica internacional de los derechos humanos, esta premisa ha de aplicarse a la formulación de concepciones de carácter “universalista” o “cosmopolita”, de cuya

¹ Para la caracterización del pensamiento crítico (tanto en general como, especialmente, en su expresión en el ámbito jurídico), DE CABO MARTÍN, C., «Propuesta para un constitucionalismo crítico», pp. 390-391, HERRERA FLORES, J., *Los derechos humanos como productos culturales. Crítica del humanismo abstracto*, pp. 177 y 179 y WOLKMER, A. C., *Teoría crítica del Derecho desde América Latina*, pp. 23, 37 y 40-43 (siguiendo también a Luis Alberto Warat).

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

aplicación podría derivarse la imposición a todo el mundo de una visión particularista y sesgada de los derechos humanos, que impulsase el desarrollo de agendas propiamente neocoloniales.

En líneas similares se muestra la comprensión general existente acerca de los procesos constituyentes. Hasta la fecha, los principales estudios acerca del fenómeno constituyente en la dogmática jurídica se han centrado, de forma abrumadora, en el análisis de procesos formales de elaboración de textos constitucionales. Los debates en torno a las diferencias (y tensiones) entre reforma y ruptura constitucional han dominado las orientaciones de las aportaciones doctrinales, dejando en un segundo plano la imbricación real de tales transformaciones en los cambios políticos (en lo que ha sido, en sentido genérico, un dominio reservado principalmente a la ciencia política). Esta desconexión efectiva entre lo que usualmente se reconoce como “lo político” y “lo jurídico” en el estudio del fenómeno constituyente es fuente de importantes problemas. Por una parte, dificulta el esclarecimiento de las causas de la transformación de los sistemas constitucionales, ocultándolas tras velos de misterio difícilmente disipables; por otra, contribuye a la formulación de concepciones de sentido netamente *idealista*, cuyas reducidas potencialidades explicativas solo se ven compensadas por sus capacidades apoloéticas del orden político imperante, sea a nivel local o global.

En consecuencia, una pregunta continúa surgiendo a la hora de abordar el entrecruzamiento de los interrogantes anteriores: si, tal como se acepta generalmente en la ciencia jurídica, el fundamento de los ordenamientos jurídicos estatales reside en la materialización de la “soberanía” (una de cuyas expresiones necesarias se puede hallar en la consecución, presente o pasada, de procesos constituyentes), ¿cómo es posible casar esta concepción con la visión ampliamente extendida de los derechos humanos como núcleo de un pretendido “horizonte civilizatorio común”, trascendente a las determinaciones soberanas particulares? Por lo tanto, la tarea teórica que se plantea es analizar si las nociones de *derechos humanos* y *fenómeno constituyente* son tendencialmente antagónicas, y si fueran tal, hasta qué punto y en qué condiciones. La importancia práctica de esta cuestión es crucial, en lo que respecta a la voluntad de comprensión y apoyo a los múltiples procesos de emancipación social actuales y futuros, dentro de los cuales se hallan tanto el propósito de materialización de los derechos humanos y la consecución del ejercicio pleno de la soberanía en los distintos

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

países: tales iniciativas se basan en la consideración de que las líneas anteriores son partes complementarias y necesarias del conjunto, y no opciones excluyentes entre sí. Sin lugar a duda, el momento decisivo en el que se pueden revelar en toda su extensión las posibles contradicciones entre derechos humanos y soberanía es en la eclosión y configuración del proceso constituyente: de aquí deriva la pertinencia del estudio de la relación entre estos dos fenómenos.

En términos muy resumidos, la finalidad de la investigación reside en esclarecer el sentido real de la interacción entre derechos humanos y fenómeno constituyente: en consecuencia, se trata de elaborar una concepción teórica que permita una integración común de la comprensión política y jurídica de los derechos humanos y el fenómeno constituyente. Para ello, se requiere dar respuesta a dos cuestiones fundamentales, de lo cual deviene la consecución de varios objetivos específicos:

1. ¿Es posible desarrollar una teoría crítica que caracterice tanto los derechos humanos como el fenómeno constituyente? Ello se concreta en dos tareas principales. La primera consiste en determinar cómo se comprenden generalmente los derechos humanos en la actualidad, a la vista de la realidad social y de las corrientes teóricas hegemónicas en el sistema internacional de derechos humanos. La segunda se plasma en la definición de la naturaleza y aspectos *sustanciales* del fenómeno constituyente, desde una perspectiva material, con capacidad para esclarecer el sentido de los procesos constituyentes en las últimas décadas.
2. ¿Cuál es la relación entre los ámbitos de los derechos humanos y los procesos constituyentes desde una perspectiva crítica? ¿Ha de ser de preeminencia de una de las partes, o bien de complementariedad? En este sentido, en primer lugar, se trata de esclarecer la posible existencia de una cláusula de validez global y de límites generales al proceso constituyente desde el sistema internacional de derechos humanos actualmente existente, marcando cuál sería la visión de una perspectiva emancipadora al respecto. Igualmente, se establece como objetivo concreto determinar si las decisiones sustanciales emanadas de un proceso constituyente pueden estar condicionadas concretamente por el sistema internacional de derechos humanos (sean, por ejemplo, en la configuración del orden económico básico del país y en la conformación del orden político y la estructura institucional del Estado).

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

El presente estudio parte del planteamiento de una serie de hipótesis de partida, cuya validación o refutación determinarán esencialmente las conclusiones que se alcancen finalmente:

1. La interpretación dominante de los derechos humanos parte de la consideración de que estos constituyen un conjunto de derechos, relativamente explícito e indivisible, plasmado en sistemas jurídicos formales con la forma de derechos fundamentales. Sin embargo, es preciso observar dicho conjunto más bien como un resultado, siempre provisional, de sucesivas cristalizaciones de acuerdos y consensos (y disensos) políticos que se encuentra en evolución constante, siguiendo los movimientos reales de la vida económica y política mundial desde el final de la II Guerra Mundial. Así pues, las distintas redacciones literales de derechos pueden tener distinto sentido y significación en cada momento. Se parte, por tanto, de que el desarrollo y aplicación global de la estrategia *neoliberal* ha producido una mutación sustancial en el entendimiento de lo que eran hasta el momento los derechos humanos y en sus contenidos, variación que es contraria a buena parte de las necesidades y aspiraciones colectivas de la mayoría de los sectores sociales subalternos y de los pueblos dominados.
2. Se considera que la supuesta erosión del principio de “soberanía popular” no obedece a procesos generales de reunión de las diferentes comunidades políticas particulares en una suerte de comunidad universal, sino a dinámicas inducidas por grandes poderes estatales y supraestatales (que solo se ven residualmente afectados por las mismas dinámicas) sobre el resto de los países. El resultado de tal evolución es, objetivamente, el fortalecimiento de un orden global de tendencia neocolonialista, plagado de desigualdades sociales y materialmente contrario a las necesidades vitales del conjunto de poblaciones del mundo. En este sentido, la consecución de procesos constituyentes de sentido emancipador en distintos países propicia el desarrollo genuino de una apertura no colonialista hacia otros pueblos, centrada en los principios de respeto, igualdad y solidaridad.
3. Se parte de la concepción de que, a partir tanto de la teoría crítica de los derechos humanos como de las aportaciones fundamentales del constitucionalismo crítico, es posible la articulación de una respuesta (al menos en su dimensión jurídica) que

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

permita redefinir el contenido material de los procesos sociales contemplados bajo la forma de *derechos humanos* en el mundo, en el contexto del desarrollo de procesos de contestación al orden global dominante, y que sirva a las aspiraciones de emancipación concretas y reales existentes en las sociedades en todo el mundo. Ello se plasma, en la práctica, en el desarrollo de procesos constituyentes emancipadores, donde tanto la realización programática de tales aspiraciones como el ejercicio de las potestades de soberanía, cimentados en el principio de autodeterminación, sean instrumentos de las transformaciones sociales planteadas.

La orientación teórica del presente estudio se perfila, en sus líneas básicas, a partir de la perspectiva crítica acerca de los derechos humanos desarrollada a lo largo de su obra por el profesor Joaquín Herrera Flores, muy en especial cuando afirma la necesidad de la recuperación de la acción *política*, de la formulación de una filosofía *impura* de los derechos y la aplicación de una metodología *relacional*². Siguiendo este marco, y de acuerdo también con las proposiciones mantenidas como hipótesis de partida, en la presente tesis se sostiene que no puede plantearse el contenido y el sentido último de los derechos humanos desde una perspectiva abstracta, formalista y ahistórica (tal y como se puede apreciar en las corrientes doctrinales generalmente predominantes), sino que, como acertadamente apunta la teoría crítica de los derechos humanos, estos deben conceptualizarse como contenido y fruto de luchas concretas y reales en los ámbitos económico, institucional y cultural, tanto con alcances parciales como en su relación con un orden social general.

Igualmente, otra tarea teórica primaria se encontrará en la conformación de una visión sustantiva sobre el fenómeno constituyente, incluyendo aspectos tales como la naturaleza del poder constituyente y la caracterización general de los procesos constituyentes. Una prevención preliminar se abre paso: el enfoque teórico utilizado no puede sustanciarse en la adhesión automática a alguna de las tendencias doctrinales preexistentes, tal y como se observa mayoritariamente en la producción científica que incide en este tema en el ámbito jurídico (relativamente escasa, en contraste con la mucho más abundante referida a la descripción de las transformaciones internas en el orden constitucional), sino que ha de ser capaz de aportar elementos conceptuales de

² Ver HERRERA FLORES, J., *La reinención de los derechos humanos*, pp. 66-82.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

síntesis que permitan integrar los distintos análisis parciales (allá donde estos reflejen la realidad) en una interpretación general y útil acerca de las transformaciones sustantivas del orden político preexistente en los distintos países. Con todo, las referencias teóricas básicas seguidas al respecto en este estudio se orientan, con una visión contrahegemónica, en la perspectiva del *constitucionalismo crítico*, especialmente siguiendo las aportaciones del profesor Carlos de Cabo Martín: ello se refleja de forma perceptible en la labor de reconstrucción teórica de los distintos aspectos fundamentales del fenómeno constituyente.

En el presente estudio, se adopta un enfoque predominante de carácter lógico, puesto que no se pretende describir la interrelación entre derechos humanos y procesos constituyentes a lo largo del tiempo, sino en su actualidad y tendencia futura (lo que supone el estudio de esta interrelación en el marco político global configurado por las determinaciones de la estrategia *neoliberal* imperante). Con todo, el enfoque histórico se adopta como método de esclarecimiento de los hitos reales en el desarrollo cada uno de los campos estudiados.

La metodología empleada en el desarrollo de la investigación se fundamenta en la aplicación secuencial de los métodos analítico y sintético en cada uno de los campos temáticos estudiados.

El objetivo de la fase analítica consiste en determinar cuáles son los conceptos principales que caracterizan realmente los distintos fenómenos observados, que establecen no solo su identidad común sino su sucesión en el tiempo de acuerdo con unos rasgos identificables y estables. La tarea de análisis se asienta en el estudio de una multiplicidad de fuentes, principalmente (aunque no sólo) de carácter jurídico, tanto disposiciones normativas como opiniones doctrinales (de alcance local, regional o internacional) en torno a los hechos y concepciones concretos en los que se materializa en la vida social la propuesta general de los derechos humanos y los distintos procesos constituyentes experimentados en las últimas décadas. En la elección de las fuentes se atiende a los criterios de fiabilidad y representatividad: así, se ha puesto particular atención en identificar los hitos normativos y acontecimientos presumiblemente claves en la evolución de los distintos elementos, así como las opiniones que caracterizan las diversas concepciones teóricas que abordan las temáticas estudiadas (especialmente, las

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

principales aportaciones doctrinales en las respectivas corrientes). Respecto al origen geográfico de las distintas fuentes, se ha procurado su diversificación, en la medida en que, naturalmente, había buenas condiciones para ello; con todo, y al respecto de opiniones doctrinales, se ha prestado una atención especial a autores del ámbito español y latinoamericano.

Por su parte, la tarea fundamental de síntesis se encuentra en el esclarecimiento de las categorías básicas que explican no solo la esencia sino también la mutación en el tiempo de los fenómenos que componen los campos conceptuales estudiados, así como su entrelazamiento como sistema categorial. Ello se hace especialmente necesario respecto al fenómeno constituyente. Se alcanza, así, una comprensión general de las posibilidades de evolución como totalidad de los objetos estudiados y de las condiciones de interrelación entre los mismos, siendo posible así dar cumplida respuesta a las dos cuestiones fundamentales recogidas como objetivos de esta disertación. Con la culminación de esta fase, se disponen las bases conceptuales suficientes para reinterpretar la relación entre los derechos humanos como “totalidad concreta” y el fenómeno constituyente en los procesos de transformaciones sociales de un país, pudiéndose distinguir según las distintas orientaciones que sigan.

El orden de exposición seguido en el presente trabajo refleja la propia secuencia real del estudio desarrollado (presentación y estudio de acontecimientos y concepciones, formulación de proposiciones teóricas y síntesis de estas). El texto se divide en tres capítulos, a los cuales suceden las conclusiones correspondientes.

En el capítulo primero se estudia tanto la evolución como la condición actual de los derechos humanos contemplados en el ámbito internacional. El desarrollo de estos se enmarca, inicialmente, en su materialización como el contenido de un sistema jurídico con vocación de universalidad creado y ampliado paulatinamente en el seno de las Naciones Unidas; posteriormente, estos tienen una plasmación jurídica particular en diversas áreas regionales (Europa y América Latina, fundamentalmente). Así pues, se presenta el recorrido histórico de estos procesos, poniendo especial atención a dos elementos claves en las sucesivas transformaciones que experimentan, como son el decurso de la Guerra Fría y la implantación de la estrategia *neoliberal*. Por otra parte, la comprensión común actual sobre los derechos humanos se fundamenta en las líneas

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

básicas establecidas por el discurso hegemónico al respecto (que informa tanto la doctrina como la práctica jurídica concreta); por consiguiente, también se aborda el análisis de los principales rasgos conceptuales de esta perspectiva, así como la exposición de las consecuencias reales que acarrearán las interpretaciones que alumbrará.

Por su parte, en el capítulo segundo se emprende el examen del fenómeno constituyente. En primer lugar, se plantea una panorámica evolutiva de los distintos procesos acontecidos en las últimas décadas, clasificándolos en función de su relación con los procesos políticos globales experimentados en el mismo periodo. Siguiendo este esquema teórico, se describen los distintos fenómenos, agrupados en tres tendencias diferenciadas, representando dinámicas de adaptación, imposición o rechazo respecto a esta a la implementación general de la estrategia *neoliberal* en las últimas décadas. Ello pone las bases para analizar las distintas concepciones teóricas en torno a esta materia, detallando las diferentes perspectivas teóricas con mayor proyección en la doctrina, sean favorables al orden existente o contestando (siquiera parcialmente) este; culminando esta tarea, se presenta una caracterización sustantiva del fenómeno constituyente, incluyendo la determinación de las categorías que reflejan realmente su naturaleza.

En el último capítulo se aborda el estudio de las distintas dimensiones (sean efectivas o potenciales) de la interrelación entre el Derecho internacional de los derechos humanos y el fenómeno constituyente, tanto en su conjunto como a través de su expresión en aspectos y ámbitos específicos. Así, se presta una atención particular a la cuestión de la preeminencia general de un campo sobre el otro, analizándose la posible existencia de límites o condicionantes; igualmente, se considera la posible incidencia de los sistemas generales o regionales de protección de los derechos humanos sobre el desarrollo de los procesos constituyentes correspondientes, exponiéndose las consecuencias reales que derivan de la afirmación de las vinculaciones descritas. Seguidamente, se realiza un análisis de las proposiciones de las principales corrientes doctrinales acerca de este tema, presentando las teorías cosmopolitas dominantes, así como aquellas con intención *contrahegemónica*, y describiendo sus contenidos básicos y sus insuficiencias; este capítulo desemboca en la enunciación de una propuesta teórica específica, centrada en aquellos procesos constituyentes con sentido emancipador.

CAPÍTULO 1

Evolución y actualidad de la formulación matriz de los derechos humanos

1.1. Los factores políticos e ideológicos en la historia de la definición de los *derechos humanos* desde 1945.

Resulta imprescindible, si se quiere construir una concepción crítica acerca de los *derechos humanos* sobre bases teóricas propias y no simplemente “heredadas”, prestar atención al desarrollo de una historiografía (igualmente crítica) que, lejos de relatos celebratorios e interpretaciones elaboradas “a medida”, permita el análisis de los fenómenos *reales* en que se manifiesta el objeto de su estudio³. No se trata de un propósito vano, puesto que ya comienza a haber aportaciones específicas al respecto. Desde esta posición de partida, se puede deducir inmediatamente la intención de no emprender otra elaboración más en el plano de una “historia de las ideas”⁴, sino de contribuir a la reconstrucción de una visión material acerca de la formulación matriz del fenómeno de los *derechos humanos*⁵, esto es, su entendimiento como expresión de procesos *sociales* históricos (con una dimensión *política* especialmente relevante)⁶.

Siguiendo este propósito, se considera que una historia de los *derechos humanos* debe asentarse firmemente sobre el contexto material real en el que estos surgen, puesto que sólo en su conexión *necesaria* con la realidad tendrán sentido sus formulaciones y

³ CLAVERO SALVADOR, B., *Derecho global. Por una historia verosímil de los derechos humanos*, p. 14.

⁴ Describiendo críticamente tal tendencia, DOUZINAS, C., *Human Rights and Empire. The political philosophy of cosmopolitanism*, p. 26.

⁵ Ver BORGWARDT, E., *A New Deal for the World. America's Vision for Human Rights*, p. 60. Se puede hallar una aproximación útil a la noción de “matriz” en SANTOS, B. DE S., «Beyond neoliberal governance: the World Social Forum as subaltern cosmopolitan politics and legality», pp. 31-32.

⁶ En este sentido, MAZOWER, M., «The Strange Triumph of Human Rights, 1933-1950», p. 397. Es preciso señalar que, desde esta perspectiva, no es posible seguir la opinión que sostiene la imposibilidad de desarrollar una teoría que englobe los distintos aspectos en los cuales se aprecia la referencia a los derechos humanos: sosteniendo la postura descrita, ver DOUZINAS, C., *op. cit.*, pp. 8-9 y 14.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

expresiones concretas, así como (aún más importante) se pueden llegar a comprender sus efectos en la configuración de los procesos económicos, políticos y culturales (esto es, *sociales*) que tienen consecuencias prácticas trascendentales para las vidas de la mayoría de las poblaciones del planeta. En este sentido, precisamente, y puesto que la escala espacial a delimitar para dicho estudio es la *mundial* o *global*, el estudio considerará fundamentalmente aquellos procesos de elaboración, interpretación o aplicación de los derechos humanos que redundan más significativamente en dicho plano (sin que ello signifique que exclusivamente pueden presentar un carácter general, puesto que también pueden expresarse en un ámbito regional o local).

En consecuencia, ha de señalarse una diferencia frente al enfoque normalmente seguido por el conjunto de comentaristas adscritos a las corrientes teóricas dominantes en materia de *derechos humanos*, los cuales se complacen en presentar una visión *unitaria* de la historia de estos que abarca prácticamente desde el principio de los tiempos hasta la actualidad (en ocasiones con parada especial en la Inglaterra medieval o la Francia de 1789-93)⁷: el presente estudio se centrará en su desarrollo temporal “reciente” (el *efectivamente* existente), esto es, partiendo del momento donde realmente comienzan a perfilarse sus rasgos característicos presentes.

1.1.1. El consenso antifascista, como fundamento de la formación original del sistema contemporáneo de derechos humanos.

A) El camino hacia la conformación del sistema internacional de los derechos humanos.

Desde una primera aproximación histórica, salta a la vista que la comprensión generalizada actualmente acerca de los derechos humanos se asienta en un conjunto de manifestaciones surgidas en el contexto de la Segunda Guerra Mundial. Concretamente, la posición del conjunto de la doctrina jurídica al respecto es clara: el sistema

⁷ En este sentido, GÓMEZ ISA, F., «La Declaración Universal de Derechos Humanos: Algunas reflexiones en torno a su génesis y a su contenido», p. 17 y NIKKEN, P., «Sobre el concepto de derechos humanos», p. 19; ver también (en referencia más general a los *derechos fundamentales*) PÉREZ LUÑO, A. E., *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución* (12ª ed.), pp. 110-132. Desde una perspectiva crítica, ver BURKE, R., «‘How Time Flies’: Celebrating the Universal Declaration of Human Rights in the 1960s», pp. 394-395, HERRERA FLORES, J., *Los derechos humanos...*, *op. cit.*, pp. 73-74 y WALL, I. R., *Human Rights and Constituent Power. Without Model or Warranty*, p. 10.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

internacional de los derechos humanos actualmente existente, entendido ya como un conjunto teórico delimitable y *aplicable*, emerge sólo a partir de la conformación de la Organización de las Naciones Unidas⁸. Desde luego, en el periodo de entreguerras hubo diversas elaboraciones específicas acerca de derechos que posteriormente serían considerados como *humanos*, pero presentaban bien un carácter fragmentario a nivel internacional (al ser únicamente concreciones de determinados derechos o formulaciones de mecanismos singulares de control de algunas actuaciones de los Estados⁹), o bien se trataban de particularidades locales, incardinadas en los procesos *políticos* de países concretos (tales como los catálogos de *derechos fundamentales* que se recogieron en algunos textos constitucionales de la época¹⁰)¹¹; tales ejemplos pueden considerarse, en todo caso, como *antecedentes*, más que como *causas*¹².

Tenemos, por tanto, que estudiar qué significan y a qué obedecen, en rasgos generales, las concepciones aún embrionarias acerca de los *derechos humanos* surgidas en el seno de la alianza establecida entre distintos países, dispares entre sí, para la derrota del Eje en la contienda iniciada en 1939. Para ello, es necesario comprender lo

⁸ Ver DOUZINAS, C., *op. cit.*, p. 15, GÓMEZ ISA, F., «La Declaración Universal...», *op. cit.*, p. 18 y RUBIO LLORENTE, F., «Derechos fundamentales, derechos humanos y Estado de Derecho», p. 229; ver también RAJAGOPAL, B., *El derecho internacional desde abajo. El desarrollo, los movimientos sociales y la resistencia del Tercer Mundo*, p. 251 (también nota 64).

⁹ CANÇADO TRINDADE, A. A., «O legado da Declaração Universal dos Direitos Humanos e o futuro da proteção internacional dos direitos humanos», p. 13, GÓMEZ ISA, F., «La Declaración Universal...», *op. cit.*, pp. 19-20 y 21-22 y SOMMERMANN, K-P., «El desarrollo de los derechos humanos desde la Declaración Universal de 1948», pp. 98-99. Así, se destacan los convenios de la Organización Internacional del Trabajo aprobados entre 1919 y 1939, ver en ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. DEPARTAMENTO DE NORMAS INTERNACIONALES DEL TRABAJO, *Manual sobre procedimientos en materia de convenios y recomendaciones internacionales del trabajo. Edición revisada 2012*, pp. 62-64; una referencia al papel de la OIT, también en GÓMEZ ISA, F., «La Declaración Universal...», *op. cit.*, p. 21. Igualmente, son relevantes las iniciativas de la Sociedad de Naciones en materia de protección de minorías nacionales (cuyos resultados fueron, como mucho, magros), ver MAZOWER, M., *La Europa negra. Desde la Gran Guerra hasta la caída del comunismo*, pp. 70-78 e *idem*, «The Strange Triumph...», *op. cit.*, pp. 382-384; ver también GÓMEZ ISA, F., «La Declaración Universal...», *op. cit.*, p. 21.

¹⁰ Uno de los ejemplos más eminentes es el Libro II de la Constitución alemana de 1919, ver BÜHLER, O., «Texto de la Constitución alemana de agosto de 1919 y comentario sistemático a sus preceptos», pp. 265-329. Para la significación de esta, VILLÁN DURÁN, C., *Curso de Derecho internacional de los derechos humanos* (1ª ed., 1ª reimp.), pp. 67-68.

¹¹ CARRILLO SALCEDO, J. A., *Soberanía de los Estados y derechos humanos en Derecho internacional contemporáneo* (2ª ed., reimp.), pp. 29-32 y VILLÁN DURÁN, C., *op. cit.*, pp. 68-69; ver también DOUZINAS, C., *op. cit.*, p. 15.

¹² En el caso de la protección de las minorías nacionales, más bien como ejemplo “negativo”, MAZOWER, M., «The Strange Triumph...», *op. cit.*, pp. 387-388. En general, rechazando la postura de fundamentar el discurso dominante sobre los derechos humanos a través de su pretendido origen en un pasado remoto, MOYN, S., *The Last Utopia. Human Rights in History*, pp. 11-14.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

que suponía el proceso expansionista de las potencias fascistas para el conjunto de Europa y, potencialmente, para el mundo entero. Desde luego, el designio de los Estados del Eje (y, muy en especial, de la Alemania *nazi*) era bastante transparente: se trataba de destruir el sistema de relaciones internacionales existente, sustituyéndolo por un nuevo orden en cuyo pináculo se situarían estos, convirtiéndolo en *protectorados* al resto de países europeos (y eso como mínimo, si no se operaba directamente su anexión, además de la cesión de múltiples territorios ultramarinos), en una suerte de proceso de extensión del *colonialismo* al “Viejo Continente” (incluyendo, crucialmente la aplicación de las políticas raciales habituales en los territorios coloniales¹³)¹⁴. No es de extrañar, por tanto, que la lucha de los Aliados europeo-occidentales (de entre estos, únicamente sostenida de manera efectiva por el Reino Unido entre 1940 y 1944) se incardinase, en última instancia, en la voluntad de preservación de su propia independencia¹⁵; igualmente, la brutalidad extrema de la ocupación en el continente (en especial la ejercida por el *Reich*, aunque no únicamente) haría de la *liberación* de los países sometidos un imperativo cada vez más urgente¹⁶.

Sin embargo, esta perspectiva, aparentemente evidente, se enturbia considerablemente cuando se traslada el foco del estudio tanto al plano efectivamente global como al periodo inicial de la contienda. Se han de integrar entonces en el análisis dos factores adicionales: el *colonial* y el *socioeconómico*.

Al tiempo de entrar en guerra contra Alemania, tanto el Reino Unido como Francia dominaban una vasta cantidad de territorios repartidos a lo largo y ancho del planeta; igualmente, Bélgica y Países Bajos contaban con importantes posesiones coloniales. Estos Estados no entraron en liza únicamente para la defensa de sus regiones metropolitanas frente a la política de conquista de las potencias del Eje, sino también para la conservación de la integridad de sus respectivos *imperios*. Tal y como se haría notar destacadamente con posterioridad, los métodos de represión, opresión y explotación utilizados por las potencias fascistas contra los pueblos europeos y asiáticos

¹³ MAZOWER, M., «The Strange Triumph...», *op. cit.*, pp. 384-385.

¹⁴ Se puede contemplar una panorámica acerca de la concepción de “Nuevo Orden” nazi en *idem*, *La Europa negra...*, *op. cit.*, pp. 13, 59 y 161-206.

¹⁵ A la vista de los “métodos” de expansión *hitlerianos*; en este sentido, *ibidem*, pp. 89-94.

¹⁶ En este sentido, *ibidem*, pp. 206-208.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

sometidos a su control no se diferenciaban particularmente de los aplicados por *todas* las demás potencias europeas en sus respectivos dominios coloniales: esta era una realidad que no tenía que variar, en lo fundamental, con una eventual repetición de la victoria franco-británica en una nueva “Gran Guerra”¹⁷. Del mismo modo, tampoco cabría esperar demasiado del compromiso general de las grandes potencias europeas con la integridad y la soberanía de los países “pequeños”: estaban bien presentes la debilidad de la respuesta a las agresiones japonesas contra China y las invasiones italianas de Abisinia y Albania, o la inacción ante el desmembramiento de Checoslovaquia y la posterior anexión de su territorio remanente por Alemania¹⁸.

Las contradicciones de carácter social no eran tampoco menores: en junio de 1941, a la coalición (por entonces bastante mermada) de países en lucha contra el Eje, todos ellos de economía capitalista e ideología liberal, se sumó un Estado clasificado abiertamente por las elites gobernantes occidentales, hasta aquel mismo instante, como amenaza existencial para la “civilización”: la Unión Soviética. Desde luego, los recelos entre la URSS (y en general el movimiento obrero, no sólo de la parte con orientación comunista) y los Estados aliados eran mutuos: la actitud de los gobiernos occidentales frente al auge fascista en el periodo de entreguerras había sido, cuando menos, equívoca, con hitos tales como el “cortejo” diplomático descarado a la Italia de Mussolini y las propuestas de apaciguamiento respecto a Alemania, la cooperación en la destrucción del Estado republicano en la Guerra Civil española (saldada con la victoria del bando *fascista*, en gran medida por el crucial apoyo germano e italiano) y la efectiva pasividad ante el expansionismo japonés en las áreas colindantes con las fronteras orientales de la URSS (comenzando por Manchuria).

Dada la extensión e intensidad del conflicto, el esfuerzo bélico que los países aliados habrían de desarrollar para poder lograr la derrota del Eje habría de ser particularmente intenso, lo cual requeriría de una movilización extraordinaria de todas las capas de la población¹⁹. De acuerdo con lo anterior, las contradicciones de

¹⁷ *Ibidem*, pp. 222-223. Para la visión de los nacionalistas indios, por ejemplo, ver *idem*, *No Enchanted Palace. The End of Empire and the Ideological Origins of the United Nations* (5th ed.), pp. 162-167.

¹⁸ Respecto al papel negativo de la Sociedad de Naciones en estos sucesos, BORGWARDT, E., *op. cit.*, p. 153.

¹⁹ En este sentido, PLESCH, D., *America, Hitler and the UN. How the Allies Won World War II and Forged a Peace*, p. 25.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

naturaleza *ideológica* reseñadas afectaban en general a la capacidad de activación de todas las “energías” de la sociedad, pero esto no sería de mayor importancia para británicos o soviéticos, ya inmersos en una lucha encarnizada por su existencia *política* (o incluso por su directa supervivencia física). En cambio, estas sí serían significativas a la hora de desarrollar la maquinaria de guerra de los Estados Unidos de América tras su entrada en la guerra en diciembre de 1941, que supuso la apertura inmediata y simultánea de múltiples teatros de operaciones (en el Océano Pacífico y Sudeste Asiático, y en el Océano Atlántico y Europa). Si bien la lucha contra Japón era abrumadoramente sentida como propia por el pueblo estadounidense (al fin y al cabo, se había desencadenado por el ataque por sorpresa contra Pearl Harbor), la intervención en el conflicto europeo siempre había distado de ser asumida como necesaria (o, a partir de aquel momento, como prioritaria): a la sensación de seguridad que proporcionaba la distancia física a los escenarios bélicos principales se sumaban el recuerdo de las pérdidas humanas sufridas en la anterior intervención (I Guerra Mundial), las reticencias de carácter más “nacionalista” (que no comprendían por qué el país debía contribuir, indirectamente, a la preservación de los imperios coloniales europeos) o la ideología *anticomunista* de diversos sectores sociales (que tendían a ver a la Alemania *hitleriana* como un “bastión” frente a la pretendida “amenaza bolchevique”)²⁰.

Del mismo modo, la posición estadounidense frente a la acción del Eje tampoco dejaba de presentar un componente no desdeñable de hipocresía. Por una parte, se denotaba la existencia continuada de un genuino sistema de *colonialismo interno*, ejercido contra la población afroamericana y los pueblos nativos dentro de las propias fronteras del país²¹; en el exterior, Estados Unidos contaba con una vasta esfera de influencia en el conjunto del continente americano, mantenida a lo largo de las décadas anteriores con multitud de intervenciones e injerencias en la vida interna de los países

²⁰ En este sentido, *ibidem*, pp. 17 y 27-29; en general, describiendo la tendencia en EE. UU. contraria a la intervención en la guerra europea, BORGWARDT, E., *op. cit.*, pp. 24 y 31-33.

²¹ Para una panorámica acerca de esta situación, ver JUNG, M.-K., «Constituting the U.S. Empire-State and White Supremacy: The Early Years», pp. 1-20; más concretamente, para el periodo descrito, BORGWARDT, E., *op. cit.*, pp. 8-9 y 291 y MAZOWER, M., *La Europa negra...*, *op. cit.*, p. 221. Para una aproximación teórica al concepto de *colonialismo interno*, ver GONZÁLEZ CASANOVA, P., *Sociología de la explotación* (Nueva edición, corregida), pp. 186-187 y 197-199.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

latinoamericanos, solamente matizadas con la formulación de la política de *Buena Vecindad* en la década de 1930²².

Así pues, existían flagrantes (e importantes) contradicciones *políticas* en el campo aliado, que hacían peligrar la maximización global del esfuerzo de guerra. Por ello, era estrictamente necesario allanar las posibles reticencias entre la clase trabajadora, especialmente en EE. UU. (aunque no sólo), tanto a la hora de sostener el incremento acelerado de la producción industrial protagonizado por las grandes empresas como para galvanizar la voluntad de lucha de la población reclutada a lo largo y ancho del planeta. Del mismo modo, también era necesario acallar los recelos de los grupos sociales más reaccionarios, de forma que se presentara la alianza con la URSS no ya como una decisión irresponsable de alimentar una “amenaza” futura (relativizando, por tanto, la importancia del peligro real del *Reich* alemán), sino como una coalición sensata con un *socio* diferente, pero leal, con el que se compartían valores y actitudes esenciales comunes que eran antagónicos con la cosmovisión “nazi”²³. Del mismo modo, también se requería el desarrollo de una visión política que mantuviese un tono tendencialmente *antiimperialista*, enfatizando la garantía de los derechos de los países “pequeños” frente a las apetencias arbitrarias de las principales potencias en el futuro. La conjunción de los Estados enemigos del Eje debía dotarse de un programa *interclasista, democrático e internacionalista* (esto es, *progresista*) para que pudieran mantenerse bajo control sus contradicciones internas²⁴: los *derechos humanos* serían expresión *ideológica* directa de este propósito²⁵.

²² Para una panorámica general de las relaciones entre EE. UU. y América Latina desde finales del siglo XIX hasta la Segunda Guerra Mundial, ver GILDERHUS, M. T., *The Second Century. U.S.-Latin American Relations since 1889*, pp. 9-108.

²³ Sobre la ligazón entre una parte de las posiciones en EE. UU. contrarias a la intervención en la guerra y el anticomunismo, ver PLESCH, D., *America, Hitler and...*, *op. cit.*, pp. 12, 17, 19, 20 y 28-29.

²⁴ Respecto a las diversas manifestaciones de esta idea, MAZOWER, M., *La Europa negra...*, *op. cit.*, pp. 207-228.

²⁵ En este sentido, BORGWARDT, E., *op. cit.*, pp. 53 y 285, DOUZINAS, C., *op. cit.*, p. 29, EVANS, T., *The Politics of Human Rights. A Global Perspective* (2nd ed.), pp. 18-19, GÓMEZ ISA, F., «La Declaración Universal...», *op. cit.*, p. 24, MOYN, S., *op. cit.*, pp. 44 y 49, PLESCH, D., «How the United Nations Beat Hitler and Prepared the Peace», pp. 138, 139-141 y 158 y RUBIO LLORENTE, F., «Derechos fundamentales...», *op. cit.*, p. 206. Para los derechos humanos, entendidos como “dimensión moral” de la lucha estadounidense contra el Eje, ver DONNELLY, J., «La construcción social de los derechos humanos internacionales», pp. 154-155.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

El reflejo de todos estos movimientos iniciales se encuentra en algunos de los documentos principales elaborados por los futuros Aliados en una fase preliminar²⁶. La primera expresión es la *Carta del Atlántico*, de agosto de 1941, en la cual se establece como programa común de los gobiernos estadounidense y británico el respeto a principios como la paz, la libertad o el autogobierno, y se esboza la formulación de principios de cooperación internacional en política y bienestar económicos y sociales²⁷. Pero es la *Declaración de las Naciones Unidas*, de 1 de enero de 1942, la que dará el tono de los propósitos esenciales de la lucha aliada, enunciados en torno a la defensa de las libertades, la independencia, la justicia y (lo que es novedoso) la preservación de los *derechos humanos*²⁸.

La idea de creación de Organización de las Naciones Unidas comenzó a desarrollarse con el paulatino desenlace de la contienda mundial hacia la victoria aliada. En lo inmediato, la nueva organización respondía a la necesidad de gestionar, a nivel global, los problemas y conflictos de todo tipo que se originasen en la posguerra; en general, esta idea de “sociedad internacional” (que debía representar la superación de las dinámicas de bloques militares enfrentados del pasado) formaba parte de la misma propuesta colectiva de paz, seguridad y derechos que los Aliados formulaban hacia sus respectivos países²⁹. Empero, conviene no exagerar el peso del componente *comunitario* en esta visión.

²⁶ Ver PÉREZ LUÑO, A. E., *Derechos humanos...*, *op. cit.*, pp. 128-129.

²⁷ *Yearbook of the United Nations 1946-47*, p. 2. Ver también BORGWARDT, E., *op. cit.*, pp. 4 y 33 y GÓMEZ ISA, F., «La Declaración Universal...», *op. cit.*, pp. 24-25.

²⁸ BORGWARDT, E., *op. cit.*, pp. 54-56 y MOYN, S., *op. cit.*, p. 49; igualmente, CARRILLO SALCEDO, J. A., *Soberanía de los...*, *op. cit.*, p. 34 y GÓMEZ ISA, F., «La Declaración Universal...», *op. cit.*, p. 25. Ello no supone que se tuviese una idea definida acerca del significado del término *derechos humanos*, ver MOYN, S., *op. cit.*, pp. 51-52. El texto de la Declaración, en *Yearbook of the...*, *op. cit.*, p. 1.

²⁹ En este sentido, MAZOWER, M., *Governing the World. The History of an Idea*, pp. 203-204 y 206 y PLESCH, D., «How the United...», *op. cit.*, pp. 154-157; véanse también las propuestas aprobadas acerca de la configuración de la ONU en la Conferencia de Dumbarton Oaks, en 1944, ver *Yearbook of the...*, *op. cit.*, pp. 4-9. Sin embargo, en el periodo inicial de conformación de la ONU, la idea de los derechos humanos tenía reservada un papel menor, ver BORGWARDT, E., *op. cit.*, pp. 184 y 186 y GÓMEZ ISA, F., «La Declaración Universal...», *op. cit.*, pp. 25-26.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

Se suele afirmar que la ONU es una “*organización internacional de carácter universal*”³⁰. Sin embargo, tal aseveración no es cierta: esta es, ante todo, la formalización y consolidación de la alianza de los países vencedores de la Segunda Guerra Mundial, las mismas Naciones Unidas³¹. Así pues, la dinámica de coalición es un factor esencial en su seno, desde el primer momento: en primer lugar, los países dirigentes de esta mantienen una posición central mancomunada, constituyendo una suerte de “directorio”, lo cual se reflejará en las funciones definidas entre lo que serán la Asamblea General y el Consejo de Seguridad (y, dentro de este, en la definición del derecho de veto³²)³³. En segundo lugar, la creación de la ONU no supone la conformación de un “gobierno mundial”, porque ninguno de los Estados rinde su soberanía ni se subordina con carácter general a un “centro” mundial, sino que estos asumen un marco de relaciones internacional regulado y controlado por los Tres (luego cuatro y, finalmente, cinco) Grandes³⁴. En este sentido, las Naciones Unidas no se diferenciarán particularmente respecto de la lógica seguida en la configuración del Concierto europeo tras las Guerras napoleónicas³⁵; su peculiaridad estriba en que la preponderancia de los miembros del “directorio” se matizaría mediante la conformación

³⁰ Así, por ejemplo, *ibidem*, p. 34; sin embargo, matizando esta afirmación, al aludir a una “*vocación de universalidad*” (que no a una universalidad efectiva), PASTOR RIDRUEJO, J. A., *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales* (22ª ed.), pp. 714, 749 y 754.

³¹ Ver en MAZOWER, M., *Governing the World...*, *op. cit.*, pp. 197-198 y PLESCH, D., «How the United...», *op. cit.*, pp. 137-138 y 157-158; en particular, se trataba del mantenimiento de la coalición de las grandes potencias vencedoras, ver también MAZOWER, M., *Governing the World...*, *op. cit.*, pp. 212-213 y (en referencia a lo dispuesto en los acuerdos de Yalta al respecto) BORGWARDT, E., *op. cit.*, p. 175; reconociendo el carácter de *coalición bélica* de las Naciones Unidas, al menos en su origen, PASTOR RIDRUEJO, J. A., *Curso de Derecho...*, *op. cit.*, p. 741.

³² En este sentido, también MAZOWER, M., *No Enchanted Palace...*, *op. cit.*, pp. 16 y 201-202.

³³ En este sentido, FONTANA LÁZARO, J., *Por el bien del imperio. Una historia del mundo desde 1945*, pp. 35-36, MAZOWER, M., *Governing the World...*, *op. cit.*, p. 212 y MOYN, S., *op. cit.*, p. 56; ver también BORGWARDT, E., *op. cit.*, pp. 164-165 y 184. Esta idea se ilustra especialmente en la propuesta de los “*Four Policemen*”, formulada por el presidente Roosevelt, ver MAZOWER, M., *Governing the World...*, *op. cit.*, pp. 204 y 205 y MOYN, S., *op. cit.*, p. 55.

³⁴ En este sentido, MAZOWER, M., *Governing the World...*, *op. cit.*, pp. 212 y 213, *idem*, *No Enchanted Palace...*, *op. cit.*, pp. 62-64, 194 y 199, MOYN, S., *op. cit.*, p. 56 y ZOLO, D., «Libertad, propiedad e igualdad en la teoría de los “derechos fundamentales”». A propósito de un ensayo de Luigi Ferrajoli», p. 101.

³⁵ *Ibidem*, pp. 101-102 (también nota 55); ver también (en un sentido descriptivo de esta idea) BORGWARDT, E., *op. cit.*, pp. 151-152. Para la caracterización del Concierto de Europa, ver MAZOWER, M., *Governing the World...*, *op. cit.*, pp. 4-5 y 196.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

de un orden normativo más estrechamente institucionalizado que encauzaría relativamente su acción internacional³⁶.

Por otra parte, las invitaciones a los distintos países para participar en la Conferencia de San Francisco de abril de 1945 no fue ni mucho menos universal: estas fueron cursadas por Estados Unidos, Reino Unido, la URSS y China únicamente a aquellos Estados que estuviese en guerra con Alemania o Japón y que hubieran firmado la Declaración de las Naciones Unidas³⁷; desde luego, esto excluía tajantemente no solo a los países del Eje (lo cual se puede considerar, en gran medida, natural), sino también a los países neutrales en la contienda³⁸. Pero la *Carta de las Naciones Unidas* endurecerá, en su artículo 4, las condiciones para las futuras admisiones a la ONU: la adhesión de nuevos Estados, más allá de los miembros originales (ya establecidos según el artículo 3) está condicionada a la aceptación de las obligaciones de la Carta, y será decidida por la Asamblea General a recomendación del Consejo de Seguridad (lo que solamente era posible si ninguno de los Cinco Grandes ejerce su derecho a veto en este último órgano).

En este punto, es importante no perder de vista que, a lo largo del proceso de formación de la ONU, los proclamados “derechos humanos” no fueron aún mínimamente definidos³⁹. De ahí que no sea nada extraño que los principales actores de la coalición perfilasen por su propia cuenta este concepto elusivo, de acuerdo con sus visiones e intereses⁴⁰. Es paradigmático el caso estadounidense: la Administración Roosevelt desarrollará su perspectiva acerca de los *derechos humanos* en torno a los principios que dan forma al orden social de su propio país, y que se asientan en las

³⁶ En ello radica, por ejemplo, la voluntad de buena parte de los Estados más “pequeños” de desarrollar instrumentos vinculantes en materia de *derechos humanos*, ver MORSINK, J., *The Universal Declaration of Human Rights. Origins, Drafting, and Intent*, p. 15.

³⁷ Se puede observar lo dispuesto en el pasaje correspondiente de los Acuerdos de Yalta, en *Yearbook of the... op. cit.*, pp. 9-10; igualmente, ver BORGWARDT, E., *op. cit.*, p. 182.

³⁸ De hecho, Estados *democráticos* como Irlanda, Suecia o Suiza, que no habían sido beligerantes a favor del Eje, no fueron invitados a la Conferencia, ver *Yearbook of the... op. cit.*, p. 12.

³⁹ Si bien está continuamente presente la necesidad de su respeto, ver *ibidem*, p. 8. Tampoco serán definidos ni delimitados en la conformación de la Carta de la ONU, ver GÓMEZ ISA, F., «La Declaración Universal...», *op. cit.*, p. 32 y MOYN, S., *op. cit.*, pp. 56 y 61.

⁴⁰ Como, por ejemplo, eliminar de la atención pública la cuestión espinosa de los derechos colectivos de las minorías nacionales, ver MAZOWER, M., «The Strange Triumph...», *op. cit.*, pp. 387-390.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

nociones teóricas bien conocidas del liberalismo económico y político⁴¹. No obstante, es preciso señalar que, en la propuesta estadounidense, la concepción ampliada del conjunto de derechos propiamente dichos, libertades, políticas y actuaciones públicas que posteriormente se entenderían comúnmente como *derechos humanos* tiene una impronta específicamente *socioliberal*, la cual representa la auténtica perspectiva *política* detrás del programa social aplicado en el país norteamericano como superación de la Gran Depresión⁴².

Sin embargo, esta perspectiva no era solo una justificación para el público norteamericano: la formulación y consolidación de un orden económico y político internacional sobre premisas esencialmente liberales era un objetivo de primera magnitud para Estados Unidos, de forma que se facilitase a lo largo y ancho del globo la ampliación y generalización de los procesos de exportación de bienes y capitales en el periodo de posguerra (y se evitase la “vuelta” de la depresión económica previa a la contienda). La “necesidad” de la garantía *global* de los derechos humanos impelía a la primera potencia del mundo ya, desde este primer periodo, a dar la espalda a toda propuesta de una renovada posición aislacionista (o, para ser más precisos, de retroceso a la sola esfera de influencia en el continente americano), de forma que asumiese el papel de “estabilizador” de los procesos y relaciones internacionales a escala planetaria.⁴³

Ello no significa que, al tiempo de la celebración de la Conferencia de San Francisco, existiese aún entre las principales potencias aliadas un acuerdo claro acerca de emprender la formulación de un catálogo detallado de derechos humanos, si bien sí

⁴¹ EVANS, T., *op. cit.*, pp. 19 y 20.

⁴² Para un análisis de estas políticas, ver CARDWELL, C. M., *NSC 68 and the Foreign Policy of Postwar Prosperity: Political Economy, Consumer Culture, and the Cold War*, pp. 39-44 y 53-57. En este sentido, también BORGWARDT, E., *op. cit.*, pp. 49-51, 77-78 y 285, FONTANA LÁZARO, J., *op. cit.*, pp. 833 y PISARELLO PRADOS, G., *Un largo Termidor. La ofensiva del constitucionalismo antidemocrático*, p. 143. Para su influencia en la Declaración Universal, ver GÓMEZ ISA, F., «La Declaración Universal...», *op. cit.*, pp. 51-52 (también nota 108).

⁴³ CARDWELL, C. M., *op. cit.*, pp. 76-79 y 88-95 y EVANS, T., *op. cit.*, pp. 18 y 19-20; en este sentido, también BORGWARDT, E., *op. cit.*, pp. 132-133 y 136 y FONTANA LÁZARO, J., *op. cit.*, pp. 46-47. En la consideración de la política internacional estadounidense de posguerra como la aplicación a escala internacional de los fundamentos económicos básicos contenidos en el modelo del *New Deal*, ver ARRIGHI, G., «The world economy and the Cold War, 1970-1990», pp. 23-24, BORGWARDT, E., *op. cit.*, pp. 6-7, 78 y 286-287 y HARDT, M. y NEGRI, A., *Empire*, pp. 243-244.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

existía este ánimo en otros países de la coalición⁴⁴. Sin embargo, la inclusión del respeto de estos, como parte de los propósitos esenciales de las Naciones Unidas (artículo 1.3 de la Carta), ya apuntaba en este sentido: los artículos 55 y 56 de la Carta establecerán (entre otros) la promoción de la mejora de condiciones y problemas económicos y sociales, y del respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales, como objetos específicos de cooperación entre los Estados miembros⁴⁵. Se puede observar cómo las distinciones entre los distintos campos conceptuales mencionados siguen sin estar ni mucho menos definidas (tampoco queda claro si se trata de conceptos propiamente “solapados” entre sí); lo realmente significativo es que ya en la Carta se perfila una línea de quiebra entre los *derechos* considerados como *humanos* (que hay que “respetar”) y los *problemas* económicos y sociales (que hay que ir “resolviendo”), como expresión de un debate en torno a los contenidos reales de los derechos humanos que aquí sólo presentaba su primer episodio.

B) El proceso de elaboración de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

La iniciativa de redactar una declaración de ámbito internacional relativa a los derechos humanos, que fuese el desarrollo necesario de lo dispuesto en la Carta de las Naciones Unidas, surgió como compromiso adoptado en el marco de la Conferencia de San Francisco⁴⁶. El proceso de elaboración de dicho documento se inició, en febrero de 1946, con el acuerdo del Consejo Económico y Social de la ONU de constituir la Comisión de Derechos del Hombre, con la finalidad, entre otras cosas, de preparar propuestas, recomendaciones e informes respecto a una “*declaración internacional de*

⁴⁴ De hecho, son varias delegaciones de países latinoamericanos (junto a diversas organizaciones no gubernamentales estadounidenses) las que impulsaron la inclusión de una carta de *derechos humanos* en la Carta, encontrándose con el rechazo de las grandes potencias, ver CARRILLO SALCEDO, J. A., *Soberanía de los...*, *op. cit.*, pp. 33 y 34, GÓMEZ ISA, F., «La Declaración Universal...», *op. cit.*, pp. 27-28, MORSINK, J., *op. cit.*, p. 2 y WALTZ, S., «Universalizing Human Rights: The Role of Small States in the Construction of the Universal Declaration of Human Rights», p. 372; con todo, restando significación a los resultados de la intervención de los actores mencionados, KEYS, B. y BURKE, R., «Human Rights», p. 488 y MOYN, S., *op. cit.*, pp. 46 y 60-61.

⁴⁵ Ver CARRILLO SALCEDO, J. A., *Soberanía de los...*, *op. cit.*, p. 32, GÓMEZ ISA, F., «La Declaración Universal...», *op. cit.*, pp. 30-32, PASTOR RIDRUEJO, J. A., *Curso de Derecho...*, *op. cit.*, pp. 213-214 y VILLÁN DURÁN, C., *op. cit.*, pp. 71-72. El límite de estos mandatos se estableció en la no imposición de un sistema *vinculante* de protección de los derechos, ver BUERGENTHAL, T., «The Normative and Institutional Evolution of International Human Rights», pp. 706-707, GÓMEZ ISA, F., «La Declaración Universal...», *op. cit.*, pp. 31 y 32, MAZOWER, M., «The Strange Triumph...», *op. cit.*, pp. 393-394 y VILLÁN DURÁN, C., *op. cit.*, pp. 72-73.

⁴⁶ A propuesta concreta de Panamá, ver GÓMEZ ISA, F., «La Declaración Universal...», *op. cit.*, p. 29. Asimismo, ver MORSINK, J., *op. cit.*, pp. 3-4.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

derechos del hombre”⁴⁷. Es de notar que, ya en una etapa temprana de elaboración, se descartó la idea de avanzar en la redacción de una *Carta internacional de derechos humanos* (como instrumento jurídico vinculante)⁴⁸.

A lo largo de los más de dos años que mediaron en la redacción de la Declaración, las distintas delegaciones discutieron, larga y minuciosamente, prácticamente cada aspecto del articulado, tal y como los estudios historiográficos han puesto de relieve en múltiples ocasiones⁴⁹. El sentido de fondo de estos debates se halla, claramente, en la confrontación entre las dos grandes visiones generales acerca de los *derechos humanos*, como son la *liberal* y la *socialista*⁵⁰. No era baladí la cuestión puesto que, al fin y al cabo, para las principales potencias (en especial, para Estados Unidos), la asimilación del “estándar” resultante a las determinaciones del orden social propio existente resultaba de importancia, por cuanto que, de tal forma, se respaldaría (y no obstaculizaría) la extensión de su posición *hegemónica* en el mundo⁵¹: así, su “derecho” se impondría (aun con matices) como *universal*⁵². Por tanto, entre la maraña de propuestas y enmiendas, es posible distinguir (aun a riesgo de dejar a un lado otras reflexiones y momentos importantes) una serie de debates clave donde emergen las posiciones fundamentales de los distintos Estados.

En primer lugar, se destaca la cuestión de los derechos económicos y sociales⁵³. A favor de su inclusión, y en la determinación del contenido que tendrán en la

⁴⁷ CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL DE LAS NACIONES UNIDAS, *Comisión de Derechos del Hombre y Subcomisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer*, p. 3; ver también PASTOR RIDRUEJO, J. A., *Curso de Derecho...*, *op. cit.*, p. 214.

⁴⁸ CARRILLO SALCEDO, J. A., *Soberanía de los...*, *op. cit.*, p. 50, GÓMEZ ISA, F., «La Declaración Universal...», *op. cit.*, p. 34 y MOYN, S., *op. cit.*, p. 63.

⁴⁹ Para una panorámica general del proceso de elaboración, ver MORSINK, J., *op. cit.*, pp. 4-12.

⁵⁰ CARRILLO SALCEDO, J. A., *Soberanía de los...*, *op. cit.*, pp. 50-51 y 68, EVANS, T., *op. cit.*, pp. 22-23 y GÓMEZ ISA, F., «La Declaración Universal...», *op. cit.*, p. 41.

⁵¹ En este sentido, EVANS, T., *op. cit.*, p. 20.

⁵² En un sentido más general, DOUZINAS, C., *op. cit.*, p. 181:

“[...] *When normative universality becomes a calculable globalisation, it turns from a lofty, albeit impossible, ideal into the lowest common denominator of state interests and rivalries. Every state and power comes under the mantle of the international law of human rights, every government becomes civilised as the ‘law of the princes’ has finally turned into the ‘universal’ law of human dignity. But this is an empirical universality, based on the competitive solidarity of sovereign governments and on the pragmatic concerns and calculations of international politics. [...]*”.

⁵³ En este sentido, GÓMEZ ISA, F., «La Declaración Universal...», *op. cit.*, pp. 36-37.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

Declaración, intervinieron activamente tanto las delegaciones latinoamericanas de tendencia socialdemócrata como aquellas pertenecientes al campo socialista⁵⁴; esto se hizo específicamente evidente en puntos tales como los relativos a la definición de los derechos laborales⁵⁵. Por otra parte, en contra de su reconocimiento, se encontraban principalmente los Estados europeos *occidentales* y los norteamericanos (en particular, Estados Unidos): el problema, para este segundo grupo de países, no residía tanto en la prestación en sí de una serie de servicios económicos y sociales como parte integrante de políticas públicas (y, por, tanto, condicionables y dispensables en cada país en función de las circunstancias e intereses del momento), sino en su definición *integral* como *derechos* (con lo cual, en todos ordenamientos jurídicos respectivos, se presentarían como prestaciones incondicionadas en lo esencial y de perenne aplicación en el tiempo)⁵⁶. Los derechos económicos y sociales, configurados de tal forma, se atravesaban en el camino de los intereses globales y domésticos de los países occidentales: su reconocimiento jurídico, unido a una potencial definición “excesivamente” amplia y detallada de los mismos, podría suponer la imposición de trabas importantes a la libertad de actuación de estos Estados, tanto internas (al “blindar” para el futuro las políticas sociales, algunas de las cuales ya estaban siendo reconocidas legalmente y, en diversos casos, incluso con rango constitucional) como externas (al asumir la obligación de asegurar un nivel mínimo de vida a las poblaciones de las colonias⁵⁷).

A la postre, los países occidentales no lograron evitar la inclusión de los derechos sociales. Sin embargo, y por contraste, las propuestas iniciales de definición del derecho de propiedad (con tonos más “socializantes”), sí serían exitosamente matizadas en un sentido *liberal*, de forma que, en el definitivo artículo 17 de la Declaración, únicamente se acabó recogiendo el más escueto reconocimiento posible del derecho de propiedad (ejercido individual o colectivamente), así como la proscripción de su privación

⁵⁴ En este sentido, MORSINK, J., *op. cit.*, p. xiv; ver también en GÓMEZ ISA, F., «La Declaración Universal...», *op. cit.*, p. 69.

⁵⁵ MORSINK, J., *op. cit.*, p. 157.

⁵⁶ Ver *ibidem*, pp. 222-230 y TOMUSCHAT, C., *Human Rights. Between Idealism and Realism* (2nd ed.), pp. 29-30.

⁵⁷ Para la contradicción existente entre las prácticas económicas coloniales y el contenido de distintos derechos humanos, ver FONTANA LÁZARO, J., *op. cit.*, pp. 338-341.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

*arbitraria*⁵⁸. Lo verdaderamente crucial es que, en el posteriormente conocido como “mundo libre”, esta definición ratificaba la realidad de la propiedad *privada* sobre los medios de producción y la percepción de ganancias derivadas de esta, como la plasmación de un derecho *humano*, sin más determinaciones acerca de posibles límites de acumulación de riqueza (al no establecerse a partir de qué valor la propiedad dejaría de formar parte del objeto de un *derecho humano*), sobre la reducción las desigualdades de renta o respecto a una exigible *función social* de la propiedad; por otra parte, para el campo socialista, este artículo resultaba relativamente inocuo, puesto que los medios de producción eran ya muy mayoritariamente de propiedad social (estatal o colectivizada), de forma que los modos de propiedad existentes en los países socialistas no entraban en contradicción con lo dispuesto en la Declaración⁵⁹.

De todo lo anterior, se deduce la dificultad de discernir la existencia de un modelo “latente” de orden económico *universal* en la Declaración, en virtud de la ausencia de pronunciamiento expreso alguno en relación con las delimitaciones fundamentales del régimen de propiedad (social o privado)⁶⁰, ni acerca de la posible compatibilidad *esencial* de los procesos de producción y apropiación privada de plusvalía con la idea de *derechos humanos*. En este sentido, la Declaración no presenta en este apartado un carácter rotundamente *socialista*. Desde luego, en los países de capitalismo “avanzado”, el catálogo de derechos económicos y sociales finalmente delimitado era, a todas luces, compatible con los contenidos centrales de la propuesta socialdemócrata de “*pacto*” entre las clases sociales (*capital y trabajo*)⁶¹. Así, por una parte, se garantizaban condiciones de vida suficientes a los trabajadores asalariados, protección reforzada a las capas sociales más vulnerables y garantía de oportunidades tanto de progresión en la “pirámide social” como de realización personal (artículos 22 a 26); como contrapartida, se aseguraba el mantenimiento esencial del modo de producción capitalista y de los procesos de acumulación del capital (artículo 17). Sin embargo, en el todavía vasto

⁵⁸ Ver en MORSINK, J., *op. cit.*, pp. 139-156. En este sentido, también GÓMEZ ISA, F., «La Declaración Universal...», *op. cit.*, p. 66.

⁵⁹ En este sentido, MORSINK, J., *op. cit.*, pp. 149 y 152; ver también GÓMEZ ISA, F., «La Declaración Universal...», *op. cit.*, p. 66.

⁶⁰ Como máximo, se podría llegar a considerar que la Declaración se decantaría por un impreciso modelo “mixto” ver *ibidem*, pp. 155-156; sin embargo, ello devuelve la cuestión a su mismo punto inicial.

⁶¹ Para el sentido de este “pacto”, así como su posterior ruptura, ver FARIÑAS DULCE, M. J., *Mercado sin ciudadanía. Las falacias de la globalización neoliberal*, pp. 21-22, 38 y 135-136.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

mundo colonial o semicolonial, la aspiración a alcanzar un compromiso equivalente sobrepasaba el horizonte de la subversión frente al orden establecido.

Así pues, tan trascendental como el anterior resultará el debate acerca de la inclusión en la Declaración del derecho de libre determinación de los pueblos (inicialmente contemplado en la Carta del Atlántico, pero posteriormente relegado a un segundo plano en la Carta de las Naciones Unidas⁶²) y de los derechos de las minorías nacionales. Este asunto eclosionó espectacularmente en la fase final de elaboración, ya en la Asamblea General, al respecto a la redacción final del articulado en cuanto al ámbito de aplicación territorial de la Declaración⁶³. El desencadenante fue la aprobación de un artículo adicional, a iniciativa de Yugoslavia, durante el proceso de redacción del texto en la Tercera Comisión de la Asamblea General, que venía a declarar expresamente la aplicación de los derechos reconocidos a los territorios dependientes: es decir, en este punto, no se ponía en cuestión la existencia del hecho colonial *en sí*, pero se avanzaba hacia la imposición de trabas a la libertad de acción de las potencias colonialistas frente a posibles intentos de amortiguar los efectos de la extensión de la Declaración a las posesiones ultramarinas en manos de estas⁶⁴.

Pero las potencias occidentales no se mantuvieron inactivas. Así, inicialmente, trataron de neutralizar “discretamente” la propuesta anterior en el marco de la Tercera Comisión⁶⁵. Sin embargo, este intento fue rechazado⁶⁶, y la propuesta yugoslava quedó como artículo tercero del texto sometido a la consideración del Plenario⁶⁷. Así pues, frente a este mismo artículo, el Reino Unido presentó directamente su propia enmienda (que, en realidad, era el “rescate” de la propuesta fracasada días atrás): por su contenido,

⁶² Ver BORGWARDT, E., *op. cit.*, pp. 4, 29-30, 178, 186 y 188-189, MACKLEM, P., *The Sovereignty of Human Rights*, pp. 165, 167-168 y 174 y MOYN, S., *op. cit.*, pp. 85, 88 y 93-94; ver también PASTOR RIDRUEJO, J. A., *Curso de Derecho...*, *op. cit.*, pp. 278-279.

⁶³ Los hechos principales de este episodio se relatan en CLAVERO SALVADOR, B., *Derecho global...*, *op. cit.*, pp. 21-24 y MORSINK, J., *op. cit.*, pp. 98-101; ver también WALTZ, S., *op. cit.*, pp. 376-377.

⁶⁴ Para ver el contenido y el debate entre las delegaciones, *Draft international declaration of human rights (E/800) (continued)*, pp. 740-748.

⁶⁵ Se pueden ver estos movimientos en *Draft Report of Sub-Committee 4 of the Third Committee*, pp. 8 y 14.

⁶⁶ *Draft universal declaration of human rights (E/800): report of Sub-Committee 4 (A/C.3/400 and A/C.3/400/Rev.1) (continued)*, pp. 854-863.

⁶⁷ Ver en *Proyecto de Declaración Internacional de Derechos del Hombre. Informe de la Tercera Comisión*, p. 4.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

esta representaba un auténtico alarde de confusión, puesto que disponía, meramente, no distinguir en la aplicación de la Declaración en función de si las personas perteneciesen a un territorio independiente o no, eludiendo determinar claramente si los derechos contemplados debían aplicarse directamente “en” las colonias⁶⁸.

Frente a esta situación, la URSS presentó una enmienda de profundidad⁶⁹. Esta propuesta no proscribía instantáneamente la dominación colonial *exterior* (entendida como potestad soberana *permanente* sobre otros países) existente en aquel momento (haber tratado de hacer lo contrario posiblemente habría sido muy poco realista), pero sí establecía con firmeza su caducidad definitiva, mediante la afirmación del derecho a la autodeterminación de pueblos y naciones⁷⁰: mientras tanto, se seguía comprendiendo la extensión directa de la aplicación de la Declaración a todos los territorios, coloniales o no. Pero no sólo eso: la enmienda no se refería únicamente a la problemática del colonialismo *externo* (que afectaba fundamentalmente a las potencias europeas), sino también al *interno* (en referencia al sometimiento de minorías nacionales dentro de un mismo país), al afirmar los derechos de las minorías, lo cual sí concernía a buena parte de los Estados latinoamericanos y a Estados Unidos, así como a otros Estados regidos por elites descendientes de colonos europeos⁷¹. Desde luego, la afirmación de derecho de libre determinación era percibida por los países occidentales fundamentalmente como una amenaza hacia sus intereses económicos⁷²; así, habiendo cosechado 8 votos a favor, 34 en contra y 14 abstenciones (lo que reflejó una significativa división de pareceres dentro de las delegaciones asiáticas, latinoamericanas y de Oriente Medio), la

⁶⁸ *Draft International Declaration of Human Rights. United Kingdom: Amendment to article 3 of the draft Declaration proposed by the Third Committee (A/777)*.

⁶⁹ CLAVERO SALVADOR, B., *Derecho global...*, *op. cit.*, p. 23. Se puede consultar el texto de la enmienda en *Draft International Declaration of Human Rights. Union of Soviet Socialist Republics: Amendments to the draft Declaration proposed by the Third Committee (A/777)*, p. 1.

⁷⁰ Obligando también a las Naciones Unidas a actuar en este sentido, ver CLAVERO SALVADOR, B., *Derecho global...*, *op. cit.*, pp. 25-26.

⁷¹ *Ibidem*, pp. 53-55; con relación a las posiciones sobre los derechos de las minorías en la elaboración de la Declaración, ver GÓMEZ ISA, F., «La Declaración Universal...», *op. cit.*, pp. 76-77.

⁷² EVANS, T., *op. cit.*, p. 23; en este sentido, también FONTANA LÁZARO, J., *op. cit.*, pp. 145-147 y 325. Respecto a la oposición de los países occidentales a esta enmienda, MOYN, S., *op. cit.*, p. 70.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

propuesta soviética no prosperó, justo en el día final del debate en la Asamblea General⁷³.

Al aprobarse, a continuación, la enmienda británica⁷⁴, su texto fue incorporado a la Declaración como el definitivo párrafo segundo del artículo 2. En consecuencia, paradójicamente, se abría la posibilidad de seguir manteniendo una modulación en la aplicación de estándares de derechos en las metrópolis y en las posesiones exteriores de estas, eludiéndose la puesta en cuestión de las políticas coloniales⁷⁵. Asimismo, con esta votación, las Naciones Unidas desterraron expresamente como parte del “consenso” internacional la cuestión de la autodeterminación y de la situación de las minorías nacionales (al menos por el momento)⁷⁶. Resulta, pues, particularmente llamativo que en el conjunto de exposiciones presentes en la doctrina dominante acerca de este asunto se obvие tanto la existencia del debate anterior como su sentido y resultado finales⁷⁷.

C) Crítica a la concepción *celebratoria* acerca de la Declaración Universal.

Atendiendo a sus contenidos sustantivos, la Declaración Universal no resultó un prodigio de originalidad, puesto que no descubrió o describió principios o garantías radicalmente novedosos, ni proclamó derechos que buena parte de las poblaciones del planeta no conocieran o pudiesen desear ya (y por los cuales muchas habían luchado en la última guerra mundial)⁷⁸. Quizá, de entrada, su contribución más significativa sería el haber reunido, en un mismo (y breve) documento, una pluralidad significativa de

⁷³ Ver en *Continuación de los debates sobre el proyecto de Declaración Universal de Derechos del Hombre: informe de la Tercera Comisión (A/777)*, p. 393.

⁷⁴ Por 29 votos a favor, 17 en contra y 10 abstenciones, ver en *ibidem*, p. 394.

⁷⁵ CLAVERO SALVADOR, B., *Derecho global...*, *op. cit.*, pp. 37-38.

⁷⁶ *Ibidem*, pp. 26 y 29. Destacando la ausencia del derecho de libre determinación en la Declaración, MOYN, S., *op. cit.*, p. 89 y SCHWÖBEL, C. E. J., *Global Constitutionalism in International Legal Perspective*, p. 120; dicha realidad ha servido como un argumento para negar categóricamente la condición de *derecho humano* a este derecho, así en PÉREZ LUÑO, A. E., *La tercera generación de Derechos Humanos*, p. 234.

⁷⁷ Así, por ejemplo, a la hora de glosar el contenido del artículo 2 de la Declaración, ver GÓMEZ ISA, F., «La Declaración Universal...», *op. cit.*, p. 48; tampoco despierta mucha mayor atención en otras exposiciones, tal como en CARRILLO SALCEDO, J. A., *Soberanía de los...*, *op. cit.*, p. 52.

⁷⁸ En este sentido, en CLAVERO SALVADOR, B., *Derecho global...*, *op. cit.*, p. 82; similarmente (respecto a las distintas influencias del constitucionalismo de la época en general), ver ELKINS, Z., GINSBURG, T. y SIMMONS, B., «Getting to Rights: Treaty Ratification, Constitutional Convergence, and Human Rights Practice», pp. 74-76 y MOYN, S., *op. cit.*, p. 66.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

aspiraciones *sociales*, a modo de resumen de los objetivos *políticos* prometidos a la población mundial como resultado de la victoria aliada de 1945⁷⁹.

Resulta necesario señalar que, a pesar de los debates (en no pocas ocasiones ásperos) mantenidos entre las diversas delegaciones durante el proceso de elaboración, si se deja aparte, por un momento, el resultado de la votación final del texto completo de la Declaración y se observan los resultados de las votaciones finales de cada considerando del Preámbulo y de cada artículo, se descubre que no existe, en realidad, una extensión generalizada de puntos de disenso entre la pretendida “minoría” (los Estados socialistas) y la “mayoría” (casi todos los demás)⁸⁰; no se verifica por ninguna parte una “*hostilidad irreductible*” del bloque socialista hacia la idea de la Declaración⁸¹. Aparentemente, los participantes en la elaboración de la Declaración sí habrían conseguido forjar, finalmente, un *consenso*⁸²; sin embargo, tal afirmación no cuenta la historia completa de este asunto.

En realidad, tanto a partir de la vaguedad (en algunos casos, notable) de algunos de los artículos, como por la ausencia de estándares, medidas y garantías sobre los derechos, es imposible deducir claramente, en una simple lectura *descontextualizada* de la Declaración, cuál es la visión sustantiva del orden económico, político y cultural que esta preconiza *en su conjunto*⁸³, ni cuál sería la articulación de los derechos concretos como expresiones temáticas de tal orden “posible”. Ciertamente, es perfectamente

⁷⁹ Para el sentido de estas promesas, FONTANA LÁZARO, J., *op. cit.*, p. 965.

⁸⁰ Se puede comprobar en *Continuación de los debates...*, *op. cit.*, p. 394. En un sentido más general, MORSINK, J., *op. cit.*, p. 21.

⁸¹ No obstante, sosteniendo tal afirmación (siguiendo a René Cassin), GÓMEZ ISA, F., «La Declaración Universal...», *op. cit.*, p. 36; ver también CARRILLO SALCEDO, J. A., *Soberanía de los...*, *op. cit.*, p. 51.

⁸² Al menos, esto es lo que se afirma comúnmente en la doctrina: así, en CARRILLO SALCEDO, J. A., *Soberanía de los...*, *op. cit.*, p. 52, CANÇADO TRINDADE, A. A., «O legado da...», *op. cit.*, p. 16, GÓMEZ ISA, F., «La Declaración Universal...», *op. cit.*, pp. 37-38 y 88 y SOMMERMANN, K-P., *op. cit.*, p. 100; se ha afirmado, por añadidura, que este “hecho” zanjaría por anticipado todo debate general ulterior sobre los derechos humanos: ver, por ejemplo, en BOBBIO, N., *El tiempo de los derechos*, pp. 61 y 64-66. Por el contrario, circunscribiendo el logro de dicho consenso al ámbito diplomático, MOYN, S., *op. cit.*, p. 68.

⁸³ Ello es particularmente relevante respecto al modelo económico, ver *ibidem*, pp. 63-64; en términos más generales, ver también DE VERGOTTINI, G., «Garantía de la identidad de los ordenamientos estatales y límites de la globalización», p. 141 y MOYN, S., *op. cit.*, p. 222 y WALL, I. R., *op. cit.*, p. 33. A este respecto, ha de tratarse el contenido de la Declaración como una “*unidad orgánica*”, a la hora de proceder a la interpretación concreta de los derechos, ver MORSINK, J., *op. cit.*, pp. 232 y 238; en este sentido, también BROWN, G. (ed.), *The Universal Declaration of Human Rights in the 21st Century. A Living Document in a Changing World*, p. 38 y CANÇADO TRINDADE, A. A., «O legado da...», *op. cit.*, p. 15.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

posible encontrar trazas de orientaciones políticas diferentes en las redacciones del articulado: de raíz *liberal* en la fundamentación teórica de los derechos y el énfasis en el reconocimiento de derechos individuales frente al Estado, y de tendencia primordialmente *socialista* en la definición de los derechos sociales⁸⁴: así, aparentemente, ni una ni otra serían excluyentemente definitorias, por sí mismas, del resultado alcanzado en 1948⁸⁵.

La dimensión real de la cuestión solo se muestra al llevar a cabo un análisis, ahora sí, *contextualizado*. Si, ciertamente, se verifica la existencia de un acuerdo formal sobre lo que se *dice* en la Declaración (en cuanto que sus contenidos, “convenientemente” interpretados, no resulten directa y particularmente dañinos para las respectivas posiciones e intereses de los Estados afectados⁸⁶), no se puede decir lo mismo acerca lo que *no dice* (bien porque no llegó a plantearse en las discusiones, bien porque se rechazó su inclusión). Si efectivamente hay un *relativo* consenso en torno a una serie de expresiones formales *referentes a* los derechos humanos contenidos en la Declaración, ello no significa en modo alguno que se hubiese alcanzado ni mucho menos un consenso *material* (o, aún menos, una síntesis de las posturas contrapuestas) sobre el contenido real de los *derechos humanos*, entendidos como núcleo propositivo básico de los órdenes político-jurídicos de los países de las Naciones Unidas, como “*ideal común por el que todos los pueblos y naciones deben esforzarse*” (según reza el mismo Preámbulo de la Declaración)⁸⁷. Este es el factor crucial que explica el tenor dispar de las interpretaciones posteriores de los mismos contenidos de la Declaración (que, en el mundo *occidental*, se realizarían en una clave ideológica *liberal*, la cual devendría hegemónica en el seno de las propias Naciones Unidas⁸⁸).

⁸⁴ En este sentido, *ibidem*, p. 15, SOMMERMANN, K-P., *op. cit.*, p. 100 y TOMUSCHAT, C., *Human Rights...*, *op. cit.*, p. 74; ver también ONUMA, Y., *A Transcivilizational Perspective on International Law. Questioning Prevalent Cognitive Frameworks in the Emerging Multi-Polar and Multi-Civilizational World of the Twenty-First Century*, pp. 435 y 441.

⁸⁵ GÓMEZ ISA, F., «La Declaración Universal...», *op. cit.*, pp. 41-42; en este sentido, también ELKINS, Z., GINSBURG, T. y SIMMONS, B., *op. cit.*, pp. 65-66 y MOYN, S., *op. cit.*, p. 64.

⁸⁶ En una dimensión más general, ver DOUZINAS, C., *op. cit.*, p. 179.

⁸⁷ Ver (siguiendo también a Antonio Cassese) GÓMEZ ISA, F., «La Declaración Universal...», *op. cit.*, pp. 70-71.

⁸⁸ HERRERA FLORES, J., *Los derechos humanos...*, *op. cit.*, pp. 199-200; ver también SCHWÖBEL, C. E. J., *op. cit.*, p. 120.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

Esta característica intrínseca a la Declaración no es fruto de un diseño como “máximo común divisor” de las aspiraciones de la Humanidad, ni es resultado de un tributo (obligado) a las prerrogativas de soberanía de los países miembros: constituye la traducción, en el plano formal, de las limitaciones *políticas* de la propia coalición de las Naciones Unidas. La única lectura *material* realmente posible de la Declaración es *negativa*: si hay algún criterio que se repite en todo el proceso de elaboración y que sí une a todos los redactores de esta es el rechazo, en toda regla, de los fundamentos políticos y culturales del derrotado Eje (y, muy en especial, del nazismo como propuesta *ideológica* a combatir)⁸⁹. Ello era expresión, en aquel momento, de la existencia de un *consenso antifascista* a nivel internacional⁹⁰.

Aun así, la consecuencia global más grave, con diferencia, que se deriva de la aprobación de la Declaración Universal es el reconocimiento del *hecho colonial* como uno de los elementos naturalmente fundantes del orden internacional de posguerra (lo que representaba, simplemente, el respaldo a una solución de continuidad respecto de la misma visión contenida en la Carta de las Naciones Unidas⁹¹)⁹². Peor aún: con la excusa del desarrollo de políticas que facilitasen el progreso material y el “futuro acceso a la civilización” de los territorios dependientes, se bendecían no solo los procesos de explotación y rapiña, sino también el aplastamiento de cualquier oposición de los

⁸⁹ Se pueden observar múltiples manifestaciones de ello en MORSINK, J., *op. cit.*, pp. 36-91; desde una perspectiva más general, también DE VERGOTTINI, G., «Garantía de la...», *op. cit.*, p. 141 y WALTZ, S., *op. cit.*, p. 362. Tal fue, por ejemplo, uno de los motivos principales de la participación de los Estados socialistas en la elaboración de la Declaración, ver MORSINK, J., *op. cit.*, pp. 23-24.

⁹⁰ En este sentido, PISARELLO PRADOS, G., *Un largo Termidor...*, *op. cit.*, p. 140 y (en referencia a la Carta del Atlántico y los acuerdos de Bretton Woods) BORWARDT, E., *op. cit.*, p. 134; esta realidad se plasmará también en los distintos órdenes constitucionales de posguerra, ver FERRAJOLI, L., *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia. 1. Teoría del derecho*, pp. 776-777 e *idem*, *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia. 2. Teoría de la democracia*, p. 50. En términos sustantivos, la concepción “compartida” de los derechos humanos en aquel momento apuntaba hacia un cierto modelo de “democracia social” (de rasgos indefinidos), ver MOYN, S., *op. cit.*, pp. 44-45, 47 y 222; en ello se incardinaria también el contenido sustancial de la Declaración, visto en su conjunto, ver WHEATLEY, S., «On the legitimate authority of international human rights bodies», pp. 89-90.

⁹¹ Ver CLAVERO SALVADOR, B., *Derecho global...*, *op. cit.*, pp. 71-73 y REMIRO BROTONS, A., RIQUELME CORTADO, R., ORIHUELA CALATAYUD, E., Díez-Hochleitner, J. y Pérez-Prat Durban, L., *Derecho Internacional. Curso General*, pp. 112-113.

⁹² CLAVERO SALVADOR, B., *Derecho global...*, *op. cit.*, p. 123 y HERRERA FLORES, J., *La reinención de...*, *op. cit.*, p. 204 (nota 10); también (siguiendo a Bartolomé Clavero) SÁNCHEZ RUBIO, D., *Derechos humanos instituyentes, pensamiento crítico y praxis de liberación*, pp. 180-181.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

pueblos sometidos a las autoridades coloniales⁹³. Por consiguiente, se *legitimaba* la lógica de funcionamiento de bloques de dominación imperial, así como la profundización en las relaciones de subordinación incondicionada de los territorios coloniales y de sus recursos a las estrategias de acumulación de capital de las metrópolis imperiales⁹⁴.

Por otra parte, en lo relativo a la “naturaleza jurídica” de la Declaración Universal, resulta un hecho destacado que esta no presente la forma de un instrumento convencional propio del Derecho internacional. La validez del contenido de la Declaración, materializado en un tratado o convención (siguiendo la idea original de conformar una “Carta”), habría requerido la manifestación de un compromiso expreso e individualizado en su observancia y cumplimiento, esto es, en forma de ratificación formal, conforme al Derecho internacional, por parte de cada uno de los Estados que quisieran aceptarlo (no bastaba, para ello, con un simple voto en la Asamblea General de la ONU): esto presentaba no sólo consecuencias políticas (consagrando los contenidos de la Declaración en cuanto núcleo central del “programa de gobierno” oficial de cada uno de los Estados) sino también directamente jurídicas, en función de lo determinado en cada ordenamiento estatal (integrando formalmente los derechos reconocidos como parte integrante de este)⁹⁵. Del mismo modo, se habría puesto de manifiesto la necesidad de abrir la opción de la adhesión a dicho instrumento a todos los Estados existentes, perteneciesen o no a la ONU en aquel momento. El hecho de que se realizase una “Declaración” indica precisamente la falta de voluntad de llevar a cabo

⁹³ CLAVERO SALVADOR, B., *Derecho global...*, *op. cit.*, pp. 48-50 y 82. Así, por ejemplo, no deja de ser destacable la brutal acción represiva de las autoridades coloniales británicas en Malasia, justo en la época de la negociación y aprobación de la Declaración, ver MOYN, S., *op. cit.*, p. 91 y RAJAGOPAL, B., *op. cit.*, p. 51; la misma situación, en referencia a sus homólogos franceses en Madagascar, en LITTLE, D., «Cold War and Colonialism in Africa: The United States, France, and the Madagascar Revolt of 1947», pp. 540 y 542-543.

⁹⁴ En un sentido crítico, ver CLAVERO SALVADOR, B., *Derecho global...*, *op. cit.*, pp. 123-124.

⁹⁵ En este sentido, MORSINK, J., *op. cit.*, p. 15.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

una iniciativa “vinculante” en el sentido indicado⁹⁶: la cuestión de la inclusión de los derechos económicos, sociales y culturales resultó, en este aspecto, decisiva⁹⁷.

La Declaración Universal se presenta, solemnemente, como una colección de “propósitos píos” suscritos por los Estados miembros de la ONU ante todos los pueblos del mundo⁹⁸: aquellos, según el Preámbulo de la Declaración, se comprometen “[...] *a asegurar, en cooperación con la Organización de las Naciones Unidas, el respeto universal y efectivo a los derechos y libertades fundamentales del hombre, [...]*”. Es decir: el texto aprobado no concernía únicamente a los Estados independientes que aún no fuesen miembros de esta organización, sino también a los países privados de Estado propio o que tuvieran sustancialmente limitada su soberanía (destacadamente, los países entonces sujetos a régimen de ocupación, tales como Alemania, Austria o Japón). Las Naciones Unidas o, más bien, la “mayoría” existente en la Asamblea General en 1948, *imponen*, en cuanto coalición vencedora, un *programa de gobierno* (o la apariencia de este, por todo lo que ya se ha mencionado) al conjunto del planeta⁹⁹, en la forma de “*ideal común por el que todos los pueblos y naciones deben esforzarse*”¹⁰⁰; sin embargo, ello se lleva a cabo de tal manera que los miembros de la coalición (y en especial sus potencias dirigentes), no se encuentran igualmente *vinculados* a su mismo cumplimiento¹⁰¹. Este es la modulación del “compromiso” contraído en el mismo Preámbulo de la Declaración respecto de los derechos y libertades proclamados, según el cual (en virtud de la aplicación de un autoproclamado principio de *progresividad*) se “[...] *aseguren, por medidas progresivas de carácter nacional e internacional, su reconocimiento y aplicación universales y efectivos [...]*” (el subrayado es añadido). En

⁹⁶ CLAVERO SALVADOR, B., *Derecho global...*, *op. cit.*, p. 31; ver también PASTOR RIDRUEJO, J. A., *Curso de Derecho...*, *op. cit.*, pp. 215 y 217. Destacando jurídicamente el carácter no vinculante y la inaplicabilidad de la Declaración (como mínimo, en un inicio), ELKINS, Z., GINSBURG, T. y SIMMONS, B., *op. cit.*, pp. 65 y 66; para la temprana crítica de Hersch Lauterpacht al respecto, MOYN, S., *op. cit.*, p. 184.

⁹⁷ EVANS, T., *op. cit.*, p. 128.

⁹⁸ Destacando el carácter meramente “exhortativo” de la Declaración, al menos en un periodo inicial (en opinión de Egon Schwelb), MOYN, S., *op. cit.*, p. 200.

⁹⁹ CLAVERO SALVADOR, B., *Derecho global...*, *op. cit.*, p. 83. En este sentido, también MARÍN CASTÁN, M. L., «La Declaración Universal de Derechos Humanos, de 10 de diciembre de 1948, ¿Nuevo Derecho Natural de la Humanidad?», pp. 144-145 (siguiendo a Cassese) y 154.

¹⁰⁰ ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS, *Declaración Universal de Derechos Humanos*, Preámbulo.

¹⁰¹ CLAVERO SALVADOR, B., *Derecho global...*, *op. cit.*, p. 59 y MAZOWER, M., «The Strange Triumph...», *op. cit.*, pp. 396-397.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

consecuencia, el sistema internacional de los derechos humanos se constituye, desde el primer instante, como una formación de “geometría variable”, más “universal” para unos que para otros.

El paso definitivo para vaciar la Declaración Universal de toda efectividad fue el rechazo a otra enmienda, también soviética, que establecía la obligación de garantizar los derechos reconocidos a través de las respectivas leyes nacionales, y de considerar su violación o limitación como incompatibles con los principios de la Carta de las Naciones Unidas¹⁰². Al no acogerse ni siquiera la idea de recepción jurídica de la Declaración por los respectivos derechos estatales, se truncaba el recorrido jurídico *efectivo* de los derechos humanos que contenía antes incluso de comenzar¹⁰³; allá donde se considerasen, lo serían únicamente por decisión voluntaria a través del derecho estatal (por ejemplo, mediante los catálogos de derechos fundamentales que se incluyesen en los respectivos textos constitucionales de cada país)¹⁰⁴. La Declaración Universal no llegaría siquiera a servir como una suerte de instrumento “constitucional” del orden internacional de posguerra: el desarrollo acelerado de la denominada posteriormente como “Guerra Fría”, en sus múltiples dimensiones, hizo trizas cualquier posibilidad de mantener una orientación conjunta en torno a la resolución práctica de los grandes problemas globales (incluyendo los *derechos humanos*, que fueron encuadrados en las necesidades económicas, políticas e ideológicas de los dos grandes bloques mundiales¹⁰⁵)¹⁰⁶. Así pues, en las dos primeras décadas de existencia de la Declaración, esta tendrá una significación internacional más que limitada¹⁰⁷.

¹⁰² El texto de la enmienda, en *Draft International Declaration of Human Rights. Union of Soviet...*, *op. cit.*, p. 2; el resultado de su votación, en *Continuación de los debates...*, *op. cit.*, p. 394.

¹⁰³ CLAVERO SALVADOR, B., *Derecho global...*, *op. cit.*, pp. 59-60.

¹⁰⁴ *Ibidem*, pp. 34 y 60-61.

¹⁰⁵ ARIAS MARÍN, J. A., *Filosofía y política de los derechos humanos. Contribución a una teoría crítica de los derechos humanos*, pp. 168-169, CARRILLO SALCEDO, J. A., *Soberanía de los...*, *op. cit.*, pp. 51-52, HERRERA FLORES, J., *Los derechos humanos...*, *op. cit.*, pp. 224-225 y VILLÁN DURÁN, C., *op. cit.*, p. 32; para la asociación temprana entre los discursos de los derechos humanos y anticomunista, MOYN, S., *op. cit.*, pp. 45 y 71-72.

¹⁰⁶ En este sentido, MAZOWER, M., *No Enchanted Palace...*, *op. cit.*, pp. 196 y 201-202, *idem*, «The Strange Triumph...», *op. cit.*, p. 394 y SARGENT, D., «Oasis in the Desert? America's Human Rights Rediscovery», p. 128.

¹⁰⁷ BURKE, R., *op. cit.*, pp. 396-400 y 413. En este sentido, también PISARELLO PRADOS, G., *Un largo Termidor...*, *op. cit.*, p. 141 y MOYN, S., *op. cit.*, p. 46.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

1.1.2. Los derechos humanos y la dimensión ideológica de la Guerra Fría.

A) La preparación de los Pactos internacionales de derechos humanos.

Cabría pensar que, dadas las vicisitudes experimentadas en la elaboración de la Declaración Universal y de los intereses que la atravesaron, el proceso de elaboración de un texto de continuación en forma de Pacto Internacional (esto es, con rango de instrumento convencional propiamente dicho) desaparecería rápidamente de la agenda internacional¹⁰⁸. Sin embargo, la realidad no es esta: al mismo tiempo que se recrudecía el enfrentamiento entre bloques (con un salto cualitativo con el estallido del conflicto bélico en Corea) y la Guerra Fría adquiría todos los rasgos que posteriormente resultarían familiares, en el seno de las Naciones Unidas se produjeron desarrollos importantes al respecto.

El proceso de elaboración del Pacto, si bien iniciado al mismo tiempo que la Declaración, se desarrolló en firme a partir de 1949¹⁰⁹. En diciembre de 1950, la Asamblea General acordó que se incluyeran en el texto del futuro instrumento el derecho de libre determinación de los pueblos, los derechos económicos, sociales y culturales, el reconocimiento explícito de la igualdad entre hombres y mujeres y la extensión de los derechos reconocidos a las entidades territoriales integrantes de Estados federales¹¹⁰. En febrero de 1952, se produjo una evolución fundamental en la compresión del proyecto, con la separación del borrador de Pacto en dos textos diferenciados: por una parte, los derechos civiles y políticos y, por otra, los derechos económicos, sociales y culturales (como consecuencia del enfrentamiento entre las posiciones de los bloques *occidental* y *socialista*¹¹¹)¹¹²; del mismo modo, se reforzó la

¹⁰⁸ Al menos, así lo sugieren algunos autores, ver DONNELLY, J., «La construcción social...», *op. cit.*, p. 156 y MOYN, S., *op. cit.*, p. 69.

¹⁰⁹ Para los principales pasos en este proceso, ver ÁLVAREZ MOLINERO, N., «La evolución de los derechos humanos a partir de 1948: hitos más relevantes», pp. 111-114.

¹¹⁰ ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS, *Proyecto de Pacto Internacional de Derechos del Hombre y medidas de aplicación: labor futura de la Comisión de Derechos del Hombre*.

¹¹¹ ÁLVAREZ MOLINERO, N., *op. cit.*, pp. 114-116, CRAVEN, M. C. R., *The International Covenant on Economic, Social, and Cultural Rights. A Perspective on its Development*, pp. 8-9 y DOUZINAS, C., *op. cit.*, p. 23; ver también CARRILLO SALCEDO, J. A., *Soberanía de los...*, *op. cit.*, p. 81, KEYS, B. y BURKE, R., *op. cit.*, p. 489 y PASTOR RIDRUEJO, J. A., *Curso de Derecho...*, *op. cit.*, p. 217.

¹¹² Ver ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS, *Redacción de dos proyectos de pactos internacionales de derechos del hombre*. Valga como “curiosidad”: en las mismas fechas se sustituyó en el uso común de la ONU el término en español “derechos del hombre” por el de “derechos humanos”, ver

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

determinación de incluir en estos el derecho de libre determinación¹¹³. Para abril de 1954, el contenido sustantivo de los derechos en los dos Pactos ya se encontraba en gran medida cristalizado (incluyendo la decisión fáctica de no inclusión del derecho de propiedad¹¹⁴), en comparación con cómo quedaría definitivamente fijado en 1966¹¹⁵; de hecho, una parte importante de las diferencias explicitadas entre las distintas partes negociadoras se hallaban en lo relativo al modelo de implementación de los derechos reconocidos en los Pactos, en especial en torno a los mecanismos de control de su cumplimiento en el marco del sistema de las Naciones Unidas¹¹⁶. Sin embargo, en diciembre de aquel mismo año, la Asamblea General detuvo el proceso de aprobación de los proyectos de Pactos, argumentando la necesidad de “recabar las enmiendas y observaciones” de gobiernos, organismos especializados y opinión pública al respecto de los textos¹¹⁷. Se abrió, ahora sí, un largo periodo durante el cual la culminación del proceso de elaboración de los Pactos quedaría, por la vía de los hechos, congelada¹¹⁸.

En general, fue destacada la oposición de Estados Unidos a adherirse a los principales tratados sobre derechos humanos, postura especialmente notoria a partir del establecimiento de la Administración Eisenhower¹¹⁹: en esta determinación pesaron, básicamente, elementos tales como la voluntad de no acabar con la discriminación racial entonces vigente en varios Estados de la Unión, la no aceptación del reconocimiento de los derechos económicos y sociales y el rechazo a cualquier posibilidad de supervisión

idem, *Adopción en español del término “derechos humanos” en vez del término “derechos del hombre”*; ver también CARRILLO SALCEDO, J. A., *Soberanía de los...*, *op. cit.*, p. 49.

¹¹³ Ver ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS, *Inclusión en el pacto o los pactos internacionales de derechos del hombre de un artículo sobre el derecho de libre determinación de los pueblos*. Para el proceso de inclusión de este derecho en los Pactos, ver MOYN, S., *op. cit.*, pp. 97-98 y WALTZ, S., *op. cit.*, pp. 377-378.

¹¹⁴ *Commission on Human Rights. Report of the Tenth Session. 26 February—16 April 1954*, p. 9.

¹¹⁵ Se pueden consultar las propuestas de textos en *ibidem*, Annex I (pp. 62-72). En este sentido, también ORAÁ ORAÁ, J., «En torno al valor jurídico de la Declaración Universal», p. 185.

¹¹⁶ Para el estado de la cuestión en aquel momento, ver *Commission on Human...*, *op. cit.*, pp. 9-25.

¹¹⁷ ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS, *Proyectos de pactos internacionales de derechos humanos* [1954].

¹¹⁸ Formalmente, el proceso quedó residenciado en el ámbito de la propia Asamblea General (Tercera Comisión), ver CANÇADO TRINDADE, A. A., «O legado da...», *op. cit.*, p. 17, CRAVEN, M. C. R., *op. cit.*, pp. 20-21 y PASTOR RIDRUEJO, J. A., *Curso de Derecho...*, *op. cit.*, p. 217.

¹¹⁹ ÁLVAREZ MOLINERO, N., *op. cit.*, pp. 118-119, BON TEMPO, C. J., «Human Rights and the U.S. Republican Party in the Late 1970s», p. 149, DOUZINAS, C., *op. cit.*, pp. 29-30, GÓMEZ ISA, F., «La Declaración Universal...», *op. cit.*, p. 40 (también nota 65) y KEYS, B. y BURKE, R., *op. cit.*, pp. 489-490; ver también WALTZ, S., *op. cit.*, p. 381 (también nota 113).

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

externa de las determinaciones del ordenamiento jurídico del país¹²⁰. Con tales condiciones, la actuación de la superpotencia occidental en materia de derechos humanos durante este periodo se centró en la interpretación de estos en función de sus propios intereses¹²¹, así como en su instrumentalización como parte de la estrategia propagandística seguida contra la URSS y el comunismo en general¹²².

El fenómeno *político* que comenzó a devolver a la palestra pública el proyecto de desarrollo del sistema internacional de derechos humanos fue la aceleración y generalización, desde la segunda mitad de la década de 1950, del proceso de *descolonización* a escala mundial, que avanzó a caballo entre las guerras anticoloniales y los procesos de negociación en África y Asia¹²³. Los procesos de independencia de los territorios dependientes alcanzaron de lleno a las Naciones Unidas, alterando radicalmente los equilibrios anteriormente existentes en su seno¹²⁴. Ello propició la vuelta del derecho de libre determinación de los pueblos al primer plano de atención internacional (con la acción conjunta de los países socialistas y del llamado “Tercer Mundo”¹²⁵)¹²⁶, con un primer gran hito formal en la aprobación, en diciembre de 1960, de la *Declaración sobre la Concesión de la Independencia a los Países y Pueblos Coloniales*¹²⁷; en este sentido, el derecho de libre determinación quedaba vinculado aún

¹²⁰ En este sentido, EVANS, T., *op. cit.*, pp. 21 y 23-24, FOOT, R., «The Cold War and human rights», p. 449 y KEYS, B. y BURKE, R., *op. cit.*, p. 489.

¹²¹ EVANS, T., *op. cit.*, pp. 24-25.

¹²² DOUZINAS, C., *op. cit.*, p. 28 y GÓMEZ ISA, F., «La Declaración Universal...», *op. cit.*, p. 37.

¹²³ Este proceso tomó por sorpresa incluso a la propia ONU: así, en CLAVERO SALVADOR, B., *Derecho global...*, *op. cit.*, p. 50.

¹²⁴ Ver ÁLVAREZ MOLINERO, N., *op. cit.*, p. 116 (también nota 43), FOOT, R., *op. cit.*, p. 455, McWHINNEY, E., *Declaración sobre la Concesión de la Independencia a los Países y Pueblos Coloniales*, p. 1, MOYN, S., *op. cit.*, pp. 95-96, PASTOR RIDRUEJO, J. A., *Curso de Derecho...*, *op. cit.*, pp. 749 y 751, REMIRO BROTONS, A., ... [et al.], *op. cit.*, p. 113 y TOMUSCHAT, C., *Human Rights...*, *op. cit.*, p. 75.

¹²⁵ CASSESE, A., *Self-Determination of Peoples. A Legal Reappraisal*, pp. 44 y 47 y FOOT, R., *op. cit.*, pp. 454-455.

¹²⁶ Para su significación, en el contexto de la evolución de la concepción internacional sobre los derechos humanos en dicho periodo, ver MAZOWER, M., *Governing the World...*, *op. cit.*, pp. 318-319.

¹²⁷ Ver texto en ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS, *Declaración sobre la concesión de la independencia a los países y pueblos coloniales*; para la afirmación de la importancia de esta resolución, CRISTESCU, A., *The Right to Self-Determination. Historical and Current Development on the Basis of United Nations Instruments*, párrs. 39 y 41, MACKLEM, P., *op. cit.*, pp. 168-169, MOYN, S., *op. cit.*, p. 99, PASTOR RIDRUEJO, J. A., *Curso de Derecho...*, *op. cit.*, p. 279 y REMIRO BROTONS, A., ... [et al.], *op. cit.*, p. 113. Respecto al sentido general del texto (y sus límites), ver CLAVERO SALVADOR, B., *Derecho global...*, *op. cit.*, pp. 69-70.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

más, si cabe, a la voluntad de asegurar el desarrollo social de los nuevos países independizados (tanto internamente como en el ámbito de las relaciones exteriores)¹²⁸. Con la sucesión de estos acontecimientos, se reactivó en términos reales el proceso de elaboración de los Pactos en 1962 (si bien, inicialmente, sólo relativamente)¹²⁹; del mismo modo, a lo largo de la misma década se abordaron otras problemáticas estrechamente ligadas a sus distintos contenidos, como son las relativas a la discriminación racial¹³⁰. Finalmente, los dos Pactos internacionales fueron aprobados en diciembre de 1966, aunque solo llegaron a entrar en vigor en enero (derechos económicos, sociales y culturales) y marzo (derechos civiles y políticos) de 1976, respectivamente¹³¹.

Desde luego, y a primera vista, se denota una continuidad de la perspectiva fundamental seguida en los dos Pactos con respecto a la Declaración. Con todo, las diferencias entre ambos grupos de documentos son claves: se recogen en los Pactos (pero no en la Declaración) el derecho de libre determinación de los pueblos (como primer y más destacado derecho reconocido, único común a ambos instrumentos¹³²), la protección contra la prisión por deudas, la expulsión arbitraria al extranjero o la incitación al odio racial o religioso, así como la protección de las culturas minoritarias; por el contrario, de los Pactos se descuelga de forma destacada, aparte de los derechos de asilo y nacionalidad, el derecho de propiedad (todos los anteriores sí aparecen en el documento de 1948)¹³³. Del mismo modo, los derechos económicos, sociales y culturales contienen, en su respectivo Pacto, unas definiciones y mandatos más concretos (acerca de lo cual no dejarían de quejarse amargamente, en el momento de su

¹²⁸ Ver ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS, *Acción concertada en pro del desarrollo económico de los países económicamente poco desarrollados e idem, Soberanía permanente sobre los recursos naturales*; en este sentido, MCWHINNEY, E., *op. cit.*, pp. 2-3.

¹²⁹ ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS, *Proyectos de pactos internacionales de derechos humanos* [1962].

¹³⁰ DONNELLY, J., «La construcción social...», *op. cit.*, p. 156.

¹³¹ FIX-ZAMUDIO, H., «Introducción a la protección internacional de los derechos humanos», p. 487; el contenido de los Pactos, en «Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos», pp. 241-255 y «Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales», pp. 44-51.

¹³² CRAVEN, M. C. R., *op. cit.*, pp. 22 y 24-25; ver también BARRETO, J.-M., «Imperialism and Decolonization as Scenarios of Human Rights History», pp. 161-162.

¹³³ Se puede ver en ÁLVAREZ MOLINERO, N., *op. cit.*, pp. 124-128, CRAVEN, M. C. R., *op. cit.*, p. 25 y DONNELLY, J., «La construcción social...», *op. cit.*, pp. 157-158.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

aprobación, algunas de las delegaciones occidentales en la Asamblea General¹³⁴)¹³⁵. Con todo, la propia configuración de los Pactos como dos instrumentos independientes entre sí facilitaba considerablemente las cosas a los Estados más recalcitrantes al reconocimiento de los derechos sociales: bastaba con adherirse al relativo a los derechos civiles y políticos, dejando el otro al margen.

A pesar de lo dicho, los Pactos internacionales siguen presentando otra faz sustancialmente menos halagüeña, en especial si analizamos los cambios en la redacción de los sendos artículos primero entre 1954 y 1966¹³⁶. En primer lugar, en el texto definitivo, la obligación de los Estados de promoción y respeto del derecho de libre determinación de los pueblos se limita únicamente a los territorios *formalmente* dependientes de los Estados (artículo 1, apartado 3), sin considerar la pervivencia de dicha dominación a través de otros mecanismos menos aparentes, como sí se tenía en cuenta en la versión previa, bajo la fórmula de obligar también a su cumplimiento a “[...] *those [States] controlling in whatsoever manner the exercise of that right by another people [...]*”¹³⁷. Por añadidura, la dimensión económica del derecho de libre determinación, en la forma de reconocimiento de la soberanía de los pueblos sobre sus “*riquezas y recursos naturales*”, es subordinada en los Pactos vigentes al respeto de las “*obligaciones que derivan de la cooperación económica internacional basada en el principio de beneficio recíproco, así como del derecho internacional*” (artículo 1, apartado 2)¹³⁸. Desde luego, de entrada, esta afirmación equivale a poner en duda que los Pactos sean *también*, por sí mismos, tan “Derecho internacional” como este al cual se alude. Sin embargo, lo esencial en este punto es el contenido *sustantivo* mismo de la disposición: con las determinaciones anteriores, si bien las Naciones Unidas dictaminan el fin del colonialismo exterior *directo* (por otra parte, ya en un grado avanzado de

¹³⁴ Así se advierte, por ejemplo, en la intervención de la representante de Estados Unidos, ver en «Explicaciones de voto sobre los proyectos de pactos internacionales de derechos humanos», pp. 507-508.

¹³⁵ Aunque tampoco se avanzó tanto al respecto, ver ÁLVAREZ MOLINERO, N., *op. cit.*, pp. 127-128.

¹³⁶ Para la propuesta de texto, en su redacción en 1954, ver *Draft International Covenants on Human Rights. Annotation prepared by the Secretary-General*, p. 38.

¹³⁷ La redacción de dicho apartado (en el año 1954), en *Commission on Human...*, *op. cit.*, pp. 62 y 65.

¹³⁸ De hecho, esta cautela ya aparece en la declaración de la Asamblea General de la ONU de 1960 acerca de la independencia de las colonias, ver ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS, *Declaración sobre la concesión...*, *op. cit.*, párrafo octavo.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

desaparición como fenómeno *global* a mediados de la década de 1960), simultáneamente, por el contrario, se otorga carta de naturaleza al dominio *indirecto* de las potencias occidentales sobre el denominado “Tercer Mundo”; esto es, se consagra el *neocolonialismo* como rasgo fundante del orden internacional que se sostiene sobre el reconocimiento formal de los *derechos humanos*. Es muy probable que, en la inclusión de la “salvaguarda” de las prerrogativas económicas de las metrópolis occidentales sobre los nuevos países independizados¹³⁹, se contenga la clave del desbloqueo final del proceso general de aprobación de los Pactos¹⁴⁰.

Por lo demás, los Pactos aprobados siguen reflejando la misma visión presente en la Declaración Universal, la de un pacto aliado *antifascista* que, si ya apenas se mantenía en pie en el momento que comenzaron a elaborarse, a la altura de la década de 1960 estaba bien muerto con la progresión de la Guerra Fría: ello indica que hay formas jurídicas que se pueden llegar a mantener delicadamente “en pie” aun tiempo después de que su potencialidad normativa real haya desaparecido. Los Pactos resultarán anacrónicos prácticamente desde el momento de su entrada en vigor, independientemente a la eficacia aislada de algunos de sus preceptos, no ya por la desaparición de los fenómenos sociales que, en conjunto, conforman su objeto, sino por el alejamiento de la propia realidad internacional respecto del modelo económico, político y cultural que, en principio, “sugieren” (lo que se hará particularmente patente, pasado el tiempo, también para la Declaración Universal¹⁴¹)¹⁴².

Con todo, la sustitución de los Pactos como referentes reales de la idea de *derechos humanos* se fraguará gradualmente, no en el sistema de las Naciones

¹³⁹ Esta cláusula fue introducida en los Pactos a instancia de los países “*industrializados*”: ver su sentido en CASSESE, A., *op. cit.*, pp. 56-57.

¹⁴⁰ Desde luego, la oposición *occidental* al reconocimiento del derecho de libre determinación fue continua y tenaz: en este sentido, *ibidem*, pp. 46-47 y 49-52 y MACKLEM, P., *op. cit.*, p. 163. Igualmente, resulta ilustrativa la lista de Estados que votaron en contra de la inclusión concreta de este derecho en los Pactos (en distintas fases del proceso de elaboración): todos *occidentales* y, en su gran mayoría, dominados políticamente por grupos sociales de origen europeo, ver en ÁLVAREZ MOLINERO, N., *op. cit.*, p. 132 (también nota 73) y CASSESE, A., *op. cit.*, p. 50 (nota 40).

¹⁴¹ HERRERA FLORES, J., *Los derechos humanos...*, *op. cit.*, p. 21.

¹⁴² La aproximación *política* relativamente más cercana estaría representada por el diseño de *Estado social* europeo-occidental de posguerra, ver DONNELLY, J., «La construcción social...», *op. cit.*, p. 170. En este sentido, recordando el carácter *político* de la inclusión de los derechos económicos y sociales en el Derecho internacional de los derechos humanos, ver MACKLEM, P., *op. cit.*, pp. 70-71.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

Unidas¹⁴³, sino en los “laboratorios” de Europa Occidental y las Américas, que estaban convenientemente más aislados de los “cantos de sirenas” de los países socialistas o de aquellos recientemente liberados del yugo colonial *directo*.

B) Los sistemas regionales de derechos humanos, como estrategia de conformación de un “estándar” occidental.

De forma prácticamente coetánea a la elaboración de la Declaración Universal, los Estados americanos procedían a la redacción de un catálogo propio de derechos humanos. Como resultado, la IX Conferencia Internacional Americana aprobó la *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre* (aún no de *derechos humanos*) en abril de 1948¹⁴⁴.

En cuanto a los derechos sustantivos que este documento contiene, es destacable que la selección y orientación de estos sea bastante similar a la plasmada en la Declaración Universal, aunque con determinaciones algo más socializantes en general: así, por ejemplo, en relación con el derecho a la propiedad privada, el reconocimiento de esta se circunscribe a las “[...] *necesidades esenciales de una vida decorosa, que contribuya a mantener la dignidad de la persona y del hogar*” (artículo 23). En otro orden de cosas, es en este momento cuando la “concesión” de derechos y la subsiguiente defensa de los órdenes *políticos* establecidos se dan por primera vez la mano en la configuración de los sistemas de protección. Así, la Declaración Americana se extiende más que el texto *universal* en la definición de los distintos *deberes* de los “hombres”, entre los que destaca el de obediencia a la Ley (artículo 33). Igualmente, en la Declaración se instala un “cortafuegos” jurídico a la posibilidad de actuación subversiva de “agitadores” foráneos contra los respectivos Estados: el artículo 38

¹⁴³ Posiblemente, uno de los principales resúmenes de la perspectiva dominante en las Naciones Unidas acerca de los derechos humanos, tras la consecución de los Pactos, se encuentre en la resolución 32/130 de la Asamblea General, de diciembre de 1977, ver ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS, *Distintos criterios y medios posibles dentro del sistema de las Naciones Unidas para mejorar el goce efectivo de los derechos humanos y las libertades fundamentales*.

¹⁴⁴ Ver texto en «Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre», pp. 29-36. Curiosamente, su aprobación fue llevada a cabo, en la séptima sesión plenaria, sin mayor pena ni gloria, ver *Novena Conferencia Internacional Americana. Bogotá, Colombia. Marzo, 30—Mayo 2 de 1948. Actas y Documentos. Volumen I. Antecedentes—Secretaría General. Reunión Preliminar—Sesiones Plenarias*, pp. 234-236.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

introduce el deber de los extranjeros de no intervenir en la vida política de los países en los que se encuentren.

El sistema interamericano de derechos humanos no se asentaría como realidad hasta la aprobación de la *Convención Americana sobre Derechos Humanos* en noviembre de 1969 (si bien vigente solamente desde julio de 1978)¹⁴⁵. Las precisiones establecidas en la Convención en torno a los derechos económicos sociales y culturales contrastan notablemente con las disposiciones contenidas en los Pactos. Al contrario que en estos, la Convención reconoce, en su artículo 21, el derecho a la propiedad privada, si bien esta es subordinable al “*interés social*” (limitación potestativa que, recordemos, no aparece en la Declaración Universal). En el mismo artículo se decreta, de una forma particularmente extravagante (dada la realidad social del continente), la prohibición por la ley de toda “*forma de explotación del hombre por el hombre*” (o bien se pretendía afirmar, implícitamente, que el modo de producción capitalista no era considerado, *per se*, como un sistema de explotación). La Convención hace únicamente una referencia sustantiva al resto de derechos económicos (distintos del ya mencionado sobre la propiedad), sociales y culturales en su artículo 26, entendiéndolos como compromisos fundamentalmente de actuación estatal, de acuerdo con las especificaciones contenidas en el texto de la Carta de la OEA vigente al momento y “*en la medida de los recursos disponibles*”¹⁴⁶. Estos derechos solo serán delimitados de manera independiente con la adopción de un Protocolo adicional al respecto en noviembre de 1988 y que entró en vigor en noviembre de 1999¹⁴⁷; sin embargo, su justiciabilidad ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos únicamente queda

¹⁴⁵ CARRILLO SALCEDO, J. A., *Soberanía de los...*, *op. cit.*, pp. 86 y 134-135, FIX-ZAMUDIO, H., *op. cit.*, p. 497, PASTOR RIDRUEJO, J. A., *Curso de Derecho...*, *op. cit.*, pp. 240-241 y SOMMERMANN, K-P., *op. cit.*, pp. 104-105; el texto de la Convención, en «Convención Americana sobre Derechos Humanos: “Pacto de San José de Costa Rica”», pp. 124-142.

¹⁴⁶ Ver PASTOR RIDRUEJO, J. A., *Curso de Derecho...*, *op. cit.*, p. 241 y REMIRO BROTONS, A., ... [et al.], *op. cit.*, p. 762.

¹⁴⁷ CARRILLO SALCEDO, J. A., *Soberanía de los...*, *op. cit.*, p. 92, PASTOR RIDRUEJO, J. A., *Curso de Derecho...*, *op. cit.*, p. 241 y REMIRO BROTONS, A., ... [et al.], *op. cit.*, p. 762; ver también FIX-ZAMUDIO, H., *op. cit.*, p. 498 (nota 22). El texto del Protocolo, en «Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, “Protocolo de San Salvador”», pp. 99-109.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

circunscrita a los derechos de sindicación y educación (a raíz de lo dispuesto en el artículo 19.6 del mismo Protocolo)¹⁴⁸.

Por otra parte, también es posible encontrar, en la determinación convencional de los derechos políticos, una habilitación para imponer trabas muy significativas al ejercicio de alguno de estos. Así, el artículo 23.2 de la Convención permite “reglamentar” (esto es, limitar) el ejercicio de los derechos de participación política, de sufragio activo y pasivo y de acceso a la función pública, en razón de criterios tales como el “idioma” o la “instrucción” (incluidos junto a otros, como la “edad”, la “capacidad civil o mental” o la “condena, por juez competente, en proceso penal”): a nadie se le debería escapar el hecho de que, en la realidad latinoamericana, con tal estipulación se podría facilitar la privación fáctica de derechos políticos a partes muy amplias de las poblaciones indígenas y de las capas sociales carentes de un acceso efectivo a la educación (siquiera a la primaria)¹⁴⁹.

Por otra parte, el sistema europeo de derechos humanos (que, en realidad, durante cerca de tres décadas estuvo únicamente circunscrito al ámbito europeo-occidental) no parte de declaración alguna o proclamación solemne de carácter equivalente. Así, este se constituyó directamente a partir del *Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales* (también conocido como Convenio Europeo de Derechos Humanos), firmado en noviembre de 1950 y que entró en vigor en septiembre de 1953; a este instrumento pronto se le uniría un Protocolo adicional (el primero de los actualmente vigentes) suscrito en marzo de 1952 y vigente desde mayo de 1954¹⁵⁰.

¹⁴⁸ REMIRO BROTONS, A., ... [et al.], *op. cit.*, p. 764. Solo recientemente se ha comenzado a abrir paso en la jurisprudencia de la Corte la protección directa de los derechos económicos, sociales y culturales, en relación con lo establecido en el artículo 26 de la Convención Americana: ver el razonamiento seguido en CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso Lagos del Campo Vs. Perú*, párrs 141-142 y 154, así como los votos concurrentes, en esta misma sentencia, del juez Roberto F. Caldas (ver puntos 1-7) y del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot (ver puntos 1, 3 y 47-52).

¹⁴⁹ Esta determinación ha sido matizada únicamente por vía jurisprudencial, mediante la aplicación de criterios de *proporcionalidad y razonabilidad* a las posibles medidas concretas de limitación de los derechos políticos, ver *idem*, *Caso Argüelles y otros Vs. Argentina*, párr. 222 e *idem*, *Caso Castañeda Gutman Vs. Estados Unidos Mexicanos*, párr. 155.

¹⁵⁰ FIX-ZAMUDIO, H., *op. cit.*, p. 494. El texto original del Convenio, en «Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms», pp. 222-256; el texto del Protocolo, en «Protocol to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms», pp. 262-266.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

A pesar de versar genéricamente sobre los derechos humanos, en el Convenio y su Protocolo solo se recogen sustancialmente derechos y libertades civiles y políticos¹⁵¹. No se reconocen derechos económicos o sociales, salvo la prohibición del trabajo forzoso (artículo 4 del Convenio) y el derecho a la propiedad (artículo 1 del Protocolo)¹⁵². Este último es delimitado y protegido no sólo respecto a las personas naturales, sino también (lo cual es particularmente llamativo) las personas jurídicas: se denota que la inveterada tesis liberal que sostiene que los *derechos humanos* solo pueden tener como referencia al individuo *humano* puede ser derogada efectivamente cuando colisione con la defensa de la propiedad privada *capitalista*¹⁵³. Y, efectivamente, el sistema convencional europeo sólo recoge este único derecho, porque aquel que se refiere, supuestamente, al “derecho a la educación”, en realidad está casi completamente vaciado de cualquier contenido “social”: el artículo 2 del Protocolo se limita a disponer, simplemente, que *no se deniegue* a nadie el derecho a la educación (sin establecer, de entrada, obligación *positiva* alguna de los Estados al respecto)¹⁵⁴.

Con todo, las dimensiones *políticas* del Convenio también son destacadas. En tributo a los temores y paranoias de la Guerra Fría, en su artículo 16 se confiere a los Estados signatarios la facultad de restringir la actividad política de las personas extranjeras en su territorio (en sus expresiones en el ejercicio de las libertades de expresión, reunión y asociación, amén de la prohibición de discriminación),

¹⁵¹ En este sentido, CARRILLO SALCEDO, J. A., «The European Convention on Human Rights», pp. 635-637, HARRIS, D. J., O'BOYLE, M., BATES, E. P. y BUCKLEY, C. M., *Law of the European Convention on Human Rights* (4th ed.), pp. 4-5, PASTOR RIDRUEJO, J. A., *Curso de Derecho...*, *op. cit.*, p. 224 y SOMMERMANN, K-P., *op. cit.*, p. 104; también KEYS, B. y BURKE, R., *op. cit.*, p. 490. Adicionalmente, destacando que el Convenio Europeo recogió únicamente la visión *occidental* sobre los derechos humanos, MOYN, S., *op. cit.*, p. 79; en este sentido, también DOUZINAS, C., *op. cit.*, p. 25.

¹⁵² Ver (aunque incluyendo también el derecho a la educación contemplado en el artículo 2 del Protocolo) REMIRO BROTONS, A., ... [*et al.*], *op. cit.*, pp. 754-755 y (sumando a los anteriores, ya en un momento posterior, el derecho a la igualdad entre cónyuges, de acuerdo con lo establecido en el séptimo protocolo adicional) HARRIS, D. J., O'BOYLE, M., BATES, E. P. y BUCKLEY, C. M., *op. cit.*, p. 4 (nota 15).

¹⁵³ De esta misma forma se actuará posteriormente, respecto a los distintos catálogos de derechos humanos, a la hora de imponer la estrategia *neoliberal*: en este sentido, FARÍÑAS DULCE, M. J., *Mercado sin ciudadanía...*, *op. cit.*, p. 108.

¹⁵⁴ Sólo con el paso del tiempo la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha ido ampliando en algunos extremos las obligaciones derivadas de esta disposición (aun sin afectar, eso sí, a su sentido general, tal y como es descrito por la mayor parte de la doctrina), ver LASAGABASTER HERRARTE, I. y URRUTIA LIBARONA, I., «Artículo 2. Derecho a la instrucción», pp. 904-908.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

constituyendo una auténtica cláusula “anti-Comintern”¹⁵⁵. Asimismo, tanto el Convenio (originalmente en el artículo 63, actual artículo 56) como su Protocolo adicional (artículo 4) cuentan, en cuanto a la determinación del ámbito territorial de aplicación de sus disposiciones, con sus respectivas cláusulas de “*descuelgue colonial*” (que no existirán en los Pactos, por ejemplo), diseñadas a la medida exacta de los intereses de las potencias imperiales europeas¹⁵⁶: el propio Convenio permite que cada una de estas pueda modular o impedir directamente la extensión *jurídica* a los territorios que domina de los derechos reconocidos en este. Ahora es, por lo tanto, cuando se puede comprender con claridad que esta era, precisamente, la intención implícita en la enmienda del Reino Unido al artículo 3 de la Declaración Universal, en diciembre de 1948: evitar la aplicación de los *derechos humanos* en “sus” colonias (y, por ende, en el conjunto de las dominadas por el resto de las potencias europeas)¹⁵⁷.

En síntesis, las determinaciones anteriores representan un importante retroceso sobre lo establecido en la propia Declaración Universal, cuando aún apenas había dado tiempo a que se secase la tinta con la que habían sido impresos sus primeros ejemplares. Así pues, el sistema político netamente *occidental* se asentaría (también en sus dimensiones constitucionales) sobre un compromiso de contenido esencialmente *socioliberal* (aunque con distintas variantes) e *imperialista*¹⁵⁸; por otra parte, el sistema

¹⁵⁵ Para la sola mención del contenido de este artículo (sin que suscite comentario alguno por su parte), CARRILLO SALCEDO, J. A., «El proceso de internacionalización de los derechos humanos. El fin del mito de la soberanía nacional (II). Plano regional: El sistema de protección instituido en el Convenio Europeo de Derechos Humanos», p. 56. Hay que señalar que, aunque ha tenido escaso uso hasta la actualidad, esta previsión no ha sido abolida, ver EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS (CHAMBER), *Case of Piermont v. France*, párrs. 60-64 y EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS (GRAND CHAMBER), *Case of Perinçek v. Switzerland*, párrs. 118-123; ver también LASAGABASTER HERRARTE, I., «Artículo 16. Restricciones a la actividad política de los extranjeros», pp. 820-821 y 823.

¹⁵⁶ En referencia concreta al apartado 3 del artículo 63 (original) del Convenio, ver RAJAGOPAL, B., *op. cit.*, p. 218.

¹⁵⁷ Para la posición del Reino Unido acerca del proceso de conformación de los “derechos humanos”, ver GÓMEZ ISA, F., «La Declaración Universal...», *op. cit.*, pp. 25, 30 y 33; en lo que respecta a su postura frente al derecho de libre determinación, también en CASSESE, A., *op. cit.*, pp. 37, 49 y 58 (nota 56).

¹⁵⁸ En este sentido, PISARELLO PRADOS, G., *Un largo Termidor...*, *op. cit.*, pp. 17 y 139-140, MOYN, S., *op. cit.*, pp. 79-80 y SANTOS, B. DE S., *La difícil democracia. Una mirada desde la periferia europea*, p. 217. Para la caracterización de la conformación del sistema europeo de derechos humanos como “*a Cold War project*”, y destacando el protagonismo de las fuerzas políticas conservadoras y cristianas de Europa occidental en dicho proceso, MOYN, S., *op. cit.*, pp. 47, 69-70 y 74-79; en este sentido, respecto al sentido político original del Convenio, ver también HARRIS, D. J., O'BOYLE, M., BATES, E. P. y BUCKLEY, C. M., *op. cit.*, p. 3.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

européo de derechos humanos tampoco daría muestras tangibles de efectividad sino a partir de la década de 1970¹⁵⁹.

Lejos de compensar significativamente la orientación descrita, la *Carta Social Europea*, adoptada en octubre de 1961 y que entró en vigor en febrero de 1965¹⁶⁰, representó el refuerzo de la anterior línea de actuación¹⁶¹. La clave del asunto la aporta la ausencia de mecanismos de garantía jurisdiccional directa de los derechos reconocidos en la Carta (y que habían sido excluidos del Convenio Europeo¹⁶²)¹⁶³. En consecuencia, los derechos económicos y sociales se consolidan en la posición que les asigna el *consenso hegemónico* en el “mundo libre”, esto es, como simples objetivos orientadores de las políticas públicas¹⁶⁴; conceptualmente, incluso se rebaja significativamente el estatus del que gozaban estos derechos en algunos de los ordenamientos constitucionales europeos de posguerra¹⁶⁵. En este sentido, es igualmente significativo que la Carta integre también una disposición de modulación colonialista de su propia aplicación territorial, de acuerdo con lo dispuesto en su artículo 34.

Por último, es preciso mencionar el sistema regional africano. Este se constituye a partir de la *Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos*, aprobada en junio

¹⁵⁹ MOYN, S., *op. cit.*, p. 80; así, inicialmente, “[...] *The European Convention involved much more ideological signaling about the values on which Western European identity depended than it did legally enforceable guarantees. [...]*”, en *ibidem*, p. 79.

¹⁶⁰ Ver «European Social Charter», p. 90 (también nota 1).

¹⁶¹ Así se reconoce indirectamente, por ejemplo, en SOMMERMANN, K-P., *op. cit.*, p. 104.

¹⁶² BONET PÉREZ, J., «The European Social Charter», p. 692.

¹⁶³ Ver *ibidem*, pp. 713-717, NIVARD, C., «La justiciabilidad de los derechos sociales en el Consejo de Europa», pp. 15-17 y REMIRO BROTONS, A., ... [*et al.*], *op. cit.*, p. 753. En general, respecto a la “asimetría” existente entre el Convenio Europeo y la Carta Social, BONET PÉREZ, J., *op. cit.*, pp. 692 y 693; ver también PASTOR RIDRUEJO, J. A., *Curso de Derecho...*, *op. cit.*, pp. 223 y 233. Extrañamente, Boaventura de Sousa Santos sostiene que “*El régimen interamericano, en la medida en que no incluye los derechos económicos, sociales y culturales previstos en los pactos europeos, es significativamente más reducido que el europeo*”, ver SANTOS, B. DE S., *Sociología jurídica crítica. Para un nuevo sentido común en el derecho*, p. 415.

¹⁶⁴ En este sentido (en cierta manera), en TOMUSCHAT, C., *Human Rights...*, *op. cit.*, pp. 31-32. En lo que respecta concretamente a los componentes de “dinamismo” y “flexibilidad” de la Carta Social, BONET PÉREZ, J., *op. cit.*, pp. 696-698; respecto a la forma de determinación de las obligaciones legales de los Estados dentro de la Carta, ver *ibidem*, pp. 705-713.

¹⁶⁵ Para el entendimiento de la Carta Social Europea como un instrumento de “estándares mínimos”, *ibidem*, pp. 694-695; ver también NIVARD, C., *op. cit.*, pp. 30-32.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

de 1981, y que entró en vigor en octubre de 1986¹⁶⁶. La novedad principal de este instrumento es que incluye, en pie de igualdad, tanto los derechos civiles y políticos como los económicos, sociales y culturales, junto con derechos colectivos de los que son titulares los pueblos¹⁶⁷; en este sentido, la perspectiva del sistema africano se alinea más estrechamente al modelo de los Pactos internacionales¹⁶⁸.

En resumen, los principales sistemas regionales de derechos humanos existentes asumen y confirman, como fundamentos del orden social y las relaciones internacionales en sus respectivas áreas, la centralidad del sistema de economía de mercado, la desigualdad en las relaciones internacionales y la subordinación efectiva de las políticas de bienestar social a las necesidades últimas de los procesos de acumulación del capital. En cuanto que no “garantizan” los derechos sociales (fundamentalmente, los sistemas europeo e interamericano), el modelo *occidental* que se erige en los sistemas regionales tiene, en esencia, un carácter *socioliberal* (aunque, en buena parte de América Latina, esta visión será más una promesa retórica que una realización efectiva)¹⁶⁹.

C) El discurso de los *derechos humanos* y el retroceso de la perspectiva socialista en Occidente.

Uno de los procesos destacados durante las dos décadas finales de la Guerra Fría es el ascenso del lenguaje de los *derechos humanos*, en paralelo al bloqueo de las propuestas de transformación social en sentido socialista (considerando conjuntamente sus múltiples variantes), en el seno de las distintas sociedades del mundo occidental. Ello se verifica tanto en el continente americano (tras el desencadenamiento de procesos particularmente violentos de *reacción política* contra las reivindicaciones de las

¹⁶⁶ CARRILLO SALCEDO, J. A., *Soberanía de los...*, *op. cit.*, p. 89, FIX-ZAMUDIO, H., *op. cit.*, p. 502 y PASTOR RIDRUEJO, J. A., *Curso de Derecho...*, *op. cit.*, p. 243; el contenido de la Carta, en «African Charter on Human and Peoples' Rights», pp. 245-258.

¹⁶⁷ HEYNS, C. y KILLANDER, M., «The African Regional Human Rights System», pp. 861-867, SANTOS, B. DE S., *Sociología jurídica crítica...*, *op. cit.*, p. 416, SOMMERMANN, K-P., *op. cit.*, p. 105 y TOMUSCHAT, C., *Human Rights...*, *op. cit.*, pp. 35-36.

¹⁶⁸ VILJOEN, F., «Human Rights in Africa: Normative, Institutional and Functional Complementarity and Distinctiveness», pp. 193-194.

¹⁶⁹ Sin embargo, en la doctrina se afirma la “*complementariedad*” entre los sistemas globales y regionales, ver CANÇADO TRINDADE, A. A., «O legado da...», *op. cit.*, pp. 19-20.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

mayorías populares en la región) como en Europa (a partir de la *congelación* real de las líneas divisorias entre los bloques internacionales enfrentados).¹⁷⁰

En América Latina, el proceso de adopción del discurso de los *derechos humanos* tuvo principalmente un carácter defensivo, orientado a la denuncia de las atrocidades perpetradas por los regímenes fascistas imperantes en América del Sur¹⁷¹. Estos gobiernos, impuestos con las bendiciones (cuando no la instigación, en no pocos casos) de Estados Unidos, no surgieron espontáneamente, sino que tenían un objetivo principal concreto: “romper el espinazo” de las fuerzas políticas populares en los distintos países del continente, como condición previa para implementar un proceso de reforma económica estructural de matriz *neoliberal* (lo cual también representaba un impacto social brutal). Utilizando el “lenguaje” de los *derechos humanos*, se podría decir que la invalidación de los derechos económicos, sociales y culturales *formalmente* reconocidos requería *necesariamente* la violación masiva de los derechos civiles y políticos de la población.

Frente a las esperanzas previas de emancipación social sostenidas en la región, la marejada de represión contra las fuerzas *socialistas y progresistas* (con el subsiguiente retroceso de estas) fue percibida por numerosos actores sociales como la materialización de una derrota de dimensiones catastróficas; posiblemente, el punto de inflexión fue el triunfo del golpe de Estado chileno de septiembre de 1973¹⁷². Frente a este panorama, se preconizó la construcción de alianzas de oposición políticamente amplias (que podían llegar a abarcar desde organizaciones comunistas hasta la democracia cristiana): el repudio de la estrategia *fascista* servía, nuevamente, como *fundamento* de la confluencia de fuerzas políticas distintas que presentaban importantes divergencias ideológicas de fondo entre sí.

¹⁷⁰ Ver MOYN, S., *op. cit.*, pp. 172 y 220.

¹⁷¹ ECKEL, J., «The Rebirth of Politics from the Spirit of Morality: Explaining the Human Rights Revolution of the 1970s», p. 229.

¹⁷² KELLY, P. W., «"Magic Words": The Advent of Transnational Human Rights Activism in Latin America's Southern Cone in the Long 1970s», pp. 96-97; en este sentido, también MOYN, S., *op. cit.*, pp. 140-141. Respecto a su dimensión global, PISARELLO PRADOS, G., *Un largo Termidor...*, *op. cit.*, p. 168.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

El enfoque en la defensa de los *derechos humanos* (que serán entendidos, de forma casi exclusiva, como derechos civiles y políticos¹⁷³) era uno de los pocos ámbitos comunes de entendimiento, no sólo entre grupos seculares, sino también con las distintas Iglesias presentes en la región¹⁷⁴. Del mismo modo, esta visión era la única susceptible de atraer apoyos significativos en Europa Occidental y Norteamérica hacia la causa de los individuos y grupos perseguidos, dada la “imparcialidad” percibida en las aspiraciones que formulaban¹⁷⁵. Adicionalmente, los discursos, muy medidos, acerca de los *derechos humanos* eran los únicos que podían llegar a desarrollarse públicamente en los propios países bajo dominación dictatorial, aunque, desde luego, de forma sumamente precaria y asumiendo riesgos personales más que considerables¹⁷⁶.

La denuncia de las acciones de las dictaduras sudamericanas se llevó a cabo, generalmente, de forma puramente descriptiva y únicamente en referencia singular al tenor literal de los derechos expresamente reconocidos y susceptibles de *reclamación formal* en el Derecho internacional de los derechos humanos. Los individuos y grupos defensores de los *derechos humanos* separaban las violaciones de los derechos (aun consideradas en bloque) respecto de los propósitos y causas sociales profundas que las provocaban, por otra; como consecuencia, se descontextualizaban y velaban el sentido y objetivo profundos de los mismos regímenes denunciados. En consecuencia, si bien parte de los perpetradores directos de las violaciones de derechos humanos serían finalmente perseguidos y sancionados, las responsabilidades de los inspiradores y beneficiarios últimos fueron olvidadas y las políticas que las inspiraron acabarían siendo convalidadas por la vía de los hechos (tal y como se haría evidente en buena parte de los procesos posteriores de *transición democrática* en la región).¹⁷⁷

Lo que revela, por lo tanto, la adopción creciente del “lenguaje” de los *derechos humanos* es la correlativa *despolitización formal* de las propuestas de cambio en las

¹⁷³ MOYN, S., *op. cit.*, p. 222.

¹⁷⁴ KELLY, P. W., *op. cit.*, pp. 99-100 y MOYN, S., *op. cit.*, pp. 144-146; una visión más general, en ECKEL, J., *op. cit.*, pp. 251-252 y 258. Por otra parte, para la semejanza del caso de Europa oriental, MOYN, S., *op. cit.*, p. 166.

¹⁷⁵ Ver *ibidem*, pp. 141-143 y 222. En referencia concreta a la postura de Amnistía Internacional, KLEIN, N., *La doctrina del shock. El auge del capitalismo del desastre* (2ª reimp.), p. 162.

¹⁷⁶ Ver *ibidem*, pp. 164-165 (ver también nota al pie en p. 165).

¹⁷⁷ Ver *ibidem*, pp. 161-163 y 169-170.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

sociedades, lo cual tiene manifestaciones programáticas claras: se comienza a primar el “pragmatismo” de las medidas y actuaciones limitadas (en una dimensión crecientemente individualista) frente a la apertura de “grandes” procesos de transformación social (puestos en cuestión cada vez más)¹⁷⁸. Así, desde una perspectiva *teórica*, ello supone la ruptura con la visión de construcción de una nueva sociedad, de carácter generalmente socialista, en Occidente¹⁷⁹. Pero también tendrá consecuencias prácticas, con el florecimiento gradual, entre las décadas de 1960 y 1970, de las organizaciones de *derechos humanos* de la denominada *sociedad civil*, crecientemente transnacionalizadas¹⁸⁰; ello se manifestará, más adelante, en paralelo al paulatino debilitamiento de las organizaciones políticas de orientación *socialista* (especialmente notable en aquellas de inspiración concretamente comunista, sobre todo en Europa).

El hecho crucial es que el modelo *formal* de *derechos humanos*, construido como síntesis de los contenidos del sistema internacional de los derechos humanos existente, al cual se van acogiendo los movimientos *progresistas* del mundo occidental en su conjunto, no deja de ser *político* (lo cual es predicable respecto de cualquier otro modelo, sea cual fuere su orientación concreta). Está, por tanto, sujeto a las influencias del propio contexto general, evoluciona junto con este y responde a los intereses de las fuerzas políticas globales dominantes del momento¹⁸¹.

D) Los *derechos humanos*, como ariete ideológico contra el campo socialista.

El antagonismo entre los bloques *occidental* y *socialista* transcurrió por diversas fases a lo largo de su historia. A las primeras etapas, caracterizadas por la escalada de enfrentamientos que afloraron en una serie de crisis internacionales, le sucedió, a partir de finales de la década de 1960, un periodo de relativa estabilización, marcada por una voluntad de desarrollar ciertos lazos de cooperación entre ambos campos internacionales que venía acompañada de una suerte de compromiso de no tratar de

¹⁷⁸ KELLY, P. W., *op. cit.*, p. 99, MOYN, S., *op. cit.*, pp. 121, 170-172 y 212-213 y SARGENT, D., *op. cit.*, pp. 137-138; ver también FOOT, R., *op. cit.*, p. 454.

¹⁷⁹ ECKEL, J., *op. cit.*, pp. 253-254 y MOYN, S., *op. cit.*, p. 213; ver también SANTOS, B. DE S., *Sociología jurídica crítica...*, *op. cit.*, p. 509. En lo que respecta a América Latina, ver KELLY, P. W., *op. cit.*, p. 89.

¹⁸⁰ Ver BURKE, R., *op. cit.*, pp. 413-414 y FOOT, R., *op. cit.*, p. 454; describiendo este proceso de desarrollo, también MAZOWER, M., *Governing the World...*, *op. cit.*, pp. 322-326 y 328-329.

¹⁸¹ HERRERA FLORES, J., *Los derechos humanos...*, *op. cit.*, pp. 144-145.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

minar activamente la integridad del bloque rival (preservándose sustancialmente las correlaciones globales de fuerza existentes)¹⁸². La llamada *détente* servía para reducir la posibilidad de estallido de una nueva guerra mundial¹⁸³; sin embargo, para que la idea de “coexistencia” llegase a ser una realidad efectiva y estable, requería objetivamente la vulneración de una parte de los derechos humanos reconocidos en los propios Pactos internacionales, con la finalidad de mantener el orden interno de cada uno de los respectivos bloques (y, por tanto, la cohesión general de estos ante el exterior)¹⁸⁴. Un ejemplo eminente de esta perspectiva lo encontraremos en el crucial apoyo del gobierno estadounidense a las dictaduras *fascistas* del Cono Sur a lo largo de la década de 1970, al mismo tiempo que avanzaba en la consecución de acuerdos en diversas materias con la propia URSS¹⁸⁵.

Ello no obsta para que este orden de cosas no estuviera en permanente tela de juicio. En este sentido, la defensa de los *derechos humanos* se fue convirtiendo gradualmente en uno de los argumentos fundamentales esgrimidos en Europa Occidental y Norteamérica por sectores políticos conservadores y liberales contra el mantenimiento de la estrategia de cooperación con la URSS y sus aliados¹⁸⁶. Por su parte, la denuncia de violaciones de derechos civiles y políticos formalmente reconocidos, adoptada como estrategia destacada de actuación y visibilización pública por parte de los grupos de oposición en la URSS y Europa Central y Oriental en la década de 1970¹⁸⁷, propició la formación de sinergias cada vez mayores entre estos

¹⁸² FONTANA LÁZARO, J., *op. cit.*, pp. 460 y 463-466.

¹⁸³ Especialmente destructiva, en función de la escalada armamentística nuclear existente, ver *ibidem*, pp. 460-461 y 465; en este sentido, ver MAZOWER, M., *Governing the World...*, *op. cit.*, p. 307. Caracterizando el periodo de la *détente*, en general, PECHATNOV, V. O., «Soviet-American Relations Through the Cold War», pp. 107 y 112-113.

¹⁸⁴ En este sentido, FONTANA LÁZARO, J., *op. cit.*, pp. 460 y 462-463 y SARGENT, D., *op. cit.*, pp. 133-134; ver también KEYS, B. y BURKE, R., *op. cit.*, p. 492.

¹⁸⁵ FONTANA LÁZARO, J., *op. cit.*, pp. 538-539 y SARGENT, D., *op. cit.*, p. 135. Respecto al apoyo en general de EE. UU. a múltiples regímenes dictatoriales durante este periodo, ver MAZOWER, M., *Governing the World...*, *op. cit.*, pp. 319-320.

¹⁸⁶ BON TEMPO, C. J., *op. cit.*, p. 150, ECKEL, J., *op. cit.*, p. 249, KEYS, B. y BURKE, R., *op. cit.*, p. 496 y SARGENT, D., *op. cit.*, pp. 135-137; en este sentido, ver también FOOT, R., *op. cit.*, p. 457, MOYN, S., *op. cit.*, p. 157 y PECHATNOV, V. O., *op. cit.*, p. 113.

¹⁸⁷ ECKEL, J., *op. cit.*, pp. 230, 250 y 253, FOOT, R., *op. cit.*, p. 458, KEYS, B. y BURKE, R., *op. cit.*, p. 493, MOYN, S., *op. cit.*, pp. 134 y 163 y NATHANS, B., «The Disenchantment of Socialism: Soviet Dissidents, Human Rights, and the New Global Morality», pp. 42-43.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

actores y el movimiento civil crecientemente *global* de derechos humanos¹⁸⁸, las cuales tendrían muy pronto un protagonismo destacado en la siguiente fase de agudización de la Guerra Fría (ya patente a partir de 1979)¹⁸⁹.

Uno de los actos principales de la *détente* fue la celebración, en julio y agosto de 1975, de la Conferencia sobre la Seguridad y la Cooperación en Europa¹⁹⁰. Su *Acta Final* refleja, una vez más, los rasgos familiares del consenso internacional que había dado lugar al desarrollo de las Naciones Unidas: la salvaguarda de la independencia, igualdad, integridad y soberanía *formales* de los Estados (incluyendo la proscripción del uso de la fuerza en las relaciones interestatales), el principio de no injerencia en los asuntos internos de cada Estado, el respeto, promoción y fomento de los *derechos humanos* como una suerte de “programa común”, la mención del derecho de libre determinación de los pueblos, la voluntad de cooperación respecto al desarrollo de múltiples esferas de la vida social y el cumplimiento de las obligaciones del Derecho internacional¹⁹¹. De acuerdo con su tenor literal, el Acta Final no planteaba novedades sustantivas en el tratamiento de la temática de los *derechos humanos* respecto a los instrumentos y resoluciones hasta entonces aprobados en el marco de la ONU, especialmente la Carta, la Declaración Universal y los Pactos (estos últimos respecto a quienes los hubieran suscrito), entendidos como las guías de la actuación de los Estados en este ámbito (tanto interna como externamente)¹⁹². Su verdadera significación vino determinada a posteriori. Así, las declaraciones y denuncias de los grupos de *disidencia* en el bloque del “Este”, especialmente al respecto del eventual incumplimiento de los compromisos suscritos en el Acta Final por parte de los Estados socialistas, encontrarían cada vez más en los países occidentales una bien dispuesta caja de resonancia: fueron las Conferencias de seguimiento de los Acuerdos de Helsinki que se desarrollaron desde

¹⁸⁸ ECKEL, J., *op. cit.*, p. 230, FOOT, R., *op. cit.*, pp. 458 y 459, MAZOWER, M., *Governing the World...*, *op. cit.*, pp. 326-328, NATHANS, B., *op. cit.*, pp. 36-38 y SARGENT, D., *op. cit.*, p. 134; en términos más generales, KEYS, B. y BURKE, R., *op. cit.*, pp. 493-494.

¹⁸⁹ FONTANA LÁZARO, J., *op. cit.*, pp. 597-599 y 603.

¹⁹⁰ *Ibidem*, p. 467 y MOYN, S., *op. cit.*, p. 149; ver también PASTOR RIDRUEJO, J. A., *Curso de Derecho...*, *op. cit.*, pp. 57 y 235-236.

¹⁹¹ Ver PASTOR RIDRUEJO, J. A., *Curso de Derecho...*, *op. cit.*, p. 58; los compromisos concretos se pueden ver en CONFERENCIA SOBRE LA SEGURIDAD Y LA COOPERACIÓN EN EUROPA, *Acta Final*, pp. 3-7.

¹⁹² Ver *ibidem*, p. 6. En este sentido, DEHNERT, G., «The Polish Opposition, the Crisis of the Gierek Era, and the Helsinki Process», p. 174, MAZOWER, M., *Governing the World...*, *op. cit.*, p. 320 y PASTOR RIDRUEJO, J. A., *Curso de Derecho...*, *op. cit.*, p. 236; ver también MOYN, S., *op. cit.*, p. 150.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

1977 (y dentro de estas, las posiciones de las delegaciones europeo-occidentales y norteamericanas), las que realmente elevaron el Acta Final a una posición de “referencia” en la defensa de los derechos humanos *universales* en Europa¹⁹³.

Progresivamente, los *derechos humanos* se consolidaron como parte fundamental del repertorio discursivo de los Estados occidentales en política exterior (no especialmente de su actuación efectiva, por otra parte)¹⁹⁴. En Estados Unidos, esta retórica, asumida inicialmente como uno de los pilares de su política exterior por la Administración Carter¹⁹⁵, fue integrada coherentemente dentro de la estrategia anticomunista oficial por parte del gobierno de Ronald Reagan¹⁹⁶. Sin embargo, solo durante la etapa final de la Guerra Fría se iría extendiendo entre las poblaciones de los dos grandes bloques internacionales la idea de que únicamente la concepción *occidental* de *derechos humanos* era capaz de brindar el único estándar posible y real de estos, lo cual concurría (aun limitadamente al principio) en un proceso gradual de deslegitimación de los Estados socialistas¹⁹⁷: esta visión solo se reforzaría (eso sí, extraordinariamente) en el campo *oriental* con el desarrollo acelerado de su crisis económica e institucional definitiva¹⁹⁸.

¹⁹³ Ver ECKEL, J., *op. cit.*, pp. 230-231, FOOT, R., *op. cit.*, pp. 459-460, HUNTINGTON, S. P., *La tercera ola. La democratización a finales del siglo XX*, pp. 90-91, MAZOWER, M., *Governing the World...*, *op. cit.*, pp. 320-321 y 327-328, MOYN, S., *op. cit.*, p. 172 y PASTOR RIDRUEJO, J. A., *Curso de Derecho...*, *op. cit.*, p. 237. Resulta especialmente notable, en este contexto, el ejemplo mostrado por el caso polaco, ver DEHNERT, G., *op. cit.*, pp. 184-185.

¹⁹⁴ ECKEL, J., *op. cit.*, pp. 231, 235 y 238. En este sentido, “*Esta ideología de los derechos, [...] sirvió de guía para la organización de la comunidad internacional, y en los años de la guerra fría como instrumento básico, y a la postre decisivo, de las potencias occidentales en su enfrentamiento con los Estados del «socialismo real», [...]»*”, en RUBIO LLORENTE, F., «Derechos fundamentales...», *op. cit.*, pp. 206-207; ver también DOUZINAS, C., *op. cit.*, pp. 32 y 189-190.

¹⁹⁵ DONNELLY, J., «La construcción social...», *op. cit.*, pp. 159-160, DOUZINAS, C., *op. cit.*, pp. 30-31, FOOT, R., *op. cit.*, pp. 457-458, MAZOWER, M., *Governing the World...*, *op. cit.*, pp. 321-322 y MOYN, S., *op. cit.*, pp. 154-158. Para las contradicciones entre el discurso y la realidad, ver FONTANA LÁZARO, J., *op. cit.*, p. 578.

¹⁹⁶ BON TEMPO, C. J., *op. cit.*, pp. 163-165, KEYS, B. y BURKE, R., *op. cit.*, pp. 496-497, MAZOWER, M., *Governing the World...*, *op. cit.*, pp. 329-330, MOYN, S., *op. cit.*, p. 217 y SARGENT, D., *op. cit.*, p. 144; ver también DOUZINAS, C., *op. cit.*, p. 31.

¹⁹⁷ Una manifestación temprana de este proceso general se manifestó en Polonia, ver DEHNERT, G., *op. cit.*, pp. 183-185.

¹⁹⁸ Así, por ejemplo, respecto a la República Democrática Alemana, ver RICHARDSON-LITTLE, N., «Dictatorship and Dissent: Human Rights in East Germany in the 1970s», pp. 63-66.

1.1.3. La mutación de la comprensión de los derechos humanos conforme a la estrategia neoliberal global.

A) Sentido, imperativos y métodos fundamentales de la estrategia neoliberal.

Si, tal y como se ha observado anteriormente, en la formulación originaria de los derechos humanos a finales de la década de 1940 se refleja la existencia de un consenso social general “mínimo” (el *antifascismo*), en el proceso de recristalización de la concepción de los derechos humanos llevada a cabo en el mundo occidental entre las décadas de 1970 y 1990 se va destacando la consolidación de un paradigma distinto que, en un principio, abarcaba únicamente al ámbito del llamado “mundo libre”: no es otro que el configurado por el consenso *anticomunista*. Este se ha desarrollado por la generalización del rechazo, en toda regla, contra *todos y cualesquiera* de los elementos o rasgos filosóficos, económicos, políticos o culturales, sean reales o percibidos, que conformasen o que *podiesen propiciar* la configuración de un sistema social similar (o siquiera cercano) al existente en su momento en el campo socialista; se construyó, por tanto, nítidamente en oposición (y en lucha) contra todo lo que se entendía como “socialismo”¹⁹⁹.

La expresión última de esta visión fue el diseño de la estrategia *neoliberal*, destinada a la generalización de un modelo de dominación capitalista “sin trabas” sobre las sociedades en todo el planeta²⁰⁰. En esta trayectoria era primordial, desde luego, la implementación de soluciones políticas acordes con las necesidades de mantener y ampliar los procesos de acumulación de capital en los países centrales del sistema (especialmente a raíz de la crisis económica desatada en el mundo capitalista

¹⁹⁹ En un sentido similar al expresado, caracterizando este proceso como una “*rebelión de las élites*” contra el “*principio democrático*”, ver PISARELLO PRADOS, G., *Un largo Termidor...*, *op. cit.*, p. 179. Para la consideración, tanto del *comunismo* como de la *socialdemocracia*, como variantes *socialistas*, ver GIDDENS, A., *La tercera vía. La renovación de la socialdemocracia*, pp. 14-15 y 36.

²⁰⁰ En este sentido, FARIÑAS DULCE, M. J., «Ajustes neoliberales al constitucionalismo social», p. 119, FERRAJOLI, L., *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia. 2...*, *op. cit.*, pp. 520-521, GIDDENS, A., *op. cit.*, pp. 18 y 22-25, PALACIOS ROMEO, F. J., «Neoliberalismo, hegemonía y nuevo orden. Estrategia y resultante social en Latinoamérica», pp. 70-74, PISARELLO PRADOS, G., *Procesos constituyentes. Caminos para la ruptura democrática*, p. 95 y (en un sentido descriptivo) DOUZINAS, C., *op. cit.*, p. 144. Para una descripción genérica del proceso de “globalización” económica, GIDDENS, A., *op. cit.*, pp. 41-46 y HELD, D., *Cosmopolitismo. Ideales y Realidades*, pp. 38-40; caracterizando este proceso en general, en su relación con la estrategia *neoliberal*, PISARELLO PRADOS, G., «Globalización, constitucionalismo y derechos: las vías del cosmopolitismo jurídico», pp. 27-28 y REMIRO BROTONS, A., ... [et al.], *op. cit.*, pp. 54 y 55.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

“desarrollado” a partir de 1973²⁰¹)²⁰². Sin embargo, se aprecia asimismo una determinación adicional: vista en retrospectiva, la estrategia *neoliberal* representa un descomunal ajuste de cuentas contra todos los “enemigos”, internos o externos, de los grupos sociales dominantes en Occidente desde 1945.

Esta estrategia se acabaría desencadenando a lo largo de distintas etapas globales (que también se suelen solapar en el tiempo). En primer lugar, se desencadenaron una larga serie de agresiones de naturaleza económica (destacando las de carácter financiero), que arrasaron la capacidad real de autodeterminación de los países con veleidades socializantes o de afirmación soberana del llamado “Tercer Mundo”, en especial a raíz de la denominada “crisis de la deuda” en la década de 1980²⁰³. En segundo lugar, se avanzaría decisivamente hacia la “victoria” de Occidente frente al bloque socialista, proceso que culminaría en el trienio 1989-1991. Como colofón (y en buena medida, como consecuencia de la desaparición de la URSS), se generalizaron los procesos de reformas *estructurales* por todo el mundo (incluyendo a los propios países occidentales “centrales”)²⁰⁴.

La estrategia *neoliberal* tiene como objeto inmediato las relaciones económicas internas, el papel del Estado en estas o la provisión de servicios públicos de carácter social y cultural en los distintos países²⁰⁵. Pero no únicamente: también alcanza a la propia configuración de las instituciones estatales, que es “ajustada” de manera que se logre, al mismo tiempo, tanto aislar el desarrollo de las políticas públicas principales frente a las presiones de origen social (derivadas del funcionamiento de los mecanismos institucionales existentes) como amortiguar el impacto de los cambios acelerados del

²⁰¹ En este sentido, FARIA, J. E., *El derecho en la economía globalizada*, pp. 51-52 y 99-100 y WRIGHT, E. O., *Comprender las clases sociales*, pp. 276-277.

²⁰² En este sentido (en atención a Estados Unidos), ARRIGHI, G., *op. cit.*, pp. 31-35; describiendo los periodos iniciales de este proceso, PISARELLO PRADOS, G., *Un largo Termidor...*, *op. cit.*, pp. 169-173.

²⁰³ Ver ARRIGHI, G., *op. cit.*, pp. 34-35. Para el caso de América Latina, ver PALACIOS ROMEO, F. J., *op. cit.*, pp. 76-87; para la situación africana, ver FONTANA LÁZARO, J., *op. cit.*, pp. 707 y 714-717.

²⁰⁴ En este sentido, KLEIN, N., *op. cit.*, pp. 339-340; ver también REMIRO BROTONS, A., ... [*et al.*], *op. cit.*, p. 53.

²⁰⁵ FARIÑAS DULCE, M. J., *Mercado sin ciudadanía...*, *op. cit.*, pp. 60-61 y 140-142, HERRERA FLORES, J., *La reinención de...*, *op. cit.*, p. 19 y REMIRO BROTONS, A., ... [*et al.*], *op. cit.*, pp. 54-55. Sin embargo, la limitación del papel del Estado en la vida social no será general, sino selectiva, ver SANTOS, B. DE S., «Beyond neoliberal governance...», *op. cit.*, p. 36.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

propio entorno global²⁰⁶. Por añadidura, se avanza en una reordenación sustancial de las relaciones económicas internacionales, para favorecer decisivamente la consolidación de la “apertura” al libre comercio de bienes y servicios y los procesos de concentración, centralización y transnacionalización de capitales²⁰⁷. En este sentido, se propicia la integración creciente de los mercados nacionales en bloques económicos regionales (creándose distintas esferas de influencia): la conformación de la Unión Europea es un ejemplo eminente de esta senda²⁰⁸.

La transformación general de las sociedades y los países operada por las fuerzas que apoyan la solución “neoliberal” ha descansado en la utilización de tácticas ofensivas muy violentas (sea o no abiertamente) contra las mayorías sociales en todo el mundo²⁰⁹. Sus primeras manifestaciones se exteriorizaron en las dictaduras chilena y argentina, sucediéndose rápidamente en la generalización de las actuaciones represivas frente a la contestación social en otros muchos países del mismo continente²¹⁰. El salto hacia el capitalismo salvaje llevó los procesos de agresión a los territorios de Europa Oriental y la antigua URSS, con el empobrecimiento súbito y masivo de la población, la acelerada desposesión de sus medios de vida y su abandono a la acción depredadora de nuevos poderes “públicos” y “privados”. Y, especialmente a partir del final del último siglo, la remoción de “obstáculos” en el camino de la estrategia *neoliberal* es la causa fundamental del desencadenamiento de las nuevas guerras “neocoloniales” en los Balcanes, Asia, Oriente Medio y África. A pesar de ello, hay autores pertenecientes a la doctrina dominante que llegan a afirmar, contra toda evidencia, que la situación mundial

²⁰⁶ *Ibidem*, pp. 33 y 40. En este sentido, también EVANS, T., *op. cit.*, pp. 109-111, FARIÑAS DULCE, M. J., *Mercado sin ciudadanía...*, *op. cit.*, pp. 171-172 y 182-184, PISARELLO PRADOS, G., *Procesos constituyentes...*, *op. cit.*, pp. 95-96 y REMIRO BROTONS, A., ... [*et al.*], *op. cit.*, p. 55.

²⁰⁷ FARIA, J. E., *op. cit.*, pp. 81-94; ver también REMIRO BROTONS, A., ... [*et al.*], *op. cit.*, p. 54 y (siguiendo a Javier de Lucas) ANSUÁTEGUI ROIG, F. J., «La cuestión de la universalidad de los derechos: de las intuiciones a los problemas», p. 87.

²⁰⁸ En este sentido, FARIA, J. E., *op. cit.*, pp. 241-249 y 258-259, FARIÑAS DULCE, M. J., «Ajustes neoliberales al...», *op. cit.*, pp. 119-120 e *idem*, *Mercado sin ciudadanía...*, *op. cit.*, p. 189.

²⁰⁹ Ver KLEIN, N., *op. cit.*, p. 31.

²¹⁰ HINKELAMMERT, F. J., «El proceso actual de globalización y los derechos humanos», pp. 117-118 y KLEIN, N., *op. cit.*, p. 106.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

de los derechos humanos fue “a mejor” (no se explica realmente según qué dimensión) a partir de la década de 1990²¹¹.

La cuestión es clara: si los procesos de reestructuración *neoliberal*, tanto por sus objetivos como por sus métodos suponen la violación, aparentemente masiva y evidente, de los *derechos humanos*, entonces, aun dentro de sus propias posibilidades, deberían haberse verificado reacciones significativas en el marco del sistema internacional de los derechos humanos. Cabría creer, de entrada, que estos procesos, al fin y al cabo, pueden ser achacados a la acción de algunos gobiernos en particular, o a lo sumo a la presión de sectores empresariales privados pertenecientes a los países más “desarrollados”. Sin embargo, en el despliegue de la estrategia *neoliberal*, no solo han contado con un papel particularmente relevante los Estados (como es de esperar), sino que ha tenido un destacado (e indispensable) protagonismo, de forma concertada con los anteriores (en especial, con las grandes potencias), el propio sistema de las Naciones Unidas con sus instituciones financieras al frente, esto es, el Fondo Monetario Internacional y el Banco Mundial²¹². De ahí que haya que centrar el foco del análisis en la propia configuración del orden internacional realmente existente.

B) La formación del nuevo estándar *universal* de los derechos humanos.

Ya se ha podido comprobar cómo la contestación *liberal*, desarrollada frente al modelo “progresista” de derechos humanos plasmado en los Pactos internacionales²¹³, comenzó a fraguarse en los sistemas regionales, especialmente en el europeo-occidental. En lo que respecta a la concepción de los *derechos humanos*, este proyecto se configuró mediante la subordinación del conjunto de derechos proclamados (en especial, aunque no únicamente, los económicos, sociales y culturales) a los procesos de explotación y de acumulación capitalistas (también, indirectamente, sobre la promoción de

²¹¹ Así, en DONNELLY, J., «La construcción social...», *op. cit.*, pp. 161 y 163. En sentido contrario, (abarcando no solamente la década descrita), SANTOS, B. DE S., *Sociología jurídica crítica...*, *op. cit.*, pp. 417-418; afirmando la creciente presencia de una “*crisis de derechos*”, como resultado de décadas de “*ajustes neoliberales*”, FARIÑAS DULCE, M. J., «Ajustes neoliberales al...», *op. cit.*, p. 123.

²¹² *Idem*, *Mercado sin ciudadanía...*, *op. cit.*, pp. 44-45, 47, 57 y 177; ver SANTOS, B. DE S., *Sociología jurídica crítica...*, *op. cit.*, p. 428. En este sentido, también CANÇADO TRINDADE, A. A., «Balanço dos resultados da Conferência Mundial de Direitos Humanos: Viena, 1993», pp. 26-27.

²¹³ Lo cual no significa que dicho modelo no fuera generalmente funcional, en sus rasgos básicos, al mantenimiento del orden capitalista de posguerra, ver HERRERA FLORES, J., *Los derechos humanos...*, *op. cit.*, p. 199 y SANTOS, B. DE S., *Sociología jurídica crítica...*, *op. cit.*, p. 515.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

interpretaciones *ad hoc* acerca de algunos de los derechos civiles)²¹⁴. Sin embargo, la generalización de sus elementos esenciales como *estándar* en todo el globo dependía de dos condiciones: en primer lugar, asegurar que su imposición no generase la ruptura interna del propio *bloque occidental*; la segunda, lograr su aceptación por parte de los países del “Este”.

Estos requerimientos se fueron completando gradualmente. La culminación (meramente oficial) del proceso de descolonización a nivel global, con la disolución del imperio colonial portugués en 1975, fue liberando finalmente a los países occidentales del “lastre” hasta entonces soportado a la hora de tener que defender y justificar, en los distintos foros internacionales, el mantenimiento de una situación tan evidente de opresión contra las sociedades africanas o asiáticas (aunque la pervivencia posterior del régimen de *apartheid* en Sudáfrica seguiría siendo un importante factor en contra)²¹⁵. En este sentido, la retórica occidental de promoción y defensa de los derechos humanos obtenía la oportunidad adicional de extender el foco de su crítica también a las acciones de los nuevos Estados descolonizados²¹⁶. Por otra parte, el hundimiento del campo socialista conllevó el fin de cualquier tipo de competición entre concepciones alternativas de *derechos humanos* en el ámbito internacional: con toda la razón, la doctrina representa este momento como signo definitivo de la “victoria” mundial de Occidente²¹⁷.

El primer paso concreto de la revisión explícita, en clave *occidental*, de la concepción general de los *derechos humanos* se produjo en Europa, como culminación solemne de la implosión del campo socialista en 1989. Esta transformación, sin embargo, no se abriría con la puesta en marcha de un proceso concretamente *jurídico*,

²¹⁴ Algunas expresiones concretas acerca de lo anterior, entre otras muchas, en DE CABO MARTÍN, C., *Dialéctica del sujeto, dialéctica de la Constitución*, pp. 105-106 y EVANS, T., *op. cit.*, pp. 43-44 y 128; para la consideración, dentro de dicho marco, de los derechos humanos como “*derechos del propietario*”, HINKELAMMERT, F. J., *op. cit.*, pp. 120-121.

²¹⁵ ECKEL, J., *op. cit.*, p. 242 y SARGENT, D., *op. cit.*, p. 129.

²¹⁶ *Ibidem*, p. 139. En este sentido, el ascenso del actual discurso hegemónico acerca de los derechos humanos está estrechamente relacionado con el final del colonialismo “formal” en general, ver MOYN, S., *op. cit.*, pp. 117-119.

²¹⁷ DOUZINAS, C., *op. cit.*, pp. 32 y 190, HÄBERLE, P., *El Estado constitucional* (2ª ed.), p. 244 y TOMUSCHAT, C., *Human Rights...*, *op. cit.*, p. 71; ver RUBIO LLORENTE, F., «Derechos fundamentales...», *op. cit.*, p. 207. En este sentido, también PALACIOS ROMEO, F. J., *op. cit.*, p. 72; por el contrario, KEYS, B. y BURKE, R., *op. cit.*, p. 498.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

que fuera derivable de alguno de los sistemas de derechos humanos existentes, sino mediante una iniciativa *política* de dimensión continental (y norteamericana). Así, en noviembre de 1990, los Estados reunidos en la Conferencia sobre la Seguridad y la Cooperación en Europa aprobaron la *Carta de París para una Nueva Europa* (cuyos principios fueron reafirmados, tras la disolución de la URSS, en la Cumbre de Helsinki de julio de 1992), que representaba poco menos que la certificación de la “*capitulación*” del bloque socialista²¹⁸.

La Carta de París (junto con su continuación inmediata en Helsinki) supone la consagración del modelo europeo-occidental de *derechos humanos*²¹⁹. Se proclaman, como elementos fundantes del nuevo orden *social* continental, en pie de igualdad, la *libertad económica* y la *justicia social* (así como la *responsabilidad medioambiental*) y, dentro de la concepción de los *derechos humanos*, se integran firmemente el derecho de propiedad y la libertad de empresa junto con los derechos económicos, sociales y culturales (el corolario es la aceptación incondicional del modelo de *economía de mercado*²²⁰): esta apuesta queda sellada con la reafirmación de los conceptos de *democracia* y *Estado de Derecho*, erigidos en el binomio configurador de los Estados²²¹. El renovado catálogo de derechos humanos del individuo “globalizado” se une a la sacralización del modelo democrático *liberal*, entendidos ambos poco menos que como realización de los más altos valores *políticos*²²².

Por su parte, la vinculación de los países europeos al modelo *occidental* queda firmemente anclada, no ya solo por sus respectivos mecanismos internos, sino,

²¹⁸ FONTANA LÁZARO, J., *op. cit.*, pp. 696-697.

²¹⁹ En este sentido, PASTOR RIDRUEJO, J. A., *Curso de Derecho...*, *op. cit.*, p. 238.

²²⁰ CONFERENCIA SOBRE LA SEGURIDAD Y LA COOPERACIÓN EN EUROPA, *Carta de París para una Nueva Europa*, p. 7 e *idem*, *Documento de Helsinki 1992. El Desafío del Cambio*, Declaración de la Cumbre de Helsinki, punto 9.

²²¹ Así, en CONFERENCIA SOBRE LA SEGURIDAD Y LA COOPERACIÓN EN EUROPA, *Carta de París...*, *op. cit.*, pp. 1-3 e *idem*, *Documento de Helsinki...*, *op. cit.*, Declaración de la Cumbre de Helsinki, punto 6. Ver PASTOR RIDRUEJO, J. A., *Curso de Derecho...*, *op. cit.*, p. 60 y ZICCARDI CAPALDO, G., *The Pillars of Global Law*, pp. 24-25; también se destaca en PUREZA, J. M., «¿Derecho cosmopolita o uniformador? Derechos humanos, Estado de Derecho y democracia en la posguerra fría», p. 130.

²²² Ver CONFERENCIA SOBRE LA SEGURIDAD Y LA COOPERACIÓN EN EUROPA, *Carta de París...*, *op. cit.*, p. 1 e *idem*, *Documento de Helsinki...*, *op. cit.*, Declaración de la Cumbre de Helsinki, punto 7. En la actualidad, las bondades de la tríada *derechos humanos*, *democracia* y *Estado de derecho* no deja de estar en boca de las instituciones de la UE: ver, por ejemplo, en CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, *Derechos humanos y democracia: Marco estratégico y Plan de acción de la UE*, p. 3.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

notablemente, por la vigilancia externa, en cuanto que la verificación de la fidelidad en la observancia del modelo por cada país queda sujeta a la opinión del resto de los Estados: el respeto de cada país a los *derechos humanos* se considerará un asunto de “*seguridad integral*” para el conjunto de Europa²²³. La integración formal de los antiguos países socialistas en el nuevo marco de los *derechos humanos* se instrumentó mediante la promoción del ingreso de los Estados del difunto “bloque oriental” en el Consejo de Europa, como paso necesario para proceder a la ratificación del Convenio Europeo de Derechos Humanos²²⁴. La *homologación* material de estos países al modelo occidental (esto es, su integración efectiva en una “*comunidad de Estados libres y democráticos*”²²⁵) se diseñaría a partir del desmantelamiento completo de los rasgos socialistas en los órdenes sociales existentes, instrumentado torno a la consecución de procesos de *desmilitarización, descentralización, desmonopolización y privatización, y desburocratización*, según afirmarían el propio Consejo de Europa²²⁶.

Al proceso general de formalización del estándar *occidental* se sumaría la Unión Europea, la cual había emprendido un proceso acelerado de expansión por Europa Central, Meridional y Oriental desde principios de la década de 1990. En diciembre de 2000, se aprobó la *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*; su versión revisada, de diciembre de 2007, será de aplicación obligatoria por parte de los Estados miembros y la propia UE, a la hora de aplicar el Derecho de la Unión, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 6 del Tratado de la Unión Europea (y el artículo 51 de la propia Carta)²²⁷. Así, al tiempo que la Carta se proclama al servicio de la consecución de los objetivos fundacionales de la UE, entre los cuales se incluye la

²²³ CONFERENCIA SOBRE LA SEGURIDAD Y LA COOPERACIÓN EN EUROPA, *Documento de Helsinki...*, *op. cit.*, Declaración de la Cumbre de Helsinki, punto 8. Esta vocación intervencionista, tanto interna como globalmente, sigue siendo esgrimida por parte de la UE, ver CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, *Derechos humanos y...*, *op. cit.*, pp. 4-8.

²²⁴ Así se plantea en CONFERENCIA SOBRE LA SEGURIDAD Y LA COOPERACIÓN EN EUROPA, *Carta de París...*, *op. cit.*, p. 6. De hecho, para poder acceder a la condición de miembro del Consejo de Europa se impuso, desde octubre de 1993, la obligación tanto de firmar el Convenio como de asumir el sistema de protección establecido en este instrumento, ver en *Vienna Declaration*, p. 1; ver también CARRILLO SALCEDO, J. A., «El proceso de...», *op. cit.*, pp. 51-53.

²²⁵ CONFERENCIA SOBRE LA SEGURIDAD Y LA COOPERACIÓN EN EUROPA, *Documento de Helsinki...*, *op. cit.*, Declaración de la Cumbre de Helsinki, punto 2.

²²⁶ PARLIAMENTARY ASSEMBLY OF THE COUNCIL OF EUROPE, *Measures to dismantle the heritage of former communist totalitarian systems*, pp. 1-3.

²²⁷ Se puede consultar el texto del tratado en «Versión consolidada del Tratado de la Unión Europea».

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

garantía de “la libre circulación de personas, servicios, mercancías y capitales, así como la libertad de establecimiento” (como reza en su Preámbulo), se reconocen como *derechos fundamentales*, en pie de igualdad con todos los demás (incluyendo los derechos sociales), los factores básicos de una economía capitalista *liberalizada*: la libertad profesional (artículo 15), la libertad de empresa (artículo 16) y el derecho a la propiedad (artículo 17)²²⁸. El catálogo de derechos humanos establecido en la UE representa, por su contenido positivo, una reducción sustantiva de los derechos reconocidos por los instrumentos relevantes del sistema de Naciones Unidas (lo cual se hace patente, entre otros, en materia de derechos económicos, sociales y culturales). En este contexto, la orientación hacia la aplicación preferente, en el contexto de la UE, de la Carta y del Convenio Europeo de Derechos Humanos frente a los tratados y convenciones relevantes en el ámbito de la ONU (que conforman, pretendidamente, el estándar universal) representa un factor determinante en este desarrollo²²⁹.

La actuación equivalente, en el plano global, a la proclamación de la Carta de París (de acuerdo con “*los cambios fundamentales que se han producido en el escenario internacional*”²³⁰) fue la adopción de la *Declaración y Programa de Acción de Viena* por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos en junio de 1993²³¹. Esta iniciativa, surgida de las Naciones Unidas, presentaba dos caras: si bien representaba formalmente la continuidad del sistema internacional de los derechos humanos²³², en realidad suponía el inicio de su reformulación *fáctica*, por cuanto que plasmaba la voluntad de conformación de un nuevo consenso mundial acerca de los derechos humanos (aunque

²²⁸ Ver el texto de la Carta en «Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea», pp. 393-405.

²²⁹ Ver BUTLER, I. DE J., *The European Union and International Human Rights Law*, pp. 11-21. Igualmente, la aplicación de la Carta supone la postergación efectiva de la Carta Social Europea (sea en su versión original o reformada) en el ámbito de la UE, ver DE SCHUTTER, O., *The European Social Charter in the context of implementation of the EU Charter of Fundamental Rights*, pp. 14-25.

²³⁰ CONFERENCIA MUNDIAL DE DERECHOS HUMANOS, *Declaración y Programa de Acción de Viena*, Preámbulo.

²³¹ En cuanto que este documento reflejaba, en sus contenidos, el final del Guerra Fría, ver BUERGENTHAL, T., *op. cit.*, pp. 713-715.

²³² Así, se proclamaba la continuidad de la Declaración Universal y los Pactos internacionales en la acción de las Naciones Unidas, ver CONFERENCIA MUNDIAL DE DERECHOS HUMANOS, *op. cit.*, Preámbulo.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

no sin ciertas resistencias) que se fundamentaría a partir del triunfo del capitalismo *occidental*²³³.

En un plano teórico, la principal contribución de la Declaración de Viena es la afirmación de la *universalidad, indivisibilidad e interdependencia* de los derechos humanos²³⁴. A primera vista, cabría pensar que, con esta formulación, se está propugnando la *garantía íntegra* de todos y cada uno de los derechos (civiles, políticos, económicos, sociales y culturales) en todas las partes del mundo (“*en pie de igualdad y dándoles a todos el mismo peso*”²³⁵). Sin embargo, su significado profundo es otro. A partir de aquel momento, las estrategias, políticas y acciones relativas a los *derechos humanos* habrán de ser analizadas como partes de una *totalidad*: los distintos derechos, como parte de dicho conjunto *orgánico*, deberán ser interpretados y ponderados *unos contra otros* (“*en forma global y de manera justa y equitativa*”), en función de las circunstancias económicas y sociales, presuntamente “predeterminadas” en cada tiempo y lugar (las llamadas “*particularidades nacionales y regionales*”)²³⁶. En una operación de *maximización* de los *derechos humanos* “en su conjunto”, cada derecho es *relativizado* (no sólo “cuantitativamente”, sino también “cualitativamente”) en función de las posibilidades “objetivas” del momento: ninguno será formalmente desechado, pero puede llegar a ser reducido de hecho (según el caso) a poco más que a la condición de una permanente promesa de futuro, o bien puede acabar siendo reinterpretado radicalmente para su óptimo “encaje” en el conjunto. Pero resulta que, además, ahora habrá más derechos por *ponderar*, puesto que la Conferencia de Viena confirmó, como parte esencial del acervo de los derechos humanos, el derecho al *desarrollo*²³⁷.

²³³ En este sentido, DE CARVALHO HERNANDEZ, M., «The Rise of Human Rights Issue in the Post-Cold War World: The Vienna Conference (1993)», pp. 88-90.

²³⁴ CONFERENCIA MUNDIAL DE DERECHOS HUMANOS, *op. cit.*, parte I, punto 5; a este respecto, ver también GÓMEZ ISA, F., «International protection of human rights», p. 39 y ONUMA, Y., *op. cit.*, pp. 400 y 403-404. Para la interpretación de las Comunidades Europeas al respecto, ver COMISIÓN EUROPEA, *Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo. “La Unión Europea y los aspectos exteriores de la política de derechos humanos: de Roma a Maastricht y en adelante”*, puntos 32-33.

²³⁵ CONFERENCIA MUNDIAL DE DERECHOS HUMANOS, *op. cit.*, parte I, punto 5.

²³⁶ Ver también en *ibidem*, parte I, punto 5.

²³⁷ *Ibidem*, parte I, punto 10. Ver también ÁLVAREZ MOLINERO, N., *op. cit.*, p. 169 y GÓMEZ ISA, F., «International protection of...», *op. cit.*, p. 47.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

Por otra parte, la Conferencia Mundial de Derechos Humanos tampoco perdió el tiempo a la hora de interiorizar *expresamente*, en la comprensión del *derecho de libre determinación de los pueblos* en cuanto *derecho humano*, las determinaciones al respecto contenidas en la *Declaración sobre los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas* (aprobada por la Asamblea General de la ONU en octubre de 1970), que básicamente pretenden limitar el ejercicio pleno de este derecho en aquellos países independientes que estuvieran dotados de un gobierno “inclusivo” (en esencia, que fuera representativo de todos los pueblos presentes en su territorio)²³⁸.

El verdadero espejismo perceptible en los resultados de la Conferencia de Viena consiste en la proclamación de los *derechos humanos* como un *cuerpo universal* único²³⁹: sin embargo, este es definido siguiendo las líneas maestras contenidas en el entonces flamante proyecto estratégico *neoliberal* de nuevo orden mundial²⁴⁰. La Conferencia de Viena no tenía, sin embargo, un objetivo fundamental teórico: realmente, su finalidad era lograr el avance de la aplicación de los derechos humanos²⁴¹. En primer lugar, y lejos de tratar de crear un nuevo sistema de promoción y protección, esta vez *universal* (como sería de esperar en este contexto), la Conferencia confirmó el refuerzo del papel de los sistemas regionales existentes, así como defendió la necesidad de establecer nuevos acuerdos similares en otras áreas del globo²⁴². Igualmente, abogó por la articulación del Derecho internacional de los derechos humanos con la acción colectiva de los Estados, que a partir de ahora se presentarán bajo la forma de

²³⁸ Así, en CONFERENCIA MUNDIAL DE DERECHOS HUMANOS, *op. cit.*, parte I, punto 2. Respecto a la referencia primigenia (que, por cierto, no se recoge exactamente en la Declaración de Viena), ver ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS, *Declaración sobre los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas*, p. 132; en relación con la misma, MACKLEM, P., *op. cit.*, pp. 171-172.

²³⁹ En este sentido, CONFERENCIA MUNDIAL DE DERECHOS HUMANOS, *op. cit.*, parte I, punto 1.

²⁴⁰ HERRERA FLORES, J., *Los derechos humanos...*, *op. cit.*, p. 145.

²⁴¹ Ver CONFERENCIA MUNDIAL DE DERECHOS HUMANOS, *op. cit.*, Preámbulo y parte I, punto 1. En este sentido, CANÇADO TRINDADE, A. A., «Balanço dos resultados...», *op. cit.*, pp. 24-26.

²⁴² CONFERENCIA MUNDIAL DE DERECHOS HUMANOS, *op. cit.*, parte I, punto 37; en este contexto, las Comunidades Europeas hicieron valer la posición de los instrumentos regionales de derechos humanos, ver *Nota de información de la Comunidad Europea y sus Estados miembros*, párr. 3.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

“comunidad internacional”²⁴³. Precisamente, a esta última se encomiendan labores de promoción y protección de los *derechos humanos*, así como de “patrocinio” de la democracia y el desarrollo en todo el mundo, siendo consideradas como tareas vinculadas a la paz y seguridad²⁴⁴.

Es cierto que esta renovada formulación del estándar *occidental* dificultará la posibilidad de que la “comunidad internacional” pueda ya amparar explícitamente el desencadenamiento, por parte de algunos de sus miembros, de procesos represivos *masivos* y de *alta intensidad* contra la contestación social a la estrategia *neoliberal* (al estilo de las dictaduras centroamericanas y del Cono Sur durante la década de 1980)²⁴⁵. Sin embargo, sí se va a permitir la invisibilización efectiva de la acción de mecanismos represivos de *mediana* y *baja intensidad* (y, ocasionalmente, de *alta*), sobre todo cuando se manifiesten en distintos episodios aparentemente independientes entre sí y que no sean formalmente achacables a la aplicación de “políticas de Estado”²⁴⁶. En definitiva, el orden mundial actualmente imperante no supone, en sí, la violación general del sistema internacional de derechos humanos existente, puesto que, simplemente, este es parte necesaria de aquel²⁴⁷. Sin embargo, los que sí siguen siendo sistemáticamente oprimidos y destruidos son los individuos, grupos y pueblos teóricamente protegidos por las múltiples proclamaciones de derechos²⁴⁸, cuyas condiciones de vida quedan reducidas a la condición de remanente dispensable en la aplicación de los derechos concretos “filtrados” a través de las relaciones de poder realmente existentes²⁴⁹. El

²⁴³ Esta fue otra de las aportaciones destacadas de los Estados europeo-occidentales a la Conferencia de Viena, ver *ibidem*, párr. 6.

²⁴⁴ Ver CONFERENCIA MUNDIAL DE DERECHOS HUMANOS, *op. cit.*, parte I, puntos 4, 6 y 8; en mención al punto 4, ver también ONUMA, Y., *op. cit.*, p. 393, TARDIF, E., «Metamorfosis de la soberanía: elementos para una redefinición del concepto a la luz del derecho internacional contemporáneo», p. 314 y VILLÁN DURÁN, C., *op. cit.*, p. 899. En este sentido, en el seno de las Comunidades Europeas se interpretó que el principio de *no injerencia* era “relativo”, ver COMISIÓN EUROPEA, *op. cit.*, punto 33.

²⁴⁵ En este sentido, DONNELLY, J., «La construcción social...», *op. cit.*, p. 161 y EVANS, T., *op. cit.*, p. 108.

²⁴⁶ En un sentido parecido, REMIRO BROTONS, A., ... [*et al.*], *op. cit.*, p. 142.

²⁴⁷ En un sentido más general (respecto a la significación del “discurso” sobre los derechos humanos), ver ARIAS MARÍN, J. A., *op. cit.*, pp. 169-170.

²⁴⁸ Ver KEYS, B. y BURKE, R., *op. cit.*, pp. 498-499; sobre la contradicción existente en la actualidad entre teoría y práctica en materia de derechos humanos, ARIAS MARÍN, J. A., *op. cit.*, pp. 173-175. Respecto las consecuencias sociales concretas de la estrategia *neoliberal* (aun nombrada bajo otro rótulo), FARIA, J. E., *op. cit.*, pp. 202-209.

²⁴⁹ En este sentido, EVANS, T., *op. cit.*, pp. 80 y 86 y HERRERA FLORES, J., *La reinención de...*, *op. cit.*, p. 36; ver también DOUZINAS, C., *op. cit.*, p. 13.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

secreto último de esta transmutación inversa del “oro” en “plomo” se halla en las ideas e interpretaciones de la doctrina dominante en torno al concepto de *derechos humanos*.

1.2. Los rasgos fundamentales del discurso hegemónico respecto a los *derechos humanos*.

Hasta ahora, hemos estudiado principalmente la evolución del sistema internacional de los derechos humanos respecto a las dimensiones directamente económica y política. Sin embargo, con el triunfo *universal* de su reformulación *occidental*, se puede apreciar también, con mayor claridad, la función *ideológica* de la concepción hegemónica de los *derechos humanos*, esto es, su capacidad para moldear activamente las nociones *culturales* preponderantes en las distintas sociedades, durante el proceso de implementación de la estrategia *neoliberal*²⁵⁰. En este desarrollo han tenido una contribución significativa (sea o no conscientemente) las elaboraciones de las corrientes teóricas que conforman la doctrina jurídica actualmente dominante²⁵¹. Se convierte, por tanto, en una necesidad el análisis de los elementos que se presentan en esta como rasgos *esenciales* del concepto de *derechos humanos*²⁵².

1.2.1. La fundamentación esencialista de los *derechos humanos*.

A) La realización de la *naturaleza humana* en la concepción de los *derechos humanos*.

La perspectiva hegemónica acerca de los *derechos humanos* define estos como expresiones *esenciales* de la naturaleza humana²⁵³. Han de tomarse como referencias

²⁵⁰ Ver *ibidem*, p. 36 y SANTOS, B. DE S., «Human Rights: A Fragile Hegemony», p. 20.

²⁵¹ En este sentido, CLAVERO SALVADOR, B., *Derecho global...*, *op. cit.*, p. 80 y HERRERA FLORES, J., *La reinención de...*, *op. cit.*, p. 87.

²⁵² Aquí se seguirá, en sus líneas básicas, el excelente resumen acerca de las características de la interpretación convencional sobre los derechos humanos, contenido en SANTOS, B. DE S., «Más allá de la imaginación política y de la teoría crítica eurocéntricas», p. 78 (nota 3); ver también en *idem*, *Sociología jurídica crítica...*, *op. cit.*, p. 515.

²⁵³ Con un sentido similar al enunciado, por ejemplo, en ETXEBERRÍA MAULEON, X., «El debate sobre la universalidad de los derechos humanos», pp. 309-311 y 315, HÄBERLE, P., *El Estado constitucional...*, *op. cit.*, pp. 174 y 175, (como “*atributos innatos de la persona humana*”) NIKKEN, P., «Sobre el concepto...», *op. cit.*, p. 18, REMIRO BROTONS, A., ... [*et al.*], *op. cit.*, p. 735 y (desde una argumentación psicológica), SAJÓ, A., *Constitutional Sentiments*, pp. 58-59; en sentido descriptivo, MACKLEM, P., *op. cit.*, pp. 5-6 y 7 y ONUMA, Y., *op. cit.*, p. 377 (también nota 251). Desde una perspectiva crítica, HERRERA FLORES, J., *Los*

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

primordiales, para desgranar el sentido profundo de este principio, las afirmaciones contenidas en la Declaración Universal (titulada frecuentemente como la “Carta Magna de la Humanidad”²⁵⁴) porque, desde luego, en esta se acredita la existencia de una concepción, siquiera elemental, acerca del ser humano “en cuanto tal”²⁵⁵.

En el artículo primero de la Declaración, se comienza afirmando solemnemente que “*Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos [...]*”. El fundamento de la *recognoscibilidad intrínseca* de la condición humana (pues, *ontológicamente*, “todos [...] nacen”) se hace depender, como condición necesaria, de dos elementos que se afirman como *esenciales* a esta, como son la *dignidad* y los *derechos*²⁵⁶; siguiendo esta idea, los humanos llevarían dentro de su ser la *libertad* y la *igualdad, en todo momento y lugar*. Esta proposición “esencialista” encierra, de entrada, un absurdo *ontológico*, puesto que niega, implícitamente, la condición de *humanos* a aquellos seres “de carne y hueso” (biológicamente “clasificables” como *homo sapiens*) que, desde su mismo nacimiento y después, no sean materialmente *libres e iguales* entre sí: siguiendo este razonamiento hasta sus últimas conclusiones posibles, podría concluirse que no han existido “seres humanos” sobre la faz de la tierra y, por lo tanto, tampoco “humanidad”²⁵⁷. Así pues, la naturaleza de la “libertad” e “igualdad” proclamadas no puede ser más que meramente *ideal*, esto es, se constituyen en conceptos abstractos, no solo sustancialmente desconectados sino también aislados respecto de la realidad material, y que son aprehensibles únicamente mediante el uso de

derechos humanos..., *op. cit.*, p. 118 y SÁNCHEZ RUBIO, D., *Derechos humanos instituyentes...*, *op. cit.*, p. 184.

²⁵⁴ SARGENT, D., *op. cit.*, p. 128.

²⁵⁵ Así se concluye, por ejemplo, en PALLARES YABUR, P., «La justificación racional de los derechos humanos en los redactores de la Declaración Universal de los Derechos Humanos», pp. 153-156.

²⁵⁶ ETXEBERRÍA MAULEON, X., *op. cit.*, pp. 313-314. Para el reconocimiento expreso del carácter rotundamente *iusnaturalista* de tal afirmación, ver PÉREZ LUÑO, A. E., *Derechos humanos...*, *op. cit.*, p. 57 (también nota 7).

²⁵⁷ Desde algunos sectores de la doctrina dominante, se han tratado de soslayar esta y otras dificultades semejantes con la argumentación de que, en el fondo, el concepto de dignidad (que englobaría a los otros principios anteriores) constituye un “*deber ser*”, que no describe estrictamente al “ser” *humano* (a pesar de que la Declaración Universal afirma exactamente lo contrario): así, por ejemplo, en PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *La dignidad de la persona desde la Filosofía del Derecho* (2ª ed.), pp. 66-67. Igualmente, en este mismo sentido, DONNELLY, J., *Universal Human Rights in Theory and Practice* (3rd ed.), pp. 28-29.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

otros conceptos (igualmente contruidos como abstracciones ideales)²⁵⁸. Así pues, desde un punto de vista *teórico*, no se trataría de una cuestión *programática* (esto es, de constituir una nueva realidad social), sino simplemente de *reconocimiento* (aceptar el hecho *ya* existente), puesto que “todos” los seres humanos cuentan ya con “los” *derechos humanos*, por lo que la tarea principal reside, simplemente, en desplegarlos y asegurarlos²⁵⁹. En consecuencia, poco importa para la elaboración *teórica* que los mismos humanos sigan siendo explotados, oprimidos o destruidos sistemáticamente por otros humanos en la *práctica*, puesto que los derechos se definen, esencialmente, con su sola enunciación, no por su interrelación con el resto de la realidad material²⁶⁰.

Por todo ello, si, desde esta perspectiva, la *esencia* de los *seres humanos* se halla muy por encima de las ambigüedades (en general, de la corporeidad) de “este mundo”, alguna forma habría que existir para poder definir los *derechos*, al menos en lo que respecta a sus rasgos básicos. Tomando nuevamente como expresión eminente de esta posición lo expresado en la parte final del artículo primero de la Declaración: “[...] *dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse [...]*”, se infiere que la solución que se brinda se enuncia en una clave *racionalista*²⁶¹. La propuesta es la siguiente: los *derechos humanos*, en su conjunto, solo pueden ser conceptualmente aprehensibles por el conocimiento *directo* de su *esencia ideal*²⁶²; la consideración de la sociedad de la que brota, como realidad material, cada vida humana individual, queda reducida a una mera tarea contingente²⁶³. Dicho de otro modo, se sostiene no que el

²⁵⁸ En este sentido, BOBBIO, N., *op. cit.*, pp. 39-40, 67, 139-140 y 162; ver también ETXEBERRÍA MAULEON, X., *op. cit.*, pp. 363-364.

²⁵⁹ Ver, entre otros, DONNELLY, J., «La construcción social...», *op. cit.*, pp. 166-167, ETXEBERRÍA MAULEON, X., *op. cit.*, p. 309, FERRAJOLI, L., *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia. I...*, *op. cit.*, pp. 695-697, HÄBERLE, P., *El Estado constitucional...*, *op. cit.*, p. 175 y PÉREZ LUÑO, A. E., *La tercera generación...*, *op. cit.*, p. 230; en este sentido, también RUBIO LLORENTE, F., «Derechos fundamentales...», *op. cit.*, pp. 205 y 206. A este respecto, la clave la aporta la idea de que los derechos humanos son inherentes a la *persona* humana, ver HÄBERLE, P., *El Estado constitucional...*, *op. cit.*, pp. 161-162 (también nota 301); también en NIKKEN, P., «Sobre el concepto...», *op. cit.*, pp. 17-19.

²⁶⁰ En un sentido crítico, ver HERRERA FLORES, J., *La reinención de...*, *op. cit.*, pp. 21-22, *idem*, *Los derechos humanos...*, *op. cit.*, pp. 21-22, 53-54, 95-97 y 179-180 y SÁNCHEZ RUBIO, D., *Derechos humanos instituyentes...*, *op. cit.*, pp. 5 y 184.

²⁶¹ PALLARES YABUR, P., *op. cit.*, p. 157.

²⁶² En un sentido crítico, BOBBIO, N., *op. cit.*, pp. 54-56; en una línea similar, ver también BORGWARDT, E., *op. cit.*, pp. 58-60.

²⁶³ Por el contrario (siguiendo a Ulrich K. Preuss), “[...] *se comprueba así la «historicidad» no sólo del Derecho, sino de los «derechos», en el sentido de que son formas sociales específicas de relaciones sociales también específicas y no cualidades o caracteres naturales de los hombres.*”, en DE CABO

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

individuo *es* sociedad (como exponente de la interrelación entre la *parte* y el *todo*), sino que el individuo se determina *previa y separadamente* a la sociedad²⁶⁴.

No se trata de “condenar” el uso genérico de la “razón”, puesto que el proceso de conocimiento humano sobre los fenómenos de la realidad se asienta en el proceso de interacción entre *teoría* y *práctica*: precisamente, lo que viene a reflejarse en la visión hegemónica acerca de los *derechos humanos* es su voluntad de subordinar la comprensión de este fenómeno a una serie de conclusiones arbitrariamente predeterminadas (por muy sesudas que aparenten ser)²⁶⁵. En consecuencia, las distintas construcciones teóricas dominantes se limitan a establecer un *modelo* de ser humano “universal”²⁶⁶: este se define por abstracción de los aspectos comunes (en cada momento histórico) característicos de los individuos de las clases y grupos sociales dominantes²⁶⁷. Por ello, en los últimos dos siglos, el arquetipo de *sujeto humano* considerado en el ámbito de los *derechos humanos* tiene rasgos de hombre, europeo, adulto y *burgués*²⁶⁸: de hecho, la construcción de los derechos de la mujer, étnicos, raciales, de la infancia y la juventud y de la clase trabajadora desde la teoría hegemónica de los derechos humanos se llevará a cabo tomando como referencia *implícita* la posición *naturalizada* de dicho sujeto abstracto en el mundo capitalista *realmente*

MARTÍN, C., *Dialéctica del sujeto...*, *op. cit.*, p. 84. Rechazando también la postura anterior, BOBBIO, N., *op. cit.*, p. 62.

²⁶⁴ En ello confluyen, notablemente, autores pertenecientes a tendencias dispares (tanto “iusnaturalistas” como “positivistas”) dentro de la doctrina dominante: ver *ibidem*, pp. 108, 145-148 y 161-164 y (siguiendo al anterior) VELASCO CRIADO, D., «Los antecedentes histórico-ideológicos de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre de 1948», pp. 210-211 y 239. En un sentido crítico, ver GÁNDARA CARBALLIDO, M. E., *Hacia un pensamiento crítico en derechos humanos: aportes en diálogo con la teoría de Joaquín Herrera Flores*, pp. 233-234, 237-238, 263 y 320-321 y WALL, I. R., *op. cit.*, p. 38.

²⁶⁵ Ver SCHWÖBEL, C. E. J., *op. cit.*, p. 120.

²⁶⁶ DOUZINAS, C., *op. cit.*, pp. 52-53; ver también MIGNOLO, W., «Who Speaks for the “Human” in Human Rights?», p. 44 y WALL, I. R., *op. cit.*, pp. 141-142.

²⁶⁷ En este sentido, DE LUCAS, J., «La lucha contra la discriminación», pp. 148-149.

²⁶⁸ *Ibidem*, pp. 151-153, DOUZINAS, C., *op. cit.*, pp. 54, 96 y 97, FARIÑAS DULCE, M. J., «Ajustes neoliberales al...», *op. cit.*, pp. 121 y 122, *idem*, *Mercado sin ciudadanía...*, *op. cit.*, p. 109, LAURIS, É., «A fundação revisitada: 5 teses para um constitucionalismo transformador», p. 419, ONUMA, Y., *op. cit.*, pp. 424-425 y SÁNCHEZ RUBIO, D., *Derechos humanos instituyentes...*, *op. cit.*, p. 185; ver también MIGNOLO, W., *op. cit.*, pp. 56-57 y ŽIŽEK, S., «Contra los Derechos Humanos», p. 97. Asumiendo en parte esta idea (sólo inicialmente), en relación con la conceptualización de la “igualdad”, ver FERRAJOLI, L., *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia. I...*, *op. cit.*, pp. 755-756.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

existente²⁶⁹. Del mismo modo, la “libertad” e “igualdad” proclamadas en la teoría tienen un alcance conceptual mucho más limitado: se definen, en última instancia, por la naturalización de las relaciones de dominación que conforman la sociedad en cada periodo histórico²⁷⁰.

B) El concepto de *dignidad humana*.

Según la doctrina hegemónica acerca de los derechos humanos, la concreción del *modelo de humanidad*, en el camino a su plasmación en el catálogo de derechos, se materializa en el concepto de *dignidad humana*²⁷¹. Así se plasma tanto en el artículo primero de la Declaración Universal (como se ha podido ver), como en el mismo Preámbulo de esta, al afirmarse que “[...] *la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana*”²⁷². Esta idea supone, en el ámbito de los *derechos humanos*, la aplicación más general de la noción de *estatus personal*, que se define por el trazado de una esfera de *intangibilidad* alrededor del sujeto (e inseparable de este) frente a otros individuos en la sociedad humana²⁷³. Así, la concepción hegemónica parte nuevamente de la consideración del ser humano *en abstracto*, esto es, considerado fuera del espacio y del tiempo, como un *individuo*

²⁶⁹ Ello se refleja en la propia redacción de la Declaración Universal, por ejemplo, en la consideración implícita del papel de la mujer en la familia, ver GÓMEZ ISA, F., «La Declaración Universal...», *op. cit.*, p. 50.

²⁷⁰ Ver DOUZINAS, C., *op. cit.*, pp. 41 y 96-97.

²⁷¹ En este sentido, HABERMAS, J., *La constitución de Europa*, p. 16 y PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *La dignidad de...*, *op. cit.*, pp. 12-13; también (en cuanto fundamento último del Derecho internacional de los derechos humanos) en VILLÁN DURÁN, C., *op. cit.*, pp. 92-93. Para la importancia de esta noción en la teoría dominante sobre los derechos humanos, ARIAS MARÍN, J. A., *op. cit.*, pp. 143-146, MCCRUDDEN, C., «Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights», p. 675 y PÉREZ LUÑO, A. E., *Derechos humanos...*, *op. cit.*, p. 51.

²⁷² Sin embargo, no se recoge una definición sustantiva de lo que se entiende concretamente por “*dignidad*” en la misma Declaración, ver GÓMEZ ISA, F., «La Declaración Universal...», *op. cit.*, p. 44.

²⁷³ En este sentido, HABERMAS, J., *La constitución de...*, *op. cit.*, pp. 25-28 e *idem*, *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso* (2ª ed.), p. 192. Ver también BROWN, G. (ed.), *op. cit.*, p. 36, ETXEBERRÍA MAULEON, X., *op. cit.*, pp. 329-330, MCCRUDDEN, C., *op. cit.*, p. 679, RAJAGOPAL, B., *op. cit.*, pp. 284-285 y RUBIO LLORENTE, F., «Derechos fundamentales...», *op. cit.*, pp. 207 y 213. Por otra parte, en referencia general a la concepción de *derecho humano* como expresión del “estatus igual” entre los individuos dentro de una comunidad “moral-política”, ver BESSON, S., «The legitimate authority of international human rights», pp. 49-50.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

teórico²⁷⁴; se trata de un ser *enfrentado* a la *sociedad* (que es definida, en *última instancia*, únicamente de forma negativa, como “entorno” *externo* y *contingente* al sujeto humano)²⁷⁵.

En este sentido, la teoría esencialista de los derechos humanos se sostiene sobre una proposición causal de carácter circular: el “ser” humano es reconocido como *persona*, por el conjunto de la Humanidad, a partir del *estatus* definido por su misma “condición esencial” (el “ser” es *humano* porque es *digno*, y es *digno* porque es *humano*)²⁷⁶. Nos acercamos, por tanto, a la visión de la naturaleza humana como *misterio*, a la *cosa en sí* incognoscible (propia de la concepción filosófica dominante en la doctrina, de inspiración *idealista*²⁷⁷)²⁷⁸, para lo cual el estudio exhaustivo de la interrelación entre *individuo* y *sociedad* presenta una importancia teórica secundaria, a lo sumo. Los *derechos humanos*, en su conceptualización más “pura”, acaban ingresando en el dominio de una suerte de teoría “mágica” del Derecho, común a las principales corrientes doctrinales (no se trata de un ámbito únicamente reservado al

²⁷⁴ Un buen ejemplo de esta posición es el análisis *diacrónico* del concepto de dignidad humana en PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *La dignidad de...*, *op. cit.*, pp. 68-71; respecto a la consideración de los derechos inherentes a la persona humana como “atemporales”, CANÇADO TRINDADE, A. A., «Separate opinion of Judge Cançado Trindade», párr. 198. En un sentido crítico, DOUZINAS, C., *op. cit.*, pp. 41-42, HERRERA FLORES, J., *Los derechos humanos...*, *op. cit.*, p. 26, NOGUERA FERNÁNDEZ, A., *El sujeto constituyente. Entre lo viejo y lo nuevo*, p. 65, SÁNCHEZ RUBIO, D., *Derechos humanos instituyentes...*, *op. cit.*, p. 185 e *idem*, «Reflexiones E (Im)Precisiones en Torno a la Intervención Humanitaria y los Derechos Humanos», p. 222.

²⁷⁵ DONNELLY, J., «La construcción social...», *op. cit.*, p. 166 y (respecto a la *dignidad humana* como mediación en la relación entre el ciudadano individual como *sujeto* y el Estado) HÄBERLE, P., *El Estado constitucional...*, *op. cit.*, p. 163; en un sentido concreto, los derechos humanos se constituirían específicamente frente al “poder estatal”, ver CANÇADO TRINDADE, A. A., «Separate opinion of...», *op. cit.*, párr. 198, *idem*, «The Historical Recovery of the Human Person as Subject of the Law Of Nations», p. 34, NIKKEN, P., «Sobre el concepto...», *op. cit.*, p. 17, SAJÓ, A., *op. cit.*, p. 34 y (en un sentido descriptivo) MCCRUDDEN, C., *op. cit.*, p. 679. En un sentido crítico, DOUZINAS, C., *op. cit.*, p. 37, SÁNCHEZ RUBIO, D., *Derechos humanos instituyentes...*, *op. cit.*, p. 184 e *idem*, «Reflexiones E (Im)Precisiones...», *op. cit.*, p. 222.

²⁷⁶ Ver ETXEBERRÍA MAULEON, X., *op. cit.*, pp. 309-310; también BOBBIO, N., *op. cit.*, p. 55 y PÉREZ LUÑO, A. E., *Derechos humanos...*, *op. cit.*, p. 27. De hecho, si bien es posible discernir, entre las corrientes doctrinales dominantes, un cierto contenido mínimo acerca de la noción de “dignidad humana”, no se puede concretar una concepción concreta común acerca de este, ver MCCRUDDEN, C., *op. cit.*, pp. 679-680 y 710; respecto a la importante carga de ambigüedad que comporta el uso de esta noción, a la vista de la práctica judicial comparada, ver *ibidem*, pp. 698-710 y 712.

²⁷⁷ En este sentido, BARRETO, J.-M., «Introduction. Decolonial Strategies and Dialogue in the Human Rights Field», p. 9; similarmente, afirmando el entronque de la visión teórica dominante de los derechos humanos con el *iusnaturalismo racionalista*, ANSUÁTEGUI ROIG, F. J., *op. cit.*, pp. 78 y 81. Ver también (en referencia directa al concepto de *dignidad humana*) ARIAS MARÍN, J. A., *op. cit.*, pp. 148-149 y (describiendo la postura de Jürgen Habermas) DOUZINAS, C., *op. cit.*, pp. 165-166.

²⁷⁸ HERRERA FLORES, J., *Los derechos humanos...*, *op. cit.*, p. 118.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

llamado “iusnaturalismo”), más versadas en “invocar” la *esencia* de los *derechos* para lograr que estos se “manifiesten”, que en comprenderlos como parte de una realidad más amplia²⁷⁹.

Pero el concepto de *dignidad* humana presenta una segunda faceta aún más problemática. En el discurso hegemónico, se advierte la tendencia a considerar a la mayoría de los seres humanos relativamente más como *objetos* que como *sujetos* de los derechos humanos²⁸⁰. Así pues, las personas menoscabadas o atropelladas en su dignidad se convertirían en seres privados o disminuidos en facultades y capacidades (posiblemente, también en lo que se refiere al uso de la “razón”), a considerar tendencialmente como seres *pasivos* y *desvalidos*²⁸¹. En este sentido, se espera de las poblaciones explotadas y oprimidas poco menos que vuelvan a ascender (o ser ascendidas) en una imaginaria escala de *humanidad*, mediante el ejercicio de una acción *humanitaria* de iniciativa ajena a ellas: por consiguiente, se menosprecian las respuestas concretas de estas y se contemplan con suspicacia sus reivindicaciones y su organización autónomas (que se consideran inspiradas por “terceros” interesados)²⁸².

No pasa desapercibida la consecuencia *política* de esta proposición (y, en general, de toda la conceptualización dominante acerca de la *dignidad*²⁸³): la labor de esclarecimiento del sentido “correcto” de los derechos del individuo *abstracto* ha de quedar naturalmente circunscrita al dominio del *trabajo intelectual* (como operación de una suerte de “razón ilustrada universal”²⁸⁴)²⁸⁵. Las aspiraciones de las poblaciones

²⁷⁹ En este mismo sentido crítico, SÁNCHEZ RUBIO, D., *Derechos humanos instituyentes...*, *op. cit.*, p. 31; para los problemas epistemológicos presentes en esta concepción de los derechos humanos, ver también DELLAVALLE, S., «“From above” or “from the bottom up”? The protection of human rights between descending and ascending interpretations», pp. 97-98.

²⁸⁰ En un sentido crítico, SANTOS, B. DE S., «Human Rights...», *op. cit.*, p. 17.

²⁸¹ Ver (en un sentido crítico) DOUZINAS, C., *op. cit.*, pp. 68 y 69 y MIGNOLO, W., *op. cit.*, p. 60; ver también WALL, I. R., *op. cit.*, pp. 21-23 y 24-25. Más en general, para la tendencia a la conversión de los derechos humanos en una suerte de “producto” ya preparado para su solo “consumo” por sus destinatarios, GÜNTHER, K., «From a gubernative to a deliberative human rights policy definition, and further development of human rights as an act of collective self-determination», p. 36.

²⁸² Ver *ibidem*, pp. 84-86 y SÁNCHEZ RUBIO, D., *Derechos humanos instituyentes...*, *op. cit.*, p. 192.

²⁸³ En este sentido (en función de la “normatividad” pretendidamente inherente a este concepto), HABERMAS, J., *La constitución de...*, *op. cit.*, pp. 17, 21-22 y 35-36.

²⁸⁴ Criticando esta postura, HERRERA FLORES, J., *Los derechos humanos...*, *op. cit.*, p. 20. Valga como ejemplo de lo anterior: considerando el desarrollo actual del principio de respeto de la dignidad humana, como reflejo de la “maduración y refinamiento” del “espíritu humano” a partir del pensamiento teórico

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

solo serán tomadas como meros “datos” secundarios que no prefiguran, por sí mismos, ni el contenido fundamental de los derechos ni su articulación interna en un determinado sistema (en especial, no servirán para cuestionar la propiedad privada²⁸⁶): la *realidad material es depurada* en su paso a través del tamiz de la *teoría*²⁸⁷. Esto hace imprescindible la enunciación de una conclusión adicional: no importa únicamente *qué* se idealiza, sino, en especial, *quiénes* idealizan (y frente a quiénes)²⁸⁸ y, también, *para qué*²⁸⁹. El *humanismo abstracto* se convierte, así, en otro instrumento *ideológico* (bastante sutil) de estratificación y dominación social.

La perspectiva *esencialista* dominante acerca de la *dignidad humana* no se verá alterada, en sus rasgos fundamentales, aun cuando se considere la propia historicidad del alcance de los *derechos humanos* o, incluso, de los mismos *valores* que supuestamente los estructuran²⁹⁰. Tampoco representará una solución superadora, desde una perspectiva *crítica* (y a pesar de la mejor de las voluntades), concebir la *dignidad*, en términos materialistas, como expresión y signo de un proyecto de *lucha social* (supuestamente permanente, frente a las distintas y variantes formulaciones de los

pasado, destacadamente en el campo jurídico y filosófico, CANÇADO TRINDADE, A. A., «The Historical Recovery...», *op. cit.*, pp. 32-33.

²⁸⁵ Un ejemplo concreto de esta visión, en PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., «La universalidad de los derechos humanos», p. 617; en un sentido crítico, SÁNCHEZ RUBIO, D., *Derechos humanos instituyentes...*, *op. cit.*, p. 184. En general, para las importantes dificultades a la hora de concretar el concepto de dignidad humana, ARIAS MARÍN, J. A., *op. cit.*, pp. 149-150 y 154 y MCCRUDDEN, C., *op. cit.*, pp. 722-723.

²⁸⁶ NOGUERA FERNÁNDEZ, A., *El sujeto constituyente...*, *op. cit.*, p. 65.

²⁸⁷ SÁNCHEZ RUBIO, D., *Derechos humanos instituyentes...*, *op. cit.*, pp. 32-33. Para el sentido tendencialmente “contramayoritario” de la visión esencialista acerca de los derechos humanos (mediado a través de la noción de dignidad humana), ver DELLAVALLE, S., *op. cit.*, pp. 91 y 94.

²⁸⁸ HERRERA FLORES, J., *Los derechos humanos...*, *op. cit.*, p. 68 y SÁNCHEZ RUBIO, D., *Derechos humanos instituyentes...*, *op. cit.*, p. 33.

²⁸⁹ Al final, el concepto de *dignidad* deviene en un *proyecto* político, *naturalizado* de forma arbitraria a través de un supuesto uso de la “razón”, ver en PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *La dignidad de...*, *op. cit.*, p. 68.

²⁹⁰ Ver ANSUÁTEGUI ROIG, F. J., *op. cit.*, p. 85, BOBBIO, N., *op. cit.*, pp. 17-19, 37-52 y 56-57 y DONNELLY, J., *Universal Human Rights...*, *op. cit.*, pp. 75-92 y 130-132 y PÉREZ LUÑO, A. E., *Derechos humanos...*, *op. cit.*, pp. 183-185; también, entendiendo la concepción de los derechos como fruto de un “hecho social” (como es la opinión o la percepción general sobre estos en un momento histórico), RUBIO LLORENTE, F., «Derechos fundamentales...», *op. cit.*, pp. 206, 213 y 231-232. Ello es porque, en el fondo, se trata de “matar” la discusión acerca de los fundamentos de los derechos humanos, al negarse la existencia (o importancia) sustantiva de los mismos, ver también BOBBIO, N., *op. cit.*, pp. 60-61 y 64, DONNELLY, J., *Universal Human Rights...*, *op. cit.*, pp. 21-23 y NIKKEN, P., «Sobre el concepto...», *op. cit.*, pp. 18-19. Para una crítica a esta postura, HERRERA FLORES, J., *Los derechos humanos...*, *op. cit.*, pp. 68-69 y 190-191.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

derechos humanos²⁹¹)²⁹². A este respecto, la cuestión se halla en que, a fin de que esta propuesta no incurra en contradicciones internas, es preciso prescindir de la elaboración de una definición sustancial acerca de la *dignidad*, ya que, cuando se trata de enunciarla, vuelve a brotar, espontáneamente y de manera ineludible, la raíz *esencialista* inherente a este concepto²⁹³. Por supuesto, el uso social común del término “dignidad” no tiene que responder necesariamente a los razonamientos anteriores; sin embargo, como concepto *teórico* fundante de la idea *hegemónica* de *derechos humanos*, no presenta un sentido distinto al expuesto.

1.2.2. La cuestión de la universalidad de los derechos humanos.

Hemos visto cómo la doctrina dominante sostiene que los *derechos humanos* emanan necesariamente de los rasgos *esenciales* de la naturaleza humana, y también hemos podido comprobar los rasgos y las consecuencias reales que este principio comporta. Sin embargo, este razonamiento no se encuentra, por sí mismo, completo, puesto que aún no desarrolla un engarce sustantivo entre la *teoría* y la *realidad* social, comprendida en su diversidad espacial (países) y su evolución temporal (historia). La brecha entre ambos extremos se cierra a partir de la afirmación de la *universalidad* de los *derechos humanos*, que se concreta en el desarrollo de dos procesos paralelos: de universalización *temporal* (como proceso de despliegue progresivo de los derechos, con carácter histórico) y de universalización *territorial* (como superación de los “particularismos” entre países, en la actualidad)²⁹⁴.

A) La teoría de las “generaciones” de *derechos humanos*.

²⁹¹ Así, *ibidem*, p. 28.

²⁹² *Idem*, *La reinención de...*, *op. cit.*, pp. 27-29.

²⁹³ Por ejemplo: “La *dignidad*, pues, como sustrato sobre el que descansa esa condición mundana-inmanente de un ser humano fronterizo que lucha por encontrar su lugar en el mundo, [...]” (el subrayado es añadido), en *idem*, *Los derechos humanos...*, *op. cit.*, p. 28. Con todo, es posible señalar que la preocupación expuesta no está ausente en el pensamiento de Joaquín Herrera, como indican formulaciones posteriores suyas, ver *idem*, *La reinención de...*, *op. cit.*, p. 28.

²⁹⁴ Uno de los autores que describe con mayor claridad estas nociones es Gregorio Peces-Barba, ver PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *Lecciones de Derechos Fundamentales*, pp. 202-204 e *idem*, «La universalidad de...», *op. cit.*, pp. 614-617; en general, para la idea de la historia de los derechos humanos como expresión del proceso progresivo de su universalización, ver ANSUÁTEGUI ROIG, F. J., *op. cit.*, pp. 77-78.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

Respecto a la dimensión temporal, si bien algunos autores remontan el inicio de la concepción sobre *derechos humanos* prácticamente hasta los albores de la historia, la posición mas usual sostiene la vinculación efectiva de su desarrollo temporal a la etapa de desarrollo ascensional de la denominada “modernidad occidental”²⁹⁵. La doctrina dominante caracteriza el proceso de *universalización temporal* a partir de la teoría de las “generaciones” de *derechos humanos*²⁹⁶. Así, se afirma la existencia de un proceso histórico de plasmación sucesiva y acumulativa de una serie de *valores morales* (los más aludidos, comúnmente, son la “*libertad*”, la “*igualdad*” y la “*solidaridad*”²⁹⁷) en la concepción de los *derechos humanos* reconocidos positivamente en cada fase o periodo histórico (siendo que los derechos humanos ahora “juridificados” habrían existido previa e independientemente como “*derechos morales universales*”²⁹⁸), en una sucesión que desemboca en la aserción final de la *universalidad* de estos²⁹⁹. Concretamente, en esta teoría se afirma que los derechos civiles y políticos constituyen una primera generación (surgida con el establecimiento del *Estado liberal*); por su parte, los derechos económicos, sociales y culturales (consolidados al amparo del desarrollo del *Estado social*) se agruparían en una segunda generación; finalmente, una serie de derechos de formulación histórica más reciente (tales como el de libre determinación o los relativos al medioambiente, entre otros) conformarían la tercera generación³⁰⁰. Cada

²⁹⁵ PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., «La universalidad de...», *op. cit.*, p. 624; ver también (en un sentido descriptivo) BARRETO, J.-M., «Imperialism and Decolonization...», *op. cit.*, p. 166.

²⁹⁶ Respecto a la popularización de esta teoría, MACKLEM, P., *op. cit.*, pp. 51-52.

²⁹⁷ PÉREZ LUÑO, A. E., *La tercera generación...*, *op. cit.*, p. 34; también se suele añadir el de “*seguridad*”, ver PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *La dignidad de...*, *op. cit.*, p. 12 (nota 4). Ver igualmente (como parte de los valores referenciales fundamentales en las relaciones internacionales), ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS, *Declaración del Milenio*, punto 6; en el entendimiento de los valores como “principios” del Derecho internacional de los derechos humanos, también VILLÁN DURÁN, C., *op. cit.*, pp. 94-102. En contraste, advirtiendo respecto a los problemas conceptuales derivados de la adscripción mecánica de cada “generación” de derechos a cada uno de los valores mencionados, MACKLEM, P., *op. cit.*, p. 60.

²⁹⁸ BESSON, S., «The legitimate authority...», *op. cit.*, pp. 52-53.

²⁹⁹ Algunas de las formulaciones más destacadas, en BOBBIO, N., *op. cit.*, pp. 66-69 y PÉREZ LUÑO, A. E., *Derechos humanos...*, *op. cit.*, pp. 691-697; para el engarce de los valores con la definición de los derechos humanos, ver también *idem*, *Derechos Humanos...*, *op. cit.*, pp. 50 y 51. En una postura crítica, afirmando la inexactitud de la cronología de “aparición” de los derechos humanos expuesta en esta teoría, MACKLEM, P., *op. cit.*, pp. 52-58.

³⁰⁰ PÉREZ LUÑO, A. E., *La tercera generación...*, *op. cit.*, pp. 27-28 y 231-232 y (si bien abogando por considerar los derechos civiles y los políticos como integrantes de generaciones distintas) RODRÍGUEZ PALOP, M. E., «La multiplicación de derechos y la visión generacional», pp. 32-34; en este sentido, también DOUZINAS, C., *op. cit.*, p. 22 y (en un sentido descriptivo) DONNELLY, J., *Universal Human Rights...*, *op. cit.*, p. 235.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

“generación” representaría un avance progresivo (sea lineal o escalonado) sobre la anterior³⁰¹.

Se trata, por tanto, de una visión *teleológica*³⁰²: el resultado, siempre inacabado, de procesos y luchas sociales dotados de dinámicas propias se interpreta *a posteriori* como el contenido propio de un proceso (en el fondo, de carácter *idealista*) de revelación del sentido de una serie de valores *propios* del conjunto de las sociedades humanas (independientemente a la forma en que se fundamenten finalmente estos)³⁰³. Ciertamente es que, en alguna variante de esta teoría, se admite que la idea de *derechos humanos* está sujeta a los cambios históricos (no es, por tanto, “*inevitable*”); pero, al mismo tiempo, se sigue afirmando que, en cada periodo, los derechos reconocidos encarnan proposiciones representativas acerca de la vida social³⁰⁴. Por lo tanto, se silencia el origen y contenido *políticos* de los procesos de luchas que dan lugar a los distintos derechos existentes, y que se vinculan al proceso general de implantación del orden social *burgués*³⁰⁵.

La propia afirmación de la existencia de una serie de valores *generales* (que compondrían el sentido último de los distintos “bloques” de derechos humanos) cumple un papel *ideológico* primordial, puesto que se conduce la conceptualización de los *derechos humanos* hacia el ámbito, políticamente más neutralizado, de las *creencias*, las

³⁰¹ Describiendo en general esta postura, RUBIO LLORENTE, F., «Derechos fundamentales...», *op. cit.*, p. 206; respecto a la vinculación de cada “generación” a una corriente política en particular (*liberalismo*, *socialismo* y el proceso de *descolonización*, respectivamente), ver DOUZINAS, C., *op. cit.*, p. 22. En sentido contrario, ligando la “aparición” de derechos a expresiones históricas de las necesidades humanas, WOLKMER, A. C., «Novos Pressupostos para a Temática dos Direitos Humanos», pp. 23-26; afirmando también la “antigüedad” de buena parte de los contenidos recogidos en los derechos sociales, MOYN, S., *op. cit.*, pp. 17-18.

³⁰² En este sentido, SANTOS, B. DE S., «Human Rights...», *op. cit.*, pp. 18-19. Igualmente, así lo reconoce, en cierto sentido, uno de los principales proponentes de esta teoría, ver PÉREZ LUÑO, A. E., *Derechos humanos...*, *op. cit.*, pp. 27 y 51.

³⁰³ Ver, por ejemplo, MARÍN CASTÁN, M. L., *op. cit.*, pp. 148-150 y 152; en un sentido descriptivo, RUBIO LLORENTE, F., «Derechos fundamentales...», *op. cit.*, p. 206. Desde una perspectiva crítica, HERRERA FLORES, J., *Los derechos humanos...*, *op. cit.*, pp. 77-78 y WALL, I. R., *op. cit.*, pp. 12-14; ver también MACKLEM, P., *op. cit.*, p. 52.

³⁰⁴ En este sentido, DONNELLY, J., «La construcción social...», *op. cit.*, pp. 170-171 y 174, NIKKEN, P., «Sobre el concepto...», *op. cit.*, pp. 19-23, ONUMA, Y., *op. cit.*, pp. 394 y 395 y PÉREZ LUÑO, A. E., *Derechos humanos...*, *op. cit.*, pp. 51-52; ver también PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., «Pasado y futuro de los derechos humanos», pp. 386-387 y RODRÍGUEZ PALOP, M. E., *op. cit.*, pp. 31-32.

³⁰⁵ Ver HERRERA FLORES, J., *La reinención de...*, *op. cit.*, pp. 121-123, SÁNCHEZ RUBIO, D., *Derechos humanos instituyentes...*, *op. cit.*, pp. 87-89 y WALL, I. R., *op. cit.*, p. 5.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

cuales se conforman como *elaboraciones teóricas* esencialmente desligadas de las distintas necesidades e intereses sociales concretos *necesariamente en contradicción* en cada sociedad³⁰⁶. Los valores concurrentes son, asimismo, *jerarquizables*, culminando en la formulación de un valor *fundamental* (por supuesto, sólo determinable mediante la abstracción *teórica*)³⁰⁷. Como consecuencia, la teoría de las “generaciones” presenta una función de legitimación del orden político imperante en los países considerados como “más desarrollados” (y de su forma institucional como *democracia constitucional*, como pretendida realización “actual” de dicha progresión), por cuanto que se afirma que este integra en su ser los *derechos humanos*³⁰⁸. Así, subsumida la *política* en el catálogo de los derechos reconocidos (e interpretados, en función de los “valores”, por la doctrina hegemónica³⁰⁹), la realidad de los incumplimientos de los derechos se reduce *en la práctica* a la condición de problemas jurídico-técnicos³¹⁰.

La teoría de las *generaciones* no niega la posibilidad de eclosión de nuevos *derechos humanos* en el futuro; no obstante, lo que sí se afirma es que, en la actualidad, en los ordenamientos jurídicos occidentales *están todos los (derechos humanos) que lo son* y, al mismo tiempo, *son (derechos humanos) todos los que están*³¹¹. Así pues, esta teoría es utilizada activamente, por ejemplo, a la hora de argumentar la caducidad de los análisis y propuestas marxistas, los cuales, según la doctrina dominante, acogen una visión estrecha de los *derechos humanos* que (según se afirma), se limitaría a la sola garantía de los derechos de la llamada “segunda generación” (los económicos y sociales)³¹².

³⁰⁶ Un ejemplo concreto de esta postura, en RÍOS ÁLVAREZ, L., «El fundamento axiológico de las relaciones internacionales y de las constituciones modernas», pp. 1371-1376.

³⁰⁷ Describiendo críticamente esta postura, SOLÓRZANO ALFARO, N. J., «Derecho Moderno e Inversión Ideológica: Una mirada desde los Derechos Humanos», pp. 39-42 y (en referencia a la idea de jerarquización de las distintas “generaciones” de derechos) BARRETO, J.-M., «Imperialism and Decolonization...», *op. cit.*, p. 167.

³⁰⁸ FERRAJOLI, L., *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia. 1...*, *op. cit.*, pp. 776-777.

³⁰⁹ Ver DOUZINAS, C., *op. cit.*, p. 186.

³¹⁰ Ver en *ibidem*, p. 777 y ROSSETTI, A., «La universalidad de los derechos humanos en el Derecho internacional», pp. 78-83.

³¹¹ En este sentido, BOBBIO, N., *op. cit.*, p. 70.

³¹² Para un rotundo rechazo de la postura marxista acerca de los *derechos fundamentales*, PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *Lecciones de Derechos...*, *op. cit.*, pp. 70-71; por otra parte, describiendo aquella, ver PÉREZ LUÑO, A. E., *Derechos humanos...*, *op. cit.*, pp. 62-63.

B) Las consecuencias de la idea de *universalidad* de los derechos humanos.

Observando los “grandes titulares” de la teoría dominante, en la idea de *universalidad* se sugiere la aplicación a todos los habitantes del planeta de un catálogo, fundamentalmente unitario, de derechos humanos³¹³. Sin embargo, cuando se desciende a la “letra pequeña”, esta promesa se desvanece rápidamente: no todos los derechos humanos son “iguales”³¹⁴. No se trata sólo del juego (en ocasiones, un tanto “perverso”) entre la validez y la eficacia de los derechos en la realidad internacional, aludiendo al problema perenne de la realización de estos³¹⁵, cuestión que es “resuelta” desde visiones “optimistas” con la afirmación de la necesidad de continuar el desarrollo del sistema internacional de los derechos humanos³¹⁶. Las justificaciones, por supuesto, alcanzan primeramente a los derechos económicos y sociales, formalmente proclamados pero disminuidos en su aplicación en función de la “escasez” de recursos, de manera que el debate doctrinal acerca de su materialización se sitúa en la determinación de sus contenidos “mínimos”³¹⁷.

³¹³ Ello se refleja en la afirmación de la indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos, ver en ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS, *Documento Final de la Cumbre Mundial 2005*, puntos 13 y 121 y (en el marco interamericano) ASAMBLEA GENERAL DE LA ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS, «Carta Democrática Interamericana», art. 7; ver también PÉREZ LUÑO, A. E., *La tercera generación...*, *op. cit.*, p. 223 y REMIRO BROTONS, A., ... [et al.], *op. cit.*, pp. 736-737. En relación con la complementariedad de los derechos fundamentales entre sí, FERRAJOLI, L., *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia. 2...*, *op. cit.*, pp. 70 y 413.

³¹⁴ En este sentido, ver BOBBIO, N., *op. cit.*, p. 79, PASTOR RIDRUEJO, J. A., «Sobre la universalidad del Derecho internacional de los derechos humanos», p. 277, PÉREZ LUÑO, A. E., *La tercera generación...*, *op. cit.*, p. 220 y ROSSETTI, A., *op. cit.*, pp. 80-81. Esta visión se refleja, concretamente, en la consideración desigual brindada a los derechos contenidos en cada uno de los Pactos internacionales, ver CARRILLO SALCEDO, J. A., *Soberanía de los...*, *op. cit.*, pp. 82-83, SOMMERMANN, K-P., *op. cit.*, pp. 101-102 y TOMUSCHAT, C., *Human Rights...*, *op. cit.*, pp. 54 y 95-96; peor aún es el tratamiento dispensado a los derechos llamados de “tercera generación” (que suelen ser, directamente, negados), también en SOMMERMANN, K-P., *op. cit.*, p. 110 y TOMUSCHAT, C., *Human Rights...*, *op. cit.*, pp. 54 y 59.

³¹⁵ PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., «La universalidad de...», *op. cit.*, p. 625 y ROSSETTI, A., *op. cit.*, p. 71.

³¹⁶ Así, por ejemplo, BROWN, G. (ed.), *op. cit.*, p. 14, CANÇADO TRINDADE, A. A., «O legado da...», *op. cit.*, pp. 32-46 y ROSSETTI, A., *op. cit.*, pp. 78-79 y 84; en un sentido crítico, EVANS, T., *op. cit.*, p. 40.

³¹⁷ Así, la efectividad de esta clase de derechos quedaría condicionada a la “disponibilidad” de recursos (sin aportarse más especificaciones): un ejemplo, en ASAMBLEA GENERAL DE LA ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS, «Carta Social de las Américas», art. 2. Para el tratamiento de la cuestión de la “escasez”, ver PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *Lecciones de Derechos...*, *op. cit.*, pp. 206 y 210-212 e *idem*, «Pasado y futuro...», *op. cit.*, pp. 394-396; en este sentido (también respecto a las propuestas de “mínimos”), ÁLVAREZ MOLINERO, N., *op. cit.*, pp. 129-130, BROWN, G. (ed.), *op. cit.*, pp. 65-66, NIKKEN, P., «Los presupuestos de los derechos humanos», pp. 175 y 222-223 y ORAÁ ORAÁ, J., *op. cit.*, pp. 199-200. Con opiniones críticas al respecto, PÉREZ LUÑO, A. E., *Derechos Humanos...*, *op. cit.*, pp. 177-178 y 631-632, REMIRO BROTONS, A., ... [et al.], *op. cit.*, p. 737 y RODRÍGUEZ PALOP, M. E., *op. cit.*, pp. 35-38; ver también RAJAGOPAL, B., *op. cit.*, pp. 235-236.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

En un plano sustantivo, se trata de una visión que va más allá de un reconocimiento obligado de la natural interacción entre distintos aspectos de la vida social, lo cual se refleja en una inevitable superposición entre los propios derechos reconocidos. Lo que se está afirmando, en realidad, es la desigualdad en *rango* de los distintos derechos humanos entre sí, los cuales mantendrían un orden de prelación *real* deducible de la propia naturaleza de cada uno de ellos³¹⁸. De ahí que se suela considerar que unos derechos (sobre todo, los que establecen limitaciones a la acción de las organizaciones estatales) forman parte del núcleo indispensable del catálogo de derechos humanos, mientras que otros (aquellos que más se refieren a las relaciones sociales en general) ocupan una posición relativamente secundaria (cuando no son directamente negados como derechos³¹⁹)³²⁰. Ello se suele explicar, por parte de la doctrina, a partir de la servidumbre que las “realidades” sociales (no se sabe muy bien si temporales o perennes) imponen en el proceso de *universalización* espacial de los derechos humanos, puesto que los derechos se han de aplicar positivamente en países con condiciones económicas y políticas muy dispares³²¹. Por lo tanto, la teoría hegemónica está afirmando, realmente, la idea de una universalidad “a la carta”³²²; en

³¹⁸ Así, BOBBIO, N., *op. cit.*, pp. 79-81, (desde una perspectiva “lógica”) HABERMAS, J., *Facticidad y validez...*, *op. cit.*, pp. 188-189 e (implícitamente) en NIKKEN, P., «Sobre el concepto...», *op. cit.*, pp. 29-32. Para una descripción crítica de tal concepción, ÁLVAREZ MOLINERO, N., *op. cit.*, pp. 119-122 y MACKLEM, P., *op. cit.*, p. 61; ver también RAJAGOPAL, B., *op. cit.*, p. 285. Conviene precisar, empero, que la jerarquización descrita no significa la negación “formal” del principio de “indivisibilidad” de los derechos humanos, un ejemplo de esta postura en HABERMAS, J., *La constitución de...*, *op. cit.*, pp. 19-20; sin embargo, la teoría de las generaciones de derechos humanos sigue estando en contradicción con dicho principio, ver MACKLEM, P., *op. cit.*, pp. 63-64.

³¹⁹ En un sentido descriptivo, *ibidem*, pp. 8-9. Para una panorámica de las posiciones teóricas contrarias al reconocimiento de los derechos económicos, sociales y culturales (y una crítica a estas), ver CRAVEN, M. C. R., *op. cit.*, pp. 10-16 y DONNELLY, J., *Universal Human Rights...*, *op. cit.*, pp. 40-45.

³²⁰ Ver MACKLEM, P., *op. cit.*, pp. 11-12 y RAJAGOPAL, B., *op. cit.*, p. 254. Así, habría un conjunto “mínimo” de derechos *fundamentales* que se debe reconocer, en todo caso, ver CARRILLO SALCEDO, J. A., *Soberanía de los...*, *op. cit.*, p. 84, CASTRO-RIAL GARRONE, F., «La Declaración Universal como elemento básico del orden internacional», p. 88, ORAÁ ORAÁ, J., *op. cit.*, pp. 195-199 (también notas 42 y 44), PASTOR RIDRUEJO, J. A., *Curso de Derecho...*, *op. cit.*, pp. 212-213, *idem*, «Sobre la universalidad...», *op. cit.*, pp. 276-278, PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *Lecciones de Derechos...*, *op. cit.*, p. 241, y VILLÁN DURÁN, C., *op. cit.*, pp. 91 y 226-228; en un sentido descriptivo, también en PUREZA, J. M., «¿Derecho cosmopolita o...», *op. cit.*, p. 126. Algún autor llega incluso a restringir la propia condición de “derechos humanos”, por su propia naturaleza, a un reducidísimo catálogo que, por supuesto, únicamente alcanza a una parte de los derechos civiles (los demás, nada), ver en FERRAJOLI, L., *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia. I...*, *op. cit.*, p. 686.

³²¹ En este sentido, BOBBIO, N., *op. cit.*, pp. 82-83 y NIKKEN, P., «Sobre el concepto...», *op. cit.*, pp. 30-32.

³²² Por ejemplo, dispensando la consideración de derechos *humanos* únicamente a aquellos derechos reconocidos en la Declaración Universal y los Pactos que hayan sido integrados en los ordenamientos constitucionales correspondientes; así, indirectamente, en FERRAJOLI, L., *Principia iuris. Teoría del*

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

consecuencia, la expresión *derechos humanos universales* se convierte en poco menos que en ejemplo de oxímoron (ante el cual buena parte de la doctrina pasa de puntillas).

La proposición de la *universalidad* de los derechos humanos, por tanto, tiene poco que ver en realidad con la generalización de la aplicación espacial de diversos derechos concretos *positivados*, considerados separadamente entre sí. No se trata, tampoco, de una cuestión “aditiva”, es decir, de que cuantos más derechos (de entre aquellos que están positivados en el Derecho internacional de los derechos humanos) se reconozcan y “consigan” aplicar, más cerca se estará de lograr el ideal de garantía *universal* de la *dignidad humana*³²³. Bien por el contrario, lo que se sostiene es la *mundialización* de la concepción dominante de los *derechos humanos* (con todos los rasgos “de conjunto” que hemos visto anteriormente), que viene determinada y adecuada a las exigencias del orden social imperante globalmente³²⁴. El hecho es que el “catálogo” de los derechos humanos, que se refiere principalmente a la ordenación de las relaciones de carácter *económico y político*, ya está atravesado y definido, en prácticamente todo el planeta, por las determinaciones de dicho orden³²⁵: el capitalismo es el modo de producción dominante, de manera aplastante, a escala mundial, la opresión sexual sigue siendo su correlato necesario y el neocolonialismo se consolida como la forma específica de dominación imperialista contemporánea. Estos procesos son justificados, por la doctrina dominante, mediante relecturas parciales y reduccionistas de la realidad³²⁶: no se abrogan los derechos, sino que se “ajustan” las interpretaciones de estos (por ejemplo, estableciendo condicionamientos en su ámbito de aplicación³²⁷)³²⁸. En este sentido, la

derecho y de la democracia. I..., *op. cit.*, p. 699. En un sentido crítico, exponiendo el carácter “minimalista” del pretendido “núcleo universal” del catálogo de derechos humanos, PUREZA, J. M., «¿Derecho cosmopolita o...», *op. cit.*, pp. 128-129.

³²³ A pesar de la afirmación, a bombo y platillo, de los principios de “progresividad” e “irreversibilidad”, supuestamente inherentes a los derechos humanos, ver NIKKEN, P., «Sobre el concepto...», *op. cit.*, pp. 26-27.

³²⁴ EVANS, T., *op. cit.*, pp. 48-49 y (siguiendo a Ignacio Ellacuría) SÁNCHEZ RUBIO, D., *Derechos humanos instituyentes...*, *op. cit.*, pp. 190-191; en este sentido, también GÁNDARA CARBALLIDO, M. E., *op. cit.*, pp. 317-318 y 324 y SANTOS, B. DE S., *Sociología jurídica crítica...*, *op. cit.*, p. 517.

³²⁵ En este sentido, SÁNCHEZ RUBIO, D., *Derechos humanos instituyentes...*, *op. cit.*, pp. 188 y 189 y SOLÓRZANO ALFARO, N. J., *op. cit.*, pp. 43-45; ver también WALL, I. R., *op. cit.*, p. 9.

³²⁶ SÁNCHEZ RUBIO, D., *Derechos humanos instituyentes...*, *op. cit.*, pp. 68-69.

³²⁷ DE LUCAS, J., *op. cit.*, pp. 150-151 y SÁNCHEZ RUBIO, D., *Derechos humanos instituyentes...*, *op. cit.*, p. 181.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

tesis relativa a la “universalidad” de los derechos humanos sirve como mecanismo de cierre del mismo sistema frente a cualquier iniciativa de modificación de sus contenidos sustantivos³²⁹.

Se sostiene, por parte de algunos representantes de la doctrina, que bastaría con una especie de interpretación o aplicación *correcta* de los “derechos” para poder reconducir las situaciones anteriores³³⁰: esta perspectiva olvida que no se trata de una cuestión de *pureza* moral, sino de percepción de los *intereses* en liza³³¹. Así, no es de extrañar que buena parte de las discusiones teóricas en torno a la *universalidad* de los derechos hayan quedado empantanadas en torno a debates sobre cuestiones *culturales*, dejando en un plano secundario (si no dejando de lado completamente) la dimensión *social* (la más general) de la cuestión³³². Al erigirse la *supuesta* existencia de contradicciones insalvables entre las distintas realidades *culturales* (sin considerar, además, que éstas suelen ser tanto plurales internamente como equívocas) en “el” problema a resolver en el ámbito de la teoría sobre los derechos humanos, se evita tener que analizar las interacciones de las sociedades dentro de sí y entre sí en todos los planos (y cómo se establecen y consolidan a nivel general las relaciones sociales de

³²⁸ En este sentido, HERRERA FLORES, J., *Los derechos humanos...*, *op. cit.*, pp. 53-54 y ROSILLO MARTÍNEZ, A., «Repensar derechos humanos desde la liberación Y la descolonialidad», pp. 723-724.

³²⁹ En esta línea, se ha afirmado que “*Universality means that one does not have to negotiate norms*”, en SAJÓ, A., *op. cit.*, p. 58; para la conexión entre la definición naturalista de los derechos y su pretensión de universalidad, a partir del “hecho” de la aceptación *fáctica* de los mismos a escala internacional, ver *ibidem*, p. 68.

³³⁰ PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., «La universalidad de...», *op. cit.*, p. 621.

³³¹ En este sentido, GÁNDARA CARBALLIDO, M. E., *op. cit.*, pp. 319-320. En general, considerando la extensión del carácter universal de los derechos humanos como fruto de “*necesidades políticas específicas*”, SAJÓ, A., *op. cit.*, p. 63.

³³² Así, sobre la controversia entre las tendencias “universalista” y “particularista” (o relativista) en la doctrina sobre los derechos humanos, ver ANSUÁTEGUI ROIG, F. J., *op. cit.*, pp. 94-99 y 103-112, ETXEBERRÍA MAULEON, X., *op. cit.*, pp. 311-313 y 346-362, ONUMA, Y., *op. cit.*, pp. 378-388 y 450-462, PÉREZ LUÑO, A. E., *La tercera generación...*, *op. cit.*, pp. 212-213 y 218, RAJAGOPAL, B., *op. cit.*, pp. 242-248, ROSSETTI, A., *op. cit.*, pp. 68-69 y (en referencia a los debates mantenidos al respecto en la Conferencia Mundial de Viena en 1993) GÓMEZ ISA, F., «International protection of...», *op. cit.*, pp. 45-47. Para una identificación *culturalista* entre las tendencias “particularistas” y el “nacionalismo”, ver PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., «Pasado y futuro...», *op. cit.*, pp. 388-389 y PÉREZ LUÑO, A. E., *Derechos humanos...*, *op. cit.*, pp. 628-630. Varios ejemplos acerca de cómo se “despacha” este tema, desde la doctrina dominante, con una mera reafirmación del sistema internacional de derechos humanos existente, en CASTRO-RIAL GARRONE, F., *op. cit.*, pp. 90-93, DONNELLY, J., *Universal Human Rights...*, *op. cit.*, pp. 93-118, VILLÁN DURÁN, C., *op. cit.*, pp. 106-114 y (desde una perspectiva más genérica) en PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *La dignidad de...*, *op. cit.*, pp. 74-76; ver también FERRAJOLI, L., *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia. 2...*, *op. cit.*, pp. 57-61.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

dominación, tanto entre estas como internamente)³³³; así, se oculta cómo las distintas propuestas acerca de los derechos humanos tratan realmente estas interrelaciones *en su conjunto* (y cuáles son las consecuencias reales que derivan de las posiciones adoptadas³³⁴).

Ciertamente, otras propuestas *críticas*, en la búsqueda de alcanzar una síntesis en el debate planteado, y sirviendo a la consecución de un objetivo más profundo (como es la apertura y avance de procesos de *emancipación* social, en referencia tanto a los distintos países como al plano general), abogan por la consecución de un universalismo *de llegada o de confluencia*³³⁵. Sin embargo, la cuestión reside en definir no sólo *cómo* se confluye, sino también *quiénes, sobre qué* y, lo más importante, *para qué*, revelando la dificultad de conformar una concepción emancipadora integral de los *derechos humanos* (así como el problema de la inclusión de la idea de *universalidad* como parte integrante de esta³³⁶).

1.2.3. La funcionalidad efectiva de las visiones dominantes acerca de los derechos humanos en el orden global.

A) Realidad y función de los “valores” contenidos en la concepción dominante de los derechos humanos.

Pareciera que, a la luz de las afirmaciones anteriores, la propuesta *occidental de derechos humanos* descansase únicamente en la voluntad férrea de un puñado exiguo de empresarios, académicos, funcionarios y políticos que, abierta y violentamente, imponen su particular visión frente a la opinión contraria, firme y activa de la abrumadora mayoría de las poblaciones del planeta. Sin embargo, la realidad resulta ser significativamente más compleja y ambigua: lejos de ser casi universalmente dañinas,

³³³ Desde una perspectiva crítica, ver FARIÑAS DULCE, M. J., *Mercado sin ciudadanía...*, *op. cit.*, pp. 23-26 y 86-91 y GÁNDARA CARBALLIDO, M. E., *op. cit.*, pp. 330-331; también en FARIÑAS DULCE, M. J., *Globalización, ciudadanía y derechos humanos*, pp. 48-49.

³³⁴ REMIRO BROTONS, A., ... [*et al.*], *op. cit.*, p. 735.

³³⁵ En este sentido, por ejemplo, HERRERA FLORES, J., *La reinención de...*, *op. cit.*, pp. 151-153 y WOLKMER, A. C., *Teoría crítica del...*, *op. cit.*, p. 162; ver también esta postura en GÁNDARA CARBALLIDO, M. E., *op. cit.*, pp. 315-318, 322 y 324-339. Ver, más en general, en torno a la idea de *traducción intercultural*, en SANTOS, B. DE S., *Refundación del Estado en América Latina. Perspectivas desde una epistemología del Sur*, pp. 45-51.

³³⁶ Ver GÁNDARA CARBALLIDO, M. E., *op. cit.*, p. 318.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

las consecuencias inmediatas de la aplicación de estrategia *neoliberal* han sido materialmente favorables a múltiples grupos y sectores en las distintas sociedades en el mundo. De los procesos de transformación económica y política de los distintos órdenes locales han surgido, objetivamente, “vencedores” y “perdedores”, en función de sus posiciones en los nuevos circuitos económicos “globalizados”.

Se hace referencia, por tanto, a la cuestión de la posición genérica de la llamada “clase media”, noción que delimita una agrupación heterogénea y “porosa” de sectores sociales intermedios (en función de la estructura social de propiedad existente) entre las clases *capitalista* y *trabajadora*; se podría englobar genéricamente dentro de este grupo, sin ánimo exhaustivo, a trabajadores asalariados (ya pertenezcan a organizaciones públicas o privadas) que gozan de forma estable de un nivel adquisitivo significativamente superior a la media de su clase social, a profesionales independientes no proletarizados y a mandos directivos empresariales subalternos. Su percepción subjetiva como “clase media” los hace ser partícipes generales del funcionamiento regular del orden global, en cuanto que se trata de grupos relativamente “privilegiados” por las dinámicas de este (aunque la posición social que disfrutaban está aquejada estructuralmente, en término medio, de cierto grado potencial de inestabilidad). No se trata de un fenómeno histórico que resulte novedoso en sí mismo: lo que es destacable es su amplia extensión en el mundo occidental de posguerra.

El proceso de generalización de las condiciones de existencia de la “clase media” fue el objetivo (aun no declarado solemnemente) de la propuesta específicamente *socialdemócrata* para los países devastados y empobrecidos por la guerra mundial³³⁷. Tal promesa, sostenida por la supuesta garantía de estabilidad (vía funcionamiento de los *estabilizadores automáticos* keynesianos) y crecimiento económico (mediante la expansión del consumo y la inversión, tanto públicos como privados), habría de materializarse en una elevación amplia y paulatina de los niveles de vida de la clase

³³⁷ En este sentido, la noción de *ciudadanía* es imprescindible: así, implícitamente, en PARAMIO, L., *La socialdemocracia*, pp. 35-36 y 76. Respecto a la enunciación general del llamado “*consenso socialdemócrata*”, FARIÑAS DULCE, M. J., «Ajustes neoliberales al...», *op. cit.*, p. 121.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

trabajadora; su instrumento operativo principal era la intervención de los Estados en la actividad económica de los distintos países capitalistas³³⁸.

Siguiendo esta estrategia, seguirían existiendo las diferencias esenciales entre clases sociales, puesto no se abolía el trabajo asalariado ni la apropiación privada de la plusvalía resultante de los procesos productivos; sin embargo, los efectos reales de la pervivencia del modo de producción capitalista quedarían considerablemente neutralizados por la actuación de amplios programas públicos de bienestar social³³⁹. Es reseñable que este abanico de políticas de redistribución fue asumido también, en las expresiones de sus medidas concretas, por otras fuerzas políticas tendencialmente más liberales, tales como la democracia cristiana³⁴⁰. Asimismo, los objetivos y orientaciones básicas de esta estrategia son trazables hasta los contenidos de los derechos económicos y sociales recogidos en los catálogos de derechos humanos de la época (tantos los proclamados por el entonces novedoso sistema de las Naciones Unidas como los reconocidos en las propias constituciones europeo-occidentales de posguerra).

Como una de las grandes banderas del programa *socialdemócrata*, se emprende el proceso de universalización del derecho a la educación, lo que permite el acceso generalizado de las y los jóvenes provenientes de familias de la clase trabajadora a la educación media y superior y, posteriormente, el acceso de una fracción importante de estos a puestos de trabajo cualificado, a la función pública o a empleos directivos en el ámbito empresarial³⁴¹. Se cumplía así, por tanto, la promesa de ascensión relativa en la “escala” social de una parte significativa de la clase trabajadora, potenciándose paralelamente la idea de “mérito” y “capacidad” como criterio de determinación del “estatus” personal. Paralelamente, el aumento del poder adquisitivo de estas capas sociales y el desarrollo de los medios de comunicación de masas propiciaron un grado mayor de interrelación internacional entre estas, facultad antes reservada para grupos mucho más restringidos.

³³⁸ Ver FARIA, J. E., *op. cit.*, pp. 96-99, FARIÑAS DULCE, M. J., «Ajustes neoliberales al...», *op. cit.*, p. 122, GIDDENS, A., *op. cit.*, pp. 18-22, PARAMIO, L., *op. cit.*, pp. 36-40 y WRIGHT, E. O., *op. cit.*, p. 271.

³³⁹ FARIA, J. E., *op. cit.*, p. 99, PARAMIO, L., *op. cit.*, pp. 39-44 y WRIGHT, E. O., *op. cit.*, p. 272.

³⁴⁰ CORDUWENER, P., «Democracy as a Contested Concept in Post-War Western Europe: A Comparative Study of Political Debates in France, West Germany, and Italy», pp. 200-201, GIDDENS, A., *op. cit.*, p. 133 y PARAMIO, L., *op. cit.*, pp. 37-38 y 44.

³⁴¹ Sobre esta realidad, ver *ibidem*, pp. 45-46.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

Sin embargo, lo que percibe una parte significativa de las capas sociales “medias” occidentales en esta época es la acción de unos Estados con una doble cara: si bien, por un lado, estos garantizan a la población el disfrute de una serie de condiciones de vida, al mismo tiempo, por otra parte, muestran una faz represiva y violenta, que se evidenciará especialmente en la periferia de Occidente (recordemos el impacto en la sociedad estadounidense de la guerra de Vietnam, la coexistencia de los países occidentales primero con las dictaduras ibéricas y luego con las latinoamericanas) o en el mundo colonial y neocolonial (con la eclosión de una larga serie de regímenes dictatoriales en los nuevos países independizados). Otro factor estructurante será la perenne presencia de los mecanismos de propaganda de naturaleza *anticomunista*, dedicados a advertir incansablemente de los males y fechorías que podían derivar de la existencia de Estados “omnipotentes”. No resultó complicado, a la postre, que comenzara a popularizarse entre las capas sociales “medias” una perspectiva, de raíz *individualista*, acerca de la existencia de un cierto “autoritarismo estatalista” como amenaza potencial y difusa contra la vida y la libertad de las personas, sugiriendo la necesidad correlativa de vigilar y limitar la actuación de los Estados (“atándolos” al respecto y cumplimiento de los derechos civiles y políticos, por ejemplo)³⁴².

El proceso de desarrollo de las fuerzas productivas en el mundo capitalista, relanzado con el fin de la Segunda Guerra Mundial, progresó a un ritmo estable hasta mediados de la década de 1970, momento en el que estalló la primera gran crisis económica desde el año 1929³⁴³. La nueva “clase media”, amenazada en sus condiciones de vida (en función de la situación de aumento del desempleo, una inflación al alza, la crisis fiscal y la creciente conflictividad laboral³⁴⁴), comenzó a afirmarse, cada vez más, en los *valores* pretendidamente consustanciales a su propia condición social: “libertades públicas”, “autonomía personal” e “igualdad de oportunidades”. Con la defensa de su *libertad* para disponer sobre su *renta bruta*, la “clase media” levantó como bandera *política* el *derecho de propiedad privada* frente al resto de la sociedad (en realidad, frente a las reivindicaciones salariales de la clase trabajadora); del mismo modo, ante la posibilidad de una salida “socializante” a la crisis económica, blandió la

³⁴² SARGENT, D., *op. cit.*, pp. 131-132, 137 y 139-141.

³⁴³ PARAMIO, L., *op. cit.*, pp. 50-51.

³⁴⁴ Ver FARIA, J. E., *op. cit.*, p. 100.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

idea de *competitividad* frente a los propios Estados (reclamando que los propios sectores públicos fuesen también, a partir de ahora, “eficientes”³⁴⁵).

La propia crisis de las políticas públicas de bienestar social se origina no ya por una imposibilidad intrínseca de funcionamiento (aun sobrevenida), sino por las crecientes resistencias políticas de las propias capas sociales “medias” a sufragar su mantenimiento³⁴⁶. Para estas (que, en término medio, siguen gozando de un poder adquisitivo superior al de la media de la población), la provisión pública de los servicios sociales resultará tendencialmente un esfuerzo redundante, en tanto que estos pueden ser perfectamente garantizados por los operadores económicos privados mediante la acción de los mecanismos de mercado (la “clase media” es “demanda solvente”)³⁴⁷: al fin y al cabo, las rebajas impositivas tienen repercusiones diferentes para quienes pueden después seguir accediendo a los servicios sociales, sean de titularidad pública o privada (pero ambos sometidos ahora a precio), que para aquellos que ya no están en condiciones de ello. Además, la prestación privada de tales servicios se puede ajustar más estrechamente a sus necesidades y exigencias “individuales”, con una lógica de funcionamiento que se aparta de los mecanismos estandarizados de actuación de los servicios públicos (naturalmente diseñados para un funcionamiento “masivo” que, paulatinamente, la “clase media” está menos dispuesta a “soportar”)³⁴⁸. El papel de las instituciones públicas quedaría limitado, desde este punto de vista, a ejercer como dispositivos de “último recurso” que completen la acción principal del sector privado.

Y es, en este punto, donde la diferencia entre *socialdemocracia* y *socioliberalismo* deviene crucial. La *socialdemocracia* se asienta sobre la idea de conciliación de los intereses de las clases sociales, mediante la superación de las contradicciones entre estas (no percibidas como irreductiblemente antagónicas) a partir de la acción de una instancia trascendente y común, el Estado (ahora apellidado como “social”)³⁴⁹; así, los *derechos humanos*, aun de ejercicio principalmente individual, sí representarían

³⁴⁵ Sobre la pretendida necesidad de contener una supuesta tendencia al “derroche” en el sector público, ver PARAMIO, L., *op. cit.*, pp. 79-80.

³⁴⁶ *Ibidem*, pp. 76-77.

³⁴⁷ *Ibidem*, p. 77.

³⁴⁸ *Ibidem*, p. 77.

³⁴⁹ En este sentido, DE CABO MARTÍN, C., *Conflicto y constitución desde el constitucionalismo crítico. La potencialidad constituyente del conflicto: historia y actualidad*, pp. 53 (nota 27) y 100.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

genuinamente, en su conjunto, el *estatus político* de cada una de las clases presentes. Por el contrario, el *socioliberalismo* se fundamenta en el *desconocimiento* de la existencia *política* de las clases sociales, cuyas contradicciones son activamente negadas mediante su reducción a relaciones privadas entre individuos que, en todo caso, pueden llegar a ser ocasionalmente problemáticas (en cuyo caso, sí deben ser solucionadas en sus conflictos o consecuencias desde instancias públicas); en esta posición, los *derechos humanos* delimitan exclusivamente el *estatus genérico* de un individuo, para lo cual la posición económica no es más que un dato no estrictamente esencial. Como consecuencia de todo lo anterior, la *socialdemocracia* no puede dejar de reconocer el conjunto de los *derechos humanos*; el *socioliberalismo* únicamente reconoce *políticas* sociales (que, incluso, pueden llegar a estar relativamente “constitucionalizadas”), pero no *derechos* sociales (entendidos como *derechos fundamentales* a todos los efectos³⁵⁰).

En este contexto, la “clase media”, aliada a las grandes elites económicas occidentales, asumiría crecientemente como propio un discurso de los *derechos humanos* modelado cada vez más desde el proyecto (que pronto devendrá en estrategia) de transformación *neoliberal*³⁵¹. No es casualidad que, precisamente entre las décadas de 1980 y 1990, se verifique el alineamiento general de los partidos que oficialmente se reconocen como “socialdemócratas” con las directrices de la flamante estrategia *neoliberal*³⁵²: en la práctica, con el colapso del proyecto propiamente *socialdemócrata*, el paradigma *socioliberal* se consolidó como el único modelo social *hegemónico* en el mundo occidental “desarrollado”.

De todo lo anterior podría concluirse, de manera inmediata, que el discurso dominante sobre los *derechos humanos* sólo podría hallar un auditorio receptivo en las

³⁵⁰ Para la distinción entre *derechos humanos* y *derechos fundamentales*, PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *Lecciones de Derechos...*, *op. cit.*, pp. 19-21, 27-29 y 43-47, PÉREZ LUÑO, A. E., *La tercera generación...*, *op. cit.*, pp. 219-220 y 235-236 y RUBIO LLORENTE, F., «Derechos fundamentales...», *op. cit.*, pp. 207, 212-213 y 227-228; para una determinación distinta de los mismos, ver HÄBERLE, P., *El Estado constitucional...*, *op. cit.*, pp. 173 y 177.

³⁵¹ Lo que se hará más patente, paulatinamente, en la visión existente acerca de los derechos humanos en Estados Unidos a partir de la década de 1970, ver SARGENT, D., *op. cit.*, p. 143.

³⁵² En este sentido, FONTANA LÁZARO, J., *op. cit.*, pp. 654-655; asimismo, ver FARIÑAS DULCE, M. J., «Ajustes neoliberales al...», *op. cit.*, p. 135 y HUNTINGTON, S. P., *op. cit.*, p. 159.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

(antaoño) metrópolis imperiales de Europa y Norteamérica³⁵³: después de todo, con la efectiva implementación de la estrategia *neoliberal*, una parte importante de las poblaciones de América Latina, África y Asia se han visto desposeídas de sus principales instrumentos y condiciones de vida, quedando reducida a un estado de simple supervivencia³⁵⁴. Sin embargo, otras capas sociales en estas mismas regiones sí se han integrado con éxito en los circuitos transnacionalizados de producción y consumo³⁵⁵; en consecuencia, la contemporánea “clase media” globalizada se acoge con similar fuerza a la interpretación dominante de los *derechos humanos*, en su pugna por sostener su posición y sus pretensiones sobre el control de la riqueza del planeta en el marco del orden social mundial existente³⁵⁶.

Evidentemente, no se trata de una posición uniformemente asumida, pero sí de una tendencia creciente de conjunto: el *socioliberalismo* se constituye en la *ideología* propia de estas capas sociales “medias” integradas en el orden global, las cuales se unirán, no solo objetiva sino también subjetivamente, a la defensa de los *valores* políticos y los diseños institucionales centrales de este mismo orden social. Los *derechos humanos* serán el lenguaje en el que se expresen sus ideas e intereses³⁵⁷.

B) Los argumentos *económicos* y *políticos* en la teoría sobre los *derechos humanos*.

El discurso hegemónico acerca de los *derechos humanos* desarrolla una serie de argumentaciones concretas de carácter económico y político que acompañan a sus definiciones más estrictamente teóricas (por decirlo así, aquellas que son de orden *filosófico*).

³⁵³ Al fin y al cabo, existe una conexión histórica entre el ascenso de la clase burguesa europea y el desarrollo de la visión “humanista”, que antecede a la formación concreta de la noción actual de *derechos humanos*, ver HOPGOOD, S., *The Endtimes of Human Rights*, p. 24.

³⁵⁴ FARIÑAS DULCE, M. J., *Mercado sin ciudadanía...*, *op. cit.*, pp. 43-44 y 47-49.

³⁵⁵ *Ibidem*, pp. 126-127.

³⁵⁶ DOUZINAS, C., *op. cit.*, pp. 33 y 194 y HOPGOOD, S., *op. cit.*, p. 173.

³⁵⁷ En este sentido, *ibidem*, pp. 103 y 171. La perspectiva de los *derechos humanos* como nueva ideología global, en DOUZINAS, C., *op. cit.*, pp. 33, 177-178 y 196-197; ver también RAJAGOPAL, B., *op. cit.*, pp. 200-201 y 205-206.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

La teoría dominante propugna el reconocimiento de la existencia de dos esferas sociales autónomas pero interrelacionadas (la privada y la pública)³⁵⁸, cuya protección constituye la función, no solamente de los *derechos humanos*, sino también de los principios de *democracia* (formal) y de *Estado de Derecho*³⁵⁹. Al mismo tiempo, se afirma la bondad básica del modelo de “economía de mercado” (como una expresión del valor *libertad*), unido a la corrección de sus insuficiencias mediante la acción de los “derechos” económicos (representativos del valor *igualdad*) y sociales (materialización del valor *solidaridad*), que son entendidos, implícitamente, como principios de acción auxiliares y subalternos³⁶⁰. En la práctica, se afirma poco menos que la función del “Poder” es desterrar la “lucha de clases”, mediante la imposición de normas económicas que trasciendan a los miembros de la sociedad³⁶¹. Esto explica, por ejemplo, que algún que otro autor destacado de la doctrina dominante haya glorificado la “función social” de la empresa privada, señalando las excelencias de la “colaboración público-privada” en la gestión de servicios públicos económicos y sociales³⁶².

Así pues, en estrecha relación con la idea de *universalidad*, el catálogo de derechos humanos “vigente” es presentado como el resultado de una síntesis histórica entre liberalismo, republicanism y socialismo³⁶³. Es decir, se afirma que, en el

³⁵⁸ FERRAJOLI, L., *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia. 1...*, op. cit., pp. 689 y 757-760, HABERMAS, J., *Facticidad y validez...*, op. cit., pp. 392 y 653-654 y PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., «La universalidad de...», op. cit., p. 624.

³⁵⁹ En este sentido, por ejemplo, FERRAJOLI, L., *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia. 1...*, op. cit., pp. 774-775 y HIGGINS, R., «Democracy and the United Nations», pp. 215, 218 y 222. Los tres conceptos mencionados son considerados, en el ámbito internacional, como vinculados entre sí, de refuerzo mutuo, fundamentales, universales e indivisibles, ver ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS, *Declaración de la reunión de alto nivel de la Asamblea General sobre el estado de derecho en los planos nacional e internacional*, punto 5 e *idem, Documento Final de...*, op. cit., punto 119.

³⁶⁰ En este sentido, FERRAJOLI, L., *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia. 1...*, op. cit., pp. 745-746, *idem, Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia. 2...*, op. cit., pp. 68-69, 224 y 245-250 y PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *Ética, poder y derecho. Reflexiones ante el fin de siglo*, pp. 30-31. También, aunque más indirectamente, DONNELLY, J., «La construcción social...», op. cit., p. 177.

³⁶¹ Con otras palabras, en PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *Ética, poder y...*, op. cit., pp. 57-59 y 83.

³⁶² Así, en *ibidem*, pp. 50-51. En el mismo sentido, aunque con una expresión más “prudente”, FERRAJOLI, L., *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia. 2...*, op. cit., pp. 252-255 y (en una postura “posibilista”, respecto al impacto de las privatizaciones en los derechos humanos) DE FEYTER, K., «Globalisation and human rights», pp. 54-57; en oposición a los procesos de privatización desarrollados siguiendo la estrategia *neoliberal*, FARIÑAS DULCE, M. J., «Ajustes neoliberales al...», op. cit., pp. 128-129.

³⁶³ Ver PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *Lecciones de Derechos...*, op. cit., pp. 129-134; también FERRAJOLI, L., *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia. 2...*, op. cit., pp. 301-302.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

contenido actual de los *derechos humanos*, se reúne la “*moralidad relevante*” en la sociedad, la cual informa una visión compartida acerca de la economía, la política y el Derecho³⁶⁴. El sistema de los derechos humanos existente se erige, por tanto, en sus determinaciones esenciales, como la expresión de un pretendido “consenso social”³⁶⁵. Esta última idea encierra, dentro de sí, un corolario *político* clave. Según la teoría dominante, el denominado “Poder” emana de la voluntad derivada del “consenso social” y está al servicio de la salvaguarda de los derechos humanos³⁶⁶; la orientación hacia los valores y la limitación de las funciones estatales, conforme al modelo social propuesto, vienen dadas por la configuración del *Estado social y democrático de Derecho* (como una formación materializada a partir de los valores *fundamentales* señalados³⁶⁷)³⁶⁸. Ello concluye, de manera natural, en la justificación del orden social actualmente imperante³⁶⁹.

La importancia de esta argumentación reside en su propuesta de *indivisibilidad* del conjunto de componentes reales del modelo social planteado (si bien inseparable de su flexibilidad interna): en este esquema, economía de mercado, derechos humanos, democracia y limitación de la acción del Estado vienen predeterminados como partes de una realidad singular que solo se somete a aceptación o rechazo “en bloque”. La obediencia al Estado y al Derecho que de este emana se convierte, así, en un imperativo *normalizado*³⁷⁰. Según esta visión, cuestionar sustancialmente los contenidos fundamentales de dicho “consenso” significa situarse en contra de la sociedad *como tal*

³⁶⁴ En este sentido, PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *Ética, poder y...*, *op. cit.*, p. 63.

³⁶⁵ *Idem*, *Lecciones de Derechos...*, *op. cit.*, p. 41.

³⁶⁶ En este sentido, *ibidem*, pp. 40-41; respecto a la función del Estado, desde esta perspectiva, RUBIO LLORENTE, F., «Derechos fundamentales...», *op. cit.*, pp. 206 y 207.

³⁶⁷ En términos generales, PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *Lecciones de Derechos...*, *op. cit.*, pp. 238-239.

³⁶⁸ En este sentido, FERRAJOLI, L., *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia. 1...*, *op. cit.*, pp. 767-768, PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *Ética, poder y...*, *op. cit.*, p. 41 e *idem*, *La dignidad de...*, *op. cit.*, pp. 12-13 (nota 4) y 77; ver, en referencia a la configuración jurídica del orden internacional, PUREZA, J. M., «¿Derecho cosmopolita o...», *op. cit.*, pp. 130-131. Igualmente, es considerado como condición de la propia efectividad de los derechos humanos, en este sentido, NIKKEN, P., «Los presupuestos de...», *op. cit.*, pp. 174-176.

³⁶⁹ PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *Lecciones de Derechos...*, *op. cit.*, pp. 240-242. Desde una perspectiva crítica, SOLÓRZANO ALFARO, N. J., *op. cit.*, pp. 47-48.

³⁷⁰ En este sentido, PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *Lecciones de Derechos...*, *op. cit.*, p. 239 y (en referencia a la “*realización y preservación*” de los derechos humanos como “*único fundamento posible de la legitimidad del poder y de la validez del derecho creado por éste*”) RUBIO LLORENTE, F., «Derechos fundamentales...», *op. cit.*, p. 206.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

y de sus valores más apreciados (“libertad”, “igualdad”, “justicia”) en su conjunto: el discurso hegemónico sobre los *derechos humanos* tiene como objetivo no declarado la defensa del orden social frente a quienes son percibidos como sus “enemigos”³⁷¹. Por ende, es perfectamente normal que, en las exposiciones doctrinales, a la exposición enfática del modelo *universal* de los *derechos humanos* se le suele acompañar la afirmación (en ocasiones furiosa) de una profesión de fe *anticomunista*³⁷².

Como consecuencia última, el disenso político sólo es tolerado en tanto que únicamente se plantee respecto a aspectos singulares del orden imperante, no con carácter general³⁷³. Las propuestas de transformación del orden social habrán de ser siempre encauzadas a través de los mecanismos establecidos en el propio ordenamiento jurídico (y que más adelante se analizarán en torno a las teorizaciones dominantes acerca del concepto de *poder constituyente*)³⁷⁴. Los debates *políticos*, en esta guisa, quedan circunscritos a la discusión acerca de los posibles “recetarios” de acciones públicas, de forma que los ejercicios de ponderación de unos *valores* respecto a otros hacen olvidar las realidades que están, en realidad, suplantando: se contribuye a validar, consciente o inconscientemente, el modelo de *derechos humanos* ya dominante.

C) El proceso de *legitimación* del sistema internacional de los derechos humanos.

A lo largo de su historia, en las manifestaciones principales del sistema internacional de los derechos humanos se verifica una situación estructural de desigualdad, en conceptualización y tratamiento práctico, entre los derechos civiles y políticas y los derechos económicos, sociales y culturales, de forma que estos últimos son permanentemente reducidos y neutralizados, tanto en validez como en eficacia, en comparación con los primeros³⁷⁵. Simple y llanamente, esta configuración es esencial a

³⁷¹ En este sentido, ver SOLÓRZANO ALFARO, N. J., *op. cit.*, pp. 50-52.

³⁷² Algunos ejemplos, en HABERMAS, J., *Facticidad y validez...*, *op. cit.*, pp. 60, 604 y 615 y PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *Ética, poder y...*, *op. cit.*, pp. 24, 26 y 40-41.

³⁷³ En este sentido, *idem*, *Lecciones de Derechos...*, *op. cit.*, p. 239; ver (en referencia a la teoría de los derechos fundamentales de Luigi Ferrajoli) ALTERIO, A. M., «Una mirada política al ius-constitucionalismo de Luigi Ferrajoli: problemas desde los puntos de vista interno y externo», pp. 4-5.

³⁷⁴ Ver PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *Lecciones de Derechos...*, *op. cit.*, pp. 265-266.

³⁷⁵ CRAVEN, M. C. R., *op. cit.*, pp. 9-10; en este sentido, también ONUMA, Y., *op. cit.*, p. 398 y (siguiendo a Juan Antonio Carrillo Salcedo) GÓMEZ ISA, F., «International protection of...», *op. cit.*, p. 40. Para una justificación de dicha postura (basada en la diferencia anteriormente señalada entre *derechos humanos* y *derechos fundamentales*), RUBIO LLORENTE, F., «Derechos fundamentales...», *op. cit.*, pp. 232-233.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

la propia naturaleza del sistema, no un mero error o deficiencia contingentes³⁷⁶. Es decir, la lectura de los *derechos humanos* dominante en Occidente es de fundamento *liberal*³⁷⁷.

En consecuencia, se puede comenzar a comprender por qué se muestra en las corrientes doctrinales dominantes una preferencia marcada por las referencias a la Declaración Universal frente a los Pactos internacionales, aun cuando estos últimos desarrollan más los respectivos derechos reconocidos (que además constituyen un catálogo materialmente similar, como ya se ha visto) y vinculan jurídicamente a los Estados que los han ratificado³⁷⁸. Así, tanto en la doctrina como en algunos documentos internacionales, se trata a la Declaración (y no a los Pactos) como una suerte de “esencia” del orden normativo acerca de los *derechos humanos* emanado de las Naciones Unidas³⁷⁹, no como el resultado de una fase, inicial y superada en su día, en el largo proceso de elaboración de los anteriores³⁸⁰; el sistema de derechos humanos

³⁷⁶ Reflejándose en la propia configuración de los Pactos internacionales, ver TOMUSCHAT, C., *Human Rights...*, *op. cit.*, pp. 40-42.

³⁷⁷ Ver SANTOS, B. DE S., *Sociología jurídica crítica...*, *op. cit.*, pp. 515-516 y SCHWÖBEL, C. E. J., *op. cit.*, p. 118.

³⁷⁸ Respecto a las características de los Pactos, ver TOMUSCHAT, C., *Human Rights...*, *op. cit.*, pp. 39-40. Como mínimo, se tiende a incluir la Declaración Universal como estándar principal en pie de igualdad con los Pactos, conformando el “*régimen internacional de los derechos humanos*”, ver en SANTOS, B. DE S., *Sociología jurídica crítica...*, *op. cit.*, pp. 412-413; en sentido contrario, ONUMA, Y., *op. cit.*, pp. 434-435.

³⁷⁹ En este sentido, CANÇADO TRINDADE, A. A., «O legado da...», *op. cit.*, pp. 20-24, CASTRO-RIAL GARRONE, F., *op. cit.*, pp. 79-80, MARÍN CASTÁN, M. L., *op. cit.*, pp. 151-152, MARÍN-ORTIZ, I., «La norma obligatoria e inderogable de reconocer y garantizar los derechos humanos es exigible al poder constituyente», pp. 308-310, ORAÁ ORAÁ, J., *op. cit.*, pp. 186 y 200-201, REMIRO BROTONS, A., ... [*et al.*], *op. cit.*, pp. 739-740 y TOMUSCHAT, C., *Human Rights...*, *op. cit.*, p. 74; ver también ANSUÁTEGUI ROIG, F. J., *op. cit.*, p. 83. Respecto a la consideración de la Declaración como “base” del Derecho internacional de los derechos humanos, ver CONFERENCIA MUNDIAL DE DERECHOS HUMANOS, *op. cit.*, Preámbulo; en general, otorgando fácticamente una preeminencia normativa a la Declaración, ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS, *Declaración del Milenio*, punto 25, *idem*, *Documento Final de...*, *op. cit.*, punto 120 e *idem*, *Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible*, puntos 10 y 19.

³⁸⁰ Asumiendo tal posición (al menos, respecto a la función finalmente efectiva de la Declaración), ver CARRILLO SALCEDO, J. A., *Soberanía de los...*, *op. cit.*, pp. 68 y 80; no obstante, con una opinión más matizada, GÓMEZ ISA, F., «La Declaración Universal...», *op. cit.*, pp. 87-88. Para la consideración conjunta de la Declaración Universal y los Pactos como “Carta Internacional de Derechos Humanos”, ver ÁLVAREZ MOLINERO, N., *op. cit.*, p. 110, CARRILLO SALCEDO, J. A., *Soberanía de los...*, *op. cit.*, pp. 80-81, CRAVEN, M. C. R., *op. cit.*, pp. 1 y 7, GÓMEZ ISA, F., «La Declaración Universal...», *op. cit.*, pp. 33-34, RAJAGOPAL, B., *op. cit.*, p. 208 (nota 3), VILLÁN DURÁN, C., *op. cit.*, pp. 70 y 210-213 y WALTZ, S., *op. cit.*, pp. 354-355 (nota 6).

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

asentado en la Declaración Universal gozaría, además, de un genuino consenso “internacional”³⁸¹.

La razón de esta posición (académica e institucional) se encuentra en el propio “éxito” de la redacción de los Pactos, aun con todas las contradicciones ya expuestas: al ser la superación, por excelencia, de la Declaración, estos reflejan con mayor precisión los consensos, relativamente implícitos, que están detrás del desarrollo de las Naciones Unidas, además actualizados a la correlación de fuerzas de mediados de la Guerra Fría (caracterizada por la existencia de dos bloques internacionales enfrentados, más un número creciente de países en descolonización). Sin embargo, la Declaración es más lacónica³⁸², más ambigua³⁸³ y es *colonialista*³⁸⁴: además, reconoce el derecho a la propiedad *privada*³⁸⁵. Recordemos, una vez más, que la Declaración no es jurídicamente vinculante en el sentido en el que lo son los Pactos (lo cual será importante de cara a sostener el ataque contra los contenidos de los derechos económicos y sociales, sin tener que repudiar estos formalmente³⁸⁶), aunque desde la doctrina se trate de apuntalar a toda costa la posición de aquella en el Derecho internacional³⁸⁷, también implícitamente *frente* a los Pactos (en función de la pretendida “aceptación” más generalizada de la primera³⁸⁸). La Declaración Universal se ha convertido, así, en una especie de “lienzo en blanco”, donde los *derechos humanos* presuntamente reconocidos y garantizados

³⁸¹ ANSUÁTEGUI ROIG, F. J., *op. cit.*, p. 82 y DONNELLY, J., *Universal Human Rights...*, *op. cit.*, pp. 57-60; ver también ONUMA, Y., *op. cit.*, p. 434.

³⁸² BROWN, G. (ed.), *op. cit.*, p. 30.

³⁸³ *Ibidem*, pp. 37-38.

³⁸⁴ CLAVERO SALVADOR, B., *Derecho global...*, *op. cit.*, pp. 79-80.

³⁸⁵ Ningún otro texto de similar alcance adopta tal determinación; en este sentido, ver COMISIÓN PARA EL EMPODERAMIENTO LEGAL DE LOS POBRES, *La Ley: La Clave para el Desarrollo sin Exclusiones. Volumen I. Informe de la Comisión para el Empoderamiento Legal de los Pobres*, pp. 34-35.

³⁸⁶ Para la negación del carácter obligatorio de los derechos sociales recogidos en la Declaración, RUBIO LLORENTE, F., «Derechos fundamentales...», *op. cit.*, pp. 230-231.

³⁸⁷ Sosteniendo esta postura, entre otros, CARRILLO SALCEDO, J. A., *Soberanía de los...*, *op. cit.*, pp. 69-71 y (aunque con matices), NIKKEN, P., «La Declaración Universal y la Declaración Americana. La formación del moderno Derecho Internacional de los derechos humanos», pp. 70-73 y 80-82; sin embargo, expresando dudas al respecto, DíEZ-PICAZO, L. M., «Límites internacionales al poder constituyente», p. 16. Para las teorías concretas (algunas contrarias) acerca de esta cuestión, ver los resúmenes recogidos en ORAA ORAA, J., *op. cit.*, pp. 186-195, PÉREZ LUÑO, A. E., *Derechos humanos...*, *op. cit.*, pp. 80-84 y VILLÁN DURÁN, C., *op. cit.*, pp. 223-232.

³⁸⁸ NIKKEN, P., «La Declaración Universal...», *op. cit.*, pp. 74 y 81. Para la influencia de la Declaración en el desarrollo de múltiples textos constitucionales “nuevos”, ELKINS, Z., GINSBURG, T. y SIMMONS, B., *op. cit.*, p. 76.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

“universalmente” en esta pueden ser reinterpretados y ordenados por prioridad (casi) a placer³⁸⁹.

En general, desde la perspectiva antes descrita se hace posible la *legitimación* de políticas globales a primera vista materialmente contrarias al cumplimiento del tenor literal de los mismos derechos humanos reconocidos, y que ahora se convierten en expresión del desarrollo de estos últimos³⁹⁰. A favor de esta práctica contribuye la maleabilidad inherente del contenido de los propios derechos humanos generalmente reconocidos (tanto en la Declaración como en los Pactos), lo cual se pone en juego en torno a la noción, en buena medida equívoca, de “contenido esencial”.

Un ejemplo de esta realidad se puede encontrar en la definición del derecho a la educación contenida en el artículo 13.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en la cual se establece su sentido básico: la orientación última de este derecho a la educación se determina en torno a nociones tales como “*desarrollo de la personalidad humana*”, “*sentido de su dignidad*” o “*sociedad libre*”. Sin embargo, estos conceptos no adquieren un significado independientemente de la realidad social en la que los mismos derechos han de interpretarse y aplicarse, siendo que, en el contexto de una economía de “libre mercado”, se afirma que los individuos se desarrollan principalmente por su participación en los procesos productivos y de consumo, contribuyendo con ello al mismo tiempo al desarrollo del bienestar general: la educación es un factor fundamental en dicho propósito³⁹¹. Por lo tanto, desde esta óptica, la facilitación de una integración armónica de la fuerza de trabajo en los mercados laborales, por parte de las instituciones estatales, se convierte en una prioridad fundamental, de forma que la tarea de capacitación profesional (unido a la provisión de una base de conocimientos generales relativamente robusta) defina en lo

³⁸⁹ Aludiendo a la presencia de “*márgenes de “tolerabilidad”*” en el tratamiento de los incumplimientos de disposiciones de la Declaración, NIKKEN, P., «La Declaración Universal...», *op. cit.*, p. 81.

³⁹⁰ En referencia a este fenómeno, DE LUCAS, J., *op. cit.*, p. 148; destacando también críticamente la centralidad del derecho de propiedad privada en esta estrategia, FARIÑAS DULCE, M. J., *Mercado sin ciudadanía...*, *op. cit.*, pp. 103-109 y 111.

³⁹¹ Así, en el ámbito de la Unión Europea, se afirma que la educación y la formación sirven tanto para el desarrollo personal futuro de los jóvenes, por ejemplo, como para la expansión económica global de la UE y sus países miembros, ver *Comprender las políticas de la Unión Europea. Educación, formación, juventud y deporte*, p. 3.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

fundamental el contenido de los procesos educativos en general³⁹². Dicho de otra forma, la cuestión que se plantea es si el fomento de la empleabilidad de la población trabajadora (actual o que previsiblemente lo será en el futuro) es perfectamente compatible con el “*pleno desarrollo de la personalidad*” y la capacitación para “*participar efectivamente en una sociedad libre*”: la respuesta, siempre desde esta perspectiva, es afirmativa³⁹³. Todo ello hace que las discusiones doctrinales acerca de la interpretación “correcta” de los distintos derechos adquieran, en ocasiones, más rasgos de disputas teológicas que de debates con pretensión científica: de esta manera, *teoría* y *práctica* discurren por caminos separados.

En términos generales, la actividad de “defensa” jurídica de los derechos humanos se dispone, paradójicamente, como un mecanismo de refuerzo de la *legitimidad* del propio orden imperante (aunque sea de forma *negativa*): de acuerdo con la doctrina hegemónica, los derechos humanos concretos, sean en su expresión jurídica en cada Estado como derechos fundamentales o recogidos en el Derecho internacional de los derechos humanos, son considerados cada vez más como el objeto exclusivo de una actividad “técnica” de aplicación a llevar a cabo por los “expertos” del “mundo jurídico”³⁹⁴. Desde este punto de vista, los derechos solo pueden ser reclamables y garantizables dentro el estrecho contexto delimitado por las instituciones públicas específicamente encomendadas a dicha función³⁹⁵. La actividad de defensa jurídica de los derechos humanos se centra en la formulación de remedios concretos o la sanción de la correspondiente violación para cada caso individual; se invisibilizan, por tanto, los intereses sociales que efectivamente están detrás de las infracciones³⁹⁶.

³⁹² Así se sostiene formalmente en el marco de la UE, ver CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, «Conclusiones del Consejo de 12 de mayo de 2009 sobre un marco estratégico para la cooperación europea en el ámbito de la educación y la formación («ET 2020»)\», pp. 3-4.

³⁹³ *Ibidem*, p. 3.

³⁹⁴ SÁNCHEZ RUBIO, D., *Derechos humanos instituyentes...*, *op. cit.*, pp. 28, 36-37 y 82-83. En este sentido, también EVANS, T., *op. cit.*, p. 70.

³⁹⁵ SANTOS, B. DE S., «Beyond neoliberal governance...», *op. cit.*, p. 37.

³⁹⁶ EVANS, T., *op. cit.*, pp. 30-31 y 71-72 y SÁNCHEZ RUBIO, D., «*Reversibilidad del derecho: los derechos humanos tensionados entre el mercado y los seres humanos y la naturaleza*», pp. 166 y 169; ver también GÜNTHER, K., *op. cit.*, pp. 38-39.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

La teoría jurídica dominante *despolitiza* la naturaleza de los *derechos humanos*, aislándola de toda interpretación “conflictiva”³⁹⁷. Sin embargo, estos no representan otra cosa sino abstracciones seleccionadas, más o menos representativas, de las condiciones generales de la vida *social*³⁹⁸; esto es, reflejan las dimensiones de las dinámicas esenciales en las relaciones que configuran el orden social general existente³⁹⁹. Las concepciones acerca de los *derechos humanos* representan, en un sentido amplio, modelos *civilizatorios*⁴⁰⁰. De ahí que los *derechos humanos* solo puedan ser inteligibles en cada sociedad a partir de la comprensión de la naturaleza y sentido de los procesos, ampliamente *políticos*, que configuran y transforman sustancialmente la propia “materialidad” política y jurídica de los derechos humanos: estas realidades se manifiestan, históricamente, como *fenómenos constituyentes*.

Así pues, en el capítulo siguiente se procederá a estudiar con detalle los distintos procesos constituyentes que han modelado directamente buena parte de los órdenes constitucionales actuales, en el sentido de analizar cuáles son las causas de su aparición, cuáles son las líneas fundamentales seguidas en sus respectivos desarrollos y qué revelan estos acerca de la *sustancia* interna de las sociedades y de los países. Con ello,

³⁹⁷ Defendiendo tal postura (en referencia a la supuesta “neutralidad” de los derechos humanos), SAJÓ, A., *op. cit.*, p. 48; del mismo modo (aún implícitamente), ÁLVAREZ MOLINERO, N., *op. cit.*, p. 110 y GÓMEZ ISA, F., «La Declaración Universal...», *op. cit.*, p. 71. En un sentido crítico, DOUZINAS, C., *op. cit.*, pp. 56, 81-82, 102 y 108, GÁNDARA CARBALLIDO, M. E., *op. cit.*, pp. 154-157, RAJAGOPAL, B., *op. cit.*, p. 242, SÁNCHEZ RUBIO, D., *Derechos humanos instituyentes...*, *op. cit.*, pp. 48 y 87 y WALL, I. R., *op. cit.*, p. 4; igualmente (siguiendo a Costas Douzinas), ARIAS MARÍN, J. A., *op. cit.*, p. 172. Caracterizando el discurso de los derechos humanos, en su etapa de ascenso, como expresión de una “utopía” moral trascendente a una dimensión programática concreta, MOYN, S., *op. cit.*, pp. 213-214 y 227.

³⁹⁸ Esto es, tienen un sentido *político*, ver PETMAN, J., «Human rights between sovereign will and international standards: a comment», pp. 132-133; también se puede entender esta realidad en términos propositivos: en este sentido, DONNELLY, J., *Universal Human Rights...*, *op. cit.*, pp. 15-17 y 29-31. Ver DOUZINAS, C., *op. cit.*, p. 33; también, indirectamente, en PORRAS NADALES, A., «Notas sobre la teoría del poder constituyente y la experiencia española», pp. 178-179.

³⁹⁹ En este sentido (siguiendo a Joaquín Herrera Flores), SÁNCHEZ RUBIO, D., *Derechos humanos instituyentes...*, *op. cit.*, pp. 177-178.

⁴⁰⁰ Ver (más allá de su fundamentación *iusnaturalista*) en LUCAS VERDÚ, P., «Los derechos humanos como “religión civil”. Derechos humanos y concepción del mundo y de la vida: Sus desafíos pendientes», pp. 225-236; en una línea similar (entendiendo los derechos humanos como parte de un “proyecto cultural entendido en sentido amplio”), ANSUÁTEGUI ROIG, F. J., *op. cit.*, p. 103. Esta es una conclusión que cabe también deducir, a partir de Habermas, cuando afirma (en referencia a Europa) que: “[...] los capítulos de derechos fundamentales de las constituciones históricas pueden entenderse como distintas lecturas, dependientes de contexto, de un mismo sistema de derechos”, ver en HABERMAS, J., *Facticidad y validez...*, *op. cit.*, pp. 194-195. Una perspectiva similar se puede observar en BROWN, G. (ed.), *op. cit.*, pp. 105-106. Finalmente, respecto al carácter *ideológico* (en el sentido más genérico de este término) del Derecho internacional de los derechos humanos, VILLÁN DURÁN, C., *op. cit.*, p. 105.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

podremos seguir avanzando en la comprensión detallada de la *interacción* existente entre ambos campos conceptuales.

CAPÍTULO 2

La naturaleza política y jurídica del fenómeno constituyente

2.1. Panorámica evolutiva de los procesos constituyentes desde la década de 1970.

La mayoría de los textos constitucionales actualmente vigentes en todo el mundo se remontan a distintos procesos de elaboración desarrollados en los últimos cincuenta años; tomando como punto de partida conceptual las determinaciones de la doctrina jurídica generalmente aceptada, estas realidades serían englobables dentro de la noción de *fenómeno constituyente*⁴⁰¹.

Desde luego, *procesos* que puedan ser considerados de entrada como creadores o transformadores de órdenes jurídicos formales (al menos, si asociamos, preliminarmente, esta descripción a la idea de elaboración integral de un texto constitucional) ha habido muchos a lo largo de la historia, dando forma a la noción general de *lo constituyente*, la cual es presentada usualmente por la doctrina en contraposición a los *ordenamientos jurídicos* ya existentes (que conformarían, desde este punto de vista, el dominio de lo “constituido”). Sin embargo, si por algo se caracterizan los *fenómenos constituyentes* observables es por su multiplicidad, tanto en sus desarrollos como en sus resultados: es necesario, por tanto, desentrañar los factores que intervienen en la determinación *sustancial* del proceso constituyente como una realidad de dimensión indivisiblemente jurídica y política⁴⁰².

⁴⁰¹ Para la necesidad del entendimiento del *fenómeno constituyente* (aun presentado bajo el rótulo de “poder constituyente”) como *proceso*, DE GUSMÃO, H. C. A., *Reforma constitucional e integración europea*, pp. 71 y 121.

⁴⁰² Caracterizando el denominado “poder constituyente” como fenómeno *jurídico y político*, DE GUSMÃO, H. C. A., *op. cit.*, pp. 59 y 78 y MÉNDEZ MADDALENO, J. L., *La Constitución como proceso político*, pp. 179 y 183; en un sentido similar (respecto a la consideración del texto constitucional en sí), BRANDT, M., COTTRELL, J., GHAI, Y., y REGAN, A., *Constitution-making and Reform. Options for the Process*, pp. 210

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

Por ello, el enfoque que se seguirá en el estudio que a continuación se aborda no puede reducirse a la realización de un análisis de los rasgos simplemente *formales* de los orígenes de una serie determinada de Constituciones⁴⁰³. Tampoco se adoptarán uno o dos procesos aislados de elaboración constitucional como ejemplos pretendidamente “genuinos” del *hecho constituyente*, para elevarlos arbitrariamente, en exclusión de todos los demás, a la categoría de *modelos* indiscutibles y universales (aun a pesar de sus más que respetables distancias en tiempo y contexto respecto a la época presente)⁴⁰⁴. Por el contrario, el ámbito de análisis estará demarcado por la realidad de las sociedades que han experimentado fenómenos constituyentes⁴⁰⁵, incardinados en el desarrollo del proceso global de *occidentalización* de sus respectivos órdenes sociales (a partir de la situación cristalizada en la Guerra Fría) que operó concretamente a través de cambios fundamentales en los ordenamientos constitucionales de distintos países desde la década de 1970 hasta la actualidad⁴⁰⁶.

Por tanto, en el presente apartado se abordará el estudio de los *procesos constituyentes* más significativos (sea global o regionalmente) que han participado de manera más destacada (y que lo siguen haciendo) en la conformación de los órdenes jurídicos existentes, haciendo hincapié en aquellos procesos que han introducido a nivel regional la estrategia de transformación social *neoliberal* (sea directamente o planteando el marco propicio para ello), así como en las iniciativas de contestación surgidas frente a esta. Nos apartaremos, por tanto, de la aplicación de una clasificación de los fenómenos constituyentes siguiendo un criterio jurídico-formal de sucesión de textos

y 212. Así pues, se afirma, ya de entrada, la discrepancia del enfoque propuesto respecto a la propuesta general de una teoría de la Constitución entendida como “*ciencia jurídica de los textos y la cultura*”, destinada a la revelación del tipo “*ideal*” de *Estado constitucional*, tal y como se presenta en HÄBERLE, P., *El Estado constitucional...*, *op. cit.*, pp. 2 y 167.

⁴⁰³ En general, para las diferencias existentes entre las perspectivas “estáticas” y “dinámicas” en el estudio de los cambios constitucionales (si bien mayormente circunscritas a las alteraciones de textos constitucionales en sí), ver LORENZ, A., «Explaining Constitutional Change: Comparing the Logic, Advantages and Shortcomings of Static and Dynamic Approaches», pp. 32-45 (en especial, p. 43).

⁴⁰⁴ Varios ejemplos de esta tendencia, en BENAVIDES ORDÓÑEZ, J., *Reforma constitucional y límites en la Constitución ecuatoriana de 2008*, pp. 8-28, HERNÁNDEZ CAMARGO, L., *El Proceso Constituyente Venezolano de 1999*, pp. 21-34 y SÁNCHEZ LORA, J. C., *El poder constituyente y sus condicionantes en la era de la globalización de los derechos humanos*, pp. 72-104.

⁴⁰⁵ En este sentido, KAY, R. S., «Constituent Authority», p. 720.

⁴⁰⁶ Lo cual tiene solo un cierto reflejo en la noción, sumamente imprecisa, de “*tercera ola de democratización*”, tal y como se define en HUNTINGTON, S. P., *op. cit.*, p. 26; para las pretendidas extensión y causas de esta, ver *ibidem*, pp. 32-36 y 53-54.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

constitucionales⁴⁰⁷. Siguiendo esta perspectiva, se plantean tres grandes grupos de procesos, en función de la tendencia preponderante en su desarrollo político fundamental: *homologación, contrarrevolución y contestación*.

2.1.1. Los procesos de homologación política al “estándar” normativo occidental.

La primera clase de *fenómenos constituyentes* a estudiar se compone de aquellos que se manifiestan como expresión de procesos de “transición” de un orden *político* a otro en cada país. Estas realidades se distinguen a partir de la relación dialéctica existente entre “continuidad” y “ruptura” que se evidencia concretamente en estos casos, muy en especial cuando se trata del tránsito de los correspondientes regímenes institucionales desde diseños dictatoriales hacia modelos liberal-democráticos. Los nuevos órdenes son, así, el resultado de procesos de negociación normalmente iniciados por las elites previamente dominantes (sea en conjunto o desde partes de estas), suponen cambios no esenciales en la estructura social y se suelen formalizar en mutaciones jurídicas graduales (si bien, ocasionalmente, pueden acabar expresando modificaciones legales más significativas en sus productos finales): estos fenómenos señalan el desarrollo de transformaciones *políticas* expresamente *no revolucionarias*⁴⁰⁸.

En este epígrafe se analizarán los *fenómenos constituyentes* más destacados en el marco de los procesos de acercamiento sustantivo de los órdenes constitucionales de distintos países, ya alineados *externamente* en el “campo occidental”, a una suerte de *estándar* que se corresponde con el programa de realización de un orden social sostenido formalmente sobre varios principios: ordenamiento económico *socioliberal*, sistema de libertades civiles individuales, orden institucional *democrático-representativo* y *Estado de Derecho*⁴⁰⁹; en algunos casos (temporalmente más tardíos) la

⁴⁰⁷ Para la mayor parte de la doctrina jurídica, la preocupación fundamental se encuentra en establecer una distinción adecuada entre “cambio de Constitución” y “reforma constitucional”: para una descripción de esta realidad, ver DE VEGA GARCÍA, P., *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente* (7ª reimp.), pp. 60-70; ver también DE OTTO Y PARDO, I., *Obras completas*, pp. 418-421.

⁴⁰⁸ En este sentido, ARATO, A., «Redeeming the Still Redeemable: Post Sovereign Constitution Making», p. 428, PINTO, L. M. DA S. C., *O poder constituinte: do tempo das pátrias á era da globalização*, pp. 187-189 y 190-194 y SHARE, D. y MAINWARING, S., «Transiciones vía transacción: La democratización en Brasil y España», pp. 88 y 97-98.

⁴⁰⁹ Una aproximación a esta idea, en LAURIS, É., *op. cit.*, pp. 419-420.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

eclosión de estos procesos puede cruzarse con la implementación directa de la estrategia *neoliberal*, dando lugar a resultados ideológicamente *híbridos* entre los modelos señalados.

A) Los antecedentes *intelectuales*: los casos de Alemania y Japón.

Con la derrota final del Eje, sus dos principales miembros (el *Reich* alemán y el Imperio de Japón) fueron sometidos a un régimen de ocupación militar por parte de las potencias aliadas. En los años posteriores, se llevarían a cabo varios procesos de elaboración constitucional que daría lugar a la aprobación de sendos textos en Alemania Occidental y Japón. No se trata, por tanto, de procesos constituyentes clasificables esencialmente como procesos de transición (puesto que el componente de “negociación” con los grupos políticos anteriormente gobernantes brilló, en lo fundamental, por su ausencia), pero sí son significativos por los factores y métodos que introdujeron a la hora de modelar iniciativas posteriores, tal y como se observará más adelante. En este sentido, el ejemplo alemán resulta paradigmático⁴¹⁰.

Tras la culminación de la invasión aliada de Alemania, en mayo de 1945, se operó la división de su territorio en cuatro zonas de ocupación (incluyendo el área de Berlín, sujeta a un régimen especial), quedando las tres áreas más occidentales bajo control de Estados Unidos, Reino Unido y Francia, y la oriental por parte de la Unión Soviética: la administración conjunta del país quedó encomendada al Consejo de Control Aliado, integrado por las cuatro potencias mencionadas⁴¹¹.

Desde los primeros momentos, las autoridades aliadas se encargaron de seleccionar a los nuevos cargos públicos de la administración alemana, en un primer momento a nivel local y después en los distintos territorios que estructuran regionalmente el gobierno del país y que se fueron reconstituyendo (o fueron creados a partir de otros anteriormente existentes⁴¹²) entre 1945 y 1947. En su zona, las autoridades estadounidenses pusieron un particular interés en ir promoviendo a aquellas

⁴¹⁰ PISARELLO PRADOS, G., *Un largo Termidor...*, *op. cit.*, p. 150.

⁴¹¹ Las determinaciones fundamentales, en «Declaration Regarding the Defeat of Germany and the Assumption of Supreme Authority with Respect to Germany and Supplementary Statements», pp. 171-178. Ver también FONTANA LÁZARO, J., *op. cit.*, pp. 37 y 42.

⁴¹² PISARELLO PRADOS, G., *Un largo Termidor...*, *op. cit.*, p. 151.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

personalidades y grupos más proclives a su visión respecto a la estrategia a seguir en la reconstrucción económica y política del país; en especial se favoreció a aquellos más acomodaticios con las orientaciones de los poderes ocupantes occidentales. El mecanismo principal de actuación en esta postura consistió en facilitar el acceso a posiciones de gobierno local y territorial (aun limitadas en competencias) y a la participación gradual en el diseño de las políticas, conceder una mayor libertad de acción a los partidos políticos más afines, bloquear las iniciativas menos acordes con la perspectiva estadounidense (sobre todo, aquellas con un sentido más socializante en el ámbito económico) y obstaculizar la acción en general de los grupos percibidos como menos proclives.⁴¹³

En concreto, las autoridades estadounidenses favorecieron considerablemente a la democracia cristiana (refundada políticamente en la CDU desde 1945) frente a la socialdemocracia (representada en el oeste del país por el SPD, y cuyo principal valedor era el gobierno laborista británico) o, por supuesto, el comunismo (representado en el oeste por el KPD). En no poca medida, los intereses estratégicos de los conservadores germanos y el gobierno de EE. UU. coincidían: según la visión compartida entre ambos, era necesario avanzar en la recuperación productiva e institucional de Alemania, de forma que esta se pudiera incorporar plenamente al orden económico y político occidental, evitando así la consolidación de cualquier proceso significativo de socialización económica, exorcizando completamente el espectro de una vuelta del nazismo y frenando en seco cualquier posibilidad de avance de las posiciones comunistas.⁴¹⁴

Este proceso de *homologación* se llevaría a cabo cada vez más abiertamente, a la vista de los crecientes conflictos entre soviéticos y occidentales en torno al rumbo a seguir en la política de reconstrucción alemana, con hitos tales como la combinación económica de las zonas administradas por estadounidenses, británicos y franceses (al objeto de reactivar de forma integrada la economía del conjunto del territorio alemán al cargo de estos), la puesta en circulación de una nueva moneda en el nuevo espacio

⁴¹³ Ver FRITZ, P., «Imposing Democracy to Ensure the Peace: The Role of Coercive Socialization», pp. 386-387 y SPEVACK, E., «American Pressures on the German Constitutional Tradition: Basic Rights in the West German Constitution of 1949», p. 424.

⁴¹⁴ FRITZ, P., *op. cit.*, pp. 387-388 y SPEVACK, E., *op. cit.*, p. 427. En este sentido, también FONTANA LÁZARO, J., *op. cit.*, p. 79.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

“occidental” y la paralización del funcionamiento del Consejo de Control Aliado (en marzo de 1948)⁴¹⁵.

Como paso definitivo en el proceso de división de Alemania, las potencias occidentales, reunidas en la Conferencia de Londres, decidieron la puesta en marcha de la creación de la República Federal de Alemania, en junio de 1948, a partir de los territorios comprendidos en sus respectivas zonas de ocupación. A tal efecto, dispusieron la convocatoria de una asamblea constituyente (posteriormente titulada como Consejo Parlamentario⁴¹⁶), cuyos componentes serían designados por la asamblea legislativa de cada uno de los *Länder* en proporción a su respectiva población. El texto constitucional resultante sería sometido a aprobación por parte de las potencias ocupantes: solamente entonces podría ser presentado a ratificación mediante referéndum popular en cada uno de los territorios en el oeste de Alemania. Se destaca sobremanera que los Aliados occidentales establecieran expresamente el sentido esencial del contenido de la futura Constitución, formulado en torno a las siguientes directrices: orden institucional democrático, estructura estatal federal junto con la salvaguarda de los derechos de los Estados federados (percibidas como garantías frente al renacimiento de un gobierno central germano excesivamente fuerte y asertivo⁴¹⁷) y protección de los derechos y libertades fundamentales individuales. Algunas de estas premisas serían desarrolladas en documentos secundarios separados, erigiéndose en criterios de evaluación del texto constitucional en redacción: la parte alemana fue excluida de conocer los mismos.⁴¹⁸

A lo largo del proceso de elaboración de la Ley Fundamental (iniciado en agosto de 1948), las intervenciones formales e informales de las autoridades aliadas en este fueron una constante, si bien la sumisión de los partidos políticos alemanes a las

⁴¹⁵ *Ibidem*, pp. 79-80 y MAZOWER, M., *La Europa negra...*, *op. cit.*, pp. 273-274; para los pasos iniciales en este proceso, ver LOEWENSTEIN, K., «Law and the Legislative Process in Occupied Germany: I», pp. 728-730.

⁴¹⁶ PISARELLO PRADOS, G., *Un largo Termidor...*, *op. cit.*, pp. 151-152.

⁴¹⁷ FRITZ, P., *op. cit.*, p. 389 y LOEWENSTEIN, K., *Teoría de la Constitución* (2ª ed.), p. 376.

⁴¹⁸ FRITZ, P., *op. cit.*, pp. 388-389 y SPEVACK, E., *op. cit.*, p. 425. Se puede consultar el contenido detallado de estos acuerdos en «The London Documents: Directives regarding the future political organization of Germany, drafted at the London Conference of the Western Foreign Ministers in June 1948 and handed to the Ministers President in the Western Zones of Germany by the military governors at their joint meeting on July 1, 1948», Document I.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

determinaciones aliadas no llegó a ser total⁴¹⁹. Ello redundaría en la eclosión de varios conflictos durante el proceso, tales como las dos crisis que se produjeron en el seno del Consejo Parlamentario durante el desarrollo de los trabajos de redacción, provocadas por sendas intervenciones por parte de los Aliados, y que finalmente solo se saldaron mediante la aceptación de las indicaciones de las potencias occidentales por parte del mismo Consejo⁴²⁰. Con todo, el contenido del proyecto de texto constitucional no puede tampoco ser entendido como fruto exclusivo de una imposición: más bien, resultó ser un producto “híbrido” entre las sugerencias y presiones de las autoridades ocupantes (especialmente las estadounidenses) respecto a las cuestiones que consideraban más importantes (por ejemplo, en lo relativo a la definición y garantía de derechos y libertades individuales, que tendrían una fuerte impronta *occidental*⁴²¹) y las propuestas e ideas de los propios redactores alemanes⁴²². En realidad, los distintos actores participantes en el proceso no contaban con otras opciones distintas a alcanzar un acuerdo, dada la presencia continuada de la propia ocupación militar, la dependencia financiera alemana respecto a Estados Unidos y el temor a un desplazamiento de las opiniones de la mayoría de la población hacia las posiciones políticas comunistas⁴²³.

Así pues, y descartando interpretaciones tales como que “*los alemanes*” eran “*conscientes*” de que no contaban con la “aprobación” por parte del pueblo para culminar un *proceso constituyente* propiamente dicho (razón por la cual se habría utilizado el término “Ley Fundamental” para designar el texto resultante)⁴²⁴, la inexistencia de un referéndum ratificatorio del texto constitucional germano-occidental se debe a motivos políticos reales y concretos.

⁴¹⁹ FRITZ, P., *op. cit.*, p. 389 y SPEVACK, E., *op. cit.*, p. 425.

⁴²⁰ DE OTTO Y PARDO, I., *op. cit.*, pp. 163-164. Asimismo, en SPEVACK, E., *op. cit.*, pp. 425-426.

⁴²¹ *Ibidem*, p. 416.

⁴²² FRITZ, P., *op. cit.*, pp. 389-390.

⁴²³ En este sentido, *ibidem*, p. 388, PISARELLO PRADOS, G., *Procesos constituyentes...*, *op. cit.*, p. 91 y SPEVACK, E., *op. cit.*, pp. 424-425. Para el crecimiento del apoyo popular al KPD en la zona occidental entre 1945 y 1948, WEITZ, E. D., *Creating German Communism, 1890-1990. From Popular Protests to Socialist State*, pp. 327 y 338-340.

⁴²⁴ Así, en NOGUERA FERNÁNDEZ, A., «¿Constitución o Ley Fundamental? Acerca de la Constitución portuguesa de 1976», p. 620; en este sentido, ver también CRUZ VILLALÓN, P., «La Ley Fundamental y la unidad de Alemania. Una conversación con Konrad Hesse (Freiburg, mayo de 1991)», p. 9.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

De entrada, la base de apoyo social sobre la que se sostenía efectivamente la nueva mayoría en las instituciones políticas de los territorios del Oeste era precaria. Así, en la Zona de Ocupación Americana (y en la mayor parte de Berlín Occidental), las simpatías al ideario “nacionalsocialista” seguían siendo fuertes, incluso en un momento tan avanzado como el verano de 1947: trascurridos los dos primeros años de ocupación, el apoyo genérico al *nazismo* rondaba, según diversas encuestas, el 50% de la población⁴²⁵. Sin embargo, la preocupación principal de los principales partidos políticos alemanes de orientación *occidental* no se hallaba, en verdad, en la (improbable) reorganización y ulterior ascenso de una renovada fuerza política de orientación *fascista*: al fin y al cabo, la dimensión colosal de la derrota militar germana y la propia presencia de la ocupación aliada prevenían categóricamente esta posibilidad.

El hecho que sí causaba ansiedad, de cara a la realización de un referéndum, era la capacidad política *organizada* de las fuerzas comunistas⁴²⁶. En consecuencia, frente las directrices iniciales de los Aliados al respecto, los presidentes de los *Länder* germano-occidentales sostuvieron que la celebración de una consulta popular podía servir para reforzar la posición política de los comunistas en toda Alemania (que defendían la tesis del mantenimiento de la unidad de todo el país) y, llegado el caso, podía incluso hacer fracasar la aprobación de la norma fundamental en elaboración: esta es la razón de que se llegase a la “solución” de radicar la ratificación del texto constitucional en el voto favorable de la mayoría de las cámaras legislativas de los *Länder*, como remedo de su validación *democrática* directa⁴²⁷. Todo lo anterior puede servir para explicar, en un sentido general, por qué el proceso de elaboración de la Ley Fundamental se llevó a cabo sin particulares consideraciones hacia el fomento del concurso activo de la población en su desarrollo, desde el principio hasta el final. Sin embargo, y a pesar de esta realidad, la Ley Fundamental afirmarí (y sigue afirmando, aun hoy en día, en su

⁴²⁵ Se puede consultar en «OMGUS Survey of Trends in Attitudes toward National Socialism (1945-47)».

⁴²⁶ ELSTER, J., «Forces and Mechanisms in the Constitution-Making Process», p. 375.

⁴²⁷ Los argumentos esgrimidos, en «U.S. Delegation Minutes of the Meeting between the Western Military Governors and the German Minister Presidents regarding the German Reply to the London Documents (July 26, 1948)».

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

Preámbulo) la fundamentación de su propia existencia en la decisión constituyente voluntaria del “*pueblo alemán*”⁴²⁸.

Con todo, ni siquiera con la entrada en vigor de la norma fundamental de la nueva República Federal de Alemania en mayo de 1949 (únicamente tras su aprobación final por parte de los gobernadores militares aliados⁴²⁹), las potencias aliadas occidentales renunciaron a la potestad *constituyente*, tal y como había quedado plasmado previamente en el Estatuto de Ocupación aprobado en abril de 1949 (y que fue considerado, en su momento, poco menos que como la “Constitución alemana real”)⁴³⁰. Así, el autogobierno de Alemania Occidental seguiría limitado por la realidad de la ocupación: toda reforma de la Ley Fundamental estaba sujeta a la aprobación expresa de las autoridades aliadas, la validez del resto de disposiciones normativas del nuevo Estado quedaba condicionada a la no interposición de veto por las anteriores y los Aliados occidentales se reservaban el derecho a asumir nuevamente la “autoridad suprema” en el territorio germano-occidental si así lo consideraban necesario⁴³¹.

La Ley Fundamental fue recibida inicialmente con indiferencia por buena parte de una población preocupada esencialmente por su supervivencia diaria en un país devastado, siendo además que se observaba la aprobación de la nueva norma constitucional como fruto de una imposición de las potencias ocupantes. Esta percepción no iría cambiando sino a raíz del periodo de despegue económico experimentado en la década de 1950, a partir del cual el orden institucional establecido en la RFA comenzaría a ser asumido mayoritariamente como un factor social positivo (e

⁴²⁸ La versión original, en «Basic Law of the Federal Republic of Germany (1949/ Amendments 1956)», Preamble. Peor aún: es posible encontrar en la doctrina algún autor que afirma (con no poca temeridad), que la Ley Fundamental alemana forma parte de un pretendido grupo de “*cartas revolucionarias*”, que “[...] *fueron conquistadas con luchas sangrientas por movimientos populares [...]* ” en afirmación de su “*voluntad constituyente de ruptura con el pasado*”, ver FERRAJOLI, L., *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia. 2...*, *op. cit.*, p. 49. En sentido contrario (y mucho más cercano a la realidad), PISARELLO PRADOS, G., *Procesos constituyentes...*, *op. cit.*, p. 90.

⁴²⁹ Ver SPEVACK, E., *op. cit.*, p. 426.

⁴³⁰ *Ibidem*, p. 426.

⁴³¹ Ver «U.S., U.K., and France Reach Agreement on All Questions Relating to Germany: Communiqué».

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

“interiorizado” como expresión de un orden jurídico “propio”), en una evolución que, con todo, solo se consolidaría en la década de 1970.⁴³²

El proceso de conformación (que no exactamente *homologación*, en este caso) del orden constitucional de la República Federal de Alemania ofrecerá varias claves que reaparecerán en procesos constituyentes posteriores en Europa: la dirección de sus contenidos y fases desde instituciones efectivamente *constituyentes* que no responden democráticamente ante el respectivo *pueblo*, la voluntad de alineamiento *ideológico* y *normativo* estrecho del orden político existente al estándar imperante en la esfera de influencia *occidental*, la orientación general del proceso de acuerdo con la consecución de objetivos previamente determinados (tanto intermedios como finales) y la valorización del *consenso* como mecanismo de *legitimación* del orden constitucional resultante⁴³³. La Ley Fundamental también será expresión, ya en el futuro, de una tendencia creciente hacia la *legitimación autorreferencial* de los propios ordenamientos constitucionales: así, en la anexión de la República Democrática Alemana por el Estado germano-occidental en 1990, se quebrantó la determinación contenida en el artículo 146 de la propia Ley Fundamental (que facultaba, en tal caso, la apertura de un proceso constituyente “definitivo”⁴³⁴), al extenderse la aplicación del texto constitucional de la RFA a los territorios germano-orientales mediante la aplicación del artículo 23 de la misma y la modificación de la disposición “constituyente” anterior⁴³⁵.

Se pueden deducir lecciones muy parecidas a las observadas en el caso alemán respecto del fenómeno constituyente en Japón. Con la rendición incondicional a las

⁴³² FRITZ, P., *op. cit.*, pp. 391-392 y SPEVACK, E., *op. cit.*, pp. 429-430. Para la evolución de la opinión pública germano-occidental al respecto, ver HUNTINGTON, S. P., *op. cit.*, p. 237.

⁴³³ En general, para la influencia intelectual de la Constitución de Alemania occidental en el proceso constituyente español, ver CRUZ VILLALÓN, P., *La curiosidad del jurista persa, y otros estudios sobre la Constitución*, pp. 59-60. Respecto a la cuestión del *consenso*, ver DE CABO MARTÍN, C., *Dialéctica del sujeto...*, *op. cit.*, p. 79.

⁴³⁴ Se puede consultar el contenido actual del texto constitucional alemán en *Ley Fundamental de la República Federal de Alemania*. La redacción original del artículo mencionado, en «Basic Law of...», *op. cit.*, Article 146.

⁴³⁵ El proceso normativo seguido (y sus posibles alternativas), en QUINT, P. E., *The Imperfect Union. Constitutional Structures of German Unification*, pp. 47-55; también en FONTANA LÁZARO, J., *op. cit.*, p. 695 y PINTO, L. M. DA S. C., *op. cit.*, pp. 215-218. Para la relativa “despreocupación” (pasada y reciente) de la doctrina germana por la “legitimidad democrática” del orden constitucional alemán de posguerra, ver MÖLLERS, C., «‘We are (afraid of) the people’: Constituent Power in German Constitutionalism», pp. 94-101; un ejemplo de apoyo genérico de la postura seguida, en CRUZ VILLALÓN, P., «La Ley Fundamental...», *op. cit.*, pp. 9-10.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

potencias aliadas, en septiembre de 1945, las autoridades estatales niponas quedaron subordinadas a las determinaciones del comandante supremo aliado⁴³⁶. La Constitución de 1947, cuyo contenido general fue redactado directamente por las autoridades estadounidenses de ocupación (con una participación japonesa finalmente poco significativa), coincidiría con los intereses tanto de Estados Unidos como de las principales elites sociales del país, interesadas en la implantación de un orden político e institucional de carácter liberal: aquí, la aprobación formal del texto constitucional por las dos cámaras de la Dieta Imperial (como resultado de un proceso *formal* de revisión total de la Constitución *Meiji* de 1889), no fue tampoco sucedida de ratificación alguna mediante referéndum⁴³⁷.

B) La contradicción entre *revolución* y *reforma*: el ejemplo portugués.

Uno de los procesos de cambio *político* más notables experimentados en Europa durante la época de la Guerra Fría se produjo en Portugal. En 1970, el país luso era uno de los principales miembros europeos del bloque occidental: junto con España, pasaba por formar uno de los principales “baluartes” anticomunistas en todo el continente. Sin embargo, Portugal experimentaría entre 1974 y 1975 un proceso acelerado de transformación social que lo aproximó a la implantación de un orden socialista. Finalmente, en otro giro radical de los acontecimientos, se acabó verificando su ingreso en las Comunidades Europeas y una integración constitucional definitiva en el orden hegemónico europeo-occidental, ya en la década de 1980.⁴³⁸

Las dimensiones constituyentes de estos cambios se manifestaron en la primera mitad de la década de 1970. Desde 1926, el país luso había estado sometido a un régimen dictatorial, reorganizado sobre principios fascistas a lo largo de la década siguiente, constituyendo el llamado *Estado Novo*; a su vez, el Estado portugués controlaba un vasto imperio ultramarino, localizado principalmente en África, y al que

⁴³⁶ Ver «Unconditional Surrender of Japan», pp. 264-265.

⁴³⁷ Ver ELKINS, Z., GINSBURG, T. y MELTON, J., «Baghdad, Tokyo, Kabul ...: Constitution Making in Occupied States», pp. 1159-1164, KAY, R. S., *op. cit.*, p. 758, FONTANA LÁZARO, J., *op. cit.*, p. 135 y PISARELLO PRADOS, G., *Procesos constituyentes...*, *op. cit.*, p. 90. Para consultar el contenido de texto constitucional nipón, ver en *The Constitution of Japan*.

⁴³⁸ Para una cronología precisa del proceso revolucionario portugués, SANTOS, B. DE S., CRUZEIRO, M. y COIMBRA, N. (orgs.), *O Pulsar da revolução: cronologia da revolução de 25 de Abril (1973-1976)* (ed. online revista e aumenada).

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

denegaría terminantemente el derecho de libre determinación⁴³⁹. Durante la década de 1960, estallaron en las colonias una amplia serie de rebeliones que desembocaron en largas y agotadoras guerras⁴⁴⁰; esta realidad, sumada al progresivo agotamiento del modelo de desarrollo económico seguido hasta la fecha, erosionaría gradualmente la estabilidad política del régimen hasta alcanzarse un punto final de ruptura⁴⁴¹.

Así, el 25 de abril de 1974, el gobierno *salazarista* fue derrocado fulminantemente por un golpe militar, protagonizado por mandos subalternos de tendencia *antifascista* constituidos en el Movimiento de las Fuerzas Armadas (MFA), que fue masivamente apoyado por la población⁴⁴². Los cambios en las instituciones estatales se sucedieron con rapidez. Aquel mismo día, se constituyó la Junta de Salvación Nacional (encargada formalmente del gobierno supremo del país), que promulgó la Ley Constitucional nº 1/74, por la cual se destituía al presidente de la República y al Gobierno y se disolvían la Asamblea Nacional y el Consejo de Estado, asumiéndose por parte de la Junta todos los poderes de estos órganos; menos de un mes después, se declararon definitivamente extintas la Asamblea Nacional y la Cámara Corporativa⁴⁴³. Estas medidas seguían lo dispuesto en el Programa del MFA, que por su significación será considerado como un genuino “texto constituyente”, disposición fundamental en la construcción del nuevo sistema constitucional portugués⁴⁴⁴.

⁴³⁹ SANTOS, B. DE S., *La difícil democracia...*, *op. cit.*, pp. 17 y 23-24.

⁴⁴⁰ FONTANA LÁZARO, J., *op. cit.*, p. 360.

⁴⁴¹ GONZÁLEZ ENCINAR, J. J., MIRANDA, J., LAMOUNIER, B. y NOHLEN, D., «El proceso constituyente. Deducciones de cuatro casos recientes: España, Portugal, Brasil y Chile», p. 8, HUNTINGTON, S. P., *op. cit.*, pp. 59-60 y 61, PISARELLO PRADOS, G., *Procesos constituyentes...*, *op. cit.*, p. 71 y SANTOS, B. DE S., *La difícil democracia...*, *op. cit.*, pp. 18-20 y 23-25; ver también GÓMEZ FORTES, B., *O Controlo Político dos Processos Constituintes. Os casos de Espanha e Portugal*, p. 70.

⁴⁴² En este sentido, GONZÁLEZ ENCINAR, J. J., MIRANDA, J., LAMOUNIER, B. y NOHLEN, D., *op. cit.*, p. 8, PINTO, L. M. DA S. C., *op. cit.*, pp. 156-157 y SANTOS, B. DE S., *La difícil democracia...*, *op. cit.*, pp. 31 y 48.

⁴⁴³ Ver, respectivamente, JUNTA DE SALVAÇÃO NACIONAL, «Lei n.º 1/74» e *idem*, «Lei n.º 2/74»; ver también GÓMEZ FORTES, B., *op. cit.*, pp. 72-73.

⁴⁴⁴ PINTO, R. L., «O “Programa do Movimento das Forças Armadas”: o singular destino da Constituição revolucionária do 25 de Abril de 1974 em Portugal», p. 315 y REZOLA, M. I., «O movimento das forças armadas e a assembleia constituinte na revolução portuguesa (1975-1976)», p. 637; se destaca la importancia “preconstituyente” del Programa en PINTO, L. M. DA S. C., *op. cit.*, p. 157. Se puede consultar el contenido del programa en «Programa do Movimento das Forças Armadas Portuguesas», pp. 620-622.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

Las bases institucionales del nuevo orden estatal (provisional) se establecieron (o, en su caso, se redefinieron) también en mayo de 1974; asimismo, además de declararse la vigencia parcial de la Constitución Política de 1933, se acordó la convocatoria de una Asamblea Constituyente para la elaboración de un nuevo texto constitucional, definiéndose el método de su elección y los plazos que esta habría de respetar en su funcionamiento⁴⁴⁵. Como parte del desarrollo de esta convocatoria, la normativa electoral para la elección de la Asamblea Constituyente fue elaborada por el Gobierno Provisional y aprobada por el Consejo de Estado en noviembre de 1974, regulándose, en virtud de ella, materias tales como la conformación del censo, el régimen de exclusiones de individuos de la condición de electores o elegibles, así como la determinación del conjunto de elementos constitutivos del régimen electoral aplicable⁴⁴⁶. El sistema de elección resultante fue aceptado por el conjunto de fuerzas políticas⁴⁴⁷.

Sin embargo, pronto aflorarían las profundas contradicciones existentes entre la visión compartida por la mayoría de la Junta de Salvación Nacional (compuesta principalmente por mandos militares de tendencia liberal-conservadora) y el conjunto del MFA (auténtico motor de la “Revolución de Abril”)⁴⁴⁸. El fundamento de este antagonismo se encontraba en el rumbo fundamental de las transformaciones políticas a operar en el país: mientras que las corrientes dominantes en la Junta preconizaban el mantenimiento de las relaciones económicas preexistentes y “arrastraban los pies” en la cuestión de la descolonización, la mayoría del MFA (que en la práctica comandaba las principales unidades militares y concitaba mayoritariamente el apoyo popular en el territorio metropolitano) apostaba por la consecución de un proyecto de carácter decididamente *democrático* y con importantes componentes socialistas que incluía la concesión de la independencia a los territorios ultramarinos (si bien existían

⁴⁴⁵ Ver en JUNTA DE SALVAÇÃO NACIONAL, «Lei n.º 3/74»; ver también (respecto a la reorganización institucional) GÓMEZ FORTES, B., *op. cit.*, pp. 73-74. Es de destacar que la Asamblea no tenía la consideración de órgano legislativo, sino que desempeñaba únicamente funciones de elaboración y aprobación del nuevo texto constitucional, ver GONZÁLEZ ENCINAR, J. J., MIRANDA, J., LAMOUNIER, B. y NOHLEN, D., *op. cit.*, p. 14.

⁴⁴⁶ Ver PRESIDÊNCIA DO CONSELHO DE MINISTROS, «Decreto-Lei n.º 621-A/74», *idem*, «Decreto-Lei n.º 621-B/74» e *idem*, «Decreto-Lei n.º 621-C/74»; respecto a las significativas restricciones impuestas al sufragio activo y pasivo, así como a la participación de diversos partidos políticos, GÓMEZ FORTES, B., *op. cit.*, pp. 125-132.

⁴⁴⁷ Ver GONZÁLEZ ENCINAR, J. J., MIRANDA, J., LAMOUNIER, B. y NOHLEN, D., *op. cit.*, p. 15.

⁴⁴⁸ SANTOS, B. DE S., *La difícil democracia...*, *op. cit.*, p. 32.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

contradicciones programáticas internas significativas, como poco después se evidenciaría⁴⁴⁹)⁴⁵⁰. Por tanto, las posiciones estaban claras: desde el punto de vista de los segundos, la revolución que se había puesto en marcha no podía limitarse a representar un mero “cambio de guardia” en las sedes de gobierno, sino que debía asegurarse la realización de las transformaciones sociales propugnadas⁴⁵¹.

Este enfrentamiento, que presentó un primer punto de inflexión en septiembre de 1974, culminó en marzo del año siguiente con la derrota de un intento de golpe de Estado protagonizado por grupos militares conservadores⁴⁵². Así, los sectores más cercanos a las tesis socialistas asumieron un peso preponderante en la dirección de las Fuerzas Armadas, lo cual impulsaría una nueva reestructuración institucional: en consecuencia, fueron extinguidas la Junta de Salvación Nacional y el Consejo de Estado y, simultáneamente, se conformaron la Asamblea del MFA y el Consejo de la Revolución (quedando en manos de este último las potestades que los órganos extintos ostentaban, incluida la constituyente)⁴⁵³. También es en este momento cuando se acelera y profundiza el programa de transformación social del país, fuertemente apoyado por los trabajadores urbanos (especialmente por los segmentos industriales del centro del país) y los campesinos asalariados del sur (especialmente en el Alentejo), marcado por la nacionalización de la banca, los seguros y los principales grupos empresariales privados, la ocupación de los latifundios en el sur y la reforma agraria, la extensión de las experiencias de gestión de los trabajadores sobre las unidades productivas y comerciales privadas y la puesta en marcha de una larga serie de iniciativas y proyectos sociales tanto en el ámbito urbano como en el rural⁴⁵⁴.

⁴⁴⁹ A decir verdad, el propio Programa del MFA arrojaba poca luz sobre la concreción de las cuestiones anteriores, centrándose más en medidas instrumentales y de corto plazo, ver REZOLA, M. I., *op. cit.*, p. 651; en general, para la descripción del programa, PINTO, R. L., *op. cit.*, pp. 314-315.

⁴⁵⁰ SANTOS, B. DE S., *La difícil democracia...*, *op. cit.*, p. 48. Para las posturas contrapuestas respecto al futuro de las colonias, también en PINTO, R. L., *op. cit.*, p. 321.

⁴⁵¹ En este sentido, REZOLA, M. I., *op. cit.*, pp. 638-639.

⁴⁵² GÓMEZ FORTES, B., *op. cit.*, p. 177, PINTO, L. M. DA S. C., *op. cit.*, pp. 157-158 y SANTOS, B. DE S., *La difícil democracia...*, *op. cit.*, p. 26.

⁴⁵³ PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA, «Lei n.º 5/75»; ver también GÓMEZ FORTES, B., *op. cit.*, pp. 177-178.

⁴⁵⁴ SANTOS, B. DE S., *La difícil democracia...*, *op. cit.*, pp. 26 y 49; en este sentido, también PINTO, L. M. DA S. C., *op. cit.*, p. 183. Ver también GÓMEZ FORTES, B., *op. cit.*, p. 179.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

La aceleración del proceso de transformaciones sociales en un sentido socialista propició que las autoridades militares adoptasen un papel más destacado e intenso en la determinación *previa* de la orientación general del proceso político en marcha, así como en el diseño concreto del nuevo orden institucional⁴⁵⁵. Esta nueva realidad se trasladó al propio proceso de elaboración del nuevo texto constitucional: en este sentido, jugaría un papel primordial la Plataforma de Acuerdo Constitucional, suscrita el 11 de abril de 1975 por los principales partidos políticos y el MFA, que comprometía a los primeros a incluir en el documento constitucional la definición de una serie de “órganos de poder” mediante los cuales que el MFA mantendría una posición de dominio sobre la dirección del Estado (si bien no con carácter permanente), como garantía para la culminación del proceso revolucionario en curso⁴⁵⁶.

En las elecciones a la Asamblea Constituyente, celebradas el 25 de abril siguiente (con la participación del 91,66% del electorado), los partidos firmantes de la Plataforma obtuvieron la práctica totalidad de los escaños⁴⁵⁷. *Aparentemente*, este resultado suponía la consagración de un *consenso político* entre las principales fuerzas *democráticas* del país (esto es, excluyendo a los defensores del anterior régimen fascista); sin embargo, en *realidad* era el preludio de una escalada decisiva en el conflicto político abierto en Portugal. La clave se encuentra en la suma de apoyos logrados por los partidos socialdemócrata (PS), liberal (PPD) y conservador (CDS), que alcanzó el 71,87% de los votos y el 85,2% de los escaños⁴⁵⁸. Así, frente a la *legitimidad* del ejercicio del gobierno por parte del MFA, conquistada por la consecución de la Revolución de Abril (y supuestamente compartida por *todos* los partidos), las fuerzas políticas *prooccidentales* ya podían oponer otra *legitimidad*, pretendidamente conferida “por las urnas”⁴⁵⁹: desde

⁴⁵⁵ El ejemplo más destacado es la revisión implícita del Programa del MFA, en junio de 1975, ver CONSELHO DA REVOLUÇÃO, *Plano de Acção Política do MFA*. En este sentido, PINTO, R. L., *op. cit.*, p. 325 y REZOLA, M. I., *op. cit.*, p. 651; ver también GÓMEZ FORTES, B., *op. cit.*, p. 238.

⁴⁵⁶ GÓMEZ FORTES, B., *op. cit.*, pp. 181-183 y PINTO, L. M. DA S. C., *op. cit.*, pp. 1-2 y 184; se puede ver su contenido en *Plataforma de Acordo Constitucional com os Partidos Políticos*.

⁴⁵⁷ Los resultados, en COMISSÃO NACIONAL DE ELEIÇÕES, *Resultados Eleitorais. Assembleia da República - 25/04/1975. Informação Detalhada - Resultados Nacionais*.

⁴⁵⁸ Así se destaca en LINZ, J. J. y STEPAN, A., *Problems of Democratic Transition and Consolidation. Southern Europe, South America, and Post-Communist Europe*, p. 121. Ver también en COMISSÃO NACIONAL DE ELEIÇÕES, *op. cit.* y GÓMEZ FORTES, B., *op. cit.*, p. 231.

⁴⁵⁹ O, al menos, tal era la perspectiva de aquellas, ver *ibidem*, pp. 234-235 y 239-240. Esta idea se destaca también en GONZÁLEZ ENCINAR, J. J., MIRANDA, J., LAMOUNIER, B. y NOHLEN, D., *op. cit.*, p. 22 y HUNTINGTON, S. P., *op. cit.*, pp. 175-176.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

aquel momento, se puede observar que, en la Asamblea Constituyente, solamente los comunistas (PCP) y un grupo político cercano a estos (MDP/CDE) apoyaban realmente el cumplimiento de los acuerdos de la Plataforma⁴⁶⁰.

La contradicción se plantearía *públicamente* en torno a la cuestión del *pluralismo político*, vinculada a la configuración de las formas institucionales para la construcción del socialismo. Así pues, por parte del PS (especial protagonista en esta polémica) se alegó que los comunistas (y, correlativamente, el sector dirigente en el MFA en aquel momento) estaban dispuestos a sacrificar el sistema democrático con el fin de culminar el programa de construcción socialista, alineando (pretendidamente) a Portugal con el bloque soviético; por el contrario, se afirmaba que solo la salvaguarda de las instituciones electas (presuntamente “amenazadas” por los anteriores) permitiría la consecución de un socialismo *en libertad*⁴⁶¹. En el fondo, el problema que se planteaba no era en torno a la delimitación de las potestades de gobierno, sino que residía en la existencia *real* (pero no explicitada) de un *proyecto constituyente* general de carácter esencialmente alternativo al acordado en la Plataforma de Acuerdo (e, implícitamente, en oposición al propio Programa del MFA)⁴⁶². De tal forma, el control de las instituciones estatales se erigía en el factor crucial para decantar el conjunto del proceso de transformaciones institucionales hacia la implantación de un orden *político* homologado al estándar europeo-occidental, vinculado externamente a las promesas de bienestar socialdemócratas. Comenzó así el llamado “verano caliente” en 1975, caracterizado por la reorganización violenta de las fuerzas más marcadamente reaccionarias (especialmente en el norte del país), la creciente parálisis de los aparatos administrativos estatales y el enfrentamiento cada vez más enconado entre el Partido Socialista y el Partido Comunista⁴⁶³.

Ante tales tensiones, el MFA se acabó dividiendo internamente, perfilándose tres sectores principales. En un primer grupo se hallaban aquellos militares (más cercanos a partidos de orientación trotskista o maoísta) que exigían una realización aún más

⁴⁶⁰ Ver GÓMEZ FORTES, B., *op. cit.*, pp. 230 y 237.

⁴⁶¹ Ver *ibidem*, p. 240.

⁴⁶² Respecto a los distintos *modelos constitucionales* en liza, ver GONZÁLEZ ENCINAR, J. J., MIRANDA, J., LAMOUNIER, B. y NOHLEN, D., *op. cit.*, p. 12.

⁴⁶³ En este sentido, SANTOS, B. DE S., *La difícil democracia...*, *op. cit.*, pp. 31-32 y 49-50.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

acelerada de las conquistas revolucionarias “pendientes” y la implantación inmediata de un orden económico e institucional integralmente socialistas. Otro grupo (apoyado sobre todo por el PCP) proponía emprender el proceso de construcción del socialismo a partir de las posiciones políticas ya conquistadas con la Revolución de Abril. Finalmente, aquellos que vinculaban la implantación de un orden social con rasgos socialistas con la consecución de un régimen institucional democrático formal (similar a los existentes en la mayoría de los países de Europa Occidental) se aglutinaron en torno al llamado “Grupo de los Nueve” (principalmente cercano al PS⁴⁶⁴).⁴⁶⁵

Finalmente, la división devino en la ruptura y el enfrentamiento abierto: este acabó saldándose con la derrota sucesiva, entre agosto y noviembre de 1975, de los dos primeros sectores a favor del Grupo de los Nueve, que asumió el control efectivo de las Fuerzas Armadas⁴⁶⁶. En consecuencia, se produjo, por parte de los militares, el inicio de un proceso progresivo de abandono de su papel de *impulsores* directos del proceso de transformación *política*, para adoptar la posición de *garantes* del cumplimiento del programa del MFA (que aún era considerado como vigente)⁴⁶⁷. Esta realidad constituye el contenido esencial de la segunda Plataforma de Acuerdo Constitucional (firmada en febrero de 1976, en sustitución del texto inicial⁴⁶⁸), por la cual se eliminaron algunas de las instituciones previstas en el primer acuerdo, otorgando un mayor peso a los órganos representativos electos (aunque no completamente); sin embargo, no desaparecía la posición institucional preponderante de las Fuerzas Armadas en el escenario político portugués (entre otras cosas, por el mantenimiento del Consejo de la Revolución)⁴⁶⁹.

⁴⁶⁴ GÓMEZ FORTES, B., *op. cit.*, pp. 245 y 254.

⁴⁶⁵ Una panorámica de estas posiciones, en REZOLA, M. I., *op. cit.*, pp. 651-652 y 654; ver también GÓMEZ FORTES, B., *op. cit.*, pp. 243-244 (también nota 97).

⁴⁶⁶ *Ibidem*, pp. 244 y 245 (también nota 96) y PINTO, L. M. DA S. C., *op. cit.*, pp. 184-185.

⁴⁶⁷ En este sentido, *ibidem*, pp. 158 y 185; ver también GÓMEZ FORTES, B., *op. cit.*, pp. 252-253. En el fondo, este desarrollo era expresión de la derrota política de las Fuerzas Armadas en su conjunto, ver REZOLA, M. I., *op. cit.*, pp. 654, 656 y 658.

⁴⁶⁸ Se puede consultar este documento en *Plataforma de Acordo Constitucional entre o MFA e os Partidos Políticos* [revisão].

⁴⁶⁹ GÓMEZ FORTES, B., *op. cit.*, pp. 245 y 258-259 y PINTO, L. M. DA S. C., *op. cit.*, p. 185. Curiosamente, autores como Gerardo Pisarello tienden a relativizar el impacto de las Plataformas en el desarrollo de los trabajos de la Asamblea Constituyente, ver en PISARELLO PRADOS, G., *Procesos constituyentes...*, *op. cit.*, p. 72; sin embargo, otros sí otorgan un peso determinante a la intervención militar en dicho ámbito, así en LINZ, J. J. y STEPAN, A., *op. cit.*, p. 123.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

El declive ya irreversible del proyecto general de transformación socialista no era aún evidente al momento de culminarse la redacción del nuevo texto constitucional, aprobado por amplísima mayoría de la Asamblea Constituyente en abril de 1976 (únicamente el CDS votó en contra⁴⁷⁰), y que entró en vigor sin que mediase referéndum popular de ratificación⁴⁷¹. De hecho, muy poco de la realidad *política* en ciernes se trasluce en los contenidos de la flamante Constitución, puesto que todos los elementos fundamentales del Programa del MFA y las Plataformas (proceso de construcción del socialismo, sistema institucional democrático “avanzado”, amplias garantías de derechos y libertades, posición destacada de las Fuerzas Armadas) fueron consagrados como parte integrante del nuevo orden constitucional, desbordando ampliamente los parámetros de un programa socialdemócrata al uso (incluso en su época)⁴⁷².

Con todo, en el fondo, la Constitución de 1976 revelaba la imposibilidad inmediata de imponer una *decisión*, por parte de ninguno de los actores políticos principales, acerca del modelo de sociedad que debía implementarse en Portugal⁴⁷³: la nueva norma fundamental se construyó sobre un genuino acuerdo *negativo*⁴⁷⁴. Sin embargo, el resultado genuino de los acontecimientos del verano de 1975 pronto acabaría mostrándose con claridad: con la desarticulación efectiva del MFA como actor político y el inicio de una desmovilización social en general (fruto de la derrota de las organizaciones más comprometidas con el desarrollo de la estrategia socialista), el gobierno efectivo de las instituciones estatales quedó en manos de las fuerzas políticas *prooccidentales* (fuertemente apoyadas por los principales países del llamado “mundo libre”, muy en especial al PS por parte de la socialdemocracia europea y Estados

⁴⁷⁰ «Sessão N.º 131, em 2 de abril», pp. 1134-1135.

⁴⁷¹ Sobre la ausencia de referéndum, GÓMEZ FORTES, B., *op. cit.*, pp. 268-273 y GONZÁLEZ ENCINAR, J. J., MIRANDA, J., LAMOUNIER, B. y NOHLEN, D., *op. cit.*, p. 20. El texto de la entrada en vigor, en PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA, «Decreto de aprovação da Constituição». En general, para una síntesis del proceso formal de elaboración constitucional, ver RÍOS, M. (dir.), *Mecanismos de cambio constitucional en el mundo. Análisis desde la experiencia comparada*, pp. 37-38.

⁴⁷² SANTOS, B. DE S., *La difícil democracia...*, *op. cit.*, p. 53. En este sentido, igualmente, PISARELLO PRADOS, G., *Procesos constituyentes...*, *op. cit.*, p. 72 e *idem*, *Un largo Termidor...*, *op. cit.*, p. 174. Una opinión crítica con el papel institucional encomendado a las fuerzas militares, en LINZ, J. J. y STEPAN, A., *op. cit.*, p. 123. La intervención de los órganos militares en el proceso portugués se destaca también en GONZÁLEZ ENCINAR, J. J., MIRANDA, J., LAMOUNIER, B. y NOHLEN, D., *op. cit.*, p. 22.

⁴⁷³ SANTOS, B. DE S., *La difícil democracia...*, *op. cit.*, pp. 33-34.

⁴⁷⁴ Sobre la fuerte carga de “ambigüedad” contenida en la nueva situación creada, ver *ibidem*, p. 53.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

Unidos⁴⁷⁵)⁴⁷⁶. Se abrió, por tanto, un nuevo periodo de paulatino fortalecimiento de la autoridad estatal, en el sentido de convertir el gobierno aparente del Estado en dirección real y efectiva del país⁴⁷⁷.

Pero una cosa era reforzar relativamente la acción del Estado, y otra muy distinta lograr el “encauzamiento” de las conquistas sociales logradas por la clase trabajadora portuguesa; *internamente*, se trataba de un objetivo extremadamente difícil de alcanzar sin poner en cuestión los mismos fundamentos conceptuales del flamante orden constitucional portugués⁴⁷⁸. Los grupos políticos más abiertamente partidarios de la formulación de la estrategia *neoliberal* en Portugal no solo tenían que hacer frente a la literalidad de la Constitución, sino también a la potencia de las organizaciones sindicales y políticas obreras⁴⁷⁹. Crucialmente, el *consenso antifascista*, inscrito en el orden político portugués (grabado en la conciencia de la mayoría de la población, en las principales organizaciones políticas y en las instituciones estatales)⁴⁸⁰, impedía categóricamente materializar cualquier tentativa de *destrucción* de la Constitución mediante la reimplantación de un régimen *fascista* (al estilo de lo acontecido en Chile, como se observará). En consecuencia, quedaba cerrada toda posibilidad de implementar un programa político abiertamente *contrarrevolucionario* (que había devenido manifiestamente *anticonstitucional*), a fin de lograr la restauración completa y libre de toda traba del orden económico fundamental vigente en los tiempos previos a la Revolución de Abril⁴⁸¹. De ahí que, finalmente, el impulso decisivo para avanzar (y en su momento culminar) el proceso de homologación de Portugal al orden *occidental* no fuera otro sino *externo*.

⁴⁷⁵ Ver GONZÁLEZ ENCINAR, J. J., MIRANDA, J., LAMOUNIER, B. y NOHLEN, D., *op. cit.*, p. 22, HUNTINGTON, S. P., *op. cit.*, pp. 89-90 y LINZ, J. J. y STEPAN, A., *op. cit.*, p. 127; para el caso estadounidense, HUNTINGTON, S. P., *op. cit.*, pp. 93-94 (ver también nota al pie).

⁴⁷⁶ SANTOS, B. DE S., *La difícil democracia...*, *op. cit.*, pp. 33 y 53.

⁴⁷⁷ *Ibidem*, p. 33.

⁴⁷⁸ *Ibidem*, p. 53.

⁴⁷⁹ *Ibidem*, p. 54.

⁴⁸⁰ Ver PISARELLO PRADOS, G., «Democracia y proceso constituyente: el regreso de un vínculo», p. 58.

⁴⁸¹ A este respecto, la posición a favor de la defensa de las conquistas revolucionarias en el conjunto de las Fuerzas Armadas (incluyendo sus mandos) seguía siendo sólida: en este sentido, GÓMEZ FORTES, B., *op. cit.*, p. 247.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

En este sentido, concurrió como un factor crucial la situación creciente de inestabilidad económica en el país, fruto de los desequilibrios comerciales y financieros con el resto del mundo (exacerbados además por los primeros compases de la crisis económica en el mundo capitalista)⁴⁸². En virtud de esta situación, el Primer Gobierno Constitucional, compuesto por el PS, llevó a cabo una política de “ajuste” económico, destinada a favorecer la competitividad exterior de las empresas (vía devaluación salarial y monetaria), equilibrando así la balanza comercial: esta determinación sería reforzada con la intervención del FMI en 1977, que impuso la implementación de un primer programa de estabilización a cambio de la concesión de ayuda financiera al país⁴⁸³. Ello facilitó, especialmente por parte del PS, el abandono efectivo (aunque no fuera así, inicialmente, en el plano retórico) del proyecto de desarrollo económico socialista, sobre la base de diversas justificaciones políticas y de coyuntura⁴⁸⁴. Era una condición necesaria, pero no suficiente.

En este contexto, la promesa de prosperidad y estabilidad que se ofrecía con la futura entrada de Portugal en las Comunidades Europeas (solicitada por el gobierno portugués en marzo de 1977) se acabaría convirtiendo en el impulso decisivo para la implantación progresiva de las reformas económicas, políticas e institucionales de desmontaje del proyecto revolucionario (entonces todavía “atrincherado” en el texto constitucional⁴⁸⁵) y de armonización con las normas de las sociedades europeas de capitalismo “avanzado”; la *aproximación* a los “socios europeos” se consolidaría como el gran criterio orientador de los programas estatales, frente a las propias determinaciones constitucionales⁴⁸⁶. Con la idea de “Europa” como estandarte, los sucesivos gobiernos postrevolucionarios pudieron desarrollar las sucesivas reformas legales con una menor resistencia en el seno de la sociedad lusa, manteniendo al mismo tiempo un nivel suficiente de *legitimidad* entre el conjunto de la población, aun a pesar

⁴⁸² OLIVEIRA LOPES, H. M., “Uma Luz ao Fundo do Túnel”: o FMI nos Debates Parlamentares 1977-1979, pp. 66 y 68-69 y SANTOS, B. DE S., *La difícil democracia...*, *op. cit.*, pp. 41 y 54.

⁴⁸³ *Ibidem*, p. 54. Una descripción más detallada de estas iniciativas, en OLIVEIRA LOPES, H. M., *op. cit.*, pp. 74-85 y 158-164.

⁴⁸⁴ En este sentido, *ibidem*, pp. 65, 75 y 90-91; ver también HUNTINGTON, S. P., *op. cit.*, pp. 158-159.

⁴⁸⁵ PISARELLO PRADOS, G., *Un largo Termidor...*, *op. cit.*, pp. 175 y 188.

⁴⁸⁶ En este sentido, HUNTINGTON, S. P., *op. cit.*, pp. 88-89 y SANTOS, B. DE S., *La difícil democracia...*, *op. cit.*, pp. 75-76.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

de los contenidos de las políticas aplicadas (fuera abiertamente o por la vía de los hechos⁴⁸⁷)⁴⁸⁸.

Así pues, la evolución “final” del proceso de transformación *política* portuguesa se caracterizaría por su lentitud⁴⁸⁹. De igual forma se produjo concretamente en el plano constitucional: si, con la reforma de 1982, se eliminó formalmente el papel de las Fuerzas Armadas en la vida política del país, hasta 1989 no se llevó a cabo la liquidación *formal* del programa de construcción socialista contemplado en el texto constitucional de 1976⁴⁹⁰. De esta manera, se integró a Portugal con claridad en el marco de la estrategia *neoliberal* global, proceso que continuaría naturalmente a lo largo de la década siguiente y hasta la actualidad⁴⁹¹.

C) Colapso dictatorial y cambio institucional: el caso de Grecia.

Resulta ilustrativa la comparación entre los procesos constituyentes portugués y griego (que, de hecho, son prácticamente simultáneos), en función de las semejanzas que presentan en las condiciones que dieron lugar a su apertura. Desde 1967, Grecia sufría una dictadura militar que, al igual que en Portugal, presentaba característicos rasgos fascistas; igualmente, el país heleno era un socio estratégico clave en el marco de la OTAN frente a la URSS y sus aliados. Como ocurrió con el régimen luso, las aventuras exteriores contribuyeron significativamente a minar finalmente la estabilidad política griega (ya de por sí precaria por factores propiamente internos, tales como los económicos⁴⁹²), lo cual se hizo evidente con el fiasco de la intervención en Chipre,

⁴⁸⁷ *Ibidem*, pp. 54-55.

⁴⁸⁸ En este sentido, *ibidem*, pp. 76-77.

⁴⁸⁹ *Ibidem*, pp. 33-35 y 41.

⁴⁹⁰ En este sentido, D'OLIVEIRA MARTINS, A., «La Constitución española de 1978 en el contexto ibérico», p. 135. GONZÁLEZ ENCINAR, J. J., MIRANDA, J., LAMOUNIER, B. y NOHLEN, D., *op. cit.*, pp. 25 y 26-27, PISARELLO PRADOS, G., *Un largo Termidor...*, *op. cit.*, pp. 175-176 y SANTOS, B. DE S., *La difícil democracia...*, *op. cit.*, pp. 53-54. Otros autores consideran que el proceso de transición portugués culminó con la reforma de 1982, ver LINZ, J. J. y STEPAN, A., *op. cit.*, p. 126. Los textos de estas reformas, en ASSEMBLEIA DA REPÚBLICA, «Lei Constitucional n.º 1/82» e *idem*, «Lei Constitucional n.º 1/89»; el texto constitucional actual, en *Constituição da República Portuguesa* [Legislação Consolidada].

⁴⁹¹ PISARELLO PRADOS, G., *Procesos constituyentes...*, *op. cit.*, pp. 73 y 100.

⁴⁹² HUNTINGTON, S. P., *op. cit.*, pp. 60 y 74.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

poniendo a Grecia al borde de una guerra general con Turquía (con perspectivas claras de acabar en una derrota militar catastrófica), en julio de 1974⁴⁹³.

Así pues, fue el propio alto mando de las Fuerzas Armadas griegas quien emprendió un vertiginoso proceso de liquidación del régimen militar, transfiriendo casi de la noche a la mañana el gobierno estatal a manos civiles⁴⁹⁴. La dirección del subsiguiente proceso de transformación institucional del país heleno quedó firmemente bajo el control de las fuerzas políticas liberal-conservadoras (que, en general, no habían apoyado a la Junta Militar⁴⁹⁵), atajando el eventual avance de cualquier iniciativa política al respecto por parte del PASOK (socialdemócrata) o del KKE (comunista)⁴⁹⁶. Crucialmente, la traslación de este proceso al ámbito jurídico se llevaría a cabo mediante la aprobación de diversas disposiciones constitucionales al efecto (destacando, entre estas, el *Acto Constitucional A*, de 1 de agosto de 1974)⁴⁹⁷. Del mismo modo, quedó a disposición de un poder ejecutivo no electo la definición del régimen electoral aplicable para la elección de una nueva Asamblea Constituyente: fue, entre otras cosas, mediante estas prácticas como el partido en el gobierno (Nueva Democracia) logró una abultada mayoría parlamentaria en las elecciones de noviembre de 1974⁴⁹⁸.

El proceso de redacción del texto constitucional en la Asamblea se caracterizó, por tanto, por la aprobación de sus distintos contenidos mediante el uso de la mayoría disfrutada del partido gobernante, sin que se verificasen mayores concesiones a los puntos de vista del resto de grupos: la Constitución griega sería finalmente aprobada con los solos votos de ND en junio de 1975, habiéndose previamente retirado de la Cámara parlamentaria todos los partidos de la oposición⁴⁹⁹. El proyecto de Constitución no fue sometido a referéndum ratificatorio; sin embargo, la opción entre monarquía y

⁴⁹³ *Ibidem*, pp. 62 y 112 y LINZ, J. J. y STEPAN, A., *op. cit.*, pp. 131 y 192.

⁴⁹⁴ *Ibidem*, pp. 130-131.

⁴⁹⁵ *Ibidem*, p. 130.

⁴⁹⁶ En este sentido, *ibidem*, p. 132.

⁴⁹⁷ Ver PINTO, L. M. DA S. C., *op. cit.*, pp. 198-200.

⁴⁹⁸ Ver resultados en HELLENIC PARLIAMENT, *Election Results. Election Nov.17, 1974, 1st Parliamentary Term, 5th Revisionary: Nov. 17, 1974 through Oct. 22, 1977*; igualmente, en LINZ, J. J. y STEPAN, A., *op. cit.*, p. 134.

⁴⁹⁹ *Ibidem*, p. 134. Se puede consultar el contenido del texto constitucional griego (actualizado a 2008) en *The Constitution of Greece. As revised by the parliamentary resolution of May 27th 2008 of the VIIIth Revisionary Parliament*.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

república sí había sido sometida a votación popular en diciembre del año anterior, decantada a favor del sistema republicano⁵⁰⁰.

El ejemplo del proceso constituyente griego demostró que el ordenamiento constitucional resultante de un *proceso constituyente* no tenía que ser necesariamente el fruto de un consenso alcanzado entre los actores políticos participantes sino que, con el transcurso del tiempo, podía ser finalmente *impuesto* de manera exitosa, como expresión de un “orden de cosas” poco menos que inevitable e inamovible (y, al fin y al cabo, pasablemente “democrático”, en comparación con el régimen al que se venía a sustituir)⁵⁰¹; en ello pesaría también la voluntad de vincular al país heleno a las Comunidades Europeas⁵⁰².

D) La *Transición*: continuidad y ruptura política en España.

Los casos portugués y griego fueron el aviso de que las dictaduras fascistas europeas, sometidas a los embates iniciales de la primera gran crisis económica en el mundo capitalista desde 1929, tenían una limitada capacidad de aguante. Y las consecuencias de la inacción política resultaban claras: el colapso general del régimen político en Portugal y la “improvisación” de un proceso de cambios institucionales en Grecia. Los grupos sociales dirigentes en España a principios de la década de 1970 tomarían buena nota de estos ejemplos, actuando en consecuencia⁵⁰³.

Desde luego, no se puede decir que, al tiempo de la revolución portuguesa, el régimen estatal *franquista* no estuviese dotado de un orden institucional definido: la aprobación de la Ley Orgánica del Estado en 1966 había sido, precisamente, el último paso en un largo proceso jurídico de preparación para alcanzar su propia perpetuación

⁵⁰⁰ LINZ, J. J. y STEPAN, A., *op. cit.*, p. 132.

⁵⁰¹ *Ibidem*, pp. 134-135.

⁵⁰² HUNTINGTON, S. P., *op. cit.*, pp. 88-89.

⁵⁰³ En lo que respecta al “contraejemplo” representado por la revolución lusa, D’OLIVEIRA MARTINS, A., *op. cit.*, pp. 134 y 135, GALLEGO, F., *El mito de la transición. La crisis del franquismo y los orígenes de la democracia (1973-1977)*, pp. 51-53, LINZ, J. J. y STEPAN, A., *op. cit.*, p. 117, MAXWELL, K., «Spain's Transition to Democracy: A Model for Eastern Europe?», p. 36, PINTO, L. M. DA S. C., *op. cit.*, p. 194 y SÁNCHEZ-CUENCA RODRÍGUEZ, I., *Atado y mal atado. El suicidio institucional del franquismo y el surgimiento de la democracia*, pp. 103-104.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

en el futuro⁵⁰⁴. Evidentemente, había una serie de circunstancias que habían contribuido, en lo inmediato, a mantener la estabilidad del orden político imperante hasta la fecha: el principal era el largo y sostenido periodo de desarrollo económico disfrutado por el país a lo largo de la década de 1960, que impulsaba una mejora relativa de las condiciones de vida generales de la población⁵⁰⁵; otro elemento importante de estabilización era la ausencia de graves conflictos exteriores que viniesen a “tensionar” la capacidad de acción *externa* o *interna* del Estado español⁵⁰⁶. Sin embargo, la manifestación (o el agravamiento, en su caso) de una serie de factores de diversa índole planteará la necesidad de implementar cambios institucionales mucho más profundos que los previstos *formalmente* con la muerte del dictador Franco (y reflejados en el texto de la propia Ley Orgánica del Estado⁵⁰⁷)⁵⁰⁸, si bien manteniendo la salvaguarda de la Monarquía como objetivo central⁵⁰⁹.

En general, la preservación de los rasgos básicos del orden social existente (más *desarrollado* ya que en las décadas de 1930 y 1940) iba requiriendo la evolución hacia un régimen político más *complejo* que el entonces imperante (que, en esencia, había sido diseñado para la destrucción de las organizaciones de la clase trabajadora), dotado de una mayor capacidad para *integrar* (y no tanto para *reprimir*) las reivindicaciones de los distintos grupos sociales, encauzándolas hacia los fines del mismo orden dominante⁵¹⁰. Pero el elemento crucial que abrió paso al proceso de *transición* fue la extensión a España de la crisis económica capitalista de 1973 (reduciendo en el recrudecimiento de la oposición de diversos sectores sociales al régimen), que puso en

⁵⁰⁴ PÉREZ ROYO, J., *La reforma constitucional inviable*, p. 66 y SÁNCHEZ-CUENCA RODRÍGUEZ, I., *op. cit.*, pp. 10-11.

⁵⁰⁵ *Ibidem*, pp. 18-19 y 37.

⁵⁰⁶ Tal fue el sentido último del abandono del llamado “Sahara español”, ver MAXWELL, K., *op. cit.*, p. 41.

⁵⁰⁷ Ver la Disposición Transitoria Primera de la Ley Orgánica del Estado, en PRESIDENCIA DEL GOBIERNO, «Decreto 779/1967, de 20 de abril, por el que se aprueban los textos refundidos de las Leyes Fundamentales del Reino», p. 5265.

⁵⁰⁸ SÁNCHEZ-CUENCA RODRÍGUEZ, I., *op. cit.*, pp. 19 y 37-38.

⁵⁰⁹ GALLEGO, F., *op. cit.*, pp. 225-226, GÓMEZ FORTES, B., *op. cit.*, pp. 59-60 y PÉREZ ROYO, J., *La reforma constitucional...*, *op. cit.*, p. 73.

⁵¹⁰ Ver GONZÁLEZ ENCINAR, J. J., MIRANDA, J., LAMOUNIER, B. y NOHLEN, D., *op. cit.*, p. 8. En este sentido, también HERRERO DE MIÑÓN, M., *El valor de la Constitución*, p. 1-2, LAVILLA ALSINA, L., *Una historia para compartir. Al cambio por la reforma (1976-1977)*, p. 20 (también en pp. 26-28, citando una conferencia del autor, que data de enero de 1976) y LINZ, J. J. y STEPAN, A., *op. cit.*, p. 112.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

evidencia las debilidades estructurales del orden político imperante⁵¹¹. El problema inmediato era la carencia de *legitimidad* de las instituciones estatales a la hora de implementar una política de ajuste salarial general y monetario “a la baja”, que redujera sustancialmente la capacidad adquisitiva de la clase trabajadora, mediante métodos *relativamente incruentos*: se postergó, por tanto, la adopción de tales medidas⁵¹². Por otra parte, las fuertes diferencias en términos de estructura productiva (y en general, sociales) entre los distintos territorios provocaban que el impacto de la crisis fuera particularmente más significativo en unos respecto a otros; ello se tradujo en el incremento acelerado de la contestación política frente al régimen, que ya venía de la década anterior, en regiones clave como Cataluña o País Vasco (en estas dos últimas, especialmente, unidas a reivindicaciones crecientes de *descentralización* institucional)⁵¹³. Igualmente, el propio mantenimiento del orden institucional dictatorial impedía la integración plena del país en los nuevos ámbitos de cooperación europeo-occidental, lo cual ponía barreras al proceso de desarrollo económico capitalista en España⁵¹⁴.

Las opciones estratégicas en manos de las principales elites españolas (y de sus valedores internacionales en el bloque occidental) se limitaban, en realidad, a una sola: dada la inviabilidad *real* de mantener el carácter *fascista* del régimen político imperante (cuyo fracaso conduciría, a todas luces, al estallido de procesos *revolucionarios* de orientación socialista)⁵¹⁵, se trataba de emprender un proceso (novedoso, en la coyuntura del momento⁵¹⁶) de *homologación* económica, institucional y cultural del país

⁵¹¹ GONZÁLEZ CASANOVA, J. A., *Teoría del Estado y Derecho Constitucional* (3ª ed., 2ª reed.), pp. 448-449 y SÁNCHEZ-CUENCA RODRÍGUEZ, I., *op. cit.*, pp. 18-19 y 42-43; ver también WELP, Y., «Transitions from Above: The Constitution-Making Process and the Consolidation of Democracy. The Cases of Spain, Brazil and Poland», p. 89. Respecto a la importancia de las reivindicaciones obreras, también HERRERO DE MIÑÓN, M., *op. cit.*, p. 2.

⁵¹² En este sentido, GONZÁLEZ ENCINAR, J. J., MIRANDA, J., LAMOUNIER, B. y NOHLEN, D., *op. cit.*, p. 8, POWELL, C. T., «La dimensión exterior de la transición política española», p. 80 y SÁNCHEZ-CUENCA RODRÍGUEZ, I., *op. cit.*, p. 43.

⁵¹³ GONZÁLEZ CASANOVA, J. A., *op. cit.*, p. 448 y GONZÁLEZ ENCINAR, J. J., MIRANDA, J., LAMOUNIER, B. y NOHLEN, D., *op. cit.*, p. 8.

⁵¹⁴ *Ibidem*, p. 8.

⁵¹⁵ En este sentido, SÁNCHEZ-CUENCA RODRÍGUEZ, I., *op. cit.*, pp. 99-100.

⁵¹⁶ LINZ, J. J. y STEPAN, A., *op. cit.*, p. 117.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

con el resto de países de Europa occidental⁵¹⁷. La coyuntura que se aprovechó para emprender el proceso de transformación política fue la sucesión en la Jefatura del Estado (por fallecimiento del general Franco) y la restauración de la Monarquía, en noviembre de 1975; con todo, este no arrancó definitivamente sino a partir de la formación del gobierno Suárez, en el verano del año siguiente⁵¹⁸.

En esta “segunda” fase (que abarcó la segunda mitad de 1976⁵¹⁹), el proceso de *transición* se caracterizó, principalmente, por la composición definitiva (aun con algunas sorpresas posteriores sobrevenidas⁵²⁰) de los acuerdos acerca las dimensiones *reales* de los cambios a realizar, exclusivamente entre los distintos grupos dirigentes en las instituciones estatales: su expresión última fue la promulgación de la Ley para la Reforma Política⁵²¹. Es importante analizar con más detalle el contenido de esta Ley, puesto que afecta a múltiples aspectos cruciales del proceso de transición español. Formalmente, esta se presenta como la octava Ley Fundamental del ordenamiento jurídico *franquista*; sin embargo, en lo esencial, expresa la voluntad de emprender una apertura política hacia el establecimiento de un sistema institucional *democrático*, lo cual se plasma tanto en el reconocimiento de la inviolabilidad de los “*derechos fundamentales de la persona*” como al establecer la elección de los miembros de las Cortes por sufragio “*universal, directo y secreto*”⁵²².

No obstante, la Ley no supuso, ni mucho menos, una concesión *inocente* a la oposición *democrática* por parte del gobierno de la Monarquía: por el contrario, esta se halla repleta de mecanismos decisorios de sentido netamente *contramayoritario*⁵²³. Así,

⁵¹⁷ GONZÁLEZ CASANOVA, J. A., *op. cit.*, pp. 438-439. Así lo asumen, en rasgos generales, los sectores más reformistas del régimen, ver LAVILLA ALSINA, L., *op. cit.*, p. 27.

⁵¹⁸ Para las vicisitudes del primer “intento” reformista, ver SÁNCHEZ-CUENCA RODRÍGUEZ, I., *op. cit.*, pp. 109-158.

⁵¹⁹ PÉREZ ROYO, J. y CARRASCO DURÁN, M., *Curso de Derecho constitucional* (17ª ed.), pp. 89-90.

⁵²⁰ Principalmente, la legalización del Partido Comunista de España, ver SÁNCHEZ-CUENCA RODRÍGUEZ, I., *op. cit.*, pp. 323 y 325.

⁵²¹ HERRERO DE MIÑÓN, M., *op. cit.*, p. 2 y SÁNCHEZ-CUENCA RODRÍGUEZ, I., *op. cit.*, pp. 15 y 328-329; para el carácter *no pactado* de este texto, GÓMEZ FORTES, B., *op. cit.*, p. 139.

⁵²² JEFATURA DEL ESTADO, «Ley 1/1977, de 4 de enero, para la Reforma Política», Artículo primero, apartado uno y Artículo segundo, apartado dos.

⁵²³ Una panorámica de tales mecanismos, en GONZÁLEZ CASANOVA, J. A., *op. cit.*, pp. 442-443. Por otra parte, es preciso señalar que ninguno de ellos fue pactado con las fuerzas de la oposición, ver HERRERO DE MIÑÓN, M., *op. cit.*, p. 2.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

quedó firmemente sujeta a las determinaciones del ejecutivo la elaboración de la normativa electoral aplicable a las elecciones a Cortes, que sería diseñada siguiendo criterios de cálculo estratégico, de manera que se limitase relativamente la “traducción” de los votos que obtuviesen las fuerzas opositoras al régimen en los futuros comicios en escaños⁵²⁴. Del mismo modo, la conformación del Senado como cámara legislativa adicional (compuesta mediante sistema mayoritario, con una parte designada directamente por el Rey) tenía el sentido de disponer “frenos” a los ímpetus transformadores de posibles mayorías de diputados en el Congreso de los Diputados⁵²⁵. Adicionalmente, el procedimiento *ordinario* de reforma constitucional (es decir, el cambio, completo o parcial, de las Leyes Fundamentales *franquistas*) requeriría el acuerdo de Congreso y Senado para la aprobación de las iniciativas correspondientes, así como la obtención de una mayoría cualificada del conjunto de las Cortes para la resolución de las posibles discrepancias: sea como fuere, el Rey no podía sancionar las posibles reformas sin someterlas antes a referéndum nacional⁵²⁶. Pero, por si fuera poco, se contemplaba también la posibilidad de un procedimiento *extraordinario* de reforma constitucional, mediante el cual el Rey podía someter a referéndum una iniciativa de carácter materialmente constitucional: el resultado de la votación habría de ser acatado por las Cortes (que, en caso contrario, quedarían disueltas, convocándose nuevas elecciones⁵²⁷)⁵²⁸. El Jefe del Estado, por tanto, devenía en guardián *constitucional*

⁵²⁴ Ver JEFATURA DEL ESTADO, «Ley 1/1977...», *op. cit.*, Disposición Transitoria Primera, desarrollada en *idem*, «Real Decreto-ley 20/1977, de 18 de marzo, sobre Normas Electorales». En este sentido, GÓMEZ FORTES, B., *op. cit.*, pp. 103-116, PISARELLO PRADOS, G., *Procesos constituyentes...*, *op. cit.*, p. 140, SÁNCHEZ-CUENCA RODRÍGUEZ, I., *op. cit.*, pp. 310-317 y SHARE, D. y MAINWARING, S., *op. cit.*, p. 96.

⁵²⁵ GÓMEZ FORTES, B., *op. cit.*, pp. 148-151 y PISARELLO PRADOS, G., *Procesos constituyentes...*, *op. cit.*, pp. 138-139; en este sentido, también GONZÁLEZ NAVARRO, F., *La nueva Ley Fundamental para la Reforma Política*, pp. 103 y 128. Ver las disposiciones normativas correspondientes en JEFATURA DEL ESTADO, «Ley 1/1977...», *op. cit.*, artículos segundo y cuarto.

⁵²⁶ Ver en *ibidem*, Artículo tercero.

⁵²⁷ Única causa de disolución de las Cortes prevista en el ordenamiento jurídico “franquista”, ver en GONZÁLEZ NAVARRO, F., *op. cit.*, p. 159.

⁵²⁸ Ver en JEFATURA DEL ESTADO, «Ley 1/1977...», *op. cit.*, Artículo quinto. El potencial carácter *plebiscitario* de este referéndum (en un sentido *gaullista*), en LAVILLA ALSINA, L., *op. cit.*, pp. 246-247 y (siguiendo a Pablo Lucas Verdú) GÓMEZ FORTES, B., *op. cit.*, p. 146.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

último de la integridad esencial del orden social existente frente a las determinaciones *constituyentes* de posibles mayorías parlamentarias futuras⁵²⁹.

La Ley para la Reforma Política fue aprobada por las Cortes Españolas (cámara legislativa única de la dictadura) en noviembre de 1976⁵³⁰. Sin embargo, este (aun siendo importante) no sería el trámite *políticamente* crucial de su aprobación: sí lo fue su ratificación por referéndum popular en diciembre del mismo año, con el 94,17% de votos afirmativos y una participación del 77,72% del censo⁵³¹. La significación última del respaldo del electorado a esta Ley fue la *legitimación*, pública y solemne, de la estrategia de transformación del orden político e institucional, consensuada en sus líneas maestras entre el conjunto de elites dirigentes del país, de cara a elevar este proyecto como núcleo futuro del orden *constitucional* definitivo: la Monarquía *restaurada*, junto con las Cortes *democráticas* (e, indirectamente, la “unidad” de España), unidos en un mismo “paquete” jurídico, eran los elementos esenciales del nuevo orden institucional “validado” por el pueblo español⁵³². Se produjo, en consecuencia, el cierre de una parte sustancial (y crucial) del *proceso constituyente*, antes incluso de que se hubiera abierto formalmente (y sin que buena parte de la población llegase a ser consciente de ello)⁵³³. De ahí que sea posible determinar que esta Ley representó bastante más que una mera *reforma institucional* de la dictadura⁵³⁴; sin embargo, tampoco puede ser calificada como la expresión de una *ruptura esencial* con el orden *político* anterior⁵³⁵.

Con la puesta en marcha de la Ley para la Reforma Política, el gobierno del país culminó su propósito de mantener la dirección sobre las organizaciones administrativas

⁵²⁹ Así, en LAVILLA ALSINA, L., *op. cit.*, p. 246. En este sentido, también GÓMEZ FORTES, B., *op. cit.*, pp. 146-147, GONZÁLEZ CASANOVA, J. A., *op. cit.*, p. 442 y PISARELLO PRADOS, G., *Procesos constituyentes...*, *op. cit.*, p. 139.

⁵³⁰ SÁNCHEZ-CUENCA RODRÍGUEZ, I., *op. cit.*, p. 29.

⁵³¹ Ver resultados en JUNTA ELECTORAL CENTRAL, *Referéndum sobre el Proyecto de Ley para la Reforma Política. 15 de diciembre de 1976. Resultados*, p. 3.

⁵³² En este sentido, GALLEGO, F., *op. cit.*, pp. 483-484, GONZÁLEZ CASANOVA, J. A., *op. cit.*, p. 442, LAVILLA ALSINA, L., *op. cit.*, p. 220, PÉREZ ROYO, J., *La reforma constitucional...*, *op. cit.*, pp. 131-132, PISARELLO PRADOS, G., *Procesos constituyentes...*, *op. cit.*, p. 139 e (implícitamente) LINZ, J. J. y STEPAN, A., *op. cit.*, p. 92; ver también GÓMEZ FORTES, B., *op. cit.*, pp. 145 (también nota 22) y 156.

⁵³³ PÉREZ ROYO, J., *La reforma constitucional...*, *op. cit.*, p. 132.

⁵³⁴ En este sentido, LAVILLA ALSINA, L., *op. cit.*, p. 213.

⁵³⁵ Por el contrario, afirmando esta interpretación “rupturista”, PINTO, L. M. DA S. C., *op. cit.*, p. 198 y RUIPÉREZ ALAMILLO, J., «Los principios constitucionales en la transición política. Teoría democrática del poder constituyente y cambio jurídico-político en España», p. 29.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

y represivas del Estado, los medios de comunicación públicos y la estructura territorial del Movimiento (partido único de la dictadura, que se hallaba *formalmente* en trance de disolución en aquellas fechas). Las fuerzas políticas de la oposición, entre las cuales destacaban el Partido Socialista Obrero Español (PSOE) y el Partido Comunista de España (PCE), tuvieron que adaptarse, en el curso de las sucesivas negociaciones, al diseño básico de proceso de transición dictado desde el gobierno (incluyendo sus límites materiales infranqueables), como condición indispensable para su integración a la vida política *legal*⁵³⁶.

Entre enero y junio de 1977 (fecha en la que se celebraron las primeras elecciones pluripartidistas desde febrero de 1936), se desarrolló el proceso de conformación del espectro principal de organizaciones políticas⁵³⁷. Por los sectores políticos provenientes del régimen, se produjo la creación de un “partido del gobierno”, Unión de Centro Democrático (UCD), frente a las iniciativas de otros grupos del *franquismo* que acabarían confluyendo en Alianza Popular (AP)⁵³⁸. Al mismo tiempo, se evidenció el refuerzo de la presencia política del PSOE (con una importante ayuda europeo-occidental⁵³⁹), caracterizado por el despliegue de una fuerte retórica reivindicativa unida a un importante pragmatismo práctico⁵⁴⁰. La legalización del PCE (que tensionaría el *consenso* en el seno del régimen sobre el alcance del proceso de cambios⁵⁴¹), unida a la concurrencia de las fuerzas nacionalistas catalanas y vascas, vinieron a completar los principales elementos del nuevo “mapa” de partidos.

La tendencia política general, dadas las condiciones y orientaciones del proceso de transición, se decantaba hacia la promoción de los proyectos “centristas”, esto es, proclives a la consolidación de los cambios políticos e institucionales en marcha,

⁵³⁶ GALLEGO, F., *op. cit.*, p. 484, GÓMEZ FORTES, B., *op. cit.*, pp. 151-156 y GONZÁLEZ CASANOVA, J. A., *op. cit.*, p. 443. Desde luego, en este resultado tuvo un papel decisivo la “eficacia” represiva demostrada por el Estado contra las acciones de oposición, ver en SÁNCHEZ-CUENCA RODRÍGUEZ, I., *op. cit.*, pp. 83-95.

⁵³⁷ En este sentido, PÉREZ ROYO, J., *La reforma constitucional...*, *op. cit.*, p. 35.

⁵³⁸ LAVILLA ALSINA, L., *op. cit.*, pp. 73-76 y SHARE, D. y MAINWARING, S., *op. cit.*, pp. 115-116.

⁵³⁹ Ver GONZÁLEZ ENCINAR, J. J., MIRANDA, J., LAMOUNIER, B. y NOHLEN, D., *op. cit.*, p. 22 y MAXWELL, K., *op. cit.*, p. 39.

⁵⁴⁰ GALLEGO, F., *op. cit.*, pp. 645-649.

⁵⁴¹ *Ibidem*, pp. 584-587.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

acompañados de reformas sociales limitadas⁵⁴². En este escenario, las elecciones a las Cortes brindaron a las candidaturas que, de una forma u otra, provenían del régimen anterior (UCD, AP y CIC), un total de 183 escaños en el Congreso (lo que suponía la mayoría absoluta), aun cuando entre todas ellas sumaron menos votos que el conjunto de candidaturas estatales de orientación “marxista” que obtuvieron representación (PSOE, PCE y PSP-US): con 18.706 votos más, estas últimas lograron 144 diputados (39 escaños menos); por otra parte, UCD obtuvo una cómoda mayoría en el Senado⁵⁴³.

Con todo, la celebración de las elecciones no supuso la “democratización” del conjunto de instituciones estatales. Por chocante que parezca, hasta la entrada en vigor de la Constitución de 1978, el Congreso de los Diputados no tuvo la facultad de elegir o cesar al Presidente del Gobierno: este era únicamente responsable ante el Rey y el Consejo del Reino (situación no alterada con la regulación provisional de la moción de censura en noviembre de 1977, puesto que la aprobación de la censura al Gobierno estaba desprovista de efectos jurídicos⁵⁴⁴)⁵⁴⁵. La Ley para la Reforma Política modificó la composición del Consejo del Reino, en lo relativo a la designación parcial de sus miembros por cada una de las cámaras de las Cortes (los cuales seguirían siendo inamovibles en sus cargos, por la duración de sus mandatos⁵⁴⁶)⁵⁴⁷; sin embargo, dejó en el aire el método concreto de su elección por parte de estas. Dicho y hecho: el 11 de julio de 1977 (es decir, *después* de la celebración de las elecciones, cuando ya se sabía que UCD no contaba con mayoría absoluta en el Congreso, y *antes* de la propia

⁵⁴² En este sentido, LAVILLA ALSINA, L., *op. cit.*, pp. 72-73 y 77 y SÁNCHEZ-CUENCA RODRÍGUEZ, I., *op. cit.*, pp. 77-80.

⁵⁴³ Se materializaba, así, la desviación “electoral” diseñada, ver GALLEGO, F., *op. cit.*, pp. 658-663, GÓMEZ FORTES, B., *op. cit.*, pp. 191-192, LAVILLA ALSINA, L., *op. cit.*, pp. 77-78, PÉREZ ROYO, J., *La reforma constitucional...*, *op. cit.*, pp. 105-106 y SÁNCHEZ-CUENCA RODRÍGUEZ, I., *op. cit.*, pp. 326-327. Para el detalle de los resultados al Congreso, ver JUNTA ELECTORAL CENTRAL, *Elecciones Generales. 15 de junio de 1977. Resultados*, p. 5.

⁵⁴⁴ Se puede ver en JEFATURA DEL ESTADO, «Ley 51/1977, de 14 de noviembre, sobre regulación provisional de las relaciones entre las Cortes y el Gobierno a efectos de la moción de censura y la cuestión de confianza». Una opinión contraria, en LINZ, J. J. y STEPAN, A., *op. cit.*, p. 106.

⁵⁴⁵ De acuerdo con lo establecido en los artículos catorce, apartado I, y quince de la Ley Orgánica del Estado, ver PRESIDENCIA DEL GOBIERNO, *op. cit.*, pp. 5259-5260. En este sentido, SÁNCHEZ-CUENCA RODRÍGUEZ, I., *op. cit.*, pp. 15 (nota 11) y 179.

⁵⁴⁶ Según lo dispuesto en el artículo cuarto, apartado II, de la Ley de Sucesión en la Jefatura del Estado, ver PRESIDENCIA DEL GOBIERNO, *op. cit.*, p. 5269; este último precepto se desarrollaba en JEFATURA DEL ESTADO, «Ley 48/1967, de 22 de julio, Orgánica del Consejo del Reino», artículos quinto y noveno.

⁵⁴⁷ *Idem*, «Ley 1/1977...», *op. cit.*, Disposición Transitoria Segunda, apartado tres.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

constitución de las nuevas cámaras, adelantándose así a cualquier iniciativa futura al respecto del propio Congreso) el Presidente de las Cortes (que había sido designado directamente por el Rey⁵⁴⁸), consumó la reforma *de facto* del Reglamento de las Cortes, amparándose en otra disposición *ad hoc* contenida en la Ley para la Reforma Política⁵⁴⁹, de una forma tal que “aritméticamente” se aseguraba una posición destacada al “partido del gobierno” en el Consejo (como mínimo, seis de los diez miembros a elegir)⁵⁵⁰. Por añadidura, y siguiendo el método del “silencio”, las Cortes seguían teniendo limitadas sus potestades legislativas y de control frente al Gobierno, al no modificarse las disposiciones en esta materia establecidas en la Ley de Cortes y en la Ley Orgánica del Estado⁵⁵¹. Con estas actuaciones, auténticas “triquiñuelas” jurídicas, el Gobierno se aseguraba su continuidad, independencia y libertad de acción frente a las instituciones representativas *electas*, hasta la entrada en vigor de la nueva Constitución⁵⁵².

El resultado de las elecciones generales prefiguró la decisión de apertura del proceso de cambios generales en el orden jurídico constitucional⁵⁵³. Si bien las Cortes no había sido elegidas formalmente para tal fin⁵⁵⁴, pronto quedó claro (tras un corto periodo de incertidumbre⁵⁵⁵) que las nuevas cámaras legislativas asumirían *de hecho* (con el beneplácito del Jefe de Estado⁵⁵⁶) unas funciones prácticas limitadamente

⁵⁴⁸ En función de lo dispuesto en la misma Ley para la Reforma Política, ver *ibidem*, Artículo segundo, apartado seis; ver también GÓMEZ FORTES, B., *op. cit.*, p. 147.

⁵⁴⁹ PRESIDENCIA DE LAS CORTES, «Disposición de la Presidencia de las Cortes: I.-Sobre las Juntas Preparatorias y la Constitución interina de las Cámaras», p. 38131. Para la disposición relevante de la Ley para la Reforma Política, JEFATURA DEL ESTADO, «Ley 1/1977...», *op. cit.*, Disposición Transitoria Tercera.

⁵⁵⁰ PRESIDENCIA DE LAS CORTES, «Disposición de la Presidencia de las Cortes: II.-Sobre los Grupos Parlamentarios, las Elecciones para Organos Mixtos, el nombramiento de Comisiones y la Constitución definitiva de las Cámaras», arts. 23 y 24.

⁵⁵¹ Entre ellas, crucialmente, el artículo trece de la Ley Constitutiva de las Cortes: consultar en PRESIDENCIA DEL GOBIERNO, *op. cit.*, p. 5268.

⁵⁵² En un sentido contrario al descrito (al afirmar que la voluntad del gobierno era irse desprendiendo de parte de sus potestades después de las primeras elecciones democráticas), LINZ, J. J. y STEPAN, A., *op. cit.*, pp. 94-95.

⁵⁵³ GONZÁLEZ CASANOVA, J. A., *op. cit.*, p. 443; ver también PÉREZ ROYO, J. y CARRASCO DURÁN, M., *op. cit.*, p. 91.

⁵⁵⁴ En este sentido, CLAVERO SALVADOR, B., *España, 1978. La amnesia constituyente*, p. 41, PÉREZ ROYO, J., *La reforma constitucional...*, *op. cit.*, p. 35, PINTO, L. M. DA S. C., *op. cit.*, p. 197 y PISARELLO PRADOS, G., *Procesos constituyentes...*, *op. cit.*, p. 141.

⁵⁵⁵ PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *La elaboración de la Constitución de 1978*, p. 16.

⁵⁵⁶ Así se refiere en RUIPÉREZ ALAMILLO, J., «¿La Constitución en crisis? El Estado constitucional democrático y social en los tiempos del neoliberalismo tecnocrático», p. 130; respecto a la mención

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

“constituyentes”⁵⁵⁷, al decantarse favorablemente la opción de elaboración íntegra de un nuevo texto constitucional por parte de las mismas Cortes⁵⁵⁸. Sería en el contexto del proceso de elaboración de dicho documento, iniciado en julio de 1977, cuando se abrió paso la voluntad de lograr el *consenso* en torno a los contenidos constitucionales concretos, que se nuclearía (no sin algunas tensiones) a partir de los acuerdos alcanzados en diversos temas entre UCD y PSOE⁵⁵⁹; este proceso culminó con la aprobación definitiva del proyecto de Constitución en el Congreso y el Senado, por una amplia mayoría, en octubre del año siguiente⁵⁶⁰.

Con todo, conviene valorar en sus justos términos la significación *material* de las mayorías parlamentarias alcanzadas a lo largo del proceso de composición del articulado de la nueva Constitución. Lo cierto es que hubo una serie de determinaciones *constituyentes* básicas que fueron “resueltas” *antes* o (incluso) *en paralelo* al propio proceso *formal* de elaboración constitucional⁵⁶¹, lo cual resta fuerza, de entrada, a la idea de la presencia de un pretendido “*poder constituyente originario*” en la Transición (esta propuesta se estudiará más adelante con mayor detalle)⁵⁶². Así, como ya se ha visto, la Ley para la Reforma Política dispuso el marco esencial de definición del orden *institucional*, al resolver la decisión entre monarquía y república y establecer la estructura esencial del “poder legislativo” (Congreso de los Diputados y Senado)⁵⁶³. Al mismo tiempo, los Pactos de la Moncloa (firmados por las principales organizaciones

favorable a la elaboración de una Constitución por las Cortes, contenida en el discurso dado por el Rey en la sesión solemne que abrió la legislatura, ver «Discurso de S. M. el Rey», p. 39.

⁵⁵⁷ Desde luego, en puridad, no podían ser calificadas de “Cortes constituyentes”: en este sentido, GONZÁLEZ NAVARRO, F., *op. cit.*, pp. 205-206. Por el contrario, afirmando su “*carácter constituyente*”, LUCAS VERDÚ, P., «La singularidad del proceso constituyente español», p. 14.

⁵⁵⁸ GONZÁLEZ ENCINAR, J. J., MIRANDA, J., LAMOUNIER, B. y NOHLEN, D., *op. cit.*, p. 14 y HERRERO DE MIÑÓN, M., *op. cit.*, p. 10; ver también GÓMEZ FORTES, B., *op. cit.*, pp. 195-197.

⁵⁵⁹ PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *La elaboración de...*, *op. cit.*, p. 137 y SÁNCHEZ-CUENCA RODRÍGUEZ, I., *op. cit.*, pp. 327-328; ver también MARTÍNEZ ALARCÓN, M. L. y LÓPEZ GARRIDO, D., «La Constitución Española de 1978», pp. 169-170.

⁵⁶⁰ *Ibidem*, p. 168 y RUIPÉREZ ALAMILLO, J., «Los principios constitucionales...», *op. cit.*, p. 65.

⁵⁶¹ ARAGÓN REYES, M., «Significado de la Constitución española de 1978», p. 34, HERRERO DE MIÑÓN, M., *op. cit.*, pp. 3 y 38-40 y PISARELLO PRADOS, G., *Procesos constituyentes...*, *op. cit.*, p. 142. Destacando la significación de la Ley para la Reforma Política en este contexto, ver GÓMEZ FORTES, B., *op. cit.*, pp. 103 y 138-139.

⁵⁶² LUCAS VERDÚ, P., «La singularidad del...», *op. cit.*, p. 13.

⁵⁶³ GÓMEZ FORTES, B., *op. cit.*, p. 145; en este sentido, HERRERO DE MIÑÓN, M., *op. cit.*, p. 38 y LUCAS VERDÚ, P., «La singularidad del...», *op. cit.*, p. 13. Ver también ARAGÓN REYES, M., «Significado de la...», *op. cit.*, pp. 34-35.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

políticas en octubre de 1977) representaron el *programa político constituyente* implícito de la Transición en general⁵⁶⁴.

En la parte *económica* de los Pactos, el gobierno y los partidos de la oposición acordaron el impulso de un programa de “estabilización” como respuesta frente a la crisis imperante, conteniendo, básicamente, medidas que hacían recaer sobre la masa salarial el esfuerzo principal de contención de la inflación y el déficit exterior, no poniéndose en cuestión las estructuras básicas de propiedad privada ni de distribución de rentas existentes (aunque sí se contemplasen algunas determinaciones en materia fiscal y de protección social)⁵⁶⁵; se adoptaba así, como parte del “pacto constitucional”, la idea de una solución esencialmente “capitalista” a los problemas económicos del país⁵⁶⁶. En su parte *política*, los Pactos establecieron el compromiso de adelantar (y encauzar) el *reconocimiento legal* de una serie de derechos y libertades civiles y políticos⁵⁶⁷; se incluyeron, entre otros, aspectos tales como el reconocimiento de la libertad de expresión y la regulación del papel de los medios de comunicación públicos, la garantía de los derechos de reunión y de asociación política, y el impulso de una serie de reformas en el ámbito penal y en materia de orden público⁵⁶⁸.

Otro de los asuntos básicos que comenzaron a delimitarse *antes* de la aprobación de la nueva Constitución fue el de la estructuración territorial del Estado⁵⁶⁹. Este tema ya se abordó en el propio mensaje de la Corona ante las Cortes *franquistas* en el día del juramento y proclamación del nuevo Rey⁵⁷⁰; fue recalcado de nuevo por el monarca en

⁵⁶⁴ HERRERO DE MIÑÓN, M., *op. cit.*, p. 3. Así, por ejemplo, respecto a la dimensión *política* de la parte económica de los Pactos, en FUENTES QUINTANA, E., «De los Pactos de la Moncloa a la entrada en la Comunidad Económica Europea (1977-1986)», pp. 40-41.

⁵⁶⁵ El contenido del acuerdo se puede consultar en «Acuerdo sobre el Programa de saneamiento y reforma de la economía», pp. 9-20. Para el sentido concreto de las medidas suscritas, ver FUENTES QUINTANA, E., *op. cit.*, pp. 41-42.

⁵⁶⁶ Para una panorámica general de este “acuerdo de Estado”, ver *ibidem*, pp. 50-54. Su significación constituyente, en HERRERO DE MIÑÓN, M., *op. cit.*, p. 3 y PISARELLO PRADOS, G., *Un largo Termidor...*, *op. cit.*, p. 178; asimismo, ver HUNTINGTON, S. P., *op. cit.*, p. 133.

⁵⁶⁷ «Acuerdo sobre el Programa de actuación jurídica y política, aprobado el 27 de octubre de 1977», p. 28. Para el sentido último de este acuerdo, LAVILLA ALSINA, L., *op. cit.*, p. 332.

⁵⁶⁸ Los compromisos concretos, en «Acuerdo sobre el Programa de actuación...», *op. cit.*, pp. 28-34.

⁵⁶⁹ ARAGÓN REYES, M., «Significado de la...», *op. cit.*, p. 35.

⁵⁷⁰ Ver en «Mensaje de la Corona», p. 8.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

la sesión de apertura de la primera legislatura de las Cortes democráticas⁵⁷¹. El jalón inicial en la ordenación de esta materia (y crucial para su avance posterior) fue el restablecimiento, por disposición del Gobierno, de la Generalitat de Cataluña en septiembre de 1977: la solución implementada, que se trasladaría al texto constitucional, se basa en la interrelación de los principios de unidad de España y de autonomía de los territorios que la componen (rechazándose así, tácitamente y de antemano, tanto la propuesta de configuración de un Estado propiamente federal como el reconocimiento del derecho de libre determinación a las nacionalidades que conforman el país⁵⁷²)⁵⁷³. El proceso de implantación inicial del régimen preautonómico de nacionalidades y regiones, en paralelo a la propia elaboración de la Constitución, se completó, en su configuración fundamental, en el otoño de 1978⁵⁷⁴.

Por otra parte, la configuración de una mayoría tan amplia de apoyo al nuevo ordenamiento constitucional también tuvo su propio “precio” a “pagar”: así, sería notable la ambigüedad de una parte significativa de sus preceptos, sobre todo los relativos a la definición del orden económico⁵⁷⁵. La nueva Constitución contemplaría un proyecto *suave* de *Estado social* (caracterizado por la garantía del derecho de propiedad privada y la libertad de empresa, la consideración jurídica “rebajada” de la mayor parte de los derechos sociales y el papel esencialmente retórico del principio de planificación de la economía)⁵⁷⁶; este se vería relativizado inmediatamente por las tensiones y turbulencias de la crisis económica global de la época y, finalmente, sería negado en sus

⁵⁷¹ «Discurso de S. M...», *op. cit.*, p. 39.

⁵⁷² Tal y como se manifestaría en el proceso de elaboración constitucional, ver PÉREZ ROYO, J., *La reforma constitucional...*, *op. cit.*, pp. 120-122 y 127-128 y PISARELLO PRADOS, G., *Procesos constituyentes...*, *op. cit.*, pp. 148-149; con todo, para las ambigüedades existentes en el posterior texto constitucional respecto a la cuestión *federal*, CLAVERO SALVADOR, B., *España, 1978...*, *op. cit.*, pp. 52-56.

⁵⁷³ Este es el razonamiento recogido en el propio Preámbulo de la norma en cuestión, ver JEFATURA DEL ESTADO, «Real Decreto-ley 41/1977, de 29 septiembre, sobre restablecimiento provisional de la Generalidad de Cataluña», p. 22047. Ver también en HERRERO DE MIÑÓN, M., *op. cit.*, p. 3.

⁵⁷⁴ Se puede contemplar una panorámica general en *Regímenes preautonómicos. Cataluña, País Vasco, Galicia, Aragón, Canarias, País Valenciano, Andalucía, Baleares, Extremadura, Castilla y León, Asturias, Murcia, Castilla-La Mancha* (2ª ed. aumentada).

⁵⁷⁵ En este sentido, GONZÁLEZ CASANOVA, J. A., *op. cit.*, p. 467 y PÉREZ LUÑO, A. E., *La tercera generación...*, *op. cit.*, p. 167; ver también MARTÍNEZ ALARCÓN, M. L. y LÓPEZ GARRIDO, D., *op. cit.*, p. 174. Sobre la presencia de elementos de la estrategia *neoliberal* ya en la Constitución de 1978, ver PISARELLO PRADOS, G., *Un largo Termidor...*, *op. cit.*, p. 176.

⁵⁷⁶ Ver en *idem*, *Procesos constituyentes...*, *op. cit.*, p. 150, *idem*, *Un largo Termidor...*, *op. cit.*, p. 178 y SHARE, D. y MAINWARING, S., *op. cit.*, p. 95.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

dimensiones más “avanzadas” por el proceso de implementación de la estrategia *neoliberal* en España⁵⁷⁷.

Las principales fuerzas políticas del país apoyaron en bloque la propuesta de texto constitucional⁵⁷⁸. Esta fue presentada, por la vía de los hechos, como única alternativa a la continuidad de las Leyes Fundamentales todavía vigentes (incluyendo en su Disposición Derogatoria Primera, como es obvio, a la Ley para la Reforma Política), eliminando del marco *teórico* de decisión, por ejemplo, el posible restablecimiento de la Constitución de 1931. En diciembre de 1978, el proyecto de Constitución fue sometido a ratificación mediante referéndum popular: este se saldó con un 88,54% de votos afirmativos (sobre votos válidos), con una participación del 67,11% del electorado (más reducida de lo esperable⁵⁷⁹)⁵⁸⁰; el texto constitucional entró en vigor a finales de ese mismo mes⁵⁸¹.

El ordenamiento constitucional español de 1977-1978 no es, ni mucho menos, *neutral*⁵⁸². Su aparente “imparcialidad”, respecto a las opciones políticas legalizadas en el marco de este⁵⁸³, se compensa decisivamente con el funcionamiento sucesivo de

⁵⁷⁷ En este sentido, PISARELLO PRADOS, G., *Procesos constituyentes...*, *op. cit.*, pp. 152-155 y DE CABO MARTÍN, C., «Propuesta para un...», *op. cit.*, p. 389.

⁵⁷⁸ GÓMEZ FORTES, B., *op. cit.*, pp. 275 (también nota 21) y 280-281 y MARTÍNEZ ALARCÓN, M. L. y LÓPEZ GARRIDO, D., *op. cit.*, p. 168.

⁵⁷⁹ En este caso, el dato de abstención sí contiene un sentido político bastante significativo, ver GÓMEZ FORTES, B., *op. cit.*, pp. 275 y 304-305.

⁵⁸⁰ JUNTA ELECTORAL CENTRAL, «Acuerdo de la Junta Electoral Central por el que se hace público el resumen de la votación en el Referéndum Constitucional». Sin embargo, para la afirmación (en principio, no contestada pero tampoco contrastada) de que estas cifras fueron alteradas mediante el aumento del dato real de participación (y, subsiguientemente, del número de votos favorables), ver DE PEÑARANDA Y ALGAR, J. M., *Desde el corazón del CESID*, pp. 279-280.

⁵⁸¹ Para consultar la versión original del documento constitucional español, ver en «Constitución Española».

⁵⁸² Esto es, tiene una “*ideología juridificada*”, ver BELDA PÉREZ-PEDRERO, E., «Los límites a la reforma constitucional ante propuestas más propias de una revolución», pp. 262 y 267; asimismo (aunque con más matices), ver PISARELLO PRADOS, G., *Procesos constituyentes...*, *op. cit.*, pp. 151-152. En sentido contrario al expresado, DE OTTO Y PARDO, I., *op. cit.*, pp. 1536-1537, LÓPEZ GUERRA, L., «Lección 1. El Derecho Constitucional español. Origen y características de la Constitución», pp. 31-32, (en referencia a la opinión del Tribunal Constitucional español) PÉREZ ROYO, J. y CARRASCO DURÁN, M., *op. cit.*, p. 167 y, en su entendimiento como Constitución de “*consenso*”, ARAGÓN REYES, M., «Significado de la...», *op. cit.*, p. 33 y LÓPEZ ULLA, J. M., «La transición política y la elaboración de la CE de 1978», p. 58; en general, para el desarrollo de la idea de Constitución como “*marco jurídico*”, ver DE OTTO Y PARDO, I., *op. cit.*, pp. 399-402.

⁵⁸³ Postura afirmada insistentemente en la doctrina mayoritaria: ver, por ejemplo, LÓPEZ GUERRA, L., «Lección 1...», *op. cit.*, p. 33.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

cuatro instancias preventivas (o, llegado el caso, “correctoras”) de una posible emergencia de futuras mayorías *políticas* que pusieran en cuestión el orden establecido.

La primera de ellas viene determinada por las tendencias marcadas por las relaciones de poder en la *sociedad* en general (y a las que se da sello de validez con su reconocimiento en la propia Constitución⁵⁸⁴), y que se reflejan en las correlaciones cambiantes entre las fuerzas políticas⁵⁸⁵. En este sentido, la recepción de las organizaciones *sociales* de la clase trabajadora (partidos y sindicatos) dentro del nuevo orden *institucional* (aun en una posición materialmente secundaria) comportó para estas la obligación implícita de asumir la función de encuadrar, encauzar y rebajar las reivindicaciones (potencialmente desestabilizadoras) de las masas trabajadoras⁵⁸⁶. Con su eventual “éxito” en tal labor, estas mismas plantaron el germen de buena parte de las dificultades que posteriormente experimentaron: el consiguiente declive de los principales movimientos de contestación social y política dañó su base de apoyos sociales y redujo su propia capacidad de actuación en la vida general del país.

La segunda consiste en la “*desviación calculada de la igualdad*” en la traducción en escaños de los votos obtenidos por cada candidatura en el conjunto del país en los procesos electorales para la composición de las instituciones estatales generales de carácter representativo (Congreso de los Diputados y Senado), ya establecida en la Ley para la Reforma Política y consagrada en el texto constitucional vigente⁵⁸⁷.

La tercera se basa en la consolidación *política* de instituciones de naturaleza *contramayoritaria* de *defensa* de la Constitución, como son la Corona y las Fuerzas Armadas⁵⁸⁸. La posición de la Monarquía fue crucial en el desarrollo de la Transición, en lo cual influyó tanto su papel simbólico (al erigirse en expresión de la *existencia* del país) e institucional (por ostentar la Jefatura del Estado) en general, como la condición

⁵⁸⁴ Así se muestra, por ejemplo, en las disposiciones referentes al orden económico que se contienen en el texto constitucional de 1978, ver LÓPEZ Y LÓPEZ, A. M., «La Constitución económica entre Derecho público y Derecho privado: crónica de una dualidad», pp. 811-812.

⁵⁸⁵ GONZÁLEZ CASANOVA, J. A., *op. cit.*, p. 445.

⁵⁸⁶ En este sentido, *ibidem*, p. 446.

⁵⁸⁷ Explicando la génesis y contenido de los mecanismos que contiene esta determinación, PÉREZ ROYO, J., *La reforma constitucional...*, *op. cit.*, pp. 107-132.

⁵⁸⁸ PISARELLO PRADOS, G., *Un largo Termidor...*, *op. cit.*, pp. 177-178.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

concreta de mando militar supremo aneja a la misma⁵⁸⁹: su función *política* “singular” quedó asegurada en el nuevo orden constitucional⁵⁹⁰. Asimismo, el papel del conjunto de las Fuerzas Armadas resultó igualmente determinante en el camino último seguido en la Transición, tanto al permitir su desarrollo como al establecer los límites infranqueables en el conjunto del proceso (principalmente definidos en la posible ascensión de la influencia *política* del Partido Comunista y en el peligro de secesión de alguno de los territorios del país)⁵⁹¹; su papel *constitucional* como *garante* “último” del respeto general a los principios esenciales del orden *nacional* existente fue confirmado en la Constitución de 1978⁵⁹².

Y la cuarta se establece en virtud del anclaje *exterior* del orden económico e institucional del país al bloque occidental⁵⁹³, especialmente mediante la adhesión española a la Comunidad Económica Europea, así como a la OTAN⁵⁹⁴. De hecho, se advierte ya desde el principio del proceso de transición una vinculación estrecha entre las políticas de ajuste económico iniciadas con los Pactos de la Moncloa y la voluntad de integración en la CEE⁵⁹⁵.

⁵⁸⁹ En este sentido, GONZÁLEZ CASANOVA, J. A., *op. cit.*, pp. 437-439, GONZÁLEZ ENCINAR, J. J., MIRANDA, J., LAMOUNIER, B. y NOHLEN, D., *op. cit.*, p. 21 y PÉREZ ROYO, J., *La reforma constitucional...*, *op. cit.*, p. 72.

⁵⁹⁰ Ver en CLAVERO SALVADOR, B., *España, 1978...*, *op. cit.*, p. 249, GONZÁLEZ CASANOVA, J. A., *op. cit.*, pp. 459-460, HERRERO DE MIÑÓN, M., *op. cit.*, pp. 246-252, PÉREZ ROYO, J., *La reforma constitucional...*, *op. cit.*, pp. 22-23 y PISARELLO PRADOS, G., *Un largo Termidor...*, *op. cit.*, p. 177. Para una consideración teórica acerca de la función de la Jefatura del Estado, PÉREZ ROYO, J., «Jefatura de Estado y democracia parlamentaria», pp. 19-21 y 26-27.

⁵⁹¹ En este sentido, GONZÁLEZ CASANOVA, J. A., *op. cit.*, p. 439, GONZÁLEZ ENCINAR, J. J., MIRANDA, J., LAMOUNIER, B. y NOHLEN, D., *op. cit.*, p. 21 y LINZ, J. J. y STEPAN, A., *op. cit.*, p. 91; ver también GÓMEZ FORTES, B., *op. cit.*, p. 148. Resulta altamente significativo que la Ley para la Reforma Política avanzase decisivamente a partir del respaldo brindado a esta por parte de la cúpula militar en septiembre de 1976, ver SÁNCHEZ-CUENCA RODRÍGUEZ, I., *op. cit.*, pp. 181 y 281.

⁵⁹² CLAVERO SALVADOR, B., *España, 1978...*, *op. cit.*, pp. 248-249 y 250, GONZÁLEZ CASANOVA, J. A., *op. cit.*, pp. 444 y 461-463 y HERRERO DE MIÑÓN, M., *op. cit.*, pp. 166-167; también (aun con matices), en PÉREZ ROYO, J., *La reforma constitucional...*, *op. cit.*, p. 24.

⁵⁹³ En este sentido, GONZÁLEZ CASANOVA, J. A., *op. cit.*, pp. 445 y 446 y LINZ, J. J. y STEPAN, A., *op. cit.*, p. 219; para esta misma noción de “ancla”, ver HUNTINGTON, S. P., *op. cit.*, p. 153.

⁵⁹⁴ En este sentido, *ibidem*, pp. 88-89, MAXWELL, K., *op. cit.*, pp. 37 y 40-41 y PISARELLO PRADOS, G., *Procesos constituyentes...*, *op. cit.*, pp. 152-155. Para la importancia de la posibilidad de integración en la CEE, en contraste con la carencia de tal opción en el ámbito latinoamericano, ver PINTO, L. M. DA S. C., *op. cit.*, p. 203 (en notas al pie).

⁵⁹⁵ Ver en FUENTES QUINTANA, E., *op. cit.*, p. 54.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

Por ello, respecto a la discusión acerca de si el proceso constituyente español puede ser descrito, *políticamente*, como *reforma* o como *ruptura pactada*⁵⁹⁶, cabe indicar que, por sus decisiones y resultados, este se aproxima más, en realidad, a la noción de *reforma total* del ordenamiento constitucional vigente en el momento, al preservarse el contenido *material* fundamental de la Constitución existente mediante una transformación general del texto constitucional formalmente vigente⁵⁹⁷. En última instancia, con la culminación del proceso de *transición* se consolida la continuidad *esencial* del orden *social* preexistente, en sus distintas manifestaciones y dimensiones⁵⁹⁸. Pero es que también, desde una perspectiva estrictamente *jurídica*, el orden normativo posterior a 1978 no sólo se presenta como continuidad del vigente durante el propio régimen dictatorial, sino que se reafirma la ruptura (previamente existente) con los sistemas normativos concretamente establecidos por las instituciones de la II República⁵⁹⁹; en comparación, la adhesión de España a las Comunidades Europeas sí dio lugar a un proceso de transformación mucho más profunda en el ordenamiento jurídico aplicable en el país, materializado en especial a partir de la puesta en marcha del Tratado de la Unión Europea en 1993⁶⁰⁰. La diferencia *sustancial* entre el régimen anterior y el actual se halla en el “techo” de las aspiraciones *políticas* de transformación alcanzables: si, en el orden dictatorial, este era particularmente bajo (y, valga la metáfora, de “hormigón gris”), ahora, con el nuevo sistema democrático, dicho límite estará situado a mayor altura y parecerá hecho de “cristal transparente” (sugiriendo la posibilidad de “alcanzar el cielo”), aunque no por ello dejará de ser igualmente “sólido”.

Finalmente, es necesario señalar la significativa trascendencia del proceso constituyente español a nivel global, al ser asumido internacionalmente como la

⁵⁹⁶ O como “*reformismo constituyente*” ver LUCAS VERDÚ, P., «La singularidad del...», *op. cit.*, p. 13. En esta idea de proceso “limitado”, PISARELLO PRADOS, G., *Procesos constituyentes...*, *op. cit.*, p. 137.

⁵⁹⁷ En un sentido similar al expresado, en GARCÍA-LÓPEZ, E., «La transición política española como expresión de la acción de un poder constituyente evolutivo», pp. 171-173; indirectamente, ver también GONZÁLEZ CASANOVA, J. A., *op. cit.*, p. 463. Más adelante se precisará el contenido e interrelación de lo *material* y lo *formal* en el ámbito constitucional.

⁵⁹⁸ DE CABO MARTÍN, C., *Conflicto y constitución...*, *op. cit.*, p. 162 y GONZÁLEZ CASANOVA, J. A., *op. cit.*, p. 444.

⁵⁹⁹ REQUEJO PAGÉS, J. L., *Las normas preconstitucionales y el mito del poder constituyente*, pp. 129-134 y 143-145.

⁶⁰⁰ *Ibidem*, pp. 145-146.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

expresión de un rotundo “éxito”; en las siguientes décadas, la Transición española será acogida como *modelo* a seguir en múltiples procesos posteriores, desde América Latina hasta Europa Central y Oriental⁶⁰¹.

E) El proceso de transición *constitucional* brasileño.

De forma similar a lo acontecido en España, entre las décadas de 1970 y 1980 se llevó a cabo en Brasil un largo proceso de transición desde un régimen dictatorial anticomunista (instaurado en 1964) hasta la aprobación de la constitución actualmente vigente en 1988⁶⁰². Su contexto vino determinado por el empeoramiento gradual de las tensiones sociales, como consecuencia de la repercusión en el país de la crisis económica mundial (trasladada localmente en términos de deuda externa, inflación y desempleo)⁶⁰³: resulta significativo que la adopción de medidas de “ajuste” económico por parte del gobierno dictatorial se viera decisivamente obstaculizada ante la perspectiva de las consecuencias políticamente desestabilizadoras de estas⁶⁰⁴.

El proceso de cambio se caracterizó, esencialmente, por la progresiva recuperación de los principios institucionales de la democracia formal y la reintroducción de la acción “legal” de los partidos políticos: de tal forma, en enero de 1985 se llevaron a cabo elecciones presidenciales (todavía regidas por la normativa de la propia dictadura), que dieron paso al primer presidente civil en más de dos

⁶⁰¹ Así, en AZPITARTE SÁNCHEZ, M., «Sobre la utilidad contemporánea del concepto de poder constituyente», p. 843, FREIXES, T., «La proyección e influencia de la Constitución española de 1978», p. 145, HUNTINGTON, S. P., *op. cit.*, pp. 101-102, 122 y 146, LÓPEZ GUERRA, L., «The Application of the Spanish Model in the Constitutional Transitions in Central and Eastern Europe», pp. 1942-1944 y 1945-1950, MAXWELL, K., *op. cit.*, p. 47, PISARELLO PRADOS, G., *Procesos constituyentes...*, *op. cit.*, p. 135 y VALADÉS, D., «La Constitución española y el nuevo constitucionalismo euroamericano», pp. 152-153; con todo, no está claro si el proceso español fue una referencia directa o indirecta en las transiciones de Europa Central y Oriental, ver LÓPEZ GUERRA, L., «The Application of...», *op. cit.*, p. 1939. La consideración de la Transición española como “modelo” genérico se destaca en LINZ, J. J. y STEPAN, A., *op. cit.*, p. 83 y LÓPEZ GUERRA, L., «The Application of...», *op. cit.*, p. 1937 (su descripción, en *ibidem*, pp. 1940-1942 y 1945).

⁶⁰² Algunos autores extienden la transición hasta la primera elección presidencial por sufragio universal: ver, por ejemplo, KINZO, M. D. G., «Transitions: Brazil», pp. 23 y 32. Para el inicio de este proceso, ROSENN, K. S., «Conflict Resolution and Constitutionalism. The Making of the Brazilian Constitution of 1988», p. 439 y WELP, Y., *op. cit.*, p. 91.

⁶⁰³ GONZÁLEZ ENCINAR, J. J., MIRANDA, J., LAMOUNIER, B. y NOHLEN, D., *op. cit.*, p. 8 y KINZO, M. D. G., *op. cit.*, pp. 22-23, 25-26 y 30. En este sentido, también FONTANA LÁZARO, J., *op. cit.*, pp. 534-535.

⁶⁰⁴ En este sentido, KINZO, M. D. G., *op. cit.*, p. 26.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

décadas⁶⁰⁵. Con todo, si bien las fuerzas gobernantes habían tenido que ir “cediendo” gradualmente en la concesión de parcelas de “poder” y en el reconocimiento efectivo de derechos y libertades civiles y políticos, la transición brasileña estuvo siempre bajo el control firme de las Fuerzas Armadas⁶⁰⁶. Mediante el uso de una combinación de mecanismos de *negociación y represión*, unida a la capacidad de ir seleccionando a los interlocutores de la oposición, en función de la “moderación” de las posiciones que mostrasen, y con la disposición de todos sus recursos administrativos y normativos, el gobierno dictatorial pudo ir secuenciando relativamente en el tiempo el conjunto del proceso de cambio, bloqueando el avance de posibles reivindicaciones y movilizaciones populares potencialmente más “radicales” (incluyendo aquellas que reclamasen la implementación de programas de redistribución económica o la persecución de los crímenes de la dictadura)⁶⁰⁷.

La apertura formal del proceso constituyente, así, era la expresión de la necesidad de *legitimar* públicamente la andadura del nuevo régimen institucional que sucedía a la dictadura⁶⁰⁸. En noviembre de 1986 se celebraron las elecciones a las cámaras legislativas, las cuales asumirían conjuntamente la función de redactar y aprobar una nueva Constitución⁶⁰⁹: estas fueron regidas por un sistema electoral diseñado por la propia dictadura, siguiendo criterios “estratégicos”, y estaba aquejado de significativas deficiencias en cuanto a agilidad y transparencia⁶¹⁰. Los comicios resultaron en la configuración de una sólida mayoría “centrista” en la Asamblea Nacional

⁶⁰⁵ *Ibidem*, pp. 26-29, ROSENN, K. S., *op. cit.*, p. 440 y WELP, Y., *op. cit.*, p. 91.

⁶⁰⁶ En este sentido, LINZ, J. J. y STEPAN, A., *op. cit.*, pp. 168-169 y WELP, Y., *op. cit.*, pp. 92 y 95; respecto a su poder de “veto” en la etapa final de la transición, KINZO, M. D. G., *op. cit.*, p. 23, WELP, Y., *op. cit.*, p. 95 y (en una línea similar) ROSENN, K. S., *op. cit.*, p. 447. Con una postura opuesta (siguiendo a Bolívar Lamounier), VALADÉS, D., *op. cit.*, p. 157.

⁶⁰⁷ LÓPEZ-AGUILAR, J. F., «Aproximación al proceso constituyente en Brasil 1985/1988», pp. 405-408; ver también ROSENN, K. S., *op. cit.*, p. 458 y WELP, Y., *op. cit.*, p. 92.

⁶⁰⁸ GONZÁLEZ ENCINAR, J. J., MIRANDA, J., LAMOUNIER, B. y NOHLEN, D., *op. cit.*, p. 10.

⁶⁰⁹ *Ibidem*, p. 15 y WELP, Y., *op. cit.*, p. 95. Para la posición determinante de la cúpula de las Fuerzas Armadas a favor de radicar en el Congreso la elaboración del futuro texto constitucional, ROSENN, K. S., *op. cit.*, pp. 440-441.

⁶¹⁰ En este sentido, LÓPEZ-AGUILAR, J. F., *op. cit.*, p. 411, ROSENN, K. S., *op. cit.*, p. 441 y SHARE, D. y MAINWARING, S., *op. cit.*, pp. 96 y 115.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

Constituyente, lo cual aseguraba la no inclusión de elementos sustanciales de “ruptura” respecto al régimen saliente en el futuro ordenamiento constitucional⁶¹¹.

Aún más: los primeros procesos electorales bajo el nuevo marco institucional “civil” supusieron la culminación exitosa del proceso de “reconversión democrática” de las elites que habían apoyado a la dictadura durante su trayectoria (expresión también de los significativos apoyos sociales de los que esta gozaba): el grueso de dirigentes políticos del régimen dictatorial (supuestamente en desaparición) logró, mediante su acomodo en los nuevos partidos “moderados”, mantener posiciones cruciales de gobierno e influencia en el nuevo marco institucional⁶¹². Con todo, estos no serían los únicos actores políticos destacados en el desarrollo del nuevo texto constitucional: durante los propios trabajos de redacción de la futura “Carta Magna”, se verificó la intervención determinante de las Fuerzas Armadas, que consiguieron condicionar con éxito algunos de sus contenidos potenciales más importantes (tanto los de carácter más netamente social como aquellos que más podían afectar al propio estatus de estas como sujeto institucional *autónomo*)⁶¹³. El resultado de las diversas presiones antagónicas fue la articulación de contenidos heterogéneos y contradictorios entre sí en la Constitución⁶¹⁴; con todas estas “hipotecas”, el texto constitucional final, aprobado definitivamente en septiembre de 1988, entro en vigor al mes siguiente sin haber sido sometido a referéndum popular ratificatorio⁶¹⁵.

En general, las transformaciones institucionales de la década de 1980 se llevaron a cabo políticamente de espaldas a la mayoría de la población que, tras la entrada en vigor de la Constitución, siguió sufriendo su secular posición de postración, explotación y

⁶¹¹ GONZÁLEZ ENCINAR, J. J., MIRANDA, J., LAMOUNIER, B. y NOHLEN, D., *op. cit.*, p. 15 y LÓPEZ-AGUILAR, J. F., *op. cit.*, pp. 411-412; igualmente (aunque con una visión más positiva del resultado) en PISARELLO PRADOS, G., *Un largo Termidor...*, *op. cit.*, p. 190 (nota 39).

⁶¹² LÓPEZ-AGUILAR, J. F., *op. cit.*, pp. 406-407; ver también ROSENN, K. S., *op. cit.*, p. 442.

⁶¹³ LINZ, J. J. y STEPAN, A., *op. cit.*, p. 169; respecto al estatus de las Fuerzas Armadas en el nuevo texto constitucional, ROSENN, K. S., *op. cit.*, p. 447 y WELP, Y., *op. cit.*, pp. 97 y 99.

⁶¹⁴ KINZO, M. D. G., *op. cit.*, p. 32 y ROSENN, K. S., *op. cit.*, pp. 452 y 458.

⁶¹⁵ En este sentido, GONZÁLEZ ENCINAR, J. J., MIRANDA, J., LAMOUNIER, B. y NOHLEN, D., *op. cit.*, p. 20, LÓPEZ-AGUILAR, J. F., *op. cit.*, p. 425 y ROSENN, K. S., *op. cit.*, pp. 451-452; ver también WELP, Y., *op. cit.*, p. 97. Una visión más “optimista” acerca de la Constitución brasileña (y bastante parca respecto al proceso constituyente previo en general), en PISARELLO PRADOS, G., *Procesos constituyentes...*, *op. cit.*, pp. 109-110 y 112. Se puede consultar el texto constitucional actual en *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

persecución por parte de los grupos sociales dominantes⁶¹⁶. Así pues, la principal consecuencia del *proceso constituyente* brasileño fue que el orden social del país se mantuvo prácticamente sin variaciones, especialmente en los territorios rurales: muy en especial, se denota la exclusión de toda iniciativa de reforma agraria (en gran medida, por exigencia de los militares⁶¹⁷)⁶¹⁸. Del mismo modo, se mantuvo el especial papel de las Fuerzas Armadas como “*garante*” del orden político establecido⁶¹⁹. Así pues, a lo largo de la década siguiente se avanzaría decisivamente en el programa de implantación de la estrategia *neoliberal* en el país⁶²⁰.

F) El reajuste “democrático” del orden político de Filipinas.

A lo largo de la década de 1980, los procesos de alineamiento, rectificación o adaptación al orden político *occidental*, en su nueva modelización contenida en la estrategia *neoliberal*, no se limitaron exclusivamente a Europa y América Latina; a mediados de este periodo, un nuevo proceso constituyente se abrió paso en el Sudeste Asiático, concretamente en Filipinas.

Durante el periodo de auge económico global posterior a la Segunda Guerra Mundial, el gobierno filipino emprendió un proceso de desarrollo basado en el fomento de los sectores exportadores existentes y la sustitución progresiva de importaciones por producción nacional⁶²¹. Ello no significó, sin embargo, un cambio fundamental en el orden político del país, que siguió orientado hacia la salvaguarda de la dominación de los grandes terratenientes locales⁶²². Durante la primera etapa de Ferdinand Marcos en la presidencia del país (desde 1965 hasta 1972), esta senda de desarrollo fue experimentando una serie de cambios⁶²³. Así, se emprendió un proceso acelerado de industrialización orientado hacia las exportaciones de bienes intensivos en trabajo, que

⁶¹⁶ SHARE, D. y MAINWARING, S., *op. cit.*, p. 134; ver también ROSENN, K. S., *op. cit.*, p. 459.

⁶¹⁷ LINZ, J. J. y STEPAN, A., *op. cit.*, p. 169.

⁶¹⁸ En este sentido, KINZO, M. D. G., *op. cit.*, p. 36, ROSENN, K. S., *op. cit.*, pp. 451 y 459 y SHARE, D. y MAINWARING, S., *op. cit.*, pp. 95 y 135.

⁶¹⁹ LÓPEZ-AGUILAR, J. F., *op. cit.*, p. 409 y ROSENN, K. S., *op. cit.*, pp. 447 y 458.

⁶²⁰ FONTANA LÁZARO, J., *op. cit.*, pp. 535 y 551-552.

⁶²¹ JOSE, V. R., «Philippine External Debt Problem: The Marcos Years», p. 222.

⁶²² En este sentido, OVERHOLT, W. H., «The Rise and Fall of Ferdinand Marcos», p. 1138.

⁶²³ Ver *ibidem*, pp. 1137-1138.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

estaba regido y financiado por la entrada de compañías transnacionales occidentales⁶²⁴. Asimismo, se desarrolló un intenso proceso de concentración de capitales locales, con la formación de monopolios (tanto privados como públicos) al servicio de la consecución de la estrategia de desarrollo⁶²⁵: en este sentido, se llevó a cabo un programa de inversiones en infraestructuras (financiado mediante la atracción de capitales extranjeros, en la forma de un fuerte crecimiento de la deuda externa y de la inversión extranjera directa⁶²⁶)⁶²⁷. En tercer lugar, se iniciaron procesos de modernización agraria que, si bien no llegaban al nivel de reforma agraria (esto es, cambiando de una vez la estructura de propiedad de la tierra a favor de millones de campesinos), sí afectaron considerablemente a la tradicional posición de preeminencia social de los grupos terratenientes⁶²⁸.

Con todo, esta fase de desarrollo económico conllevaba el empeoramiento de las condiciones de explotación de buena parte de la población trabajadora del país: el crecimiento paulatino del descontento social se tradujo paulatinamente, a lo largo de la década de 1960, en el auge de las fuerzas de oposición al régimen oligárquico imperante *de facto*⁶²⁹. La conflictividad subsiguiente no dejaría de ser contestada por las fuerzas políticas dominantes, crecientemente aglutinadas, en este propósito, en torno a la figura del presidente Marcos: su respuesta principal fue, en 1972, la proclamación de la Ley Marcial, seguida de la proclamación de un nuevo texto constitucional al año siguiente⁶³⁰. Con la entrada en acción del nuevo régimen institucional, más intensamente represivo (el cual logró aplastar temporalmente a las fuerzas opositoras y acallar a los grupos privilegiados dudosos), la estrategia de desarrollo económico se profundizó y dinamizó⁶³¹. Todo ello fue cristalizando, a lo largo de la década de 1970, en la formulación de un orden político crecientemente autocrático, centrado en torno a

⁶²⁴ En este sentido, JOSE, V. R., *op. cit.*, pp. 224, 225, 226 y 230-232.

⁶²⁵ Ver en OVERHOLT, W. H., *op. cit.*, pp. 1144-1145.

⁶²⁶ JOSE, V. R., *op. cit.*, pp. 227-230 y 235-236 y OVERHOLT, W. H., *op. cit.*, p. 1146.

⁶²⁷ JOSE, V. R., *op. cit.*, pp. 224-225 y OVERHOLT, W. H., *op. cit.*, p. 1141.

⁶²⁸ Ver JOSE, V. R., *op. cit.*, p. 224 y OVERHOLT, W. H., *op. cit.*, p. 1141. Para la paralización final de buena parte de las medidas principales adoptadas, ver *ibidem*, p. 1143.

⁶²⁹ En este sentido, JOSE, V. R., *op. cit.*, p. 223 y OVERHOLT, W. H., *op. cit.*, p. 1139.

⁶³⁰ JOSE, V. R., *op. cit.*, pp. 223-224. Para el apoyo de buena parte de las elites económicas al establecimiento del régimen dictatorial, OVERHOLT, W. H., *op. cit.*, pp. 1141-1142.

⁶³¹ Ver JOSE, V. R., *op. cit.*, p. 224 y OVERHOLT, W. H., *op. cit.*, pp. 1140-1141.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

la figura personalista del presidente Marcos, quien cimentó su posición de preeminencia en la vida política del país con la consolidación de una facción “leal” crecientemente enfrentada al resto de grupos tradicionalmente dominantes (en buena medida, al proceder a “copar” en exclusiva la mayor parte de las nuevas parcelas de poder económico establecidas mediante la acción del Estado filipino)⁶³².

El régimen de Marcos no pudo escapar de las contradicciones sociales existentes: así, la agudización de la crisis económica general a finales de la década de 1970 supuso el hundimiento de los precios de las principales exportaciones agrarias (parejo a la importante subida del precio del petróleo), la reducción de las exportaciones industriales por la imposición de nuevas medidas arancelarias en los principales países de destino, el incremento disparatado de la deuda externa (y de su servicio), la fuga de capitales extranjeros y el fuerte aumento del desempleo: todo ello golpeó con dureza a las capas más pobres de la población⁶³³. La principal consecuencia política fue la generalización de la lucha contra el régimen: tanto las organizaciones guerrilleras comunistas como las independentistas del sur del país multiplicaron sus apoyos y capacidad de combate (especialmente en el ámbito rural) desde finales de la década de 1970 y primera mitad de la siguiente⁶³⁴; por su parte, la oposición “moderada” a la facción de Marcos entre los grupos sociales dominantes (especialmente entre la llamada “clase media”, incluyendo el grueso del empresariado⁶³⁵) también cobró brío⁶³⁶.

La única respuesta significativa de la “camarilla” del presidente ante la situación en desarrollo fue el incremento de los niveles de violencia contra sus distintos adversarios, fuesen la oposición “moderada” (con un salto cualitativo a partir del asesinato de su principal dirigente en agosto de 1983⁶³⁷) o los grupos insurgentes

⁶³² Ver JOSE, V. R., *op. cit.*, pp. 224 y 237 y OVERHOLT, W. H., *op. cit.*, pp. 1141, 1143, 1147 y 1148.

⁶³³ En este sentido, JOSE, V. R., *op. cit.*, pp. 238-242, HUNTINGTON, S. P., *op. cit.*, p. 59 y OVERHOLT, W. H., *op. cit.*, pp. 1149-1150.

⁶³⁴ MAGNO, JR., J. P. y JAMES GREGOR, A., «Insurgency and Counterinsurgency in the Philippines», pp. 501-502 y 506 y BACHO, P., «U.S.-Philippine Relations in Transition. The Issue of the Bases», pp. 651-652; para el crecimiento de la guerrilla en la década de 1970, OVERHOLT, W. H., *op. cit.*, pp. 1146-1147.

⁶³⁵ Ver HUNTINGTON, S. P., *op. cit.*, pp. 72 y 137-138.

⁶³⁶ En este sentido, BELLO, W., «Aquino's elite populism: initial reflections», pp. 1027-1028 y OVERHOLT, W. H., *op. cit.*, pp. 1153 y 1160.

⁶³⁷ *Ibidem*, pp. 1156-1157.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

(mediante la intensificación de la acción militar represiva contra estos)⁶³⁸. Estos procesos no hicieron sino exacerbar la grave situación de crisis económica y contribuyeron a minar aún más los apoyos hacia el régimen (inclusive en el mismo seno de las organizaciones militar y de seguridad estatales⁶³⁹), a la vista de su incapacidad para solucionar los múltiples problemas de desestabilización económica (agudizados por el cumplimiento de las medidas de liberalización comercial exigidas por el Banco Mundial⁶⁴⁰) y política (con el progresivo fracaso de la lucha contrainsurgente⁶⁴¹)⁶⁴². Igualmente, los sucesivos reveses fueron minando la capacidad de decisión y actuación del propio gobierno (en función de las crecientes disensiones en su seno)⁶⁴³.

Finalmente, y como consecuencia de la defección de un sector de la facción presidencial más cercana (especialmente, de parte de la jerarquía de las Fuerzas Armadas), la maquinaria para derribar al régimen de Marcos se puso en marcha, con la Iglesia católica ejerciendo un papel de coordinación y dirección crucial⁶⁴⁴. El detonante fueron las denuncias de fraude en las elecciones presidenciales de febrero de 1986, que llevaron al desarrollo de multitudinarias manifestaciones (protagonizadas por la “clase media”⁶⁴⁵) en las calles de Manila, y que no fueron disueltas por los organismos represivos⁶⁴⁶. Enfrentado a la carencia objetiva de apoyos internos a la continuidad de Ferdinand Marcos y su entorno más cercano en el gobierno, Estados Unidos decidió dejar caer la dictadura filipina y apoyó su relevo por la coalición cívico-militar liderada

⁶³⁸ *Ibidem*, p. 1151.

⁶³⁹ *Ibidem*, p. 1158.

⁶⁴⁰ JOSE, V. R., *op. cit.*, pp. 232-234.

⁶⁴¹ OVERHOLT, W. H., *op. cit.*, pp. 1152 y 1158-1159. Reiterando esta conclusión, también HUNTINGTON, S. P., *op. cit.*, pp. 61 y 136.

⁶⁴² En este sentido, ver *ibidem*, pp. 61, 138, 182-183 y 214 y JOSE, V. R., *op. cit.*, pp. 242-243.

⁶⁴³ OVERHOLT, W. H., *op. cit.*, p. 1159.

⁶⁴⁴ BELLO, W., *op. cit.*, p. 1028 y CONSTANTINO, V. R., «EDSA Revisited», p. 426. Para el papel central de la Iglesia católica en el fin del régimen de Marcos, HUNTINGTON, S. P., *op. cit.*, pp. 80 y 86.

⁶⁴⁵ Ver *ibidem*, p. 184.

⁶⁴⁶ Ver CONSTANTINO, V. R., «EDSA Revisited», p. 426, HUNTINGTON, S. P., *op. cit.*, p. 183, OVERHOLT, W. H., *op. cit.*, p. 1162 y VILLEGAS, B. M., «The Philippines in 1986. Democratic Reconstruction in the Post-Marcos Era», pp. 195-196.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

por Corazón Aquino: esta acción resultó decisiva en el curso final de los acontecimientos⁶⁴⁷.

La nueva presidenta asumió para sí los poderes estatales, en virtud de un supuesto "mandato soberano del pueblo", y promulgó una Constitución provisional en marzo de 1986 (eliminando así una parte de las determinaciones del texto constitucional anterior)⁶⁴⁸. En este sentido, la tarea de elaboración de un texto definitivo fue llevada a cabo por una comisión constituida y designada al efecto por la nueva presidenta en mayo de 1986⁶⁴⁹. Los trabajos de redacción se iniciaron al mes siguiente y se completaron en octubre del mismo año⁶⁵⁰: la propuesta resultante fue presentada a referéndum en febrero de 1987, siendo aprobada por el 76,3% de los votos emitidos⁶⁵¹. Sin embargo, en cuanto a contenidos reales, el nuevo régimen no trajo consigo cambios políticos drásticos. Durante la presidencia de Aquino se sostuvieron los mismos fundamentos de política económica de las décadas anteriores (incluyendo la paralización real de la iniciativa de reforma agraria⁶⁵²)⁶⁵³ y se procedió a implementar distintas medidas para la materialización del modelo neoliberal en el país asiático⁶⁵⁴; asimismo, se mantuvo la tradicional posición de dependencia y sumisión económica, política, militar y cultural respecto a Estados Unidos⁶⁵⁵. Adicionalmente, se agudizó la acción represiva, ahora focalizada contra los distintos grupos insurgentes (tras el fracaso

⁶⁴⁷ CONSTANTINO, V. R., «EDSA Revisited», p. 426 y HUNTINGTON, S. P., *op. cit.*, pp. 96, 98 y 182. Para la caracterización de los distintos actores políticos integrantes de la coalición victoriosa, BELLO, W., *op. cit.*, pp. 1022-1024.

⁶⁴⁸ Para las orientaciones básicas seguidas en este proceso inicial, ver PRESIDENT OF THE PHILIPPINES, *Proclamation No. 1* e *idem*, *Proclamation No. 3*.

⁶⁴⁹ Ver las delimitaciones fundamentales de la Comisión Constitucional en *idem*, *Proclamation No. 9*.

⁶⁵⁰ VILLEGAS, B. M., *op. cit.*, p. 202.

⁶⁵¹ Si bien la consulta fue enfocada más bien como un plebiscito de apoyo a la nueva presidenta (ocupando el debate acerca del texto constitucional una posición secundaria), ver HERNANDEZ, C. G., «The Philippines in 1987. Challenges of Redemocratization», pp. 230-231. El detalle de los resultados del referéndum (no contiene datos de participación), en PRESIDENT OF THE PHILIPPINES, *Proclamation No. 58*, p. 1. Se puede consultar el texto constitucional (versión actual) en *The Constitution of the Republic of the Philippines*.

⁶⁵² Ver BACHO, P., *op. cit.*, p. 655 y HERNANDEZ, C. G., *op. cit.*, p. 235.

⁶⁵³ CONSTANTINO, V. R., «EDSA Revisited», pp. 426-427.

⁶⁵⁴ FONTAINE, R. W., «The Philippines: After Aquino», p. 174.

⁶⁵⁵ CONSTANTINO, V. R., «The Opposite of Marcos?», p. 417. Adicionalmente, en este sentido, FONTAINE, R. W., *op. cit.*, pp. 188-189.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

de las conversaciones de paz con estos), incluyendo el fomento de múltiples grupos paramilitares (los llamados “*vigilantes*”)⁶⁵⁶.

Así pues, la llamada “*revolución del poder del pueblo*” filipina de febrero de 1986 puede ser caracterizada como una operación de recambio de elites, en prevención de un posible colapso efectivo del conjunto del orden político existente, que no alteró sustancialmente las bases fundamentales del ordenamiento constitucional del país (por mucho que incluyera el “restablecimiento” de un régimen institucional formalmente “democrático”)⁶⁵⁷. Esta estrategia se repetirá de nuevo, en sus rasgos esenciales, solo tres años después, esta vez en otro ámbito geográfico completamente distinto (el sudamericano), con el proceso de liquidación de la dictadura paraguaya que se analizará a continuación.

G) El proceso constituyente paraguayo como operación de *recambio* institucional.

Desde la década de 1950, Paraguay estuvo gobernado por un régimen dictatorial que respondía, *internamente*, a los intereses de los grupos económicos dominantes en el país (organizados políticamente en el Partido Colorado) y, *globalmente*, a su pertenencia al bloque occidental (contando, por ende, con el apoyo decidido de Estados Unidos, dado su inequívoco talante *anticomunista*⁶⁵⁸); en su cúspide dirigente se situaba el general Alfredo Stroessner, perteneciente al Partido Colorado y que ostentaba la presidencia del país y el mando supremo de las Fuerzas Armadas⁶⁵⁹. El sistema político funcionaba mediante la represión de toda oposición real al gobierno, el establecimiento de una densa red clientelar y la consecución de medidas de “desarrollismo” económico⁶⁶⁰.

⁶⁵⁶ Ver en VAN DER KROEF, J. M., «The Philippines. Day of the Vigilantes», pp. 631-642, BACHO, P., *op. cit.*, p. 654 y HERNANDEZ, C. G., *op. cit.*, pp. 236-237.

⁶⁵⁷ En este sentido, CONSTANTINO, V. R., «EDSA Revisited», p. 426 y BELLO, W., *op. cit.*, p. 1024.

⁶⁵⁸ NICKSON, A., «The Overthrow of the Stroessner Regime: Re-Establishing the Status Quo», p. 195 y UHARTE POZAS, L. M., «El proceso de democratización paraguayo: avances y resistencias», p. 22.

⁶⁵⁹ FRETES CARRERAS, L. A., «La consolidación democrática en Paraguay», pp. 69-70 y NICKSON, A., *op. cit.*, p. 191.

⁶⁶⁰ Ver en LÓPEZ, M., «La restauración del orden democrático en Paraguay. Apuntes para entender el triunfo de Fernando Lugo dentro de una larga transición inconclusa», pp. 82-83, NICKSON, A., *op. cit.*, pp. 193-197 y UHARTE POZAS, L. M., *op. cit.*, p. 22.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

Sin embargo, la crisis económica mundial de la década de 1980 (que conllevó la caída de los precios de las exportaciones del país) provocó las primeras tensiones económicas (en torno al crecimiento acelerado de la deuda externa, el abandono del tipo de cambio fijo con el dólar y el aumento de la inflación) y, en consecuencia, sociales⁶⁶¹. Con ello, se agravaron las luchas intestinas por la dirección del Estado (ante la futura sucesión del envejecido dictador), en las que la camarilla más cercana personalmente a la figura del propio Stroessner se enfrentaría al resto de sectores políticos que formaban parte del régimen (como eran el sector *tradicional* del Partido Colorado y el mando de las Fuerzas Armadas)⁶⁶².

En febrero de 1989, se produjo un golpe de Estado que derrocó a Stroessner y puso al frente del gobierno al general Andrés Rodríguez (quien había sido uno de los más destacados colaboradores del dictador)⁶⁶³. Este movimiento, protagonizado por los militares (que veían amenazada su posición *autónoma* en el sistema político paraguayo⁶⁶⁴), fue apoyado internamente por las elites económicas tradicionales (que recelaban de las medidas populistas del grupo de Stroessner⁶⁶⁵) y la Iglesia católica (debido a la creciente inclinación de esta hacia la defensa de los *derechos humanos*⁶⁶⁶). Externamente, sería respaldado por Estados Unidos, en función de la creciente importancia del discurso de los *derechos humanos* en la administración Reagan, así como por la voluntad de ver aplicados en el país los programas de ajuste estructural del FMI no implementados por la camarilla dictatorial en el periodo inmediatamente anterior al golpe⁶⁶⁷. Serían los grupos políticos ya dominantes durante la dictadura quienes dirigirían el proceso de transición hacia el establecimiento de un orden institucional *democrático*, con las Fuerzas Armadas ejercitando una especial función

⁶⁶¹ LÓPEZ, M., *op. cit.*, pp. 84-85, NICKSON, A., *op. cit.*, pp. 196-197 y 201-202 y UHARTE POZAS, L. M., *op. cit.*, p. 23.

⁶⁶² LÓPEZ, M., *op. cit.*, p. 85, FRETES CARRERAS, L. A., *op. cit.*, p. 70 y NICKSON, A., *op. cit.*, pp. 197-199.

⁶⁶³ FRETES CARRERAS, L. A., *op. cit.*, p. 70 y NICKSON, A., *op. cit.*, p. 185.

⁶⁶⁴ Ver en LÓPEZ, M., *op. cit.*, p. 85 y NICKSON, A., *op. cit.*, pp. 202-203.

⁶⁶⁵ *Ibidem*, p. 204.

⁶⁶⁶ *Ibidem*, p. 200.

⁶⁶⁷ En este sentido, *ibidem*, pp. 200-201, 202 y 204 y UHARTE POZAS, L. M., *op. cit.*, p. 23.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

tutelar; la oposición al *régimen* (insuficientemente articulada y recuperándose todavía de la represión sufrida durante décadas) no tuvo una influencia significativa⁶⁶⁸.

El nuevo gobierno convocó elecciones presidenciales y legislativas para mayo de 1989, en las que pudieron concurrir la mayoría de partidos de la oposición, y que contaron con una participación del 54% y del 52% del censo, respectivamente: tanto el general Rodríguez como el Partido Colorado obtuvieron amplísimas victorias (rondando el 75% de los votos en ambos comicios) mediante el uso de todos los recursos políticos, administrativos y financieros a su alcance, frente a una oposición dividida de cara a la contienda electoral y todavía excluida de las instituciones estatales⁶⁶⁹.

Así pues, eliminado definitivamente de la escena política el sector *stronista*, y con el respaldo adquirido a través del triunfo en los comicios, el gobierno electo puso en marcha el proceso de implantación de la estrategia *neoliberal* en Paraguay, cuya política fundamental sería el proceso de privatización de las empresas de titularidad del Estado⁶⁷⁰: sin embargo, no se lograría recuperar la situación de recesión económica del país⁶⁷¹. En el ámbito de la estrategia de “ajuste” *político*, las transformaciones *institucionales* concurrentes debían ser *legitimadas* mediante el cambio del texto constitucional vigente desde 1967 (elaborado al servicio de la propia dictadura): por tanto, la apertura del proceso constituyente fue fruto de la iniciativa de los grupos políticos dominantes (aglutinados en la alianza entre las Fuerzas Armadas y el Partido Colorado⁶⁷²)⁶⁷³.

Las elecciones a la Convención Nacional Constituyente se celebraron en diciembre de 1991, y resultaron en la victoria del Partido Colorado, con el 55,1% de los votos (y una participación de 52,4% del censo)⁶⁷⁴. El proyecto de Constitución sería aprobado por la Convención en junio de 1992, entrando en vigor sin mediar ratificación

⁶⁶⁸ FRETES CARRERAS, L. A., *op. cit.*, p. 72.

⁶⁶⁹ En este sentido, *ibidem*, pp. 70-71 y 72, LÓPEZ, M., *op. cit.*, p. 86 y NICKSON, A., *op. cit.*, pp. 205-206. Los resultados de la convocatoria, en LEÓN RÖSCH, M. y ORTIZ ORTIZ, R., «Paraguay», pp. 431 y 436.

⁶⁷⁰ FRETES CARRERAS, L. A., *op. cit.*, pp. 71 y 72 y UHARTE POZAS, L. M., *op. cit.*, pp. 23-24.

⁶⁷¹ SONNTAG, H. R., «Crisis and regression: Ecuador, Paraguay, Peru, and Venezuela», p. 136.

⁶⁷² FRETES CARRERAS, L. A., *op. cit.*, pp. 71 y 72.

⁶⁷³ LÓPEZ, M., *op. cit.*, p. 87.

⁶⁷⁴ Los resultados de las elecciones, en LEÓN RÖSCH, M. y ORTIZ ORTIZ, R., *op. cit.*, p. 429.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

popular mediante referéndum⁶⁷⁵. El nuevo texto constitucional *democratizó* significativamente el orden *institucional* paraguayo (en comparación con el régimen anteriormente imperante) y amplió y reforzó la protección de derechos y libertades civiles y políticos⁶⁷⁶; sin embargo, no introdujo transformaciones *sociales* trascendentales pues, bien al contrario, reforzó la posición dominante de los sectores oligárquicos tradicionales en el conjunto del sistema *político* del país⁶⁷⁷.

H) El fin del régimen del *apartheid* y la transición sudafricana.

Uno de los países del mundo occidental donde el modelo de *colonialismo interno* alcanzó sus máximos niveles de desarrollo tras la Segunda Guerra Mundial fue Sudáfrica. Desde 1948, la minoría de raza blanca dominante desde la época colonial emprendió la construcción de un sistema integral de segregación racial, destinado a apuntalar su supremacía social sobre la población africana restante⁶⁷⁸.

Sin embargo, a la altura de la década de 1980, el régimen político imperante mostraba ya muestras claras de agotamiento⁶⁷⁹. La clave principal se encuentra en la permanente oposición de la mayoría de población, de raza negra, organizada mayoritariamente en torno al Congreso Nacional Africano (ANC) y el Partido Comunista (SACP), que no retrocedía aún a pesar de la intensa represión sufrida⁶⁸⁰. También resultó un factor destacado la creciente pérdida del apoyo exterior brindado por el resto de aliados *occidentales*: mientras la Guerra Fría había estado en pleno auge, Sudáfrica se había constituido en un baluarte anticomunista en la región (en especial frente a los movimientos populares en Angola, Mozambique, Namibia y el futuro Zimbabwe⁶⁸¹)⁶⁸²; ahora, con la disolución de las tensiones entre los grandes bloques

⁶⁷⁵ Para consultar la versión original de la Constitución paraguaya vigente, ver en «Constitución de la República del Paraguay».

⁶⁷⁶ FRETES CARRERAS, L. A., *op. cit.*, p. 72.

⁶⁷⁷ *Ibidem*, pp. 73-74 y UHARTE POZAS, L. M., *op. cit.*, p. 23.

⁶⁷⁸ Ver en WORDEN, N., *The Making of Modern South Africa. Conquest, Apartheid, Democracy* (5th ed.), pp. 104-108 y 117-123. Asimismo, FONTANA LÁZARO, J., *op. cit.*, pp. 370-371.

⁶⁷⁹ WORDEN, N., *op. cit.*, p. 131; igualmente, en PINTO, L. M. DA S. C., *op. cit.*, p. 219.

⁶⁸⁰ Ver en WORDEN, N., *op. cit.*, pp. 136-146.

⁶⁸¹ FONTANA LÁZARO, J., *op. cit.*, p. 371 y KASRILS, R., «Cuito Cuanavale, Angola. 25th Anniversary of a Historic African Battle», pp. 44-45.

⁶⁸² FONTANA LÁZARO, J., *op. cit.*, pp. 371-372.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

mundiales, el mantenimiento de un Estado *ideológicamente* racista era una anomalía que Occidente no estaba ya dispuesto a seguir asumiendo⁶⁸³. En este sentido, las convulsiones económicas globales del mismo periodo contribuyeron considerablemente a debilitar la capacidad de resistencia sudafricana frente a las presiones externas que abogaban por la consecución de la paz interna mediante la desaparición del carácter segregacionista del régimen (situación que también dificultaba la implementación de la estrategia *neoliberal* en el país)⁶⁸⁴. Con todo, el factor finalmente determinante fue el alarmante desgaste de las fuerzas militares y represivas del Estado (especialmente, con el fiasco de la guerra de agresión contra Angola): ello ponía en duda la capacidad de supervivencia del régimen mediante el uso de la fuerza⁶⁸⁵.

Siguiendo una estrategia similar a la observada en los casos español y brasileño, los propios grupos gobernantes sudafricanos tomaron la iniciativa de entablar negociaciones con la oposición, en un primer momento enfocadas hacia el ANC y posteriormente ampliadas al conjunto del espectro político⁶⁸⁶. En consecuencia, en 1990 se abrió a la luz pública un proceso que, en diciembre de 1991, pasó a una fase formal de discusión sobre el futuro del país (incluyendo las reformas a realizar, en ellas las de carácter constitucional) con la conformación de una mesa compuesta por distintos partidos políticos, la Convención por una Sudáfrica Democrática: esta finalizó en el verano de 1992 sin haberse alcanzado un acuerdo⁶⁸⁷. Sólo con el denominado Proceso de Negociación Multipartidista, abierto en abril de 1993 y culminado en noviembre del mismo año, se pudo encarrilar finalmente el proceso de transición en marcha: fruto de ello, el Parlamento sudafricano aprobó en diciembre de 1993 una Constitución transitoria que regiría los destinos del país, mientras que una Asamblea Constitucional, compuesta por la unión de las dos cámaras legislativas previstas en dicho documento

⁶⁸³ Ver EBRAHIM, H. y MILLER, L. E., «Creating the Birth Certificate of a New South Africa. Constitution Making after Apartheid», p. 143; indirectamente, también en WORDEN, N., *op. cit.*, p. 148.

⁶⁸⁴ *Ibidem*, pp. 133, 136, 145 y 147-148.

⁶⁸⁵ En este sentido, KASRILS, R., *op. cit.*, pp. 49-51 y WORDEN, N., *op. cit.*, p. 148; ver también EBRAHIM, H. y MILLER, L. E., *op. cit.*, p. 114.

⁶⁸⁶ En este sentido, *ibidem*, pp. 114-116 y WORDEN, N., *op. cit.*, pp. 147 y 149.

⁶⁸⁷ EBRAHIM, H. y MILLER, L. E., *op. cit.*, pp. 116-118, PINTO, L. M. DA S. C., *op. cit.*, pp. 219-220 y WORDEN, N., *op. cit.*, pp. 147 y 150.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

(cuyos miembros fueron elegidos por votación democrática en abril de 1994), se encargaría de elaborar el texto constitucional definitivo⁶⁸⁸.

La sucesión de acuerdos previos entre las principales fuerzas políticas y los propios contenidos, tanto sustantivos como procedimentales, de la Constitución transitoria ilustran una característica esencial del proceso constituyente sudafricano: por encima de la voluntad de las posibles mayorías resultantes de los sucesivos procesos electorales (encauzados, ya de por sí, a través de la normativa acordada al respecto en las propias negociaciones de transición, que restaba representatividad a la Asamblea⁶⁸⁹), se establecieron una serie de limitaciones sustantivas, guardadas por instancias “supremas” de control previamente constituidas⁶⁹⁰. Así, lejos de gozar de una capacidad “libre” de elaboración constitucional, la Asamblea Constituyente estaba sujeta al cumplimiento de un total de treinta y cuatro “Principios Constitucionales”, establecidos en la carta constitucional “temporal”, que habían de quedar plasmados en el contenido del documento constitucional final⁶⁹¹. A este respecto, el texto redactado por la Asamblea estaría sujeto a la certificación del cumplimiento de las previsiones anteriores por parte de la Corte Constitucional⁶⁹²: de hecho, en septiembre de 1996, esta rechazó el texto aprobado por la Asamblea, la cual tuvo que modificarlo y volverlo a someter a consideración de la Corte (esta segunda vez con éxito)⁶⁹³. Finalmente, el documento

⁶⁸⁸ BOTHA, H., «Instituting Public Freedom or Extinguishing Constituent Power? Reflections on South Africa's Constitution-Making Experiment», p. 67, EBRAHIM, H. y MILLER, L. E., *op. cit.*, pp. 118-125, KAY, R. S., *op. cit.*, p. 753, PINTO, L. M. DA S. C., *op. cit.*, pp. 220-223 y WORDEN, N., *op. cit.*, pp. 150-152; ver también BRANDT, M., COTTRELL, J., GHAI, Y. y REGAN, A., *op. cit.*, p. 262.

⁶⁸⁹ KAY, R. S., *op. cit.*, pp. 753-754.

⁶⁹⁰ BOTHA, H., *op. cit.*, p. 67 y KAY, R. S., *op. cit.*, pp. 753 y 755; por otra parte, también se han señalado los sesgos e insuficiencias presentes en el proceso de participación pública llevado a cabo de cara a la elaboración del texto constitucional, ver FRANCK, T. M. y THIRUVENGADAM, A. K., «Norms of International Law Relating to the Constitution-Making Process», pp. 9-10. Para una panorámica general del proceso formal de elaboración constitucional en Sudáfrica, ver RÍOS, M. (dir.), *op. cit.*, pp. 32-33.

⁶⁹¹ ARATO, A., *op. cit.*, pp. 433 y 435, BOTHA, H., *op. cit.*, p. 67, BRANDT, M., COTTRELL, J., GHAI, Y. y REGAN, A., *op. cit.*, p. 61, EBRAHIM, H. y MILLER, L. E., *op. cit.*, p. 127, KAY, R. S., *op. cit.*, pp. 753 y 754 y PINTO, L. M. DA S. C., *op. cit.*, p. 223. Se pueden consultar estas disposiciones en CONSTITUTIONAL COURT OF SOUTH AFRICA, *Certification of the Constitution of the Republic of South Africa, 1996*, Annexure 2: Constitutional Principles.

⁶⁹² BOTHA, H., *op. cit.*, pp. 67-68, BRANDT, M., COTTRELL, J., GHAI, Y. y REGAN, A., *op. cit.*, p. 61, DÍEZ-PICAZO, L. M., *op. cit.*, p. 10, EBRAHIM, H. y MILLER, L. E., *op. cit.*, pp. 127 y 139-140 y KAY, R. S., *op. cit.*, pp. 753-754.

⁶⁹³ EBRAHIM, H. y MILLER, L. E., *op. cit.*, pp. 141-143, FRANCK, T. M. y THIRUVENGADAM, A. K., *op. cit.*, p. 10, KAY, R. S., *op. cit.*, p. 753 y PINTO, L. M. DA S. C., *op. cit.*, p. 223. Se pueden ver,

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

constitucional definitivo fue rubricado en diciembre de 1996; no fue sujeto a ratificación mediante referéndum popular⁶⁹⁴.

La clave fundamental del proceso de transición sudafricano se encuentra en que la iniciativa de transformación que se emprendió efectivamente tuvo una dimensión *política* únicamente relativa y parcial (centrada especialmente en lo referente a una *democratización* limitada de la vida institucional) que no alcanzó, significativamente, a buena parte de los aspectos determinantes de la vida *social*⁶⁹⁵. El nuevo orden constitucional eliminaba las normas jurídicas que instituían la desigualdad *formal* entre los individuos en función del color de su piel, pero no se desarrolló un proyecto de remoción *material* de las desigualdades económicas y de redistribución igualitaria de la riqueza, ni se hizo menguar el dominio social de las elites existentes en el país (a lo sumo, se abrió el camino para una ampliación parcial de estas⁶⁹⁶)⁶⁹⁷. Aún peor: aprovechando el remozado marco *institucional* (con el plus de *legitimidad* que ahora gozaba), se introdujeron los paquetes de reformas *neoliberales* ya comunes a nivel global, con lo que, lejos de reducirse, los procesos de explotación y desposesión material de la mayoría de la sociedad se mantuvieron inalterados, a todos los efectos⁶⁹⁸.

2.1.2. Contexto, función y resultados de las contrarrevoluciones neoliberales.

El desencadenamiento de procesos rápidos y “decisivos” de *prevención* o *reversión* de situaciones potencialmente desestabilizadoras del orden *social* existente

sinécticamente, los motivos del rechazo del primer documento en CONSTITUTIONAL COURT OF SOUTH AFRICA, *op. cit.*, párrs. 482-483.

⁶⁹⁴ FRANCK, T. M. y THIRUVENGADAM, A. K., *op. cit.*, p. 10. Se puede consultar el contenido actual del texto constitucional sudafricano en *Constitution of the Republic of South Africa, 1996* [as amended up to the Constitution Seventeenth Amendment Act of 2012].

⁶⁹⁵ KLEIN, N., *op. cit.*, pp. 267-276; en este sentido, también WORDEN, N., *op. cit.*, p. 157 e, indirectamente, EBRAHIM, H. y MILLER, L. E., *op. cit.*, p. 144.

⁶⁹⁶ BOTHA, H., *op. cit.*, p. 72 y WORDEN, N., *op. cit.*, pp. 156 y 159-160.

⁶⁹⁷ En este sentido, BOTHA, H., *op. cit.*, p. 72, FONTANA LÁZARO, J., *op. cit.*, p. 372, KLEIN, N., *op. cit.*, pp. 276-287 y WORDEN, N., *op. cit.*, p. 157. Hay que señalar que esta realidad encuentra también expresión en las propias disposiciones del texto constitucional sudafricano (especialmente, en las múltiples garantías de protección del derecho de propiedad privada), ver HIRSCHL, R., «The Political Origins of the New Constitutionalism», pp. 101-102.

⁶⁹⁸ KLEIN, N., *op. cit.*, pp. 288-290 y WORDEN, N., *op. cit.*, pp. 157-159; ver también BOTHA, H., *op. cit.*, p. 72.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

fue una constante a lo largo del siglo XX (al fin y al cabo, la implantación de la estrategia *fascista* en parte del mundo capitalista entre 1920 y 1940 tuvo como finalidad esencial la consecución última de dicho objetivo). A partir de la década de 1970, volverá a verse con toda crudeza el recurso a tales iniciativas, solo que esta vez estarán asociadas al desarrollo concreto de la estrategia *neoliberal* en las distintas sociedades afectadas⁶⁹⁹. El sentido último de esta serie de procesos constituyentes es la operación de sendas *contrarrevoluciones* que corrigiesen drásticamente el sentido (ya efectivo o potencial) de *evolución* (no necesariamente con un *tempo* “revolucionario”) de las relaciones sociales hacia el abandono del orden *occidental* dominante en la mayor parte del planeta.

Es importante no desorientarse en la identificación de esta tendencia, lo cual sucede si se atiende únicamente a las *formas* que tales procesos adoptan, dado que estos no se limitarán a la imposición y perpetuación de dictaduras militares mediante golpes de Estado contra gobiernos “de izquierda”, sino que también se darán en el marco de órdenes institucionales de “democracia liberal”⁷⁰⁰. Sin embargo, *violencia* y *contrarrevolución* sí serán dos elementos que continuamente aparecerán vinculados a la lucha contra las iniciativas *políticas* de orientación socialista, cuyos resultados quedarán posteriormente convalidados en los respectivos órdenes constitucionales vigentes, hasta la actualidad.

A) El precedente *lejano*: el “golpe de timón” francés de 1958.

A finales de la década de 1950, el orden *institucional* francés conformado tras la *liberación* del conjunto del país por los ejércitos aliados en la etapa final de la II Guerra Mundial presentaba claros síntomas de desestabilización. En esencia, el orden *político* de la IV República se basaba en la observancia de varias premisas, tales como la contención *interior* del crecimiento del Partido Comunista Francés (PCF)⁷⁰¹, la preservación de la integridad del imperio colonial o el cumplimiento de los

⁶⁹⁹ En este sentido, KLEIN, N., *op. cit.*, p. 31. Siguiendo esta perspectiva, resulta instructiva la diferencia en orientación económica entre el régimen dictatorial brasileño, surgido en la década de 1960, y los establecidos en Chile y Argentina en la década siguiente, ver en KINZO, M. D. G., *op. cit.*, p. 22.

⁷⁰⁰ Ver KLEIN, N., *op. cit.*, pp. 32-33.

⁷⁰¹ En este sentido, CORDUWENER, P., *op. cit.*, p. 206. Dos ejemplos de lo anterior, en GARCÍA FERNÁNDEZ, M. B., *El modelo constitucional del general de Gaulle. Su concepción del poder*, pp. 68 y 163-164; la importancia del PCF, en *ibidem*, p. 78 (nota 63).

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

compromisos *exteriores* del país como miembro fundamental del bloque occidental frente a la URSS y sus aliados. Sin embargo, estos objetivos se verían crecientemente comprometidos con el desencadenamiento de múltiples procesos, tanto en la metrópoli como en el conjunto de sus posesiones ultramarinas⁷⁰².

El factor primordial (y, a la postre, crucial) sería la creciente contestación al colonialismo francés por parte de las poblaciones sometidas a su dominio: si bien las fuerzas militares galas lograron sofocar (a sangre y fuego) la rebelión en Madagascar entre 1947 y 1948⁷⁰³, la guerra en Indochina (entre 1946 y 1954) se saldó con una aplastante derrota⁷⁰⁴. En el mismo año 1954, el estallido de la rebelión anticolonial en Argelia, considerada poco menos que la “joya de la corona” del imperio (y en la cual habitaba un número importante de población de origen metropolitano⁷⁰⁵), supondría la prueba definitiva de resistencia para el Estado francés (drenando sus recursos materiales y financieros)⁷⁰⁶: así, este concedió la independencia a Marruecos y Túnez en 1956 mientras concentraba sus esfuerzos bélicos en la anterior (al tiempo que otras poblaciones coloniales también mostraban crecientes síntomas de descontento)⁷⁰⁷. Se agudizaba, así, la disyuntiva entre la asunción de un compromiso militar a ultranza en Argelia (a expensas de las responsabilidades defensivas asumidas en el marco de la OTAN en Alemania Occidental)⁷⁰⁸, o la aceptación de una nueva derrota que supusiera el fin de la posición de Francia como potencia imperial. En consecuencia, la guerra experimentó una escalada en intensidad y brutalidad⁷⁰⁹.

El conflicto argelino acabó tensando la situación *política* metropolitana hasta el límite. El cariz desfavorable de los acontecimientos en las posesiones norteafricanas se

⁷⁰² Ver en CORDUWENER, P., *op. cit.*, p. 215 y PISARELLO PRADOS, G., *Procesos constituyentes...*, *op. cit.*, p. 89.

⁷⁰³ LITTLE, D., *op. cit.*, pp. 527 y 535-544 y MAZOWER, M., *La Europa negra...*, *op. cit.*, p. 237.

⁷⁰⁴ FONTANA LÁZARO, J., *op. cit.*, pp. 168-172 y GARCÍA FERNÁNDEZ, M. B., *op. cit.*, pp. 95 y 169.

⁷⁰⁵ FONTANA LÁZARO, J., *op. cit.*, p. 330 y GARCÍA FERNÁNDEZ, M. B., *op. cit.*, p. 107.

⁷⁰⁶ *Ibidem*, pp. 95 y 169-170 y WALL, I. M., «The United States, Algeria, and the fall of the Fourth French Republic», pp. 502-503.

⁷⁰⁷ FONTANA LÁZARO, J., *op. cit.*, pp. 330-332.

⁷⁰⁸ WALL, I. M., *op. cit.*, p. 495. A fines de 1956, había cerca de 400.000 soldados franceses destacados en Argelia, ver FONTANA LÁZARO, J., *op. cit.*, p. 332.

⁷⁰⁹ *Ibidem*, pp. 332-333.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

achacaba, por parte de los sectores políticos más conservadores y en el seno de las propias Fuerzas Armadas, a la debilidad de las instituciones representativas republicanas (percibidas como incapaces de asumir una dirección firme de la lucha⁷¹⁰)⁷¹¹: progresivamente, se abrió paso una conspiración para derribar al gobierno e imponer un endurecimiento de la voluntad de preservar a toda costa la “Argelia francesa”⁷¹². En mayo de 1958, la conjura entró en su fase decisiva, con la sublevación de las unidades armadas destacadas en el Norte de África y la insubordinación masiva del conjunto de fuerzas militares y organismos de seguridad en la metrópoli⁷¹³, aclamando al general Charles de Gaulle como nuevo líder del Estado francés⁷¹⁴.

Ante el avance (percibido como imparable) de la rebelión militar y la imposibilidad política de recurrir al PCF para combatirla⁷¹⁵, la mayoría de las fuerzas presentes en la Asamblea Nacional francesa (compuesta, principalmente, por sectores conservadores, liberales, democristianos y socialdemócratas) optó, finalmente, por “salvar los muebles”, *legalizando* el golpe de Estado en marcha (si bien con la fuerte oposición de otros grupos progresistas y socialdemócratas, así como de los comunistas)⁷¹⁶. En consecuencia, la Asamblea nombró a De Gaulle como Primer Ministro, le otorgó amplios poderes de gobierno y le habilitó para la elaboración de una nueva Constitución; no obstante, la misma Asamblea estableció, como contrapartida a la *abdicación* de sus potestades constituyentes en el nuevo gobierno, la obligación de respetar unos contenidos *constitucionales* mínimos en el nuevo texto, tales como el mantenimiento de los principios de sufragio universal, separación de los poderes *institucionales*, responsabilidad del gobierno ante el Parlamento e independencia del

⁷¹⁰ GARCÍA FERNÁNDEZ, M. B., *op. cit.*, pp. 95 y 170.

⁷¹¹ FONTANA LÁZARO, J., *op. cit.*, p. 333.

⁷¹² El desarrollo de la conjura, en WILLIAMS, P., «How the Fourth Republic Died: Sources for the Revolution of May 1958», pp. 8-12.

⁷¹³ *Ibidem*, pp. 28-31.

⁷¹⁴ Ver en FONTANA LÁZARO, J., *op. cit.*, p. 334, GARCÍA FERNÁNDEZ, M. B., *op. cit.*, p. 173 y WILLIAMS, P., *op. cit.*, pp. 21-22 y 26.

⁷¹⁵ *Ibidem*, pp. 1 y 32.

⁷¹⁶ FONTANA LÁZARO, J., *op. cit.*, p. 334, LOEWENSTEIN, K., *Teoría de la...*, *op. cit.*, p. 116 y WILLIAMS, P., *op. cit.*, pp. 38-40. En este sentido, también PISARELLO PRADOS, G., *Procesos constituyentes...*, *op. cit.*, p. 90.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

poder judicial, así como la regulación de las relaciones del Estado con los “pueblos asociados”⁷¹⁷.

El proyecto de texto constitucional fue redactado por una comisión “técnica” dependiente del gobierno, siendo mínima (e insustancial) la participación de la Asamblea; el proceso completo se sustanció entre junio y septiembre de 1958⁷¹⁸. La elaboración de la Constitución se realizó sin prácticamente consideración alguna hacia la toma de conocimiento o la participación por parte del conjunto de la población; sin embargo, el documento resultante fue presentado directamente a la aprobación de la ciudadanía francesa⁷¹⁹. En el ánimo de la mayoría de la población, al concurrir a las urnas, pesó el deseo de que el general De Gaulle pudiera finalizar la guerra colonial en Argelia mediante la consecución de un acuerdo negociado⁷²⁰; asimismo, la única alternativa que implícitamente se presentó frente la aprobación del proyecto constitucional (la aparición de un “vacío de poder” sucedido por la imposición de una dictadura militar) era mayoritariamente aborrecida⁷²¹.

Así pues, la nueva Constitución fue aprobada, en septiembre de 1958, por el 82,6% de los votos válidos, con una participación del 80,63% de censo (incluyendo Francia metropolitana y territorios dependientes)⁷²². Ello suponía la verificación de un respaldo *popular* de carácter materialmente plebiscitario (con tintes *bonapartistas*⁷²³) a la asunción del gobierno francés por De Gaulle⁷²⁴: se *legitimaba*, así, el nuevo orden *institucional* que había establecido (basado en la preeminencia de la institución *presidencial* frente a las determinaciones de instituciones colegiadas *democráticas* representativas⁷²⁵), con rasgos autoritarios⁷²⁶.

⁷¹⁷ GARCÍA FERNÁNDEZ, M. B., *op. cit.*, pp. 178-181, LOEWENSTEIN, K., *Teoría de la...*, *op. cit.*, pp. 116 y 161 y PINTO, L. M. DA S. C., *op. cit.*, pp. 235-236 y 240.

⁷¹⁸ GARCÍA FERNÁNDEZ, M. B., *op. cit.*, pp. 181-183 y LOEWENSTEIN, K., *Teoría de la...*, *op. cit.*, p. 116.

⁷¹⁹ GARCÍA FERNÁNDEZ, M. B., *op. cit.*, p. 183 y LOEWENSTEIN, K., *Teoría de la...*, *op. cit.*, p. 116.

⁷²⁰ *Ibidem*, p. 117.

⁷²¹ En este sentido, *ibidem*, pp. 117 y 182.

⁷²² Ver los resultados en COMMISSION NATIONALE, «Proclamation des résultats des votes émis par le peuple français à l'occasion de sa consultation par voie de référendum, le 28 septembre 1958», p. 9177.

⁷²³ GARCÍA FERNÁNDEZ, M. B., *op. cit.*, pp. 43 y 227.

⁷²⁴ LOEWENSTEIN, K., *Teoría de la...*, *op. cit.*, pp. 117 y 182.

⁷²⁵ Ver GARCÍA FERNÁNDEZ, M. B., *op. cit.*, pp. 199-213.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

Desde luego, el régimen *gaullista* alcanzó sus objetivos principales, al lograr consolidar la marginación institucional del PCF (como pondrían de manifiesto los sucesivos resultados de las elecciones legislativas posteriores)⁷²⁷, implantar una orientación económica relativamente más liberal⁷²⁸, así como lograr la reconversión de la mayoría del imperio ultramarino (con la excepción destacada de Argelia, que obtendría su independencia plena en 1962⁷²⁹) en una esfera de influencia francesa configurada sobre esquemas *neocoloniales*⁷³⁰. Finalmente, y a largo plazo, la V República acabó siendo ampliamente aceptada en la misma Francia como expresión de un *consenso* político general⁷³¹. Así pues, no es de extrañar que la “solución francesa” fuera objeto de fascinación, en el contexto de procesos constituyentes posteriores, como método exitoso para la implementación de un modelo institucional de “*democracia limitada*”⁷³²: ello se plasmaría en la formulación de diversas propuestas de actuación, inspiradas en la anterior, en Portugal o en España⁷³³.

B) La contrarrevolución como núcleo de un nuevo orden político: el caso chileno.

Tal y como es sabido, las Fuerzas Armadas de Chile dieron un golpe de Estado en septiembre de 1973 (apoyado decididamente por Estados Unidos⁷³⁴), que derribó a las

⁷²⁶ Así, en LOEWENSTEIN, K., *Teoría de la...*, *op. cit.*, pp. 172-173:

“[...] *El material de derecho comparado hasta permite sacar la conclusión de que a partir de la técnica de reforma constitucional aplicada respectivamente, se puede deducir el carácter político del régimen. Allí, donde tanto la competencia para iniciar la reforma como la capacidad para llevarla a cabo radica fundamentalmente en el ejecutivo, se trata de una forma de gobierno autoritario. Por ello, también se puede apreciar la huella autoritaria en las disposiciones sobre reforma constitucional en la Constitución de de Gaulle de 1958.*”

En este sentido, ver también *ibidem*, pp. 116 y 161; respecto a la visión *gaullista* acerca del orden político que Francia “necesitaba” (particularmente hostil a un papel destacado de los partidos políticos), ver CORDUWENER, P., *op. cit.*, pp. 208-209 y 215 y GARCÍA FERNÁNDEZ, M. B., *op. cit.*, pp. 170, 193, 195 203 y 247-248. Para consultar el texto original de la Constitución francesa, ver «Constitution du 4 octobre 1958» (su versión actual, en *Constitution of October 4, 1958*).

⁷²⁷ El carácter netamente anticomunista del golpe militar de mayo de 1958, en GARCÍA FERNÁNDEZ, M. B., *op. cit.*, p. 186 y WALL, I. M., *op. cit.*, pp. 506-507.

⁷²⁸ GARCÍA FERNÁNDEZ, M. B., *op. cit.*, pp. 187-188.

⁷²⁹ FONTANA LÁZARO, J., *op. cit.*, pp. 334-336 y GARCÍA FERNÁNDEZ, M. B., *op. cit.*, p. 107.

⁷³⁰ Para su desarrollo en el ámbito africano, ver FONTANA LÁZARO, J., *op. cit.*, pp. 348-353.

⁷³¹ CORDUWENER, P., *op. cit.*, p. 215.

⁷³² GALLEGU, F., *op. cit.*, pp. 49-50.

⁷³³ Ver, respectivamente, en REZOLA, M. I., *op. cit.*, pp. 638-639 y DE PEÑARANDA Y ALGAR, J. M., *op. cit.*, pp. 301-308, 327 y 335-339.

⁷³⁴ Ver en FONTANA LÁZARO, J., *op. cit.*, pp. 536-540 y KLEIN, N., *op. cit.*, pp. 96-99.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

instituciones electas del país andino y situó al frente del gobierno a una Junta militar presidida por el general Augusto Pinochet. El programa esencial de este movimiento era claro: la destrucción violenta de las organizaciones políticas obreras y progresistas, así como el bloqueo y reversión de las políticas de redistribución económica y transformación *social* llevadas a cabo por el gobierno de la Unidad Popular desde 1970⁷³⁵. En consecuencia, la significación de la dictadura *pinochetista* es evidente, al representar la puesta en marcha de la primera experiencia *general* de aplicación de la estrategia *neoliberal* (aún novedosa en aquellas fechas) en un país determinado⁷³⁶.

El régimen militar chileno, que había asumido todas las potestades de carácter *constituyente*⁷³⁷, emprendió un proceso lento de formulación de un nuevo ordenamiento constitucional (con un punto de inflexión en el denominado “Plan de Chacarillas”, de julio de 1977⁷³⁸), avanzando en el camino a la elaboración de un texto constitucional por parte de una comisión designada al efecto por el mismo gobierno⁷³⁹. En septiembre de 1980, el documento aprobado por la Junta fue sometido a plebiscito popular, siendo ratificado con el 65,71% de votos emitidos⁷⁴⁰: este resultado no fue fruto solamente del control del proceso electoral por parte del gobierno, sino también era expresión del apoyo de los grupos económicos y políticos hegemónicos en el país⁷⁴¹.

⁷³⁵ En este sentido, HUNEEUS MADGE, C., *El régimen de Pinochet* (2ª ed.), pp. 38-39, KLEIN, N., *op. cit.*, pp. 104-106 y PISARELLO PRADOS, G., *Procesos constituyentes...*, *op. cit.*, pp. 94-95.

⁷³⁶ Describiendo el modelo económico impuesto por el régimen dictatorial chileno, HUNEEUS MADGE, C., *op. cit.*, pp. 44-46, 245-254 y 390; ver también FONTANA LAZARO, J., *op. cit.*, p. 543. Se puede consultar el texto básico del programa económico aplicado en VV.AA., “*El Ladrillo*”. *Bases de la Política Económica del Gobierno Militar Chileno*; la historia de su elaboración, en *ibidem*, pp. 7-12 y HUNEEUS MADGE, C., *op. cit.*, pp. 405-406.

⁷³⁷ Ver en CRISTI, R., «La génesis de la Constitución de 1980: una lectura de las Actas de la Honorable Junta de Gobierno», pp. 211 y 227-228. Las disposiciones fundamentales al respecto, en JUNTA DE GOBIERNO DE LA REPÚBLICA DE CHILE, «Decreto ley N° 1.— Acta de constitución de la Junta de Gobierno» e *idem*, «Decreto ley N° 128.— Aclara el sentido y alcance del artículo 1° del decreto ley N° 1, de 1973».

⁷³⁸ HUNEEUS MADGE, C., *op. cit.*, pp. 234-235 y 289-291.

⁷³⁹ GONZÁLEZ ENCINAR, J. J., MIRANDA, J., LAMOUNIER, B. y NOHLEN, D., *op. cit.*, p. 16. Ver el conjunto del proceso en HUNEEUS MADGE, C., *op. cit.*, pp. 230-243.

⁷⁴⁰ Los resultados, en NOHLEN, D., «Chile», p. 268.

⁷⁴¹ GONZÁLEZ ENCINAR, J. J., MIRANDA, J., LAMOUNIER, B. y NOHLEN, D., *op. cit.*, p. 20 y LINZ, J. J. y STEPAN, A., *op. cit.*, p. 206. Para consultar la versión original de la vigente Constitución chilena, ver en «Constitución Política de la República de Chile [de 1980]».

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

El proceso de transición chilena, a finales de la década de 1980, se emprendió en torno a la imposibilidad devenida de implantar, sin modificaciones sustanciales, el modelo de sistema *político* originalmente diseñado para “sustituir” al régimen militar: en ello influyeron tanto la reorganización y articulación de la oposición (evidenciada en la trascendental derrota de las fuerzas defensoras de la dictadura en el plebiscito nacional de octubre de 1988, relativo a la continuidad en la presidencia del general Pinochet)⁷⁴² como el creciente distanciamiento del gobierno de Estados Unidos respecto al gobierno dictatorial⁷⁴³. Al mismo tiempo, importantes sectores sociales seguían siendo defensores del mantenimiento básico del orden *político* imperante, grabado “a fuego” en el ordenamiento jurídico entonces vigente⁷⁴⁴. De ahí que la salida de las Fuerzas Armadas de las posiciones de gobierno viniera como consecuencia de un proceso de negociación con la mayor parte de la oposición, y obtuviera como contrapartida la no apertura de un *proceso constituyente*⁷⁴⁵: el primer “paquete” de reformas constitucionales, aprobado por el propio gobierno dictatorial, fue ratificado por plebiscito nacional en julio de 1989 con el 91,3% de votos afirmativos (y una participación del 93,7% del censo)⁷⁴⁶.

Los sucesivos procesos de reforma de la Constitución chilena (sobre todo, hasta 2005) se han centrado, principalmente, en la democratización paulatina de las instituciones estatales (con la eliminación de los denominados “*enclaves autoritarios*”), y se han abierto paso como resultado de negociaciones entre las distintas elites partidarias⁷⁴⁷. En lo inmediato, tal situación ha sido fruto de las cualificaciones en las

⁷⁴² Ver en CAVAROZZI, M., «Transitions: Argentina, Bolivia, Chile, Uruguay», p. 59, HUNEEUS MADGE, C., *op. cit.*, pp. 587-588 y LINZ, J. J. y STEPAN, A., *op. cit.*, p. 206. Respecto al plebiscito, también en FONTANA LÁZARO, J., *op. cit.*, p. 543.

⁷⁴³ Para la evolución de la actitud de la Administración Reagan respecto al régimen chileno, ver MORLEY, M. y MCGILLION, C., «Soldiering On: The Reagan Administration and Redemocratisation in Chile, 1983-1986», pp. 3-21.

⁷⁴⁴ Tal y como se muestra, por ejemplo, en el volumen de votos favorables al mantenimiento del general Pinochet como presidente en el referéndum de 1988 (44%), ver las cifras en NOHLEN, D., *op. cit.*, p. 268.

⁷⁴⁵ En este sentido, CAVAROZZI, M., *op. cit.*, pp. 58-59, HUNEEUS MADGE, C., *op. cit.*, pp. 604-606 y LINZ, J. J. y STEPAN, A., *op. cit.*, p. 206.

⁷⁴⁶ Los resultados del referéndum, en NOHLEN, D., *op. cit.*, p. 268. Se puede consultar el texto completo de la reforma de 1989 en «Ley N° 18.825», pp. 448-454; para mayor detalle, ver REBOLLEDO GONZÁLEZ, V. M., *Desarrollo Constitucional Chileno desde la Constitución de 1980*, pp. 125-139.

⁷⁴⁷ FUENTES, C., «Chile: Democratization through Constitutional Reforms», pp. 261-262, LINZ, J. J. y STEPAN, A., *op. cit.*, pp. 206 y 210-211 y ZÚÑIGA URBINA, F., «Nueva Constitución y Asamblea Constituyente en Chile», p. 347.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

mayorías parlamentarias requeridas para las reformas constitucionales, establecidas en la propia Constitución de 1980⁷⁴⁸: ello impedía la realización de cualquier proceso de transformación social de fondo que no sea fruto de un *consenso* institucional “amplio”. El orden social implantado por la dictadura ha acabado siendo “blindado” mediante su mantenimiento como parte del propio núcleo del texto constitucional vigente, fundamentalmente intacto tras las múltiples reformas⁷⁴⁹: tal es el pesado tributo pagado por la “trasmutación” del ordenamiento jurídico *pinochetista* en el fundamento del orden institucional *democrático*⁷⁵⁰. El caso chileno, más allá de la sola transición *institucional*, se erige en el modelo de *contrarrevolución neoliberal* victoriosa, que sobrevive incluso al propio régimen *político* que la desencadenó⁷⁵¹. Del reconocimiento implícito de esta realidad proviene la propuesta formal de redacción de un nuevo texto constitucional, presentada por la entonces Presidenta de la República, Michelle Bachelet, en marzo de 2018, tras un proceso de discusión y elaboración pública, iniciativa que finalmente acabó siendo obviada⁷⁵²; así pues, solo en diciembre de 2019 se ha llevado a cabo la apertura definitiva del proceso de reforma total de la Constitución (dado que, jurídicamente, no se puede calificar de otra manera la nueva iniciativa emprendida)⁷⁵³.

El “ejemplo” chileno (en su etapa inicial) tuvo otros seguidores en el Cono Sur. Especialmente destacado es el caso del régimen militar argentino, instaurado en marzo de 1976⁷⁵⁴: este puso en marcha un denominado “Proceso de Reorganización Nacional”,

⁷⁴⁸ *Ibidem*, p. 355.

⁷⁴⁹ *Ibidem*, pp. 347 y 350.

⁷⁵⁰ Se puede consultar el contenido del texto constitucional chileno (actualizado a 2015) en «Texto actualizado de la Constitución Política de la República de Chile».

⁷⁵¹ Especialmente cierto en lo referente a la perpetuación de las bases del modelo económico; en este sentido, HUNEEUS MADGE, C., *op. cit.*, pp. 623-624 y 634-635.

⁷⁵² En este sentido, PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA, *Proyecto de reforma constitucional, iniciado en mensaje de S.E. la Presidenta de la República, para modificar la Constitución Política de la República*, pp. 4 y 9-13. Una panorámica de esta iniciativa, en SANTONJA, P. y MORALES, G. (autores), *Chile. Scan report on the citizen participation in the constitutional process*, p. 2; para los debates abiertos alrededor de esta propuesta, ver REBOLLEDO GONZÁLEZ, V. M., *op. cit.*, pp. 160-170 y 177-203.

⁷⁵³ Ver la modificación constitucional que habilita jurídicamente el desarrollo de este proceso en «Ley N° 21.200».

⁷⁵⁴ FONTANA LÁZARO, J., *op. cit.*, pp. 545-546.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

vinculado a la implementación de la estrategia *neoliberal* en el país⁷⁵⁵, y operado mediante el uso del terror (destacándose la brutalidad extrema de sus prácticas represivas⁷⁵⁶)⁷⁵⁷. En ejercicio de las potestades constituyentes que se arrogó, la Junta Militar gobernante aprobó una serie de normas, pretendidamente provisionales, de contenido *materialmente* constitucional⁷⁵⁸; sin embargo, estas nunca llegaron a consolidarse como bases de un futuro orden político ya “definitivo” (a partir de la institucionalización progresiva de este⁷⁵⁹) antes del final de la dictadura en 1983 como consecuencia última de la derrota en la Guerra de las Malvinas⁷⁶⁰. No obstante, las políticas económicas implantadas por el régimen militar serían mantenidas y desarrolladas por los sucesivos gobiernos ya electos *democráticamente*, especialmente a lo largo de la década de 1990⁷⁶¹.

C) Golpe de Estado y “transición” institucional en Turquía.

Hemos estudiado, hasta el momento, cómo los regímenes militares latinoamericanos de la década de 1970 asumieron la labor de crear un nuevo orden *político* que fuera compatible con la implantación de la estrategia *neoliberal* en sus respectivos países. Del mismo modo, únicamente por motivos sobrevenidos sus principales protagonistas acabaron abandonando las posiciones de gobierno, a cambio del mantenimiento de los rasgos esenciales de las relaciones de dominación social existentes. Es en esta última circunstancia donde el caso de Turquía presenta un perfeccionamiento sustancial en cuanto al desarrollo y culminación de este tipo de iniciativas *constituyentes*.

⁷⁵⁵ Ver en JUNTA MILITAR, «Acta fijando el propósito y los objetivos básicos para el Proceso de Reorganización Nacional», puntos 2.4-2.7, *idem*, «Bases para la intervención de las Fuerzas Armadas en el proceso nacional», pp. 19 y 22 e *idem*, «Anexo I. Bases Políticas de las Fuerzas Armadas para el Proceso de Reorganización Nacional», pp. 54-57. Asimismo, en FONTANA LÁZARO, J., *op. cit.*, p. 548.

⁷⁵⁶ *Ibidem*, pp. 546-547.

⁷⁵⁷ En este sentido, LINZ, J. J. y STEPAN, A., *op. cit.*, pp. 190 y 197.

⁷⁵⁸ Se pueden ver sus determinaciones iniciales, que establecen fundamentalmente el régimen dictatorial, en JUNTA MILITAR, «Acta para el Proceso de Reorganización Nacional», *idem*, «Estatuto para el Proceso de Reorganización Nacional» e *idem*, «Reglamento para el funcionamiento de la Junta Militar, Poder Ejecutivo Nacional y Comisión de Asesoramiento Legislativo».

⁷⁵⁹ Una panorámica de este proyecto en *idem*, «Anexo I...», *op. cit.*, pp. 43-44, 51 y 61-62.

⁷⁶⁰ CAVAROZZI, M., *op. cit.*, p. 53, HUNEEUS MADGE, C., *op. cit.*, p. 601, FONTANA LÁZARO, J., *op. cit.*, p. 549, HUNTINGTON, S. P., *op. cit.*, pp. 62 y 112 y LINZ, J. J. y STEPAN, A., *op. cit.*, pp. 190-192.

⁷⁶¹ En este sentido, FONTANA LÁZARO, J., *op. cit.*, pp. 550-551 y LINZ, J. J. y STEPAN, A., *op. cit.*, pp. 195-196 y 198.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

A lo largo de la década de 1970, se fue verificando la paralización progresiva de las instituciones representativas turcas, debido los desacuerdos internos existentes, incluso entre los propios grupos políticos dominantes⁷⁶². La causa última de este desarrollo tenía que ver, principalmente, con la creciente contestación *política*, por parte de diversos sectores populares, tanto al mantenimiento del modelo de desarrollo *capitalista* seguido hasta entonces (vinculado estrechamente a la estrategia de expansión productiva por parte del Estado, configurada al servicio de unos pocos grupos oligárquicos) como al alineamiento *exterior* del Estado con el resto del bloque occidental⁷⁶³.

A partir de 1977, la crisis económica mundial azotó de lleno a Turquía, golpeando con dureza la posición de la balanza de pagos, así como los niveles de inflación y desempleo⁷⁶⁴. La agudización de las tensiones laborales y financieras alimentó el conflicto *social* ya existente, desembocando en una creciente espiral de violencia política enmarcada, en lo inmediato, por las acciones de grupos de extrema derecha, por una parte, y de organizaciones de extrema izquierda y de las minorías nacionales del país, por otra⁷⁶⁵. Por su parte, los intentos de abordar la salida a la crisis económica mediante la imposición de un proceso de devaluación salarial y disminución drástica del gasto público se estrellaron una y otra vez con las realidades políticas: la adopción de un programa de “ajuste estructural” patrocinado por el Fondo Monetario Internacional (como condición a la concesión de ayuda financiera) conllevaba el empeoramiento acelerado de las condiciones de vida de la mayoría de la población, redundando en la pérdida de apoyos sociales para las fuerzas políticas que apoyasen su implementación *efectiva*⁷⁶⁶. Todos estos factores amenazaban con minar la capacidad de las elites dominantes para mantener la dirección de los destinos del conjunto del país a través de las instituciones estatales existentes: se iba materializando el peligro de que la opinión

⁷⁶² KARATAŞLI, S. S., «The Origins of Turkey’s “Heterodox” Transition to Neoliberalism: The Özal Decade and Beyond», pp. 391 y 402. En este sentido, también TZORTZIS, I., «Parallel lives? The Greek and Turkish dictatorships’ self-transformation stories», p. 321.

⁷⁶³ KARATAŞLI, S. S., *op. cit.*, pp. 391 y 397-399.

⁷⁶⁴ *Ibidem*, p. 402.

⁷⁶⁵ KARADAG, R., «Neoliberal Restructuring in Turkey. From State to Oligarchic Capitalism», p. 13 y KARATAŞLI, S. S., *op. cit.*, pp. 402 y 403.

⁷⁶⁶ *Ibidem*, pp. 402 y 403.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

de la mayoría del país pudiera acabar decantándose hacia el respaldo a proyectos políticos de carácter tendencialmente *socialista*⁷⁶⁷.

Con este panorama, la imposición radical y definitiva de la estrategia *neoliberal*, con el objetivo de recuperar la posición de los sectores sociales dominantes del país en el entorno económico occidental, devino en una necesidad urgente para buena parte de los actores políticos aún dirigentes: ello era más apremiante, si cabe, con la aprobación por el gobierno turco, en enero de 1980, de las medidas económicas exigidas por el FMI, las cuales, sin embargo, distaban de tener garantizado su cumplimiento⁷⁶⁸. Así, las Fuerzas Armadas dieron un golpe de Estado en septiembre de 1980: suspendieron la Constitución en vigor, asumieron las potestades institucionales y disolvieron tanto el Parlamento como las organizaciones *políticas* (incluyendo partidos y sindicatos, con la significativa salvedad de la principal asociación empresarial)⁷⁶⁹. El proceso de implementación de las reformas económicas, llevado a cabo esencialmente por el mismo equipo que había impulsado la aprobación del acuerdo con el FMI previo al golpe, fue acompañado por una sangrienta represión contra las fuerzas políticas percibidas como antagónicas al nuevo gobierno militar y a su programa de acción: cambio *económico* y exclusión *política* violenta venían “unidos de la mano”⁷⁷⁰.

Lo notable de la experiencia turca fue la voluntad de “transitoriedad” del régimen dictatorial impuesto, si bien este controló autónomamente y sin compromisos con la oposición la subsiguiente “transición”⁷⁷¹. En junio de 1981, el gobierno militar designó a los miembros de una denominada “Asamblea Consultiva”, encargada de elaborar una nueva Constitución, tarea llevada a cabo entre noviembre del mismo año y julio de 1982⁷⁷²; el proyecto resultante consagraba el sentido de la intervención militar, de

⁷⁶⁷ Algunos síntomas de este deslizamiento comenzaban a mostrarse, por ejemplo, con la realización de varios acercamientos diplomáticos a la URSS, ver *ibidem*, p. 403.

⁷⁶⁸ *Ibidem*, p. 403; el sentido y resultados del programa finalmente aplicado, en *ibidem*, pp. 404-407.

⁷⁶⁹ KARADAG, R., *op. cit.*, p. 13 y KARATAŞLI, S. S., *op. cit.*, pp. 403-404.

⁷⁷⁰ KARADAG, R., *op. cit.*, pp. 15 y 17 y KARATAŞLI, S. S., *op. cit.*, pp. 403 y 404. También en TZORTZIS, I., *op. cit.*, p. 323.

⁷⁷¹ ÖZBUDUN, E. y GENÇKAYA, Ö. F., *Democratization and the Politics of Constitution-making in Turkey*, p. 19 y TZORTZIS, I., *op. cit.*, p. 323.

⁷⁷² ÖZBUDUN, E. y GENÇKAYA, Ö. F., *op. cit.*, pp. 19-20 y 114.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

carácter *contramayoritario*, llevada a cabo en el orden *institucional*⁷⁷³. En noviembre de 1982, el texto constitucional propuesto fue presentado a ratificación mediante referéndum, siendo aprobado por el 91,4% de sufragios favorables (con un dato de participación del 91,3% del censo)⁷⁷⁴. Las siguientes elecciones parlamentarias, celebradas en noviembre de 1983, conformarían la fase de cierre *formal* del proceso constituyente: caracterizadas (al igual que había ocurrido en el referéndum) por la imposición de fuertes restricciones a la participación política, resultarían en la conformación de un gobierno *civil*, comprometido con la continuación de las políticas económicas seguidas durante el régimen dictatorial y tutelado *institucionalmente* por las mismas Fuerzas Armadas⁷⁷⁵.

Se puso en marcha, así, la Constitución vigente en la actualidad, si bien esta experimentaría, en los años siguientes, diversas modificaciones que suavizaron sus rasgos más agresivamente represivos y “antidemocráticos”, debidas en parte a desarrollos internos, pero también fruto de un proceso exigido de *homologación* a los estándares *políticos* de la Unión Europea de cara a una futura integración en esta⁷⁷⁶. Con todo, el modelo económico establecido en Turquía durante la década de 1980 sigue siendo, en esencia, el mismo que ha regido en el país hasta la actualidad, con independencia de cambios parlamentarios o de gobierno⁷⁷⁷.

D) Panorámica de las transiciones post-socialistas en Europa Central y Oriental.

Los procesos de implantación del orden político *occidental* en los países de Europa Central y Oriental se desarrollaron con suma rapidez a partir del año 1989, como expresión del derrumbe del conjunto del campo socialista⁷⁷⁸. En íntima conexión

⁷⁷³ *Ibidem*, pp. 20-23 y TZORTZIS, I., *op. cit.*, p. 323.

⁷⁷⁴ Se destacó la falta de debate y de alternativas en el proceso del referéndum, ver ÖZBUDUN, E. y GENÇKAYA, Ö. F., *op. cit.*, p. 20 y TZORTZIS, I., *op. cit.*, p. 323.

⁷⁷⁵ En este sentido, KARADAG, R., *op. cit.*, pp. 14-17 y TZORTZIS, I., *op. cit.*, pp. 323 y 326-327.

⁷⁷⁶ Ver en ÖZBUDUN, E. y GENÇKAYA, Ö. F., *op. cit.*, pp. 31-40, 43-68 y 83-84. El texto de la Constitución turca (en su versión actual), en *Constitution of the Republic of Turkey*.

⁷⁷⁷ KARADAG, R., *op. cit.*, pp. 22-23 y KARATASLI, S. S., *op. cit.*, pp. 393 y 409-410.

⁷⁷⁸ En este sentido, LINZ, J. J. y STEPAN, A., *op. cit.*, pp. 242-244 y 253-254 y PŘIBÁŇ, J., «European Union Constitution-Making, Political Identity and Central European Reflections», p. 135. En general, para la influencia directa de la Unión Soviética en el desencadenamiento de dicho proceso, HUNTINGTON, S. P., *op. cit.*, pp. 98-99.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

con lo anterior, se operó en toda la región la implementación acelerada de la estrategia económica *neoliberal*, a costa de la degradación de las condiciones de vida de la población en general⁷⁷⁹. Sin embargo, ello no significa, ni mucho menos, que los procesos de formalización de los correspondientes regímenes *constitucionales* (que cabría esperar que fueran la expresión suprema de estas transformaciones) se hayan desarrollado, en todo momento, con el mismo ritmo que los cambios sociales experimentados.

En la mayoría de los casos, los procesos de elaboración constitucional se desarrollaron con una relativa “celeridad” (vistos en relación con la profundidad de los cambios planteados)⁷⁸⁰. En julio de 1991, Bulgaria sustituyó la Constitución socialista por la vigente en la actualidad, sin mediar referéndum; por su parte, el vigente texto constitucional de Rumanía fue adoptado en diciembre de 1991, este sí tras su ratificación en referéndum popular (por un 77,3% de votos a favor, con una participación del 67,3% del electorado)⁷⁸¹. Lo mismo se puede predicar, en algunos casos, respecto de los nuevos países que fueron surgiendo de la desintegración de Estados previamente existentes. Así, Eslovaquia y República Checa aprobaron sendas constituciones, en septiembre y diciembre de 1992 respectivamente, que sustituyeron al texto checoslovaco entonces vigente (no hubo referéndum ratificatorio en ninguno de estos casos); igualmente, Croacia (en diciembre de 1990), Macedonia (en noviembre de 1991) y Eslovenia (en diciembre de 1991) aprobaron sus respectivas constituciones (también sin ratificación por referéndum) también en el marco de sus propios procesos de secesión respecto de Yugoslavia⁷⁸². Por otra parte, Serbia y Montenegro aprobaron sus respectivas constituciones como países plenamente independientes (la primera en

⁷⁷⁹ Para el caso polaco, por ejemplo, KLEIN, N., *op. cit.*, pp. 236-245 y 257-260. En general, destacando la simultaneidad de los cambios económicos e institucionales en estos países, FRANCK, T. M. y THIRUVENGADAM, A. K., *op. cit.*, p. 11.

⁷⁸⁰ En este sentido, OSIŃSKI, J., «Constitution of the Republic of Poland as the Foundation of Democratic Society and State», pp. 123-124 y 140.

⁷⁸¹ LESAGE, M., *Constitutions of Central and Eastern European Countries and the Baltic States*, p. 10. Ver también, acerca de estos procesos, en FRANCK, T. M. y THIRUVENGADAM, A. K., *op. cit.*, p. 12, GHERGHINA, S. y HEIN, M., «Romania», pp. 176-178 y HEIN, M., «Bulgaria», pp. 147-149; respecto al motivo para la decisión de no celebrar un referéndum en el proceso búlgaro, GÓMEZ FORTES, B., *op. cit.*, p. 264.

⁷⁸² LESAGE, M., *op. cit.*, p. 10. Para mayor detalle sobre estos procesos, FRANCK, T. M. y THIRUVENGADAM, A. K., *op. cit.*, p. 12, FRUHSTORFER, A. y MOORMANN-KIMÁKOVÁ, B., «Czech Republic» pp. 41-43, MOORMANN-KIMÁKOVÁ, B., «Slovakia», pp. 67-69, SEHA, E., «Croatia», pp. 223-225, TÖPFER, J., «Macedonia», pp. 310-312 e *idem*, «Slovenia», pp. 201-203.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

septiembre de 2006 y la segunda de octubre de 2007) tras la disolución de la unión entre ambos en junio de 2006; sólo en el caso de Serbia se celebró un referéndum de ratificación (saldado con el 53,04% del total del censo a favor y una participación del 54,91% del electorado)⁷⁸³.

Sin perjuicio de lo anterior, la extensión amplia en el tiempo de los procesos de conformación de los nuevos regímenes *constitucionales* representa también una realidad palpable que se destaca en tres casos concretos, como son los de Polonia, Hungría y Albania⁷⁸⁴.

El proceso inicial de transformaciones políticas en Polonia, iniciado a mediados de 1988, estuvo dirigido por las interacciones entre cinco actores principales: las Fuerzas Armadas, los servicios estatales de seguridad y el Partido Obrero Unificado Polaco (comunista), por una parte, y la Iglesia católica y la oposición política (encarnada en el movimiento *Solidaridad*), por la otra: este desembocó en el desarrollo, tanto material como *formal*, de una “*transición pactada*”⁷⁸⁵. Como resultado de las conversaciones mantenidas en la llamada Mesa Redonda entre el gobierno y los grupos de oposición, la Constitución de 1952, de carácter socialista, fue modificada significativamente⁷⁸⁶. El primer cambio se produjo en abril de 1989, seguido de otro más en diciembre de aquel mismo año, eliminándose definitivamente los rasgos socialistas del orden jurídico polaco⁷⁸⁷. La *transición* constitucional siguió avanzando,

⁷⁸³ Ver más detalle sobre estos procesos, en BANOVIĆ, D., «Serbia», pp. 276-280 e *idem*, «Montenegro», pp. 295-297.

⁷⁸⁴ En este sentido, FRUHSTORFER, A. y HEIN, M., «From Post-socialist Transition to the Reform of Political Systems?», pp. 572-573; respecto al caso polaco en concreto, FRANCK, T. M. y THIRUVENGADAM, A. K., *op. cit.*, pp. 12-13.

⁷⁸⁵ LINZ, J. J. y STEPAN, A., *op. cit.*, pp. 264-265; ver también BRANDT, M., COTTRELL, J., GHAI, Y. y REGAN, A., *op. cit.*, pp. 345-346, PINTO, L. M. DA S. C., *op. cit.*, pp. 211-212 y WELP, Y., *op. cit.*, p. 92. Para el importante peso político de la Iglesia en la Polonia socialista, ver GARLICKI, L. y GARLICKA, Z. A., «Constitution Making, Peace Building, and National Reconciliation. The Experience of Poland», p. 392, KIENIEWICZ, J., «Cambios en Polonia: transición y transformación», pp. 133, 137, 140, 145 y 150 y LINZ, J. J. y STEPAN, A., *op. cit.*, pp. 245, 256-257 y 260-261; igualmente destacada fue la significación de las fuerzas militares en este proceso (hasta 1990), ver GARLICKI, L. y GARLICKA, Z. A., *op. cit.*, p. 413 (nota 21) y LINZ, J. J. y STEPAN, A., *op. cit.*, pp. 259-260 y 263-264.

⁷⁸⁶ GARLICKI, L. y GARLICKA, Z. A., *op. cit.*, pp. 392 y 393-394 y LINZ, J. J. y STEPAN, A., *op. cit.*, pp. 267-268; ver también BRANDT, M., COTTRELL, J., GHAI, Y. y REGAN, A., *op. cit.*, pp. 345 y 346.

⁷⁸⁷ Ver COLE, D. H., «Poland's 1997 Constitution in Its Historical Context», pp. 28-30, MATTHES, C.-Y., «Poland», pp. 12-15 y PINTO, L. M. DA S. C., *op. cit.*, pp. 212-213; también en BRANDT, M., COTTRELL, J., GHAI, Y. y REGAN, A., *op. cit.*, p. 346.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

ya dentro de una nueva fase, con la aprobación de la “Pequeña Constitución” (denominada así por su pretendido carácter interino) en octubre de 1992, dirigida a reorganizar el sistema institucional estatal⁷⁸⁸. Es de notar que en ninguna de las modificaciones anteriores medió referéndum alguno⁷⁸⁹. Se abrió, así, un complejo proceso para la elaboración de un texto constitucional “definitivo”: su resultado no fue aprobado sino en abril de 1997 (con un fuerte rechazo por parte de diversas fuerzas políticas), siendo sometido a referéndum en mayo del mismo año: con el 53,5% de votos a favor y una participación del 42,9% del censo, el proyecto fue dado por ratificado únicamente tras decisión de la Corte Suprema polaca⁷⁹⁰.

El caso húngaro es la expresión palmaria de la tensión que existe (siquiera latente) entre transformación política *real* y cambio constitucional *formal*. Así, hasta abril de 2011 (fecha en la que se aprobó el texto constitucional actualmente en vigor⁷⁹¹), el orden *constitucional* del país magiar se siguió sosteniendo en la Constitución de 1949 (de origen socialista), la cual fue ampliamente enmendada en octubre de 1989 como resultado de las negociaciones entre el partido gobernante y la oposición reunida en la Mesa Redonda Nacional (y que, posteriormente, volvió a ser modificada en múltiples ocasiones); es preciso señalar que, en ninguno de los procesos de elaboración señalados, hubo referéndum de ratificación alguno⁷⁹².

⁷⁸⁸ COLE, D. H., *op. cit.*, p. 31, GARLICKI, L. y GARLICKA, Z. A., *op. cit.*, p. 394, LINZ, J. J. y STEPAN, A., *op. cit.*, pp. 281-282, MATTHES, C.-Y., *op. cit.*, pp. 15-16, OSIŃSKI, J., *op. cit.*, pp. 131-132 y WELP, Y., *op. cit.*, p. 95.

⁷⁸⁹ COLE, D. H., *op. cit.*, p. 42.

⁷⁹⁰ Ver BRANDT, M., COTTRELL, J., GHAI, Y. y REGAN, A., *op. cit.*, pp. 346-347, COLE, D. H., *op. cit.*, pp. 1-3 y 32-34, FRANCK, T. M. y THIRUVENGADAM, A. K., *op. cit.*, p. 13, GARLICKI, L. y GARLICKA, Z. A., *op. cit.*, pp. 394-402 y 408, MATTHES, C.-Y., *op. cit.*, pp. 21-22, OSIŃSKI, J., *op. cit.*, pp. 128-137 (ver también nota 16) y WELP, Y., *op. cit.*, pp. 93, 95 y 97; señalando la importancia del papel de la Iglesia católica en la etapa final del proceso, GARLICKI, L. y GARLICKA, Z. A., *op. cit.*, pp. 397, 399 y 408. Para los resultados del referéndum, ver MATERSKA-SOSNOWSKA, A., «Poland», p. 1499; la versión actual de la Constitución polaca, en *The Constitution of the Republic of Poland of 2nd April, 1997*.

⁷⁹¹ Se puede consultar el contenido actual del texto constitucional de Hungría en *The Fundamental Law of Hungary* [as in force on 23 December 2020].

⁷⁹² Ver distintos aspectos del proceso húngaro en ARATO, A. y MIKLÓSI, Z., «Constitutional Making and Transitional Politics in Hungary», pp. 357-372, EUROPEAN COMMISSION FOR DEMOCRACY THROUGH LAW (VENICE COMMISSION), *Opinion on the new Constitution of Hungary*, puntos 5-8, FRANCK, T. M. y THIRUVENGADAM, A. K., *op. cit.*, pp. 13-14, LINZ, J. J. y STEPAN, A., *op. cit.*, pp. 307 y 311-312, PRIEBUS, S., «Hungary», pp. 104-120 y SEMSEY, V., «Transición política en Hungría, 1989-1990», pp. 162-163.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

Por su parte, la evolución constitucional de Albania desde 1990 presenta características similares al ejemplo polaco, incluyendo la aprobación de un texto constitucional provisional en 1991 (que daba fin al orden político socialista), y la formulación de una Constitución definitiva en noviembre de 1998 (ratificada en referéndum por el 93,5% de votos favorables, y una participación del 50,6% del censo); en cualquier caso, los procesos anteriores se diferencian de los desarrollados en Polonia por la presencia de una conflictividad política interna considerablemente mayor (que culminó en una corta guerra civil en 1997), así como por una mayor intervención internacional (especialmente, en la redacción del texto actualmente vigente)⁷⁹³.

En otro orden de cosas, es necesario señalar un caso con rasgos particularmente llamativos, como es el relativo a Bosnia y Herzegovina. El orden constitucional vigente en este país no ha sido fruto de proceso constituyente alguno (atendiendo a cómo este es reconocido usualmente), sino que se sustancia en el texto recogido en el Anexo 4 del Acuerdo Marco General de Paz firmado en noviembre de 1995: se fundamenta, así, en lo dispuesto en un instrumento de Derecho internacional (destinado a finalizar la guerra que azotaba al país desde 1992⁷⁹⁴), y a este se sigue debiendo⁷⁹⁵.

El factor común que ha impulsado las respectivas transformaciones políticas de orientación *occidental* en la mayoría de estos países (con sus correspondientes correlatos jurídicos) se halla en el proceso de integración en la Unión Europea (proyecto presentado como una garantía de estabilidad y bienestar material para los países interesados⁷⁹⁶)⁷⁹⁷. La culminación de la respectiva iniciativa de adhesión se hallaba

⁷⁹³ Para una panorámica del proceso albanés, CARLSON, S. N., «The Drafting Process for the 1998 Albanian Constitution», pp. 312-326 y OSTERBERG-KAUFMANN, N., «Albania», pp. 337-344; ver también FRANCK, T. M. y THIRUVENGADAM, A. K., *op. cit.*, p. 12.

⁷⁹⁴ FONTANA LÁZARO, J., *op. cit.*, p. 799.

⁷⁹⁵ Ver BRANDT, M., COTTRELL, J., GHAI, Y. y REGAN, A., *op. cit.*, pp. 325 y 335-336, FLESSENKEMPER, T., «Bosnia and Herzegovina», pp. 247-249 y OKLOPCIC, Z., «Constitutional (Re)Vision: Sovereign Peoples, New Constituent Powers, and the Formation of Constitutional Orders in the Balkans», pp. 83-85; describiendo el desarrollo del proceso de negociación, O'BRIEN, J. C., «The Dayton Constitution of Bosnia and Herzegovina», pp. 334-342. Se puede ver el texto del acuerdo de paz (incluyendo sus anexos) en *Letter dated 29 November 1995 from the Permanent Representative of the United States of America to the United Nations addressed to the Secretary-General*.

⁷⁹⁶ En este sentido, PŘIBÁŇ, J., *op. cit.*, pp. 137-142.

⁷⁹⁷ ÁGH, A., «Politics and Policy in East-Central Europe in the Early 21st Century: Synergies and Conflicts Between Policy Regimes and Political Systems», pp. 30-31, PINTO, L. M. DA S. C., *op. cit.*, pp. 209-210 y PŘIBÁŇ, J., *op. cit.*, p. 136; ver también DOUZINAS, C., *op. cit.*, pp. 219-220.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

condicionada al cumplimiento, por parte de cada uno de los países candidatos, de una serie de requisitos *económicos, políticos e institucionales*, fijados en lo esencial en el Consejo Europeo de Copenhague, de junio de 1993⁷⁹⁸. Tras un largo programa de negociaciones y de reformas a llevar a cabo por los países aspirantes, iniciado en 1997, las ampliaciones de la UE en Europa Central y Oriental (y parte de la antigua URSS) se sucedieron entre 2004 y 2013; desde luego, solamente se consideraron culminados los procesos de adhesión en función de que se hubieran asegurado los cambios jurídicos exigidos por parte de las instituciones de la UE⁷⁹⁹. En general, los procesos de formación de los nuevos órdenes constitucionales (no sólo la elaboración de textos constitucionales) y de recepción real del “acervo comunitario” estuvieron estrechamente conectados, siendo el segundo el que conformará el contenido *material* fundamental de los primeros⁸⁰⁰; ello fue una expresión destacada, en el campo constitucional, del proceso general de asimilación unilateral al orden *político* europeo-occidental⁸⁰¹.

E) “Autogolpe” y gobierno *de facto*: el proceso constituyente de Perú.

La estrategia *neoliberal* amplió considerablemente su rango de acción, en América Latina, con el desarrollo de las transiciones *democráticas* de la década de

⁷⁹⁸ GRABBE, H., «European Union Conditionality and the *Acquis Communautaire*», pp. 250-252. La redacción original de estos criterios, en *Consejo Europeo de Copenhague. 21-22 de junio de 1993. Conclusiones de la Presidencia*, punto 7.A.iii). Sobre el contenido *neoliberal* de la agenda económica impuesta por la UE, en GRABBE, H., *op. cit.*, p. 252 y PISARELLO PRADOS, G., *Un largo Termidor...*, *op. cit.*, pp. 186-187.

⁷⁹⁹ Ver *Consejo Europeo de Luxemburgo. 12 y 13 de diciembre de 1997. Conclusiones de la Presidencia*, puntos 23-30, *Consejo Europeo de Copenhague. 12 y 13 de diciembre de 2002. Conclusiones de la Presidencia*, puntos 3-6, *Consejo Europeo de Bruselas. 16 y 17 de diciembre de 2004. Conclusiones de la Presidencia*, puntos 6-13 y *Consejo Europeo. 23 y 24 de junio de 2011. Conclusiones*, punto 31. Esta idea de unilateralidad en el rumbo de las negociaciones, también en EKIERT, G., «Dilemmas of Europeanisation: Eastern and Central Europe after the EU Enlargement», p. 40 y GRABBE, H., *op. cit.*, pp. 255 y 264. Para la descripción de múltiples ejemplos de revisiones y enmiendas constitucionales, en el sentido indicado, ver FRUHSTORFER, A. y MOORMANN-KIMÁKOVÁ, B., *op. cit.*, pp. 46-47, GHERGHINA, S. y HEIN, M., *op. cit.*, pp. 181-184, HEIN, M., *op. cit.*, pp. 163-164, MOORMANN-KIMÁKOVÁ, B., *op. cit.*, pp. 76-78, PRIEBUS, S., *op. cit.*, pp. 111-113, SEHA, E., *op. cit.*, pp. 233-234 y TÖPFER, J., «Slovenia», pp. 205-206 y 208-209; en relación con el acceso a las negociaciones como país candidato para el ingreso en la UE, ver también BANOVIĆ, D., «Montenegro», pp. 300-302 y TÖPFER, J., «Macedonia», pp. 323-324 y 326.

⁸⁰⁰ En este sentido, PŘIBÁŇ, J., *op. cit.*, p. 136; también (en lo que respecta a los Acuerdos Europeos) en GRABBE, H., *op. cit.*, p. 257. En general, reconociendo esta influencia (si bien matizando su relevancia en los distintos procesos de enmienda constitucional), FRUHSTORFER, A. y HEIN, M., *op. cit.*, pp. 552 y 571-572.

⁸⁰¹ Así, en HÄBERLE, P., «Derecho Constitucional Común Europeo», pp. 7-8, 33-34 y 36; en este sentido, también FRUHSTORFER, A. y HEIN, M., *op. cit.*, p. 571.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

1980: ello demostraba que, a la hora de implantar las reformas previstas en este proyecto, no era estrictamente necesaria la concurrencia de órdenes institucionales dictatoriales. Sin embargo, no en todos los casos estaba garantizado *políticamente* su éxito final.

A finales de la década de 1970, Perú había experimentado un proceso específico de transición desde un régimen militar (que había desarrollado diversas políticas de orientación *socialista*) hacia un orden institucional *democrático-formal* más acorde con la implantación de una estrategia de desarrollo económico *socioliberal*⁸⁰². Sin embargo, a partir de 1980, la aparición de fuertes tensiones económicas (como efecto del traslado de la crisis mundial al país) y el estallido de un conflicto armado interno (que desangraría a Perú durante las dos décadas siguientes) fueron socavando progresivamente la estabilidad del propio Estado⁸⁰³. El gobierno dirigido por Alberto Fujimori (que no contaba con una mayoría parlamentaria⁸⁰⁴) implantó, a partir de agosto de 1990, un draconiano programa económico *neoliberal* (el llamado “*fujishock*”)⁸⁰⁵. Sin embargo, con la profundización de las medidas a golpe de decreto, el gobierno comenzó a encontrarse con crecientes resistencias en el Congreso, no tanto por el contenido de las políticas como por los mecanismos formales utilizados: los sectores políticos más conservadores (incluyendo el empresariado y parte de las Fuerzas Armadas) concluyeron que las instituciones representativas (especialmente el Congreso) eran incapaces de atajar decisivamente los peligros que amenazaban al orden político existente⁸⁰⁶.

El enfrentamiento entre las instituciones legislativa y ejecutiva culminó en abril de 1992: el propio gobierno dio un golpe de Estado, apoyado activamente por las

⁸⁰² Ver en GARCÍA BELAÚNDE, D. y EGUIGUREN PRAELI, F. J., «La evolución político-constitucional del Perú 1976-2005», pp. 372-382, PAJUELO TEVES, R., «War and Neoliberal Transformation: The Peruvian Experience», pp. 256-257 y SONNTAG, H. R., *op. cit.*, p. 140.

⁸⁰³ GARCÍA BELAÚNDE, D. y EGUIGUREN PRAELI, F. J., *op. cit.*, pp. 383-386, PAJUELO TEVES, R., *op. cit.*, pp. 253-256 y 257-259 y SONNTAG, H. R., *op. cit.*, pp. 140-141.

⁸⁰⁴ FERNÁNDEZ SEGADO, F., «El nuevo ordenamiento constitucional del Perú: Aproximación a la Constitución de 1993», p. 28 y GARCÍA BELAÚNDE, D. y EGUIGUREN PRAELI, F. J., *op. cit.*, p. 386.

⁸⁰⁵ Para el sentido y contenidos de este programa, PAJUELO TEVES, R., *op. cit.*, pp. 260-261.

⁸⁰⁶ Para una descripción de este proceso, ver GONZÁLEZ GONZÁLEZ, M. Á., *El Perú bajo Fujimori: alumbramiento, auge y ocaso de una dictadura peruana*, pp. 120-134.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

Fuerzas Armadas y por sectores políticos y empresariales⁸⁰⁷. Con la promulgación de la Ley de Bases del Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional (elevada a un rango jurídico superior al de la propia Constitución de 1979⁸⁰⁸), el presidente Fujimori instauró el denominado “Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional” (al que se atribuyeron unilateralmente las funciones hasta entonces en manos del Congreso), con el fin de proceder a la reforma del orden *institucional* del país: entre los objetivos concretos a alcanzar estaban, entre otros, la modificación de la Constitución (al fin de que esta sirviese de “*medio eficaz para el desarrollo*”) y la promoción del “*desarrollo de una Economía de Mercado [...] que fomente la eficiencia y la competitividad [...] y permita las inversiones nacionales y extranjeras*”⁸⁰⁹. Se abría, así, el camino para la consolidación del programa de ajuste estructural⁸¹⁰.

Fruto de las presiones del resto de Estados integrados en la OEA, el gobierno golpista tuvo que proceder a la apertura de un proceso de elaboración de un nuevo texto constitucional, que restaurase la regularidad institucional alterada con el quebrantamiento de la Constitución hasta entonces vigente⁸¹¹. En junio de 1992, el presidente convocó elecciones para representantes al Congreso Constituyente Democrático, a celebrar en noviembre de 1992⁸¹²: la normativa aplicable fue aprobada unilateralmente por el ejecutivo a lo largo del mes de agosto, erigiéndose barreras significativas a las posibilidades de concurrencia electoral⁸¹³. Finalmente, como resultado de la decisión adoptada por los principales partidos de la oposición de no

⁸⁰⁷ Ver en GARCÍA BELAÚNDE, D. y EGUIGUREN PRAELI, F. J., *op. cit.*, pp. 386-387.

⁸⁰⁸ Lo cual fue también ratificado, posteriormente, por el Congreso Constituyente Democrático, ver «Ley Constitucional [El Peruano, 09-01-1993]», p. 36.

⁸⁰⁹ Se pueden ver estas disposiciones en PRESIDENCIA CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ, *Ley de Bases del Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional*.

⁸¹⁰ PAJUELO TEVES, R., *op. cit.*, pp. 262 y 267.

⁸¹¹ BERNALES BALLESTEROS, E., «El desarrollo de la Constitución de 1993 desde su promulgación a la fecha», p. 36 y GARCÍA BELAÚNDE, D. y EGUIGUREN PRAELI, F. J., *op. cit.*, p. 387.

⁸¹² PRESIDENCIA CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ, *Convocan a elecciones para representantes al Congreso Constituyente Democrático a realizarse el día 22 de noviembre de 1992*.

⁸¹³ Ver, especialmente, *idem*, *Ley de Elecciones para el Congreso Constituyente Democrático*, art. 27, con modificaciones en *idem*, *Modifican la Ley de Elecciones para el Congreso Constituyente Democrático y aclaraciones en idem*, *Precisan alcances del Decreto Ley N°25684, Ley de Elecciones para el Congreso Constituyente Democrático*.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

participar en los comicios⁸¹⁴, la candidatura afecta al gobierno logró una amplia mayoría en las elecciones constituyentes (con una participación del 71,3% del censo)⁸¹⁵.

El proceso de elaboración del nuevo texto constitucional (operado *formalmente* como una operación de reforma del documento de 1979) se desarrolló entre enero y agosto de 1993, caracterizándose tanto por la falta de voluntad de consenso de la mayoría parlamentaria con las fuerzas políticas de oposición fuera del Congreso como por la escasa participación popular⁸¹⁶. En octubre de 1993, el proyecto de documento fue presentado a ratificación mediante referéndum y aprobado con el 52,3% de los votos a favor (y una participación del 70,4% del electorado)⁸¹⁷: las fuerzas favorables al gobierno lograron así convalidar tanto el golpe de Estado como el programa político que este estaba implementando⁸¹⁸.

El orden constitucional peruano es expresión de un proyecto general de transformación social⁸¹⁹. La nueva Constitución erigió como núcleo fundante del orden político del país el programa estratégico *neoliberal*, mediante el abandono de las principales funciones y mecanismos de intervención estatal en la actividad económica y el desconocimiento del conjunto de derechos económicos y sociales antes reconocidos a la población trabajadora, con la pretensión de mantener al mínimo las necesidades de gasto público: se desmanteló, por tanto, la concepción sobre la naturaleza “*social*” del Estado que había sido consagrada por el texto constitucional anteriormente vigente⁸²⁰. Del mismo modo, el modelo institucional “contrademocrático” fue consolidado con el fortalecimiento de la presidencia de la República frente al resto de órganos

⁸¹⁴ FERNÁNDEZ SEGADO, F., *op. cit.*, p. 28 y GARCÍA BELAÚNDE, D. y EGUIGUREN PRAELI, F. J., *op. cit.*, p. 387.

⁸¹⁵ Los resultados electorales, en TUESTA SOLDEVILLA, F., «Peru», p. 463.

⁸¹⁶ En este sentido, FERNÁNDEZ SEGADO, F., *op. cit.*, p. 28.

⁸¹⁷ Los resultados de la consulta, en TUESTA SOLDEVILLA, F., *op. cit.*, p. 462; sin embargo, respecto al cuestionamiento de los datos oficiales, ver GARCÍA BELAÚNDE, D. y EGUIGUREN PRAELI, F. J., *op. cit.*, p. 391 y SAGÜÉS, N. P., «Notas sobre el poder constituyente irregular», p. 160.

⁸¹⁸ En este sentido, FERNÁNDEZ SEGADO, F., *op. cit.*, p. 28 y FONTANA LÁZARO, J., *op. cit.*, p. 527.

⁸¹⁹ Así, SONNTAG, H. R., *op. cit.*, pp. 141 y 156-157 (nota 28). Se puede consultar la versión actual del texto constitucional peruano en «Constitución Política del Perú».

⁸²⁰ Ver BERNALES BALLESTEROS, E., *op. cit.*, p. 40, FERNÁNDEZ SEGADO, F., *op. cit.*, pp. 30-31 y 33-34, GARCÍA BELAÚNDE, D. y EGUIGUREN PRAELI, F. J., *op. cit.*, p. 388 y PISARELLO PRADOS, G., *Procesos constituyentes...*, *op. cit.*, p. 98.

representativos estatales⁸²¹. A pesar de la caída del régimen “*fujimorista*” en el año 2000, el orden *social* que este implantó sigue vigente⁸²²: en ello se muestra, fundamentalmente, la confluencia de los intereses de los grupos económicos dominantes y de las principales organizaciones políticas con representación parlamentaria⁸²³.

F) El golpe de Estado de 1993 en la Federación Rusa.

Con la disolución de la Unión Soviética, en diciembre de 1991, se certificó formalmente el fin del “campo socialista”: los nuevos países independientes emprendieron el proceso de desmantelamiento del orden económico y político preexistente, adoptando el modelo capitalista liberal⁸²⁴. En la Federación Rusa, este camino se caracterizaría, de forma dramática, por la decisión del gobierno de Boris Yeltsin de implementar un programa extremadamente acelerado y traumático para la implantación del modelo *neoliberal*: tal fue la denominada “terapia de choque”, que tendría inmediatas y terribles consecuencias en la estructura productiva del país y las condiciones de vida de la mayoría de la población⁸²⁵.

Las fuertes tensiones sociales producidas por el programa de reformas quebraron la cohesión del bloque de fuerzas políticas que habían apoyado el fin de URSS y el abandono del sistema socialista: a finales de 1992, desde las instituciones legislativas rusas comenzó a cuestionarse de forma mayoritaria la estrategia económica seguida por el gobierno⁸²⁶. A partir de aquel momento, se desencadenó una dinámica creciente de enfrentamiento entre la Presidencia del país y el Congreso de los Diputados del

⁸²¹ BERNALES BALLESTEROS, E., *op. cit.*, p. 40 y GARCÍA BELAÚNDE, D. y EGUIGUREN PRAELI, F. J., *op. cit.*, pp. 388-389.

⁸²² PAJUELO TEVES, R., *op. cit.*, pp. 247-248 y 272-274.

⁸²³ En este sentido, BERNALES BALLESTEROS, E., *op. cit.*, p. 41 y GARCÍA BELAÚNDE, D. y EGUIGUREN PRAELI, F. J., *op. cit.*, p. 396. Mencionando las dificultades para alcanzar un acuerdo al objeto de reemplazar el texto vigente, SAGÜÉS, N. P., *op. cit.*, p. 160.

⁸²⁴ CHENOY A. M. y KUMAR, R., *Re-emerging Russia. Structures, Institutions and Processes*, p. 28 y PETERSEN, F. y LEVIN, I., «The Russian Federation», p. 522.

⁸²⁵ FONTANA LÁZARO, J., *op. cit.*, pp. 814-818 y 821, KLEIN, N., *op. cit.*, pp. 297-302 y POCH-DE-FELIU, R., *La gran transición. Rusia, 1985-2002*, pp. 251-260.

⁸²⁶ En este sentido, FONTANA LÁZARO, J., *op. cit.*, pp. 818-819, KLEIN, N., *op. cit.*, pp. 302-303 y POCH-DE-FELIU, R., *op. cit.*, pp. 262-263.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

Pueblo⁸²⁷; rápidamente, esta se extendería al propio proceso de elaboración de un nuevo texto constitucional⁸²⁸.

Desde 1990, y en virtud de la declaración de soberanía por parte de Rusia, el Congreso había emprendido la tarea de elaboración de un nuevo texto constitucional, que sustituyera al vigente desde 1978 (de carácter socialista, e incardinado en el marco de la integración del país en la URSS): en el contexto de este proceso, pronto surgieron las desavenencias en torno a la definición y reparto de las competencias entre la Presidencia del país y la cámara legislativa⁸²⁹. Así pues, frente a los trabajos constituyentes llevados a cabo en sede parlamentaria, el presidente ruso encargó, mediante decreto (en contravención de las normas constitucionales vigentes), la tarea de elaborar el nuevo texto constitucional a un organismo creado directamente por este, la “Asamblea Constitucional” (cuyos miembros fueron designados directamente por el mismo Yeltsin): esta inició su tarea en junio de 1993 y la completó al mes siguiente⁸³⁰. No es de extrañar, por tanto, que el proyecto constitucional resultante (tanto en un principio como tras sus retoques finales) estuviera diseñado a la medida de los intereses del grupo gobernante, reforzando extraordinariamente las potestades de la institución presidencial dentro del orden *constitucional* general que conformaba⁸³¹.

El impulso del proyecto “presidencial” de elaboración constitucional encontró definitivamente el conflicto entre gobierno y legislativo en torno al control de la dirección del Estado⁸³². En septiembre de 1993, la crisis política rusa entró en su fase decisiva: el presidente Yeltsin decretó la suspensión del orden constitucional vigente y disolvió las máximas instituciones parlamentarias y judiciales⁸³³; en octubre, se

⁸²⁷ KLEIN, N., *op. cit.*, p. 303.

⁸²⁸ Los principales acontecimientos de este proceso, en POCH-DE-FELIU, R., *op. cit.*, pp. 269-275.

⁸²⁹ CHENOY A. M. y KUMAR, R., *op. cit.*, pp. 29-30 y GARCÍA ÁLVAREZ, M. B., «La nueva Constitución rusa de 12 de diciembre de 1993», p. 71. Las posiciones divergentes, en POCH-DE-FELIU, R., *op. cit.*, pp. 267-268.

⁸³⁰ CHENOY A. M. y KUMAR, R., *op. cit.*, p. 31 y GARCÍA ÁLVAREZ, M. B., *op. cit.*, pp. 71-72.

⁸³¹ Ver CHENOY A. M. y KUMAR, R., *op. cit.*, pp. 36 y 38, FONTANA LÁZARO, J., *op. cit.*, p. 820, GARCÍA ÁLVAREZ, M. B., *op. cit.*, pp. 72 y 76-78, PETERSEN, F. y LEVIN, I., *op. cit.*, pp. 524-525 y POCH-DE-FELIU, R., *op. cit.*, pp. 291-292.

⁸³² CHENOY A. M. y KUMAR, R., *op. cit.*, p. 32; en este sentido, PETERSEN, F. y LEVIN, I., *op. cit.*, p. 524.

⁸³³ CHENOY A. M. y KUMAR, R., *op. cit.*, p. 32, FONTANA LÁZARO, J., *op. cit.*, p. 819, KLEIN, N., *op. cit.*, p. 304 y POCH-DE-FELIU, R., *op. cit.*, p. 275.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

consumó el ataque del poder ejecutivo contra el Congreso, con el asalto armado a su sede, la práctica masiva de detenciones y la suspensión de actividades de distintos partidos políticos y medios de comunicación⁸³⁴. Resulta particularmente interesante la reacción general de los países occidentales frente a estos acontecimientos, al apoyar pública e incondicionalmente las principales actuaciones *antidemocráticas* del gobierno ruso⁸³⁵; algunas instituciones *occidentales* se dejarían llevar, al calor de los acontecimientos, hacia la expresión de un furor *anticomunista* más propio de los momentos más tensos de la Guerra Fría que de la época que ya se estaba viviendo⁸³⁶.

El proyecto de texto constitucional (modificado “al gusto” por la Presidencia tras la crisis de octubre⁸³⁷) fue sometido directamente a aprobación popular mediante referéndum en diciembre de 1993. Sin vigilancia alguna por parte de otras instituciones estatales (disueltas o suspendidas en aquel momento), el gobierno dominó la elaboración de la normativa aplicable a la consulta (que fue dictada por decreto), así como los procesos de organización, seguimiento y control de esta; igualmente, estableció un férreo control administrativo sobre los medios de comunicación social⁸³⁸. Según datos oficiales, la propuesta de Constitución fue aprobada con el 58,4% de votos afirmativos, con una participación del 54,8% del censo (superior al límite mínimo del 50% de participación requerido para que la consulta fuera jurídicamente válida)⁸³⁹; sin embargo, existen dudas fundadas sobre la transparencia de los resultados del referéndum (en especial, en lo relativo al verdadero porcentaje de participación alcanzado)⁸⁴⁰. Con la reafirmación del poder del gobierno ruso en ejercicio, se mantuvo

⁸³⁴ Ver en CHENOY A. M. y KUMAR, R., *op. cit.*, p. 32, FONTANA LÁZARO, J., *op. cit.*, pp. 819-820, KLEIN, N., *op. cit.*, pp. 305-308 y POCH-DE-FELIU, R., *op. cit.*, pp. 283-284. También en LINZ, J. J. y STEPAN, A., *op. cit.*, pp. 397-398 (nota 84).

⁸³⁵ Diversos ejemplos, en KLEIN, N., *op. cit.*, pp. 303, 304 y 308, POCH-DE-FELIU, R., *op. cit.*, pp. 270-271, 277 y 290; también en FONTANA LÁZARO, J., *op. cit.*, p. 820.

⁸³⁶ Así, poco menos que defendiendo las acciones del presidente Yeltsin como una respuesta a una suerte de golpe de Estado “neocomunista”, en PARLAMENTO EUROPEO, «Resolución sobre la situación en la Federación Rusa», p. 15.

⁸³⁷ En este sentido, PETERSEN, F. y LEVIN, I., *op. cit.*, p. 525.

⁸³⁸ POCH-DE-FELIU, R., *op. cit.*, pp. 286-287.

⁸³⁹ Los resultados oficiales, en GARCÍA ÁLVAREZ, M. B., *op. cit.*, pp. 115 y 118.

⁸⁴⁰ CHENOY A. M. y KUMAR, R., *op. cit.*, pp. 32-33, FONTANA LÁZARO, J., *op. cit.*, p. 820 y POCH-DE-FELIU, R., *op. cit.*, pp. 289-290; dudando también de los resultados del referéndum, HOLMES, S., «Constitutionalism, Democracy, and State Decay», p. 123 y PETERSEN, F. y LEVIN, I., *op. cit.*, p. 525

la aplicación de los programas económicos iniciados (en especial, las privatizaciones), continuando la espiral de degradación de la situación vital de la mayoría de la población⁸⁴¹.

2.1.3. Afirmación “popular” y transformaciones políticas en América Latina y Asia durante la década de 2000.

Las dos grandes tendencias que informan los fenómenos constituyentes analizados hasta el momento, sintetizables bajo los rótulos de *homologación* y *contrarrevolución*, tienen en común su orientación esencial: lograr la integración completa o relativa de los respectivos países (en función de las circunstancias iniciales en las que se presentan) en el orden social *occidental*. Sin embargo, no han sido estos los únicos fenómenos de carácter *constituyente* acontecidos en las últimas décadas: también se han desarrollado procesos de *contestación* que representan, en cada país, un ejercicio de *afirmación política* de múltiples sectores numéricamente mayoritarios de una sociedad frente a los grupos dominantes.

Desde finales de la década de 1990, se observa el ascenso en América Latina de múltiples fuerzas sociales contrarias a la estrategia *neoliberal* (no sólo por sus consecuencias económicas directas, sino también por su carácter netamente *neocolonial*)⁸⁴². Como expresión de este auge, se abrieron paso diversos procesos de transformaciones *políticas* en el ámbito latinoamericano, presentando particularidades concretas en función de las realidades de cada territorio, que desembocaron en el desarrollo de diversos *procesos constituyentes*, cuyos exponentes principales son los acontecidos en Venezuela, Bolivia y Ecuador⁸⁴³. Una evolución similar se puede

(nota 15). Se puede consultar el contenido del texto constitucional ruso (actualizado a 2008) en *The Constitution of the Russian Federation* [with the Amendments and Additions of December 30, 2008].

⁸⁴¹ KLEIN, N., *op. cit.*, pp. 309-321.

⁸⁴² FERNÁNDEZ, B. S. y PUENTE, F., «Configuración y demandas de los movimientos sociales hacia la Asamblea Constituyente en Bolivia y Ecuador», p. 50, GUTIÉRREZ SANÍN, F., «Colombia: The Restructuring of Violence», p. 210, PISARELLO PRADOS, G., *Procesos constituyentes...*, *op. cit.*, pp. 108-109, *idem*, *Un largo Termidor...*, *op. cit.*, pp. 196-197 y WILLIFORD, B., «Buen Vivir as Policy: Challenging Neoliberalism or Consolidating State Power in Ecuador», pp. 98-99. Para una descripción de las luchas sociales del periodo, ver ORIO, L. H., «Situando o novo: um breve mapa das recentes transformações do constitucionalismo latino-americano», pp. 167-170.

⁸⁴³ Ver FERNÁNDEZ, B. S. y PUENTE, F., *op. cit.*, p. 50, MASSÜGER SÁNCHEZ SANDOVAL, N. y WELP, Y., «Legality and Legitimacy: Constituent Power in Venezuela, Bolivia and Ecuador», p. 103, NOGUERA FERNÁNDEZ, A. y CRIADO DE DIEGO, M., «La constitución colombiana de 1991 como punto de inicio del

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

observar en otro caso concreto, este radicado en el continente asiático, como es el proceso constituyente desarrollado en Nepal.

A) Un precursor ambiguo: el proceso constituyente colombiano de 1990-1991.

A lo largo del siglo XX, la vida política en Colombia se caracterizó por la sucesión de fuertes conflictos *sociales* internos, centrados en gran medida en torno a la *cuestión agraria* y protagonizados por la lucha entre los partidos Liberal y Conservador (a su vez también divididos en facciones intestinas)⁸⁴⁴: entre 1946 y 1958, estos antagonismos se recrudecieron, dando lugar al llamado periodo de “*la violencia*”⁸⁴⁵. A partir de 1957, se recompuso parcialmente el orden *político* del país con el acuerdo entre los principales grupos liberales y conservadores, que dio lugar al denominado Frente Nacional⁸⁴⁶. Sin embargo, el nuevo sistema se enfrentaría a una oposición gradualmente creciente, tanto en el medio urbano como (especialmente) en el rural, lo cual comenzó a manifestarse en la década de 1960 con la conformación de diversas organizaciones guerrilleras⁸⁴⁷. A partir de la década de 1970, al cuadro anterior se sumó el auge del narcotráfico y el paramilitarismo, de los cuales se derivaría la consolidación de nuevos grupos de “poder” en el espectro social colombiano⁸⁴⁸. En la década de 1980, el conflicto armado interno experimentó una dramática escalada violenta (al que se unía

nuevo constitucionalismo en América Latina», p. 17, PISARELLO PRADOS, G., *Procesos constituyentes...*, *op. cit.*, pp. 107-108 y 112-113, *idem*, *Un largo Termidor...*, *op. cit.*, pp. 197-199, WILLIFORD, B., *op. cit.*, pp. 99-100 y WOLKMER, A. C. y WOLKMER, M. DE F. S., «Pluralismo Jurídico y Constitucionalismo Emancipador desde el Sur», pp. 39-40. Para una panorámica de los procesos constituyentes latinoamericanos mencionados (incluyendo además el caso de Colombia), ver RÍOS, M. (dir.), *op. cit.*, pp. 26-31.

⁸⁴⁴ Ver FOX, D. T., GALLÓN-GIRALDO, G. y STETSON, A., «Lessons of the Colombian Constitutional Reform of 1991. Toward the Securing of Peace and Reconciliation?», pp. 467-468 y GUTIÉRREZ SANÍN, F., *op. cit.*, pp. 224-225.

⁸⁴⁵ FONTANA LÁZARO, J., *op. cit.*, p. 522, FOX, D. T., GALLÓN-GIRALDO, G. y STETSON, A., *op. cit.*, p. 468, GUTIÉRREZ SANÍN, F., *op. cit.*, pp. 220-221, HURTADO, M., «Proceso de reforma constitucional y resolución de conflictos en Colombia: El Frente Nacional de 1957 y la Constituyente de 1991», p. 98 y JARAMILLO PÉREZ, J. F., «Colombia's 1991 Constitution: A Rights Revolution», p. 313.

⁸⁴⁶ FONTANA LÁZARO, J., *op. cit.*, p. 520, FOX, D. T., GALLÓN-GIRALDO, G. y STETSON, A., *op. cit.*, p. 469, HURTADO, M., *op. cit.*, p. 99 y PABÓN TARANTINO, E. E., «Colombia y su revolución pacífica. La nueva constitución del 5 de julio de 1991. Inicio de un marco institucional dentro de un contexto político pluralista», p. 164 (también nota 5) y 181 (también nota 20); ver también VALADÉS, D., *op. cit.*, pp. 155-156.

⁸⁴⁷ FONTANA LÁZARO, J., *op. cit.*, pp. 523-524, FOX, D. T., GALLÓN-GIRALDO, G. y STETSON, A., *op. cit.*, p. 469 y GUTIÉRREZ SANÍN, F., *op. cit.*, pp. 220-221.

⁸⁴⁸ FONTANA LÁZARO, J., *op. cit.*, p. 524-525, FOX, D. T., GALLÓN-GIRALDO, G. y STETSON, A., *op. cit.*, pp. 469-470, GUTIÉRREZ SANÍN, F., *op. cit.*, pp. 221-223 y HURTADO, M., *op. cit.*, p. 98.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

la crisis económica⁸⁴⁹)⁸⁵⁰. En mayo de 1984, se declaró el (enésimo) estado de sitio en Colombia⁸⁵¹: al despuntar la década de 1990, este se mantenía en vigor sin expectativa alguna de terminación⁸⁵². El orden *político* establecido, en sus líneas básicas, en 1957 devino, por tanto, materialmente insostenible⁸⁵³.

Sin embargo, la voluntad de proceder a la consecución de cambios institucionales significativos, manifestada por una parte de los sectores políticos dominantes en el Estado, había chocado en diversas ocasiones (la última vez, en el año 1988) con los intereses contrarios representados por otros grupos sociales privilegiados que detentaban la mayoría parlamentaria en el Congreso (única institución habilitada jurídicamente para llevar a cabo las correspondientes reformas en el texto constitucional entonces vigente)⁸⁵⁴. Así pues, la propia situación de crisis *social* se tradujo concretamente en una creciente incapacidad de las principales instituciones representativas, lo cual anunciaba, en consecuencia, la caducidad inminente de la Constitución de 1886⁸⁵⁵: urgía, por tanto, el reemplazo integral de esta (toda vez cegado el camino *formal* de la reforma constitucional).

La función esencial del cambio constitucional propuesto consistía en la ampliación significativa de la dimensión del orden político colombiano, más allá del concierto básico aún existente entre los partidos Liberal y Conservador⁸⁵⁶: la incorporación real a las instituciones representativas de sectores políticos excluidos o marginados hasta entonces permitiría la atención y encauzamiento pacífico de sus reivindicaciones principales, sin poner en peligro los principios esenciales del orden

⁸⁴⁹ PISARELLO PRADOS, G., *Procesos constituyentes...*, *op. cit.*, p. 110.

⁸⁵⁰ GUTIÉRREZ SANÍN, F., *op. cit.*, p. 223, HURTADO, M., *op. cit.*, p. 98; ver también JARAMILLO PÉREZ, J. F., *op. cit.*, p. 313.

⁸⁵¹ Una situación casi permanente en la Colombia posterior a 1958, ver *ibidem*, p. 322 y WHITEHEAD, L., «Reforms: Mexico and Colombia», p. 75.

⁸⁵² Ver CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA PLENA, «Sentencia Número 59», p. 15.

⁸⁵³ FIGUEROA GARCÍA-HERREROS, N., «Counter-Hegemonic Constitutionalism: The Case of Colombia», p. 238; ver también CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA PLENA, «Sentencia Número 59», p. 15.

⁸⁵⁴ FIGUEROA GARCÍA-HERREROS, N., *op. cit.*, p. 238, HURTADO, M., *op. cit.*, p. 98 y NIELSON, D. L. y SHUGART, M. S., «Constitutional Change in Colombia. Policy Adjustment Through Institutional Reform», pp. 321, 324 y 326.

⁸⁵⁵ FIGUEROA GARCÍA-HERREROS, N., *op. cit.*, p. 238.

⁸⁵⁶ HURTADO, M., *op. cit.*, pp. 98-99.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

social existente⁸⁵⁷. Del mismo modo, esta iniciativa representaba el reconocimiento de un cambio *social* más profundo ocurrido en las últimas décadas en el país, como era el proceso de urbanización (fruto de los procesos de migración del campo a la ciudad)⁸⁵⁸, lo cual presentaba necesariamente un correlato *político* pero no tenía un reflejo *institucional*: en el Congreso, las áreas rurales estaban sobrerrepresentadas frente a las urbanas, lo que significaba el mantenimiento de una preponderancia de los grupos dominantes en las primeras frente a las existentes en las segundas⁸⁵⁹. En su conjunto, el proceso impulsado de *reforma total* del orden constitucional colombiano cumplía la finalidad de fortalecer (o reestablecer) la autoridad del Estado en todo el territorio del país⁸⁶⁰: tal y como se planteaba, no había alternativa alguna a la apertura de este proceso que no fuera el propio hundimiento del orden institucional existente.

Los propios acontecimientos *políticos* que desembocaron inmediatamente en la apertura del proceso constituyente ilustran las singulares y estrechas conexiones existentes entre lo que se define usualmente como “sociedad civil” y el orden político. El inicio aparente de la manifestación de una demanda “social” de proceso constituyente se concretó, en 1990, a partir de la iniciativa de un movimiento de raíz estudiantil (radicado fundamentalmente en las universidades privadas del país) a favor de la paz y la reforma constitucional⁸⁶¹. Esta petición, alentada por el propio gobierno y apoyada por buena parte de los partidos políticos (principalmente, el Liberal y el Conservador) y los medios de comunicación social⁸⁶², se materializó en la denominada “séptima papeleta”, en el marco de las elecciones legislativas de marzo de 1990, en las que cerca de dos millones de personas (respecto a un censo total de 13.793.566 personas en los

⁸⁵⁷ NIELSON, D. L. y SHUGART, M. S., *op. cit.*, p. 327. En este sentido, también FIGUEROA GARCÍA-HERREROS, N., *op. cit.*, pp. 238 y 239.

⁸⁵⁸ GUTIÉRREZ SANÍN, F., *op. cit.*, p. 221.

⁸⁵⁹ HURTADO, M., *op. cit.*, p. 98 y NIELSON, D. L. y SHUGART, M. S., *op. cit.*, pp. 315-319 y 324.

⁸⁶⁰ En este sentido, PABÓN TARANTINO, E. E., *op. cit.*, p. 166.

⁸⁶¹ *Ibidem*, p. 167 (también nota 10) y PISARELLO PRADOS, G., *Procesos constituyentes...*, *op. cit.*, p. 110.

⁸⁶² Ver FIGUEROA GARCÍA-HERREROS, N., *op. cit.*, p. 238, HURTADO, M., *op. cit.*, p. 99, NIELSON, D. L. y SHUGART, M. S., *op. cit.*, p. 326 y PISARELLO PRADOS, G., *Un largo Termidor...*, *op. cit.*, p. 191 (nota 40).

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

comicios concurrentes⁸⁶³) votaron informalmente a favor de la apertura de un proceso constituyente⁸⁶⁴.

De forma inmediata, el presidente de la República aceptó la reivindicación *constituyente* y ordenó, mediante decreto (siguiendo una interpretación peculiar de las atribuciones conferidas a este por la misma Constitución vigente, en virtud del estado de sitio en vigor), la convocatoria de una consulta popular acerca de la conformación de una Asamblea Constitucional, a celebrar en el marco de las inminentes elecciones presidenciales⁸⁶⁵. Por su parte, la Corte Suprema de Justicia respaldó la norma presidencial⁸⁶⁶: ello fue así, aun a pesar de su manifiesta “inconstitucionalidad”⁸⁶⁷. En buena medida, estas determinaciones no fueron indicios de una intrínseca “voluntad” *constituyente* general, sino que mostraron, despiadadamente, el efectivo hundimiento del Congreso colombiano como institución *constitucional*.

La propuesta de convocatoria de la Asamblea Constitucional fue apoyada en la consulta celebrada junto con las elecciones presidenciales de mayo de 1990, por el 89,8% de votos válidos (con una participación del 42,4% del electorado)⁸⁶⁸. En función de ello, el presidente de la República procedió una vez más, mediante decreto, a la convocatoria de una consulta doble para diciembre de 1990, la primera para la apertura ya formal del proceso constituyente y el establecimiento de sus determinaciones básicas,

⁸⁶³ Ver en JARAMILLO PÉREZ, J. F. y FRANCO CUERVO, B., «Colombia», p. 327.

⁸⁶⁴ FOX, D. T., GALLÓN-GIRALDO, G. y STETSON, A., *op. cit.*, p. 470 (erróneamente, se menciona la cantidad de cinco millones de votos afirmativos) y PISARELLO PRADOS, G., *Procesos constituyentes...*, *op. cit.*, p. 110. Sin embargo, afirmando el carácter fundamentalmente “popular” y “espontáneo” de la apertura del proceso constituyente, VICIANO PASTOR, R. y MARTÍNEZ DALMAU, R., «Los procesos constituyentes latinoamericanos y el nuevo paradigma constitucional», p. 17.

⁸⁶⁵ FOX, D. T., GALLÓN-GIRALDO, G. y STETSON, A., *op. cit.*, p. 470, NIELSON, D. L. y SHUGART, M. S., *op. cit.*, p. 326 y PISARELLO PRADOS, G., *Procesos constituyentes...*, *op. cit.*, p. 110; se destaca, igualmente, en PABÓN TARANTINO, E. E., *op. cit.*, pp. 167-168. El texto del decreto se reproduce en CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA PLENA, «Sentencia Número 59», pp. 10-12.

⁸⁶⁶ FOX, D. T., GALLÓN-GIRALDO, G. y STETSON, A., *op. cit.*, pp. 470-471 y PISARELLO PRADOS, G., *Procesos constituyentes...*, *op. cit.*, p. 110.

⁸⁶⁷ NIELSON, D. L. y SHUGART, M. S., *op. cit.*, p. 327. Los razonamientos de la Corte, apelando al “*clamor popular*” a favor del proceso constituyente y haciendo una lectura extensiva de las facultades presidenciales conferidas con el Estado de Sitio, entre otras consideraciones, en CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA PLENA, «Sentencia Número 59», pp. 14-20; ver también NOGUERA FERNÁNDEZ, A. y CRIADO DE DIEGO, M., *op. cit.*, p. 28.

⁸⁶⁸ FOX, D. T., GALLÓN-GIRALDO, G. y STETSON, A., *op. cit.*, p. 471. Ver los resultados en JARAMILLO PÉREZ, J. F. y FRANCO CUERVO, B., *op. cit.*, p. 317.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

y la segunda (y simultánea) para la elección de los propios miembros de la Asamblea⁸⁶⁹; seguidamente, la Corte apoyó de nuevo la determinación presidencial en sus líneas fundamentales⁸⁷⁰. La apertura de proceso fue aprobada, finalmente, con la participación del 21,5% del censo⁸⁷¹. Los trabajos de elaboración del nuevo texto constitucional (cuya apertura fue fijada para febrero de 1991⁸⁷²) culminaron en julio de 1991; el documento resultante fue promulgado directamente, sin ser sometido a ratificación popular mediante referéndum⁸⁷³.

El contenido del texto constitucional colombiano resulta ser francamente heterogéneo, lo cual tiene que ver con el desarrollo de un proceso de elaboración que no fue controlado estrechamente por las elites dominantes en el país⁸⁷⁴. Bien al contrario, la función del proceso constituyente como instrumento de integración *política* exigía la incorporación al nuevo orden constitucional de aspectos sustanciales del ideario de las diversas fuerzas *democráticas* y *progresistas* participantes⁸⁷⁵. Esta realidad se denota en las grandes novedades que incorpora: la enunciación de un catálogo completo de derechos fundamentales *justiciables* (incluyendo, notoriamente, los derechos económicos, sociales y culturales, así como los relativos a los pueblos indígenas o las

⁸⁶⁹ Es de destacar que las bases fundamentales del proceso de elaboración habían sido previamente acordadas de manera formal entre las principales formaciones políticas, ver FOX, D. T., GALLÓN-GIRALDO, G. y STETSON, A., *op. cit.*, p. 471. El texto del decreto (que incluye el acuerdo político antes mencionado) se recoge en CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA PLENA, «Sentencia Número 138», pp. 37-57.

⁸⁷⁰ Los argumentos de la Corte, frente a las disposiciones de la Constitución entonces vigente, en *ibidem*, pp. 62-67.

⁸⁷¹ Se destaca la alta abstención (respecto a las elecciones a la Asamblea) en FOX, D. T., GALLÓN-GIRALDO, G. y STETSON, A., *op. cit.*, p. 472 y PABÓN TARANTINO, E. E., *op. cit.*, p. 168. El porcentaje de participación, recogido en JARAMILLO PÉREZ, J. F. y FRANCO CUERVO, B., *op. cit.*, p. 318.

⁸⁷² Así se mencionaba en el propio decreto de convocatoria de la Asamblea Constitucional, ver en CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA PLENA, «Sentencia Número 138», p. 40.

⁸⁷³ Ver FOX, D. T., GALLÓN-GIRALDO, G. y STETSON, A., *op. cit.*, pp. 473-475 y PABÓN TARANTINO, E. E., *op. cit.*, p. 170.

⁸⁷⁴ En este sentido, FIGUEROA GARCÍA-HERREROS, N., *op. cit.*, pp. 238-239. Se puede consultar el contenido del texto constitucional colombiano (actualizado a 2016) en *Constitución Política de Colombia 1991. Actualizada con los Actos Legislativos a 2016*.

⁸⁷⁵ FIGUEROA GARCÍA-HERREROS, N., *op. cit.*, p. 239. Respecto a la composición de la Asamblea, PISARELLO PRADOS, G., *Procesos constituyentes...*, *op. cit.*, pp. 110-111.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

comunidades afrocolombianas⁸⁷⁶), la introducción de la noción *participativa* como parte del principio *democrático* o el avance de procesos de descentralización del Estado⁸⁷⁷.

Con todo, en su conjunto, el documento constitucional de 1991 brilla por su anacronismo, al enunciarse una propuesta *democrática* de *Estado social* (carente, al mismo tiempo, de un proyecto material de transformación *política* significativa del país, como se ha visto), cuando en el conjunto de América Latina (también en Colombia) ya se asentaba la estrategia *neoliberal* de ordenamiento de la sociedad. La Constitución de 1991, por tanto, representa un intento de *compromiso* entre tales proyectos sociales⁸⁷⁸: se trata de un empeño de resultado imposible, al ser estos de materialización incompatible entre sí. En consecuencia, no se dio respuesta sustantiva a las profundas desigualdades sociales existentes: de hecho, más allá de la proclamación de los “derechos” económicos y sociales, la tarea del desarrollo de procesos de redistribución de la riqueza (necesarios para poder dar contenido material a aquellos) no se llegó a emprender por parte de los posteriores gobiernos constitucionales⁸⁷⁹. El fracaso parcial que caracterizaría al nuevo orden constitucional sería también *político*, puesto que no se logró la integración del conjunto principal de fuerzas guerrilleras en el nuevo marco *institucional*: el conflicto armado interno duraría todavía un cuarto de siglo más⁸⁸⁰.

Desde luego, por sus contenidos *materiales*, el proceso constituyente colombiano dista de poder ser encuadrable, por sí mismo, en una experiencia directa de *afirmación* “popular” frente al orden imperante⁸⁸¹. Este representa, más bien, una “adaptación” del

⁸⁷⁶ Para más detalle, ver JARAMILLO PÉREZ, J. F., *op. cit.*, pp. 314-318.

⁸⁷⁷ Una panorámica de estos elementos, en FOX, D. T., GALLÓN-GIRALDO, G. y STETSON, A., *op. cit.*, pp. 478-480, NOGUERA FERNÁNDEZ, A. y CRIADO DE DIEGO, M., *op. cit.*, pp. 29-46, PABÓN TARANTINO, E. E., *op. cit.*, pp. 177-178, 179-180, 184-186 y 192-194, PISARELLO PRADOS, G., *Procesos constituyentes...*, *op. cit.*, p. 111 e *idem*, *Un largo Terremoto...*, *op. cit.*, p. 191 (nota 40).

⁸⁷⁸ FIGUEROA GARCÍA-HERREROS, N., *op. cit.*, pp. 239-240 y HURTADO, M., *op. cit.*, p. 99 (nota 7). Sobre el componente neoliberal en la Constitución colombiana, ver GUTIÉRREZ SANÍN, F., *op. cit.*, pp. 215 y 217; también (indirectamente), en PABÓN TARANTINO, E. E., *op. cit.*, p. 194.

⁸⁷⁹ En este sentido, PISARELLO PRADOS, G., *Procesos constituyentes...*, *op. cit.*, p. 111. Algunos ejemplos, en GUTIÉRREZ SANÍN, F., *op. cit.*, pp. 219-220 y JARAMILLO PÉREZ, J. F., *op. cit.*, pp. 327-328.

⁸⁸⁰ HURTADO, M., *op. cit.*, pp. 97-98 y 99-101, JARAMILLO PÉREZ, J. F., *op. cit.*, p. 314 y PISARELLO PRADOS, G., *Procesos constituyentes...*, *op. cit.*, p. 111. En este sentido, también FOX, D. T., GALLÓN-GIRALDO, G. y STETSON, A., *op. cit.*, pp. 475-476, GUTIÉRREZ SANÍN, F., *op. cit.*, pp. 212 y 223 y (en parte) VICIANO PASTOR, R. y MARTÍNEZ DALMAU, R., «Los procesos constituyentes...», *op. cit.*, pp. 18-19.

⁸⁸¹ En este sentido, PISARELLO PRADOS, G., *Procesos constituyentes...*, *op. cit.*, p. 112.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

régimen político del país a las fortísimas contradicciones sociales existentes (por lo tanto, no es asimilable, al menos generalmente, a otros procesos, ya analizados, de *homologación* o *contrarrevolución*), concediendo simultáneamente la atención a algunas de las reivindicaciones discernibles en la contestación social existente y preservando otros elementos centrales en el orden político (al fin y al cabo, el modelo económico *liberal* nunca había dejado de ser predominante en Colombia, razón por la cual la implantación de la estrategia *neoliberal* supuso sencillamente una evolución del anterior⁸⁸²)⁸⁸³. Así pues, el fenómeno constituyente colombiano representa, más bien, un proceso de reforma procedimentalmente “*extraconstitucional*” del ordenamiento constitucional entonces vigente⁸⁸⁴. Con todo, el balance *formal* de este proceso sí resultaría significativo de cara al *exterior*, al servir como una referencia en la articulación de otros procesos de transformación política *real* (que ya comenzaban a manifestarse en Venezuela, por ejemplo) a partir de la conformación de nuevos órdenes institucionales mediante la culminación de procesos constituyentes⁸⁸⁵.

B) La formación de la República Bolivariana de Venezuela.

Al igual de lo que ocurrió en su día en el caso colombiano, en Venezuela el Estado fue regido desde 1958 a partir del acuerdo entre fuerzas conservadoras, liberales y socialdemócratas, formalizado en el Pacto de Punto Fijo (del cual se hallaba excluido el Partido Comunista⁸⁸⁶)⁸⁸⁷. El recompuesto orden *político* se sostenía, en el plano económico, en torno a la bonanza financiera derivada del crecimiento de las exportaciones de petróleo, que servía para sufragar la extensión de los servicios públicos, el desarrollo de infraestructuras y la elevación relativa del nivel de vida (si

⁸⁸² En este sentido, GUTIÉRREZ SANÍN, F., *op. cit.*, pp. 214-216.

⁸⁸³ En este sentido, FIGUEROA GARCÍA-HERREROS, N., *op. cit.*, pp. 238 y 240-241 y WHITEHEAD, L., *op. cit.*, pp. 88 y 93.

⁸⁸⁴ NOGUERA FERNÁNDEZ, A. y CRIADO DE DIEGO, M., *op. cit.*, p. 22; ver también DE CABO MARTÍN, C., *Dialéctica del sujeto...*, *op. cit.*, p. 146.

⁸⁸⁵ NOGUERA FERNÁNDEZ, A. y CRIADO DE DIEGO, M., *op. cit.*, pp. 17-18.

⁸⁸⁶ HERNÁNDEZ CAMARGO, L., *op. cit.*, p. 97 (nota 21), MASSÜGER SÁNCHEZ SANDOVAL, N. y WELP, Y., *op. cit.*, p. 104 y VICIANO PASTOR, R. y MARTÍNEZ DALMAU, R., *Cambio político y proceso constituyente en Venezuela (1998-2000)*, pp. 34-35 y 36-37.

⁸⁸⁷ FONTANA LÁZARO, J., *op. cit.*, p. 520, HERNÁNDEZ CAMARGO, L., *op. cit.*, pp. 93-102, PISARELLO PRADOS, G., *Un largo Termidor...*, *op. cit.*, p. 198, SONNTAG, H. R., *op. cit.*, pp. 148-149 y VICIANO PASTOR, R. y MARTÍNEZ DALMAU, R., *Cambio político y...*, *op. cit.*, pp. 22-27, 36-48 y 54.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

bien con importantes muestras de desigualdad)⁸⁸⁸; al mismo tiempo, se mantuvo una importante actividad represiva contra las organizaciones sociales situadas al margen del régimen político, así como la lucha contra diversos grupos guerrilleros (aunque sin llegar a alcanzarse las dimensiones del conflicto colombiano⁸⁸⁹)⁸⁹⁰.

La IV República venezolana comenzó a mostrar las primeras dificultades económicas en la segunda mitad de la década de 1970, en función del desarrollo general de la crisis en el mundo capitalista; sin embargo, sus expresiones fundamentales (en especial, la explosión de la deuda externa del país) se produjeron ya en la década de 1980⁸⁹¹. A principios de 1989, el gobierno socialdemócrata electo introdujo un paquete de medidas de ajuste (acordadas con el FMI⁸⁹²) que suponía la implantación de la estrategia *neoliberal* a costa de la degradación acelerada de las condiciones de vida de la población; en respuesta, estalló la protesta popular en febrero del mismo año, duramente reprimida por las fuerzas militares y de seguridad, en lo que se acabará conociendo como el “Caracazo”⁸⁹³.

A lo largo de la década de 1990, la situación del país no dejó de empeorar. La contestación contra el gobierno venezolano no se detuvo, y en febrero y noviembre de 1992 se produjeron sendos golpes militares, finalmente fallidos⁸⁹⁴. Del mismo modo, la continuación del modelo económico *neoliberal* (evidenciada en 1997 y 1998 con la

⁸⁸⁸ En este sentido, FONTANA LÁZARO, J., *op. cit.*, p. 521-522, HERNÁNDEZ CAMARGO, L., *op. cit.*, pp. 123 y 127-128, SONNTAG, H. R., *op. cit.*, p. 149 y VICIANO PASTOR, R. y MARTÍNEZ DALMAU, R., *Cambio político y...*, *op. cit.*, pp. 58-66.

⁸⁸⁹ Para el alcance limitado de este conflicto, HERNÁNDEZ CAMARGO, L., *op. cit.*, p. 123 y VICIANO PASTOR, R. y MARTÍNEZ DALMAU, R., *Cambio político y...*, *op. cit.*, pp. 35-36; también FONTANA LÁZARO, J., *op. cit.*, p. 522.

⁸⁹⁰ SONNTAG, H. R., *op. cit.*, p. 149.

⁸⁹¹ Ver la evolución de este proceso en HERNÁNDEZ CAMARGO, L., *op. cit.*, pp. 123-127, LALANDER, R., «Neo-Constitutionalism in 21st-Century Venezuela: Participatory Democracy, Deconcentrated Decentralization or Centralized Populism?», p. 164, SONNTAG, H. R., *op. cit.*, p. 150 y VICIANO PASTOR, R. y MARTÍNEZ DALMAU, R., *Cambio político y...*, *op. cit.*, pp. 68-71.

⁸⁹² FONTANA LÁZARO, J., *op. cit.*, p. 522 y VICIANO PASTOR, R. y MARTÍNEZ DALMAU, R., *Cambio político y...*, *op. cit.*, p. 71.

⁸⁹³ HERNÁNDEZ CAMARGO, L., *op. cit.*, pp. 128-130 y 134-136, LALANDER, R., *op. cit.*, p. 164, PISARELLO PRADOS, G., *Procesos constituyentes...*, *op. cit.*, p. 113, *idem*, *Un largo Termidor...*, *op. cit.*, p. 198, SONNTAG, H. R., *op. cit.*, p. 151 y VICIANO PASTOR, R. y MARTÍNEZ DALMAU, R., *Cambio político y...*, *op. cit.*, pp. 71-72.

⁸⁹⁴ HERNÁNDEZ CAMARGO, L., *op. cit.*, pp. 136-137, LALANDER, R., *op. cit.*, p. 164, SONNTAG, H. R., *op. cit.*, p. 151 y VICIANO PASTOR, R. y MARTÍNEZ DALMAU, R., *Cambio político y...*, *op. cit.*, pp. 90-93.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

imposición de nuevos programas de ajuste estructural) profundizó la crisis social en Venezuela, cargando los sacrificios para la salida de la crisis, una vez más, en los estratos sociales más humildes y en distintos sectores de la denominada “clase media”⁸⁹⁵. Todos estos acontecimientos provocaron el desfundamiento del sistema político existente, en especial con el hundimiento de la capacidad de movilización social de los partidos que habían detentado el control de las organizaciones estatales hasta el momento⁸⁹⁶; del mismo modo, se ahondó decisivamente la incapacidad de ejercer su función de dirección por parte de las instituciones formalmente representativas⁸⁹⁷. Ello hizo que la propuesta de transformación profunda del orden constitucional vigente se convirtiese en el nexo político común de todos aquellos sectores sociales, que abarcaban a la mayoría de la población, que no estaban dispuestos a aguantar más la situación imperante⁸⁹⁸. Frente a estos, los sectores privilegiados se enrocaron en la negativa de toda reforma significativa⁸⁹⁹.

Así pues, contrariamente a lo acontecido en Colombia, la iniciativa de apertura de un proceso constituyente *como tal* en Venezuela no provino de las propias fuerzas dirigentes de la IV República, sino de las organizaciones populares enfrentadas a esta⁹⁰⁰. La potencialidad de tal proceso, por lo tanto, no residía en la ampliación del sistema político reconocido, sino en la transformación profunda de este (con una orientación tendencialmente socialista), de forma que las organizaciones hasta el momento dominantes perderían el control de las instituciones estatales a favor de aquellas

⁸⁹⁵ *Ibidem*, p. 121. Para el sentido de los programas económicos aplicados, ver HERNÁNDEZ CAMARGO, L., *op. cit.*, p. 152.

⁸⁹⁶ ESCARRÁ MALAVÉ, C., «Modelo de Estado establecido en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (implicaciones)», p. 810, HERNÁNDEZ CAMARGO, L., *op. cit.*, pp. 152-154 y 163-164 y VICIANO PASTOR, R. y MARTÍNEZ DALMAU, R., *Cambio político y...*, *op. cit.*, pp. 109-110. En este sentido, también BREWER-CARÍAS, A. R., *Golpe de Estado y proceso constituyente en Venezuela*, p. 17.

⁸⁹⁷ En este sentido, ESCARRÁ MALAVÉ, C., *op. cit.*, pp. 810-811.

⁸⁹⁸ VICIANO PASTOR, R. y MARTÍNEZ DALMAU, R., *Cambio político y...*, *op. cit.*, pp. 136-137; en este sentido, también PISARELLO PRADOS, G., *Un largo Termidor...*, *op. cit.*, p. 198. Ver HERNÁNDEZ CAMARGO, L., *op. cit.*, pp. 161-162, 167 y 182-183 y MASSÜGER SÁNCHEZ SANDOVAL, N. y WELP, Y., *op. cit.*, p. 104.

⁸⁹⁹ VICIANO PASTOR, R. y MARTÍNEZ DALMAU, R., *Cambio político y...*, *op. cit.*, pp. 76-80; ver las distintas iniciativas (todas fracasadas) en HERNÁNDEZ CAMARGO, L., *op. cit.*, pp. 144-147 y 167-169. Así se reconoce, igualmente, en BREWER-CARÍAS, A. R., «El inicio del proceso constituyente en Ecuador en 2007 y las lecciones de la experiencia venezolana de 1999», p. 481; ver también MASSÜGER SÁNCHEZ SANDOVAL, N. y WELP, Y., *op. cit.*, p. 104.

⁹⁰⁰ En este sentido, SONNTAG, H. R., *op. cit.*, p. 152.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

apoyadas por otros sectores sociales: el horizonte *político* que se abría presagiaba el comienzo de cambios fundamentales en el orden *social*⁹⁰¹. Es esta realidad la que explica la profunda hostilidad de los sectores empresariales (en general, del conjunto de grupos sociales históricamente privilegiados en Venezuela), la mayoría de los medios de comunicación social y la Iglesia católica hacia el posterior proceso constituyente y su realización institucional, la V República⁹⁰².

Así pues, las fuerzas políticas *transformadoras*, articuladas en una amplia coalición encabezada por Hugo Chávez (protagonista de la primera insurrección militar en el año 1992), lograron una contundente victoria electoral frente a la candidatura conjunta de los partidos defensores de la IV República en las elecciones presidenciales de diciembre de 1998⁹⁰³: con una participación del 63,8% del censo, lograron el 56,2% de los votos (el otro candidato principal no llegó al 40 por ciento)⁹⁰⁴. El presidente Chávez procedió a la apertura de un proceso constituyente, elaborando asimismo una propuesta acerca de las normas que habrían de regir la elección de una Asamblea Nacional Constituyente (no sin controversia, sobre su carácter y extensión, con la Corte Suprema de Justicia⁹⁰⁵)⁹⁰⁶. Todo ello se sometió a referéndum popular en abril de 1999: con una participación del 37,8% del censo, la apertura del proceso constituyente fue aprobada por el 92,4% de votos válidos, y las normas para la elección de la Asamblea fueron respaldadas por un 86,5% de votos⁹⁰⁷; por su parte, en las elecciones a la

⁹⁰¹ En este sentido, VICIANO PASTOR, R. y MARTÍNEZ DALMAU, R., *Cambio político y...*, *op. cit.*, pp. 100-101 y 103-104.

⁹⁰² *Ibidem*, pp. 284-286.

⁹⁰³ PISARELLO PRADOS, G., *Procesos constituyentes...*, *op. cit.*, p. 113 y VICIANO PASTOR, R. y MARTÍNEZ DALMAU, R., *Cambio político y...*, *op. cit.*, pp. 122-123.

⁹⁰⁴ HERNÁNDEZ CAMARGO, L., *op. cit.*, pp. 156-157 y 170-171 y VICIANO PASTOR, R. y MARTÍNEZ DALMAU, R., *Cambio político y...*, *op. cit.*, pp. 134-135. Ver resultados también en MOLINA, J. y THIBAUT, B., «Venezuela», p. 583.

⁹⁰⁵ Ver en AYALA CORAO, C. M., «Venezuela: de la constituyente de 1999 a la reforma constitucional de 2007», pp. 334-336, BREWER-CARIAS, A. R., *Golpe de Estado...*, *op. cit.*, pp. 146-165, HERNÁNDEZ CAMARGO, L., *op. cit.*, pp. 227-236, MASSÜGER SÁNCHEZ SANDOVAL, N. y WELP, Y., *op. cit.*, p. 105 y VICIANO PASTOR, R. y MARTÍNEZ DALMAU, R., *Cambio político y...*, *op. cit.*, pp. 156-163.

⁹⁰⁶ HERNÁNDEZ CAMARGO, L., *op. cit.*, pp. 222-223 y 227 y PISARELLO PRADOS, G., *Procesos constituyentes...*, *op. cit.*, pp. 113-114 y VICIANO PASTOR, R. y MARTÍNEZ DALMAU, R., *Cambio político y...*, *op. cit.*, pp. 155-156.

⁹⁰⁷ *Ibidem*, pp. 138-139. Ver resultados también en MOLINA, J. y THIBAUT, B., *op. cit.*, p. 566.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

Asamblea Nacional Constituyente, en julio del mismo año, la participación alcanzó el 46,2% del electorado⁹⁰⁸.

La Asamblea inició sus trabajos en agosto de 1999⁹⁰⁹. Desde su mismo inicio, esta afirmó (con el apoyo del presidente de la República) sus plenas potestades *constituyentes*, al erigirse en *poder originario*, situándose como instancia estatal suprema frente al Congreso y los órganos judiciales, dotada de una capacidad irrestricta para modificar el ordenamiento jurídico vigente e intervenir las instituciones estatales existentes (tal y como se produjo finalmente)⁹¹⁰. La clave era la necesidad, no ya de redactar simplemente un documento constitucional que fuera aprobado e inmediatamente después obviado y olvidado, sino de culminar un *proceso materialmente constituyente*, esto es, que verdaderamente supusiese la consecución del proceso de transformación social (no una mera reforma de las instituciones representativas existentes⁹¹¹)⁹¹². Las fuerzas hasta entonces dominantes socialmente, atrincheradas en el seno de las propias organizaciones estatales (y que aún contaban con una fuerte presencia en la vida del país en general), procurarían hacer fracasar a toda costa el conjunto del trabajo de la Asamblea (que calificaban de “*golpe de Estado*” contra la Constitución de 1961⁹¹³)⁹¹⁴; por otra parte (y aun con excepciones, tal y como se vería en el golpe de Estado fallido de abril de 2002), las Fuerzas Armadas venezolanas respaldaron la iniciativa de transformación general del país⁹¹⁵.

⁹⁰⁸ VICIANO PASTOR, R. y MARTÍNEZ DALMAU, R., *Cambio político y...*, *op. cit.*, p. 141. Ver resultados también en MOLINA, J. y THIBAUT, B., *op. cit.*, p. 568.

⁹⁰⁹ HERNÁNDEZ CAMARGO, L., *op. cit.*, p. 263 y VICIANO PASTOR, R. y MARTÍNEZ DALMAU, R., *Cambio político y...*, *op. cit.*, p. 169.

⁹¹⁰ HERNÁNDEZ CAMARGO, L., *op. cit.*, pp. 264 y 270-273, MASSÜGER SÁNCHEZ SANDOVAL, N. y WELP, Y., *op. cit.*, p. 107, PISARELLO PRADOS, G., *Procesos constituyentes...*, *op. cit.*, p. 114 y VICIANO PASTOR, R. y MARTÍNEZ DALMAU, R., *Cambio político y...*, *op. cit.*, pp. 171-172 y 175-187.

⁹¹¹ Este era, precisamente, el propósito de parte de los adversarios del proceso *bolivariano*: ver, por ejemplo, BREWER-CARÍAS, A. R., «El inicio del...», *op. cit.*, p. 478.

⁹¹² En este sentido, VICIANO PASTOR, R. y MARTÍNEZ DALMAU, R., *Cambio político y...*, *op. cit.*, pp. 150 y 153.

⁹¹³ En este sentido, BREWER-CARÍAS, A. R., «El inicio del...», *op. cit.*, p. 477. Cuestionando también el carácter originario de la Asamblea, AYALA CORAO, C. M., «Venezuela: de la...», *op. cit.*, pp. 336-337.

⁹¹⁴ VICIANO PASTOR, R. y MARTÍNEZ DALMAU, R., *Cambio político y...*, *op. cit.*, pp. 139 y 153.

⁹¹⁵ *Ibidem*, p. 287.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

La participación de la población en general en el proceso de elaboración de la nueva Constitución no resultó finalmente ser tan amplia como se había previsto, quedando limitada, de hecho, a los sectores sociales más organizados⁹¹⁶. La Asamblea Constituyente logró completar su labor en noviembre de 1999⁹¹⁷; al mes siguiente, la propuesta de texto constitucional fue sometida a ratificación por referéndum popular, siendo aprobada por el 71,8% de los votos (con una participación del 44,4% del censo)⁹¹⁸.

La Constitución de 1999 es reconocida como un resultado de *transición*, fruto de la necesidad de completar con celeridad la elaboración de un nuevo texto constitucional y de las incertidumbres de una situación social cambiante (amén de reflejar las propias contradicciones *políticas e ideológicas* existentes en el seno de la propia coalición en el gobierno⁹¹⁹): dicho texto ha sido considerado como un instrumento para la consecución del proceso de transformación social en marcha, no como expresión de la culminación última de este⁹²⁰. El fuerte conflicto *social* experimentado en el país de manera ininterrumpida desde el año 2000 hasta la actualidad demuestra que el programa *bolivariano* dista de haber alcanzado sus fines.

C) La creación del Estado Plurinacional de Bolivia.

El proceso de transformación política de Bolivia es un ejemplo particularmente destacado de la lucha de los sectores sociales explotados contra la desposesión de los recursos y riquezas del país. Desde la década de 1980 hasta finales del decenio siguiente, el proceso de implementación de la estrategia *neoliberal* en el país sudamericano avanzó de forma imparable, a costa de las ya precarias condiciones de

⁹¹⁶ *Ibidem*, p. 197 (ver también nota 82) y (en el mismo sentido general) MASSÜGER SÁNCHEZ SANDOVAL, N. y WELP, Y., *op. cit.*, p. 107; con una opinión opuesta, PISARELLO PRADOS, G., *Procesos constituyentes...*, *op. cit.*, p. 114. Aun así, resultaría ser uno de los procesos más participativos en América Latina hasta aquel momento, ver LALANDER, R., *op. cit.*, p. 165.

⁹¹⁷ HERNÁNDEZ CAMARGO, L., *op. cit.*, p. 285, MASSÜGER SÁNCHEZ SANDOVAL, N. y WELP, Y., *op. cit.*, p. 107 y VICIANO PASTOR, R. y MARTÍNEZ DALMAU, R., *Cambio político y...*, *op. cit.*, pp. 174-175.

⁹¹⁸ *Ibidem*, p. 142; ver resultados también en MOLINA, J. y THIBAUT, B., *op. cit.*, p. 567. La versión original del texto constitucional venezolano, en «Constitución de la República Bolivariana de Venezuela».

⁹¹⁹ VICIANO PASTOR, R. y MARTÍNEZ DALMAU, R., *Cambio político y...*, *op. cit.*, pp. 190-191.

⁹²⁰ *Ibidem*, pp. 196, 209-210 y 299. Para una panorámica de las novedades de la Constitución de 1999, ver PISARELLO PRADOS, G., *Procesos constituyentes...*, *op. cit.*, pp. 114-115.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

vida de la mayoría de la población⁹²¹: como medidas principales, las principales fuentes de riqueza (incluyendo el acceso a las vastas reservas de hidrocarburos) fueron privatizadas y entregadas a empresas transnacionales⁹²². Sería en torno a los conflictos respecto al acceso a la tierra, al abastecimiento del agua (en el año 2000) y la explotación de los yacimientos de gas natural (entre 2002 y 2005), donde se focalizaría la movilización de amplios sectores sociales (destacando, entre otros, los movimientos *indígenas*⁹²³)⁹²⁴; las reivindicaciones sociales adoptaron pronto un horizonte *constituyente*⁹²⁵.

Las fuerzas *transformadoras*, aglutinadas en torno a la figura del líder sindicalista Evo Morales, acabaron obteniendo la victoria en las elecciones generales de diciembre de 2005⁹²⁶. Una de las primeras actuaciones políticas del nuevo periodo fue la convocatoria, en marzo de 2006, de una Asamblea constituyente⁹²⁷; su elección se produjo en julio del mismo año (con una participación del 84,4% del censo)⁹²⁸, conformándose la Asamblea al mes siguiente⁹²⁹. Se inició, así, un largo y convulso

⁹²¹ KLEIN, N., *op. cit.*, pp. 193-209; ver también CAVAROZZI, M., *op. cit.*, pp. 56-58.

⁹²² KLEIN, N., *op. cit.*, pp. 326-327. Para los efectos de estas políticas, ver ROMERO BONIFAZ, C., «El proceso constituyente boliviano», pp. 889-890.

⁹²³ PISARELLO PRADOS, G., *Procesos constituyentes...*, *op. cit.*, p. 120; para su significación política, APARICIO WILHELMI, M., «La apertura de una brecha constituyente como respuesta a la crisis. El tiempo de los sujetos (o tomando los sujetos en serio)», pp. 368-369. Como ejemplo, con respecto al movimiento indígena en el oriente boliviano, FERNÁNDEZ, B. S. y PUENTE, F., *op. cit.*, pp. 50-51, 53-55 y 58-60.

⁹²⁴ HERNÁNDEZ, M. DEL P., «Los procesos constituyentes latinoamericanos. Una retrospectiva histórica de Colombia a Bolivia», pp. 212-214, KLEIN, N., *op. cit.*, p. 328, PISARELLO PRADOS, G., *Procesos constituyentes...*, *op. cit.*, p. 116 y ROMERO BONIFAZ, C., *op. cit.*, pp. 891-892; ver también MASSÜGER SÁNCHEZ SANDOVAL, N. y WELP, Y., *op. cit.*, p. 112.

⁹²⁵ FERNÁNDEZ, B. S. y PUENTE, F., *op. cit.*, pp. 59-62, MARTÍNEZ DALMAU, R., «Los nuevos paradigmas constitucionales de Ecuador y Bolivia», p. 39, MASSÜGER SÁNCHEZ SANDOVAL, N. y WELP, Y., *op. cit.*, pp. 112-113, PISARELLO PRADOS, G., *Procesos constituyentes...*, *op. cit.*, p. 116 e *idem*, *Un largo Termidor...*, *op. cit.*, p. 198. Así se reconoce también en EUROPEAN UNION ELECTION OBSERVATION MISSION BOLIVIA 2006, *Final Report. Constituent Assembly Election and Referendum on Regional Autonomy 2 July 2006*, p. 5.

⁹²⁶ FONTANA LÁZARO, J., *op. cit.*, pp. 557-558, GUTIÉRREZ SANÍN, F., *op. cit.*, p. 209, HERNÁNDEZ, M. DEL P., *op. cit.*, pp. 214-215, PISARELLO PRADOS, G., *Procesos constituyentes...*, *op. cit.*, p. 116 e *idem*, *Un largo Termidor...*, *op. cit.*, p. 198.

⁹²⁷ Se puede consultar la convocatoria en PRESIDENCIA CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA, «Ley N° 3364, de 6 de marzo de 2006. Ley Especial de convocatoria a la Asamblea Constituyente».

⁹²⁸ MASSÜGER SÁNCHEZ SANDOVAL, N. y WELP, Y., *op. cit.*, pp. 113 y 114; ver los resultados en GARCÍA ORELLANA, A. y GARCÍA YAPUR, F. L. (coords.), *Atlas Electoral de Bolivia. Tomo I. Elecciones Generales 1979 - 2009. Asamblea Constituyente 2006* (2ª ed.), p. 438.

⁹²⁹ HERNÁNDEZ, M. DEL P., *op. cit.*, p. 215.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

proceso de elaboración del nuevo texto constitucional⁹³⁰, caracterizado por el enfrentamiento entre la mayoría de la Asamblea (favorable al proceso) y la minoría (decidida a hacerlo fracasar)⁹³¹. En paralelo, entre 2006 y 2008 se implementaron diversos elementos clave del programa económico del nuevo gobierno, destacándose las nacionalizaciones del sector de los hidrocarburos, de diversas explotaciones mineras o de grandes empresas de la rama de las telecomunicaciones, entre otras⁹³².

A la diversidad étnica existente en Bolivia, caracterizada socialmente por el sometimiento histórico del conjunto de poblaciones indígenas a las elites económicas de origen europeo, se superpone la disparidad territorial interna. Así, se distingue entre las regiones occidentales (andinas, que cuentan con mayoría de habitantes indígenas) y las orientales (la llamada “Media Luna”) que contienen los principales recursos naturales del país⁹³³. Así pues, la oposición de los grupos sociales privilegiados al proceso constituyente adoptaría dos vías concurrentes: por una parte, la obstrucción directa a las labores de la Asamblea Constituyente (mediante múltiples maniobras, tanto formales como relativas a los contenidos en debate)⁹³⁴; por otra, el intento de ruptura de la unidad institucional del país, mediante la reclamación de autonomía ampliada para los distintos departamentos del oriente boliviano, por parte de las elites dirigentes en estos⁹³⁵.

El borrador de texto constitucional fue aprobado por la Asamblea Constituyente en diciembre de 2007, frente al boicót de la mayor parte de grupos de la oposición⁹³⁶.

⁹³⁰ MARTÍNEZ DALMAU, R., «Los nuevos paradigmas...», *op. cit.*, p. 37 y PISARELLO PRADOS, G., *Procesos constituyentes...*, *op. cit.*, p. 116; ver también MASSÜGER SÁNCHEZ SANDOVAL, N. y WELP, Y., *op. cit.*, pp. 113-115.

⁹³¹ Para una cronología detallada del conjunto de este proceso (hasta diciembre de 2007), ver CARRASCO ALURRALDE, I. V. y ALBÓ, X., «Cronología de la Asamblea Constituyente», pp. 102-123.

⁹³² KLEIN, N., *op. cit.*, p. 588 y ROMERO BONIFAZ, C., *op. cit.*, pp. 893 y 895. En este sentido, también HERNÁNDEZ, M. DEL P., *op. cit.*, p. 215.

⁹³³ Ver EUROPEAN UNION ELECTION OBSERVATION MISSION BOLIVIA 2006, *op. cit.*, p. 5, FERNÁNDEZ, B. S. y PUENTE, F., *op. cit.*, p. 52 y MARTÍNEZ DALMAU, R., «Los nuevos paradigmas...», *op. cit.*, p. 38 (también nota 2).

⁹³⁴ ROMERO BONIFAZ, C., *op. cit.*, p. 893.

⁹³⁵ *Ibidem*, pp. 894-895; ver también EUROPEAN UNION ELECTION OBSERVATION MISSION BOLIVIA 2006, *op. cit.*, p. 5. Respecto al dominio político de las fuerzas conservadoras en la región oriental, ver MASSÜGER SÁNCHEZ SANDOVAL, N. y WELP, Y., *op. cit.*, p. 114.

⁹³⁶ CARRASCO ALURRALDE, I. V. y ALBÓ, X., *op. cit.*, p. 123; por el contrario, afirmando que los miembros de la oposición no fueron informados de la convocatoria de la sesión de aprobación, MASSÜGER SÁNCHEZ SANDOVAL, N. y WELP, Y., *op. cit.*, p. 115.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

Solamente tras un proceso de negociaciones con el Congreso Nacional en ejercicio, unido al fracaso de los intentos para lograr la caída del gobierno, se pudo acordar el desbloqueo del proceso final de ratificación en octubre de 2008⁹³⁷. Así, en enero de 2009, se pudo someter la propuesta de Constitución a referéndum popular⁹³⁸, siendo respaldada con el 61,43% de los votos válidos (con una participación del 90,20% del censo)⁹³⁹.

El texto constitucional resultante no deja de ser producto de una transacción *in extremis* entre las fuerzas políticas partidarias del cambio social y los grupos dominantes en el momento, rebajándose el alcance de parte de las transformaciones sociales planteadas en el proyecto constitucional inicial⁹⁴⁰. A pesar de todo, la Constitución de 2009 resalta, frente al texto que sustituyó, por su reconocimiento decidido del carácter plurinacional del país (lo cual se plasma en el diseño del orden institucional que desarrolla⁹⁴¹), el fomento de la participación popular y la afirmación de los derechos económicos, sociales y culturales⁹⁴².

D) Transformación social y proceso constituyente en Ecuador.

El proceso constituyente ecuatoriano, al igual que los anteriores, es expresión de las agudas luchas sociales en las que el país se halló sumido a lo largo del siglo XX, agravadas a lo largo de las décadas de 1980 y 1990 por el estallido y recrudescimiento de la crisis económica y la implantación de la solución *neoliberal* a esta (que además

⁹³⁷ MARTÍNEZ DALMAU, R., «Los nuevos paradigmas...», *op. cit.*, p. 37 y ROMERO BONIFAZ, C., *op. cit.*, pp. 899-901.

⁹³⁸ MASSÜGER SÁNCHEZ SANDOVAL, N. y WELP, Y., *op. cit.*, p. 116 y ROMERO BONIFAZ, C., *op. cit.*, pp. 901-903; ver también MARTÍNEZ DALMAU, R., «Los nuevos paradigmas...», *op. cit.*, p. 39.

⁹³⁹ Ver en GARCÍA ORELLANA, A. y GARCÍA YAPUR, F. L. (coords.), *Atlas Electoral de Bolivia. Tomo II. Referendums 2004 - 2009*, p. 231.

⁹⁴⁰ MARTÍNEZ DALMAU, R., «Los nuevos paradigmas...», *op. cit.*, p. 39, MASSÜGER SÁNCHEZ SANDOVAL, N. y WELP, Y., *op. cit.*, p. 116, PISARELLO PRADOS, G., *Procesos constituyentes...*, *op. cit.*, pp. 116-117 y SANTOS, B. DE S., *Refundación del Estado...*, *op. cit.*, pp. 74-75. También en este mismo sentido, indirectamente, ROMERO BONIFAZ, C., *op. cit.*, p. 901.

⁹⁴¹ MARTÍNEZ DALMAU, R., «Los nuevos paradigmas...», *op. cit.*, pp. 39-40 y WOLKMER, A. C. y WOLKMER, M. DE F. S., *op. cit.*, pp. 42-43.

⁹⁴² MEDICI, A. M., «El nuevo constitucionalismo latinoamericano y el giro decolonial: Bolivia y Ecuador», pp. 10-20 y WOLFF, J., «New Constitutions and the Transformation of Democracy in Bolivia and Ecuador», pp. 186-193; ver también MASSÜGER SÁNCHEZ SANDOVAL, N. y WELP, Y., *op. cit.*, p. 116. Una panorámica amplia de los contenidos constitucionales, en ROMERO BONIFAZ, C., *op. cit.*, pp. 905, 908-916, 919-923 y 925-934. Se puede consultar la versión original del texto constitucional boliviano en «Constitución Política del Estado».

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

conllevó la efectiva pérdida de la potestad estatal en materia monetaria con la llamada “dolarización”, en 2000⁹⁴³)⁹⁴⁴. Del mismo modo que ocurrió en Venezuela y Bolivia, el grueso de sectores dominantes en Ecuador (a su vez inmerso en conflictos internos) tampoco quiso llevar a cabo cambios políticos fundamentales (más allá de reformas concretas llevadas a cabo con la Constitución de 1998, en la que convivían contenidos de carácter progresista con otros de orientación netamente *neoliberal*⁹⁴⁵)⁹⁴⁶, siquiera para contrarrestar el creciente descontento de la mayoría de la población (que se presenta fragmentada territorialmente entre la costa, la sierra y la región amazónica⁹⁴⁷), destacándose en esta los pueblos *indígenas* como protagonistas políticos (dotados progresivamente con un mayor grado de organización y capacidad de movilización⁹⁴⁸)⁹⁴⁹. En consecuencia, el Estado ecuatoriano estaba sumido en una situación de inestabilidad institucional severa⁹⁵⁰.

En las elecciones presidenciales de octubre y noviembre de 2006, la alianza electoral de fuerzas socialmente *transformadoras* logró la victoria, invistiéndose en consecuencia a Rafael Correa como presidente de la República⁹⁵¹. Este procedió, en enero de 2007, a convocar una consulta popular acerca de la conformación de una

⁹⁴³ WILLIFORD, B., *op. cit.*, pp. 103-104.

⁹⁴⁴ GUTIÉRREZ SANÍN, F., *op. cit.*, p. 209, PISARELLO PRADOS, G., *Un largo Termidor...*, *op. cit.*, p. 198 y WILLIFORD, B., *op. cit.*, p. 101.

⁹⁴⁵ PISARELLO PRADOS, G., *Procesos constituyentes...*, *op. cit.*, p. 117 (también nota 11).

⁹⁴⁶ En este sentido, PÉREZ LOOSE, H., «Ecuador y su metamorfosis constituyente», pp. 243-244 y SALGADO PESANTES, H., «El proceso constituyente de Ecuador. Algunas reflexiones», p. 283.

⁹⁴⁷ FERNÁNDEZ, B. S. y PUENTE, F., *op. cit.*, pp. 52-53 y SONNTAG, H. R., *op. cit.*, pp. 130 y 133. En este sentido, también FONTANA LÁZARO, J., *op. cit.*, p. 526 y MASSÜGER SÁNCHEZ SANDOVAL, N. y WELP, Y., *op. cit.*, p. 108.

⁹⁴⁸ FERNÁNDEZ, B. S. y PUENTE, F., *op. cit.*, pp. 50-51, 53-55 y 58-60 y SONNTAG, H. R., *op. cit.*, pp. 132 y 134 (ver también nota 19).

⁹⁴⁹ PISARELLO PRADOS, G., *Procesos constituyentes...*, *op. cit.*, pp. 117 (también nota 11) y 120 y WILLIFORD, B., *op. cit.*, pp. 101-102; específicamente respecto a la relevancia política de los movimientos indígenas en este contexto, APARICIO WILHELMI, M., *op. cit.*, pp. 368-369 y MASSÜGER SÁNCHEZ SANDOVAL, N. y WELP, Y., *op. cit.*, p. 108.

⁹⁵⁰ Ver *ibidem*, p. 108, PÉREZ LOOSE, H., *op. cit.*, pp. 241-242, SONNTAG, H. R., *op. cit.*, pp. 133-134 y WILLIFORD, B., *op. cit.*, p. 101. En este sentido, también ASTUDILLO, C., «Algunas reflexiones sobre el proceso constituyente de América Latina con especial referencia a Ecuador», pp. 291-292.

⁹⁵¹ FONTANA LÁZARO, J., *op. cit.*, p. 558, MASSÜGER SÁNCHEZ SANDOVAL, N. y WELP, Y., *op. cit.*, p. 108 y PISARELLO PRADOS, G., *Un largo Termidor...*, *op. cit.*, pp. 198-199.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

Asamblea Constituyente⁹⁵². Contando con una mayoría de escaños en el Congreso, las fuerzas políticas tradicionalmente dominantes trataron de controlar el desarrollo del proceso constituyente: con este propósito, el Congreso intervino el Tribunal Supremo Electoral, generándose así un grave choque entre instituciones que se acabó resolviendo con la destitución de parte de los miembros del propio Congreso y del Tribunal Constitucional; finalmente, la Asamblea quedó investida de plenos poderes (una vez ya constituida)⁹⁵³.

Así pues, en abril de 2007, se llevó a cabo el referéndum sobre la convocatoria de la Asamblea Constituyente, la cual fue aprobada con un 81,72% de votos favorables (y el 71,58% de participación del censo)⁹⁵⁴. En septiembre de 2007, se llevaron a cabo las propias elecciones a la Asamblea Constituyente, con una participación del 73,17% del electorado⁹⁵⁵. El proceso de elaboración de la nueva Constitución se llevó a cabo entre noviembre de ese mismo año y julio de 2008; el documento resultante fue sometido a referéndum en el mes de septiembre, siendo ratificado con el 63,93% de votos a favor, con una participación del 75,72% del censo⁹⁵⁶.

Las principales aportaciones del nuevo texto constitucional residen en su reconocimiento del carácter plurinacional del país, su profundización en los mecanismos democráticos y participativos de funcionamiento de las instituciones estatales, el refuerzo del papel del Estado en la actividad económica en general, y la orientación del desarrollo social en torno a los principios del cuidado al entorno natural y a las personas, con un especial énfasis en la consecución de los derechos sociales,

⁹⁵² BREWER-CARIÁS, A. R., «El inicio del...», *op. cit.*, pp. 456-457, MASSÜGER SÁNCHEZ SANDOVAL, N. y WELP, Y., *op. cit.*, p. 108, PÉREZ LOOSE, H., *op. cit.*, pp. 246-247 y SALGADO PESANTES, H., *op. cit.*, p. 268.

⁹⁵³ Para una panorámica de este conflicto (si bien con opiniones contrarias a la expresada), ver BREWER-CARIÁS, A. R., «El inicio del...», *op. cit.*, pp. 459-474, MASSÜGER SÁNCHEZ SANDOVAL, N. y WELP, Y., *op. cit.*, pp. 109 y 110, PÉREZ LOOSE, H., *op. cit.*, pp. 247-256 y SALGADO PESANTES, H., *op. cit.*, pp. 268-273. Para una versión “suavizada” de estos acontecimientos, ver PISARELLO PRADOS, G., *Procesos constituyentes...*, *op. cit.*, p. 118.

⁹⁵⁴ BREWER-CARIÁS, A. R., «El inicio del...», *op. cit.*, p. 474, MASSÜGER SÁNCHEZ SANDOVAL, N. y WELP, Y., *op. cit.*, p. 109 y MISIÓN DE OBSERVACIÓN ELECTORAL DE LA UNIÓN EUROPEA, ECUADOR 2008, *Informe. Evaluación Final* [Ecuador, Referéndum Constitucional, 28 de septiembre 2008], pp. 5 y 30 (nota 59).

⁹⁵⁵ MASSÜGER SÁNCHEZ SANDOVAL, N. y WELP, Y., *op. cit.*, p. 110; los resultados, en MISIÓN DE OBSERVACIÓN ELECTORAL DE LA UNIÓN EUROPEA, ECUADOR 2008, *op. cit.*, pp. 5 y 30 (nota 59).

⁹⁵⁶ MASSÜGER SÁNCHEZ SANDOVAL, N. y WELP, Y., *op. cit.*, p. 111 y MISIÓN DE OBSERVACIÓN ELECTORAL DE LA UNIÓN EUROPEA, ECUADOR 2008, *op. cit.*, pp. 6-8 y 30.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

culturales y ambientales: es la concepción del *sumak kawsay* (el “buen vivir”)⁹⁵⁷; del mismo modo, la Carta Magna ecuatoriana presenta una voluntad decidida de salvaguarda de la soberanía del país, sea en materia productiva, financiera o militar⁹⁵⁸. Con todo, ello no supone que haya que dar su cumplimiento por garantizado, en función de la orientación *política* que adopte el gobierno ecuatoriano correspondiente en cada momento.

E) República, cuestión federal y cambio social: el proceso constituyente en Nepal.

El actual Nepal es el resultado de la unificación, por la fuerza de las armas, de decenas de pequeños países de distinta naturaleza étnica, religiosa y cultural, en la segunda mitad del siglo XVIII⁹⁵⁹. El país resultante se caracterizó por la imposición de un orden social marcadamente estratificado en castas (siguiendo el modelo hindú), en cuyo pináculo se situaba una reducida aristocracia terrateniente que monopolizaba la dirección política del Estado, que era carácter monárquico (absolutista en un principio, pero regido posteriormente por un reducido grupo oligárquico)⁹⁶⁰. Tras una etapa inicial de conflictos con las fuerzas británicas presentes en la India a principios del siglo XIX⁹⁶¹, el reino nepalí rindió su apoyo al Reino Unido a cambio de mantener el aislamiento del primero respecto de influencias sociales exteriores⁹⁶².

Con todo, la situación acabaría cambiando sustancialmente. En 1950, el orden oligárquico fue derrocado, con el apoyo activo de la Corona (que, en el último siglo, se había convertido en una institución prácticamente “nominal”) y de la India (que poco antes había logrado la independencia); en su lugar, se procuró implementar un orden democrático constitucional que habría de proceder a un proceso general de

⁹⁵⁷ MARTÍNEZ DALMAU, R., «Los nuevos paradigmas...», *op. cit.*, pp. 40-41, MEDICI, A. M., «El nuevo constitucionalismo...», *op. cit.*, pp. 10-20, PISARELLO PRADOS, G., *Procesos constituyentes...*, *op. cit.*, pp. 121-122, WOLFF, J., *op. cit.*, pp. 186-193 y WOLKMER, A. C. y WOLKMER, M. DE F. S., *op. cit.*, p. 42; ver también MASSÜGER SÁNCHEZ SANDOVAL, N. y WELP, Y., *op. cit.*, pp. 111-112.

⁹⁵⁸ Se puede consultar el contenido (actualizado a diciembre de 2015) del documento constitucional ecuatoriano, en *Constitución de la República del Ecuador*.

⁹⁵⁹ KRÄMER, K.-H., «Political Evolution of Modern Nepal», p. 44.

⁹⁶⁰ *Ibidem*, pp. 44-45 (también nota 3); ver también EUROPEAN UNION ELECTION OBSERVATION MISSION TO NEPAL 2008, *Final Report. Constituent Assembly Election 10 April 2008*, p. 30.

⁹⁶¹ KRÄMER, K.-H., *op. cit.*, p. 44.

⁹⁶² *Ibidem*, p. 45.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

“modernización” del país⁹⁶³. Sin embargo, el “experimento” duraría apenas una década: con el incremento de las tensiones entre los grupos más conservadores (alineados ahora en torno a la institución real) y las fuerzas políticas de tendencia *progresista* (con una implantación social cada vez más poderosa), finalmente el rey Mahendra reinstauró *de facto* el régimen absolutista mediante un golpe de Estado en 1960⁹⁶⁴. Sin embargo, este cambio tampoco tendría un carácter estable: en función de las transformaciones internacionales acontecidas a finales de la década de 1980 y las crecientes tensiones del régimen nepalí con la India, el estallido de amplias protestas populares precipitó el establecimiento de un nuevo orden institucional en abril de 1990⁹⁶⁵, fruto de un compromiso democratizador (aunque con importantes carencias) entre los principales partidos de la oposición y el bloque “monárquico” (con el rey Birendra a la cabeza)⁹⁶⁶.

Así pues, la reimplantación del sistema democrático no supuso la apertura de procesos de transformación social que diesen cabida a las demandas de las capas sociales explotadas y oprimidas (incluyendo la realidad de la multiplicidad de realidades étnicas existentes), puesto que los procesos políticos (incluyendo los institucionales) siguieron siendo protagonizados políticamente por los sectores sociales dominantes hasta el momento⁹⁶⁷. Ello llevó finalmente, con la negativa a las demandas políticas planteadas por el Partido Comunista de Nepal (Maoísta) al gobierno, en febrero de 1996, al inicio de la denominada “guerra popular”⁹⁶⁸. El conflicto se desarrollaría principalmente en el ámbito rural (área en la que vive la amplia mayoría de la población del país⁹⁶⁹)⁹⁷⁰, y se caracterizó por su extensión y agudización crecientes⁹⁷¹.

⁹⁶³ *Ibidem*, pp. 46-47 y SNELLINGER, A., «The Production of Possibility through an Impossible Ideal: Consensus as a Political Value in Nepal’s Constituent Assembly», p. 233.

⁹⁶⁴ KRÄMER, K.-H., *op. cit.*, pp. 46, 47 y 57 y SNELLINGER, A., *op. cit.*, p. 233.

⁹⁶⁵ EUROPEAN UNION ELECTION OBSERVATION MISSION TO NEPAL 2008, *op. cit.*, p. 8, *Informe del Secretario General sobre la solicitud de Nepal relativa a la asistencia de las Naciones Unidas a su proceso de paz*, punto 4 y SNELLINGER, A., *op. cit.*, p. 233.

⁹⁶⁶ KRÄMER, K.-H., *op. cit.*, pp. 47-48.

⁹⁶⁷ *Ibidem*, pp. 48-51 y 57-58; también en EUROPEAN UNION ELECTION OBSERVATION MISSION TO NEPAL 2008, *op. cit.*, pp. 8-9.

⁹⁶⁸ KRÄMER, K.-H., *op. cit.*, p. 54 (también nota 14); ver también EUROPEAN UNION ELECTION OBSERVATION MISSION TO NEPAL 2008, *op. cit.*, p. 9.

⁹⁶⁹ KANTHA, P. K., «Nepal and Bhutan in 2012. Uncertain Democratic Consolidation», p. 90.

⁹⁷⁰ *Informe del Secretario...*, *op. cit.*, punto 4 y SNELLINGER, A., *op. cit.*, p. 233.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

Tras el asesinato de la mayor parte de la familia real nepalí en 2001, ascendió al trono el rey Gyanendra, quien estaba decidido a recuperar en su máxima extensión el régimen monárquico: tras el fracaso de las conversaciones de paz, el rey, con el apoyo del Ejército y de los sectores políticos más conservadores, dio un golpe de Estado en octubre de 2002, suspendiendo la Constitución vigente y asumiendo para sí buena parte de las potestades estatales⁹⁷². Asimismo, el monarca estaba decidido a atajar decisivamente la rebelión maoísta con el logro de la victoria militar completa: el Ejército nepalí intervino masivamente en la lucha y la guerra civil se adentró en su fase más violenta⁹⁷³. Sin embargo, y a pesar de reforzarse el control estatal sobre las zonas urbanas⁹⁷⁴, en el resto del país la presencia activa de unidades insurgentes se mantuvo y, en parte del territorio, se erigieron incluso en fuerza predominante⁹⁷⁵. La única respuesta del régimen monárquico fue intensificar, aún más, el grado de centralización de las potestades gubernativas, así como la represión (ya dura de por sí) contra el conjunto de organizaciones políticas opositoras: en febrero de 2005, el rey asumió directamente la dirección del gobierno y declaró el estado de emergencia⁹⁷⁶. Estos últimos pasos fueron ya más lejos de lo que los principales aliados exteriores del gobierno nepalí (principalmente Estados Unidos, Reino Unido e India) podían permitir (sobre todo, por el fuerte coste, en términos de imagen pública global, de apoyar a un régimen abiertamente golpista y represor)⁹⁷⁷, toda vez que, además, las posibilidades de victoria de las fuerzas monárquicas eran cada vez más dudosas⁹⁷⁸.

El nuevo contexto propició la aglutinación de los esfuerzos del conjunto de grupos opositores a la monarquía (con el apoyo de la India), incluyendo a las fuerzas insurgentes: en noviembre de 2005, estos sellaron en Nueva Delhi una alianza amplia

⁹⁷¹ En este sentido, KRÄMER, K.-H., *op. cit.*, pp. 54-55 y 58.

⁹⁷² *Informe del Secretario...*, *op. cit.*, punto 5, KRÄMER, K.-H., *op. cit.*, pp. 57-61 y SNELLINGER, A., *op. cit.*, p. 233.

⁹⁷³ *Informe del Secretario...*, *op. cit.*, punto 5 y KRÄMER, K.-H., *op. cit.*, pp. 54-55 y 62-63.

⁹⁷⁴ *Ibidem*, p. 63.

⁹⁷⁵ Ver EUROPEAN UNION ELECTION OBSERVATION MISSION TO NEPAL 2008, *op. cit.*, p. 9 y KRÄMER, K.-H., *op. cit.*, pp. 54 y 55-56; también, indirectamente, en *Informe del Secretario...*, *op. cit.*, puntos 18 y 19.

⁹⁷⁶ EUROPEAN UNION ELECTION OBSERVATION MISSION TO NEPAL 2008, *op. cit.*, p. 9, *Informe del Secretario...*, *op. cit.*, punto 6 y KRÄMER, K.-H., *op. cit.*, pp. 62-64.

⁹⁷⁷ *Ibidem*, pp. 64-65.

⁹⁷⁸ *Ibidem*, p. 64. En este sentido, también *Informe del Secretario...*, *op. cit.*, punto 6.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

para vencer a la monarquía y proceder a la apertura de un proceso constituyente⁹⁷⁹. Así, se abrió el camino para que, en abril de 2006, el desarrollo de las movilizaciones populares, generalizadas a lo largo y ancho del país, hiciera caer el régimen autocrático⁹⁸⁰: como consecuencia inmediata, se instituyeron un parlamento y gobierno provisionales y el rey fue despojado del conjunto de potestades que detentaba⁹⁸¹. En noviembre de ese mismo año se firmó el acuerdo de paz entre el nuevo gobierno y los maoístas, que incluía, entre otras previsiones, la aprobación de una Constitución provisional (lo cual se llevó a cabo en enero de 2007, rigiendo el orden institucional estatal hasta que entrase en vigor la Constitución definitiva⁹⁸²), la apertura de un proceso constituyente (con la elección popular de una Asamblea Constituyente), el acantonamiento o acuartelamiento de las organizaciones armadas existentes, incluyendo al ejército maoísta y al Ejército de Nepal (con supervisión por parte de la ONU⁹⁸³) y la apertura de un proceso de transformación social (acabando con las relaciones feudales e integrando a los grupos sociales marginados)⁹⁸⁴. Sin embargo, no sería hasta abril de 2008 cuando se celebraron las elecciones para la Asamblea Constituyente, que resultaron en una amplia mayoría de los partidos de orientación comunista y socialdemócrata (con una participación del 63,29% del censo⁹⁸⁵)⁹⁸⁶. Por decisión de la

⁹⁷⁹ EUROPEAN UNION ELECTION OBSERVATION MISSION TO NEPAL 2008, *op. cit.*, p. 9, *Informe del Secretario...*, *op. cit.*, puntos 6-7, KRÄMER, K.-H., *op. cit.*, pp. 56 y 66 y SNELLINGER, A., *op. cit.*, p. 233; respecto a la significación del acuerdo en el desarrollo del periodo institucional posterior, ver BRANDT, M., COTTRELL, J., GHAI, Y. y REGAN, A., *op. cit.*, p. 70.

⁹⁸⁰ EUROPEAN UNION ELECTION OBSERVATION MISSION TO NEPAL 2008, *op. cit.*, p. 9, *Informe del Secretario...*, *op. cit.*, punto 7, KRÄMER, K.-H., *op. cit.*, p. 66 y SNELLINGER, A., *op. cit.*, p. 233.

⁹⁸¹ EUROPEAN UNION ELECTION OBSERVATION MISSION TO NEPAL 2008, *op. cit.*, p. 9, KRÄMER, K.-H., *op. cit.*, p. 66 y WILLIAMS, D., «Nepali Constitution-Making After the Revolution», p. 246.

⁹⁸² En este sentido, KANTHA, P. K., *op. cit.*, p. 84, KRÄMER, K.-H., *op. cit.*, p. 67 y WILLIAMS, D., *op. cit.*, p. 246; ver también BRANDT, M., COTTRELL, J., GHAI, Y. y REGAN, A., *op. cit.*, p. 341 y EUROPEAN UNION ELECTION OBSERVATION MISSION TO NEPAL 2008, *op. cit.*, p. 13.

⁹⁸³ *Informe del Secretario...*, *op. cit.*, puntos 11 y 28-32 y KRÄMER, K.-H., *op. cit.*, pp. 67.

⁹⁸⁴ EUROPEAN UNION ELECTION OBSERVATION MISSION TO NEPAL 2008, *op. cit.*, p. 9, *Informe del Secretario...*, *op. cit.*, puntos 8 y 13-15 y KRÄMER, K.-H., *op. cit.*, pp. 66-67.

⁹⁸⁵ Medido en la parte proporcional de la votación, ver (en comparación con 2013) en EUROPEAN UNION ELECTION OBSERVATION MISSION TO NEPAL 2013, *Final Report. Constituent Assembly Elections 19 November 2013*, p. 36.

⁹⁸⁶ KRÄMER, K.-H., *op. cit.*, pp. 71-75 y 77; ver también BRANDT, M., COTTRELL, J., GHAI, Y. y REGAN, A., *op. cit.*, pp. 341-342 y EUROPEAN UNION ELECTION OBSERVATION MISSION TO NEPAL 2008, *op. cit.*, p. 40.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

Asamblea, constituida en mayo del mismo año, se procedió a la abolición de la monarquía, con la proclamación de Nepal como república federal democrática⁹⁸⁷.

De acuerdo con las determinaciones establecidas inicialmente, la Asamblea Constituyente (que asumió también la competencia legislativa ordinaria, así como la potestad de elección del presidente del país y del primer ministro) contaba con un plazo de dos años para elaborar el nuevo texto constitucional⁹⁸⁸; los acuerdos en esta debían ser adoptados por consenso⁹⁸⁹. Sin embargo, varias cuestiones clave se interpondrían de forma permanente en la culminación de los trabajos de la Asamblea: la principal fue la relativa a la concreción del modelo federal ya proclamado⁹⁹⁰, que resolviese la situación de fuerte centralización estatal que había favorecido la dominación de todo el territorio nepalí por parte de grupos sociales privilegiados hasta la fecha⁹⁹¹. El problema específico que surgía, en torno a este punto, radicaba en las importantes diferencias existentes entre las posiciones sostenidas al respecto por las distintas fuerzas políticas, no solo del conjunto del país, sino también regionales: en especial, las reivindicaciones políticas de los partidos representantes del pueblo Madhesi (originado por la inmigración india radicada en el Terai, la zona llana del sur del país⁹⁹²), que reclamaban la creación de una región autónoma unificada propia (opción rechazada por la mayoría de partidos estatales), encontraron en la Asamblea una caja de resonancia propicia⁹⁹³. Del mismo modo, las tensiones entre los mismos partidos por el control de las instituciones gubernamentales resultaron una constante, aflorando en asuntos tales como la composición y dirección del gobierno, o el avance del proceso de integración de las fuerzas insurgentes en el Ejército⁹⁹⁴.

⁹⁸⁷ KRÄMER, K.-H., *op. cit.*, pp. 78 y 81 y SNELLINGER, A., *op. cit.*, p. 233.

⁹⁸⁸ KANTHA, P. K., *op. cit.*, p. 84; ver también BRANDT, M., COTTRELL, J., GHAI, Y. y REGAN, A., *op. cit.*, p. 342.

⁹⁸⁹ SNELLINGER, A., *op. cit.*, p. 237.

⁹⁹⁰ KANTHA, P. K., *op. cit.*, p. 86; en este sentido, también BRANDT, M., COTTRELL, J., GHAI, Y. y REGAN, A., *op. cit.*, p. 342.

⁹⁹¹ KRÄMER, K.-H., *op. cit.*, p. 81.

⁹⁹² *Ibidem*, pp. 44, 71 y 81-82.

⁹⁹³ KANTHA, P. K., *op. cit.*, pp. 86-87 (también nota 3), KRÄMER, K.-H., *op. cit.*, pp. 70-71 y 82 y SNELLINGER, A., *op. cit.*, pp. 240-242; ver, para el periodo previo a la elección de la Asamblea Constituyente, EUROPEAN UNION ELECTION OBSERVATION MISSION TO NEPAL 2008, *op. cit.*, pp. 9-10.

⁹⁹⁴ KANTHA, P. K., *op. cit.*, pp. 84 y 85-86 (también nota 2) y WILLIAMS, D., *op. cit.*, pp. 249-250.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

Así pues, se impuso gradualmente la tendencia a dilatar en el tiempo los procesos de negociación en marcha, posponiendo sucesivamente la adopción de soluciones⁹⁹⁵; del mismo modo, se fue prorrogando la duración de la propia Asamblea mediante sucesivas ampliaciones temporales⁹⁹⁶. Así pues, las dificultades en la Asamblea se fueron trasladando, en forma de aumento de tensión, a la vida política en general⁹⁹⁷. Toda vez que no se consiguió alcanzar un acuerdo sobre el contenido del nuevo texto constitucional, la Asamblea Constituyente acabó siendo disuelta en mayo de 2012 (fecha límite dispuesta por la Corte Constitucional) para ser convocada nuevamente⁹⁹⁸; únicamente en noviembre de 2013 se procedería a la elección de una nueva Asamblea (tras el aplazamiento de la consulta inicialmente prevista)⁹⁹⁹, que contó con la participación del 79,82% del censo¹⁰⁰⁰. Finalmente, el proceso de elaboración del texto constitucional definitivo fue culminado por la segunda Asamblea Constituyente (el documento resultante fue aprobado por casi el 90% de sus miembros), aunque dejando varios “fleclos sueltos” en la determinación del propio sistema federal: la nueva Constitución entró en vigor directamente (esto es, sin que mediase referéndum ratificatorio) en septiembre de 2015¹⁰⁰¹.

2.2. Los debates acerca de las definiciones fundamentales del fenómeno constituyente.

En el apartado anterior, hemos analizado los principales rasgos de una serie de procesos constituyentes que son “actuales” por cuanto que, a raíz de ellos, se conforman esencialmente los ordenamientos constitucionales hoy vigentes en los países respectivos. Es decir, se trata de procesos históricos, sustentados sobre factores políticos materiales, que tienen una influencia decisiva en la ordenación de la vida de una parte

⁹⁹⁵ KANTHA, P. K., *op. cit.*, pp. 85-86.

⁹⁹⁶ *Ibidem*, p. 84 y WILLIAMS, D., *op. cit.*, p. 250.

⁹⁹⁷ En este sentido, KANTHA, P. K., *op. cit.*, pp. 87-88 y WILLIAMS, D., *op. cit.*, p. 250.

⁹⁹⁸ KANTHA, P. K., *op. cit.*, pp. 84-85, SNELLINGER, A., *op. cit.*, pp. 233 y 242 y WILLIAMS, D., *op. cit.*, p. 250.

⁹⁹⁹ Ver SNELLINGER, A., *op. cit.*, p. 243 y WILLIAMS, D., *op. cit.*, p. 251.

¹⁰⁰⁰ Medido en la parte proporcional de la votación, ver en EUROPEAN UNION ELECTION OBSERVATION MISSION TO NEPAL 2013, *op. cit.*, p. 36.

¹⁰⁰¹ Se puede consultar el texto constitucional nepalí en *The Constitution of Nepal*.

muy significativa de las sociedades del mundo. Cabría suponer que, partiendo de estos casos, es posible hallar en la doctrina jurídica una teoría “común” sobre la naturaleza del *fenómeno constituyente*¹⁰⁰²; sin embargo, de forma sorprendente, tal elaboración brilla por su ausencia (sin menoscabo de la existencia de múltiples aproximaciones parciales)¹⁰⁰³.

Así pues, a continuación, se analizarán las interpretaciones y propuestas surgidas de distintas corrientes en el ámbito de la teoría jurídica y política, tanto de tendencias *hegemónicas* como *críticas*, desgranándose igualmente la significación real de estas. Del mismo modo, se detallarán una serie de propuestas teóricas propias acerca de los elementos fundamentales del fenómeno constituyente, en aras de facilitar su mejor esclarecimiento en general.

2.2.1. Las teorías hegemónicas acerca del poder y el proceso constituyentes y sus insuficiencias.

A) Las concepciones *positivistas* del Derecho y los procesos constituyentes.

Como es sabido, las perspectivas de carácter *positivista* gozan de gran predicamento en el seno de la doctrina jurídica dominante. La consideración del Derecho como un “orden” normativo *cerrado*, con relaciones fijas, persistentes y explícitas entre sus distintos componentes ideales, explicables por sí mismas (esto es, como un sistema *formal*)¹⁰⁰⁴, domina el entendimiento común acerca de lo *jurídico* en el conjunto de actores institucionales y el mundo académico del ámbito *occidental*. Naturalmente, esta visión se extiende naturalmente a la cuestión relativa al origen de las Constituciones (y a las formas concretas de su nacimiento). Dos interpretaciones concretas se plantean a partir de esta afirmación.

¹⁰⁰² Proponiendo esta metodología, KAY, R. S., *op. cit.*, p. 716.

¹⁰⁰³ De hecho, su estudio está separado entre distintas disciplinas jurídicas, relativamente desconectadas entre sí: en este sentido, OKLOPCIC, Z., «Constitutional (Re)Vision: Sovereign...», *op. cit.*, p. 82. Por otra parte, respecto a la afirmación acerca de la posibilidad de identificar un tipo básico general de proceso constituyente “popular”, ver HÄBERLE, P., *El Estado constitucional...*, *op. cit.*, pp. 123-124.

¹⁰⁰⁴ La definición normativista *clásica*, en KELSEN, H., *Teoría pura del derecho. Introducción a los problemas de la ciencia jurídica* [primera edición de 1934], pp. 41-47 y 82-84. En un sentido descriptivo, ver también DE CABO MARTÍN, C., *Conflicto y constitución...*, *op. cit.*, p. 245, DE OTTO Y PARDO, I., *op. cit.*, p. 606, LÓPEZ GARRIDO, D., «Constitución y estructura. Una teoría del poder constituyente», pp. 120-121 y MÉNDEZ MADDALENO, J. L., *op. cit.*, pp. 160 y 161.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

La posición más “radical” dentro de esta corriente incluye la negación integral de la existencia del denominado *poder constituyente* (y, en consecuencia, del *proceso constituyente*). En este sentido, se afirma que la idea constituyente, entendida como expresión de la voluntad unitaria de un *pueblo*, es un “mito” que no se sostiene sobre datos históricos ni, propiamente, sobre la lógica jurídica¹⁰⁰⁵. De acuerdo con estas tesis, lo único que se verificaría en la historia reciente sería la operación de una serie de transformaciones más o menos profundas *en* los ordenamientos jurídicos de distintos países, no la sustitución completa de estos. A decir verdad, no se trata tanto de que los defensores de esta idea nieguen la existencia de *todo* proceso constituyente, sino que, únicamente, tienden a conceder la condición de tales únicamente a unos pocos procesos de creación de Estados por vía revolucionaria (por ejemplo, la conformación de los Estados Unidos de América) o al resultado de revoluciones sociales de especial trascendencia mundial (como la revolución francesa de 1789, o la rusa de 1917¹⁰⁰⁶). En consecuencia, el criterio implícito de inexistencia de la condición de proceso constituyente se establece en virtud del principio de continuidad de los órdenes jurídicos: las rupturas en el tiempo de los sistemas constitucionales particulares serían consideradas como simples vicisitudes *facticas* ajenas al mundo del Derecho, solo finalmente rechazadas o consolidadas normativamente en el propio ordenamiento jurídico¹⁰⁰⁷. Las causas y motivos de tales cambios constituyentes se presentan, desde este punto de vista, como materia vedada a la investigación *científica* de los teóricos jurídicos¹⁰⁰⁸.

Por otra parte, una posición positivista más “matizada” sí tiende a considerar la “existencia”, al menos *ideal*, de un origen *constituyente* de cada ordenamiento jurídico (ya no asimilado exclusivamente a la existencia misma del Estado a lo largo del tiempo)

¹⁰⁰⁵ Así, en REQUEJO PAGÉS, J. L., *op. cit.*, pp. 18-19; en un sentido descriptivo de esta postura, KALYVAS, A., «Soberanía popular, democracia y el poder constituyente», pp. 106-107, LOUGHLIN, M., «The concept of constituent power», p. 222 y PINTO, L. M. DA S. C., *op. cit.*, pp. 260-261 y 262.

¹⁰⁰⁶ En este sentido, REQUEJO PAGÉS, J. L., *op. cit.*, p. 127.

¹⁰⁰⁷ Ver ALÁEZ CORRAL, B., *Los límites materiales a la reforma de la Constitución Española de 1978*, pp. 109-110.

¹⁰⁰⁸ En este sentido, *ibidem*, p. 170. Describiendo esta postura, ver MARTI, G., «Construcción política de la Unión Europea y poder constituyente», p. 311.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

y, por lo tanto, considera la presencia, aun pretérita, de un *poder constituyente*¹⁰⁰⁹. Siguiendo la propuesta interpretativa de este sector doctrinal, la idea de *lo constituyente* se asocia más estrechamente a las vicisitudes de los distintos textos constitucionales (entendidos como normas jurídicas supremas del ordenamiento jurídico que dan sentido a este)¹⁰¹⁰. En este sentido, ha de considerarse la “presencia” de un “poder” (extraño al campo del Derecho) que establece la nueva Carta Magna y al que, únicamente por razones de conveniencia, se ha de identificar formalmente con el *pueblo*¹⁰¹¹. Con la culminación del proceso constituyente, el *poder constituyente* desaparece en el nuevo ordenamiento constitucional, disolviéndose definitivamente en el contenido de la Constitución vigente¹⁰¹²; por tanto, los procesos posteriores para el cambio de la Constitución que se desarrollen fuera de los mecanismos contemplados para la reforma constitucional no obedecerán a determinaciones *jurídicas*. Así pues, si bien esta postura niega la existencia *material* del *poder constituyente*, tampoco renuncia a este concepto, puesto que es considerado como una suerte de *ficción* necesaria para explicar y justificar lógicamente el origen del propio ordenamiento constitucional, así como para asentar la legitimidad y autoridad de las instituciones estatales en el seno de la respectiva sociedad¹⁰¹³.

Partiendo de la visión kelseniana acerca de la *norma fundante básica*, hasta la actualidad, la perspectiva *positivista* ha tratado, antes que explicar en sí el *fenómeno constituyente*, de “absorber” esta realidad, por distintas vías, dentro de la propia dinámica del Derecho positivo vigente¹⁰¹⁴. Tal actitud parte, en esta visión, de su

¹⁰⁰⁹ Una descripción crítica de este planteamiento, en DE CABO MARTÍN, C., «Capitalismo, democracia y poder constituyente», pp. 21-22.

¹⁰¹⁰ Ver ALÁEZ CORRAL, B., *op. cit.*, pp. 49-50.

¹⁰¹¹ En este sentido, *ibidem*, pp. 150 y 298-299.

¹⁰¹² En un sentido descriptivo de esta postura, LOUGHLIN, M., *op. cit.*, pp. 222 y 228.

¹⁰¹³ En este sentido, THORNHILL, C., «Contemporary constitutionalism and the dialectic of constituent power», pp. 384-385 e *idem*, «Rights and constituent power in the global constitution», pp. 359-361. En última instancia, se sostiene que la *legitimidad* es una cualidad *interna* al propio sistema político (y el ordenamiento constitucional) existente: en este sentido, también *idem*, «Contemporary constitutionalism and...», *op. cit.*, pp. 376-377, 390-391 y 398-399.

¹⁰¹⁴ Para la postura concreta de Hans Kelsen al respecto, ver DE GUSMÃO, H. C. A., *op. cit.*, pp. 62-64 y WALL, I. R., *op. cit.*, p. 79; por otra parte, para la afirmación de las teorías procedimentalistas como una pretendida superación de la teoría clásica del poder constituyente, ver THORNHILL, C., «The global legal system and the procedural construction of constituent power», p. 410. Especialmente destacada, en este sentido, es la apelación continua al llamado “poder de reforma”, entendido como subrogado del “poder

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

voluntad de “acotar” estrechamente el campo de estudio jurídico: a partir de la consideración de que la cuestión del fenómeno constituyente es *política* (puesto que siempre se situaría “extramuros” del ordenamiento jurídico cuestionado por su irrupción), se niega que este pueda ser objeto sustantivo de conocimiento por parte de la ciencia jurídica¹⁰¹⁵. Es decir: para la doctrina jurídica únicamente debe “existir” la Constitución, esto es, el texto constitucional formalizado (o un conjunto ordenado de estos) del cual se deriva la aplicabilidad del resto de las normas del ordenamiento jurídico estatal (sin entrar a considerar, en este punto, la cuestión relativa a la relación entre el Derecho estatal y el Derecho internacional positivo¹⁰¹⁶)¹⁰¹⁷. En consecuencia, se sostiene que el orden jurídico *constituido* (especialmente el constitucional) tiene una dinámica general propia, independiente y permanente respecto del “poder” que, aparentemente, lo ha constituido¹⁰¹⁸. Así pues, desde este punto de vista, el ordenamiento constitucional sólo puede ser juzgado esencialmente en función de su “racionalidad” o “irracionalidad” lógica (procedimental), no por su contenido *político*; igualmente, únicamente puede ser reformado observando los mecanismos formales establecidos dentro del mismo¹⁰¹⁹.

constituyente”, ver ALÁEZ CORRAL, B., *op. cit.*, pp. 18 y 50 y (en un sentido crítico) DE CABO MARTÍN, C., «Capitalismo, democracia y...», *op. cit.*, pp. 22-23.

¹⁰¹⁵ En este sentido (al menos, en referencia al Derecho constitucional), RODRÍGUEZ-ZAPATA, J., *Teoría y práctica del Derecho Constitucional. Estado, Constitución, fuentes del Derecho según la realidad de la Unión Europea; contenido y garantías de los derechos fundamentales, Instituciones básicas, Comunidades Autónomas* (4ª ed.), pp. 143-145. Describiendo la postura positivista, DE OTTO Y PARDO, I., *op. cit.*, p. 605, LÓPEZ GARRIDO, D., «Constitución y estructura...», *op. cit.*, p. 129 y LOUGHLIN, M., *op. cit.*, p. 222; concretamente, al respecto de las tesis de Kelsen, PORRAS NADALES, A., «Notas sobre la...», *op. cit.*, pp. 181-183.

¹⁰¹⁶ Para el tratamiento de este asunto desde una perspectiva netamente formalista, ver KELSEN, H., *Teoría pura del...», op. cit.*, pp. 132-145.

¹⁰¹⁷ En este sentido, ALÁEZ CORRAL, B., *op. cit.*, pp. 135-137 y REQUEJO PAGÉS, J. L., *op. cit.*, pp. 46-47; en un sentido descriptivo de esta postura, DE OTTO Y PARDO, I., *op. cit.*, p. 605, LÓPEZ GARRIDO, D., «Constitución y estructura...», *op. cit.*, p. 129 y LOUGHLIN, M., *op. cit.*, p. 223.

¹⁰¹⁸ En términos de dogmática positivista, esta propuesta se refleja en la idea general de “*autorreferencialidad*” del ordenamiento jurídico, ver ALÁEZ CORRAL, B., *op. cit.*, pp. 121-126. Ver también THORNHILL, C., «The global legal...», *op. cit.*, pp. 415-416, 425-428 y 441 y (en un sentido descriptivo) DE OTTO Y PARDO, I., *op. cit.*, pp. 605 y 606.

¹⁰¹⁹ Siguiendo estas tesis, en términos generales, THORNHILL, C., «The global legal...», *op. cit.*, pp. 406-407 y 441-442; para una explicación (crítica) de esta postura, MARTÍNEZ DALMAU, R., «El debate sobre la naturaleza del poder constituyente: elementos para una teoría de la constitución democrática», pp. 88-91 y FONDEVILA MARÓN, M., «Los límites a la reforma de la Constitución», pp. 250-251. Rechazando también las tesis tendentes a la *juridificación* del poder constituyente, DE VEGA GARCÍA, P., *La reforma constitucional...», op. cit.*, pp. 235-236.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

Hay dos motivos complementarios que alimentan la importancia conferida a la “Constitución formal” en la visión *positivista*. En primer lugar, en el marco de órdenes sociales fundamentados en el modo de producción capitalista, la posibilidad de aparición de procesos constituyentes supone la apertura potencial del cuestionamiento de “todo” el orden social existente; en segundo lugar, la propia noción de “elaboración constitucional” se plantea como un procedimiento de *estabilización* de procesos constituyentes que hayan dado lugar a consensos precarios entre fuerzas políticas con intereses sustancialmente enfrentados (si no directamente antagónicos). Así, la “cristalización” de los pactos constituyentes en un texto positivo serviría como una caución suficiente frente a la revisión anticipada (y fáctica) de los acuerdos existentes, en el momento en el que la correlación establecida entre los distintos sujetos sociales se viese alterada por la causa que fuere: piénsese, por ejemplo, en las garantías democráticas establecidas contra un eventual “regreso” de las fuerzas fascistas o en la formulación de los derechos fundamentales económicos y sociales frente a la influencia de los grandes grupos económicos oligárquicos, en las constituciones *sociales* europeo-occidentales inmediatamente posteriores a la II Guerra Mundial¹⁰²⁰.

El problema de estas tesis, empero, reside en que, al reducir, en la práctica, el proceso constituyente a una suerte de procedimiento “técnico” de redacción de un texto constitucional, se introduce la tendencia a olvidar la existencia de un programa *político* real que da lugar (a la luz de lo observado en los procesos constituyentes) a la conformación (aun aparente) de un denominado *poder constituyente*, y que tiene consecuencias efectivas mucho más allá de la elaboración estrictamente constitucional (y trascendiendo, en general, los cambios en el ordenamiento jurídico positivo)¹⁰²¹. Esta visión (aun pretendidamente “progresista”), al entronizar a la Constitución casi como un *verdadero constituyente*, paradójicamente acaba facilitando en el futuro la operación de cambios (sean o no alteraciones del texto constitucional) de carácter materialmente

¹⁰²⁰ Esta es la premisa básica de la que surgirá posteriormente la corriente “garantista”: para una caracterización de esta, ver DE CABO MARTÍN, C., *Dialéctica del sujeto...*, *op. cit.*, pp. 104-105 y MARTÍNEZ DALMAU, R., «El debate sobre...», *op. cit.*, p. 76. Para la afirmación del carácter *antifascista* de los órdenes constitucionales *democráticos* de posguerra (siguiendo a Luigi Ferrajoli), VICIANO PASTOR, R., «Las sinergias entre el garantismo constitucional europeo y el nuevo constitucionalismo latinoamericano: la influencia del pensamiento de Luigi Ferrajoli», p. 3 (también nota 5).

¹⁰²¹ Respecto a la función “despolitizadora” de los procesos de “*formalización*” del concepto de Constitución (en sentido opuesto a los procesos de “*materialización*” de este), ALÁEZ CORRAL, B., *op. cit.*, pp. 7-9.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

constituyente desde las *instituciones constituidas* (tal y como se observa, por ejemplo, en las “reformas” constitucionales portuguesas de 1982 y 1989)¹⁰²². Al mismo tiempo, al negar toda virtualidad *ontológica* a la idea de *soberanía popular*, se rechaza la posibilidad de transformación directa del orden social subyacente por parte de este mismo *pueblo*¹⁰²³: toda iniciativa normativa que no se acoja al ordenamiento jurídico establecido cuenta, de entrada, con un calificativo de *ilegitimidad* (y es, por lo tanto, reprimible mediante el ejercicio de la violencia por parte de las correspondientes organizaciones estatales)¹⁰²⁴.

Una consecuencia adicional deriva naturalmente de la postura anterior. Como extensión del principio de *eficacia* (que se dispone como condición básica de existencia del ordenamiento jurídico¹⁰²⁵), se puede llegar a afirmar que los regímenes institucionales establecidos como consecuencia de la *amenaza de actos de fuerza* habrían de ser considerados automáticamente como válidos si se han seguido, en su proceso de conformación, los mecanismos formales de reforma establecidos en el respectivo ordenamiento (y dicha reforma no ha sido invalidada por el órgano de tutela constitucional correspondiente)¹⁰²⁶: tal sería, especialmente, el caso de la Constitución francesa de 1958. Del mismo modo, también se validarían mecánicamente los resultados jurídicos de los distintos procesos de *transición* ya estudiados (tales como España, Brasil, Paraguay, Sudáfrica, así como Chile desde 1989 o Perú desde el 2000), puesto que un orden jurídico existente (aun constituido violentamente en el pasado) sigue manteniendo su misma validez si se respetan las normas contenidas en este para su propia reforma (sea total o parcial). Lo que se olvida, con estas proposiciones, es que el carácter *político* de los regímenes dictatoriales analizados no se encuentra únicamente

¹⁰²² En este sentido, MARTÍNEZ DALMAU, R., «El debate sobre...», *op. cit.*, pp. 90-92 y 94-95.

¹⁰²³ A ello contribuye la consideración de la identificación *jurídica* del *pueblo* con la noción de “cuerpo electoral” (el cual, necesariamente, ha de ser delimitado normativamente por un “poder constituido” previo): en este sentido, ver ARATO, A., *op. cit.*, pp. 437-438. En este sentido, también desde otras perspectivas teóricas acerca del “poder constituyente” se ha afirmado esta misma identificación: ver, por ejemplo, PÉREZ ROYO, J. y CARRASCO DURÁN, M., *op. cit.*, pp. 480, 481 y 575 y (al respecto del modo de ejercicio de la soberanía por parte del *pueblo*) LÓPEZ GARRIDO, D., «La soberanía. Soberanía del Estado e integración europea», p. 452.

¹⁰²⁴ Afirmando la “*autorreferencialidad*” de los mecanismos jurídicos de reforma constitucional, como expresión inherente de la “*soberanía del sistema jurídico*” y fundamento de su legitimidad, ALÁEZ CORRAL, B., *op. cit.*, pp. 150, 183-184 y 296-298.

¹⁰²⁵ Ver REQUEJO PAGÉS, J. L., *op. cit.*, pp. 29-30, 35 y 40.

¹⁰²⁶ Así se deduce de *ibidem*, pp. 32, 33-34 y 38-39.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

en sus determinaciones constitucionales materialmente *programáticas* (de carácter económico, político o cultural) sino también en su propia arquitectura institucional y normativa. Delimitaciones competenciales o mecanismos formales de reforma no funcionan como mecanismos *ciegos* o *neutrales*, sino que son dispositivos *defensivos* frente a la acción de *sujetos políticos* contrarios al orden social establecido, dificultando la operación de cambios normativos de sentido *transformador* de la realidad (véanse, en especial, los casos chileno y peruano); la preservación de estos dispositivos queda garantizada, en última instancia, por la capacidad de actuación coercitiva del Estado en su conjunto. Desde luego, en ciertos casos (tales como el colombiano), se verifica que, cuando hay una voluntad *política* suficiente firme desde los propios grupos dominantes, no hay disposición normativa, aun formalmente constitucionalizada, capaz de resistir tal determinación¹⁰²⁷.

Desde luego, la idea de que la configuración de la administración estatal es resultado *necesario* y *suficiente* de procedimientos jurídicos formalizados sirve al objetivo de reforzar la obediencia de los empleados estatales a la jerarquía organizativa interna (lo que incluyen su movilización frente a las contravenciones de las reglas establecidas de producción normativa, vengan de donde vengan aquellas): desde esta perspectiva, las normas jurídicas estatales formales son *el Derecho*¹⁰²⁸. Visto de otra manera: en el caso eminente del funcionario del Estado, se espera del mismo su *obediencia* inquebrantable al ordenamiento jurídico (por si se olvidase, en este se incluyen actualmente, en la mayoría de los Estados, los principales instrumentos internacionales en materia de derechos humanos), dejando a un lado su opinión o voluntad particular¹⁰²⁹. La teoría positivista, por tanto, preconiza la garantía de la *unidad* sustancial del Estado en cuanto que *organización* (o, para mayor precisión, como conjunto integrado de organizaciones), así como su funcionamiento real como *bloque* frente a tentativas de operación de cambios políticos *no autorizados* de acuerdo con el propio orden existente.

¹⁰²⁷ Sobre las causas de fallo en la implementación de los textos constitucionales, ver BRANDT, M., COTTRELL, J., GHAI, Y. y REGAN, A., *op. cit.*, p. 222.

¹⁰²⁸ En este sentido, HABERMAS, J., *Facticidad y validez...*, *op. cit.*, pp. 201 y 256-257.

¹⁰²⁹ En este sentido (citando a Jerry L. Mashaw), *ibidem*, p. 256.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

Esta concepción del Derecho como *procedimiento* parte de la idea del fenómeno jurídico como “técnica”: está enfocada en el desarrollo del proceso de producción de normas jurídicas¹⁰³⁰. Tal posición presentaría una vocación netamente “industrial”: los *juristas*, al igual que los ingenieros de una fábrica, habrán de prestar atención a las relaciones entre los diferentes factores “productivos”, a fin de asegurar la elaboración del “producto” *socialmente* demandado (las normas jurídicas). Así pues, la formulación *positiva* del Derecho no supondría, en esencia, la expresión de una voluntad de limitación del llamado “Poder” estatal (aunque, desde luego, sí pueda facilitar el logro de este último propósito), sino la articulación efectiva de este¹⁰³¹. En efecto, al regular la actuación de sus partes, el efecto de conjunto puede llegar a ser “multiplicativo”: un Estado más funcional, para una sociedad en continua expansión¹⁰³².

Esta visión se incardina, fundamentalmente, en las necesidades históricas de desarrollo de la realidad estatal¹⁰³³, parejo al proceso de gradual extensión (interior y exterior) del capitalismo, especialmente en Occidente. Por una parte, la labor de codificación de las normas, el establecimiento de estándares y la regulación de cada una de las funciones y relaciones estatales era una condición necesaria para asegurar el desempeño, conforme a sus objetivos predeterminados, de unas organizaciones estatales que contaban cada vez con más miembros, los cuales debían ser “encuadrados” en las respectivas estructuras organizativas de forma que sus actividades fuesen homologables (y, por lo tanto, articulables unas con otras para la aplicación de decisiones complejas)¹⁰³⁴.

Por otra parte, en los procesos de transformación *política* integral (como el caso de las revoluciones francesas entre 1789 y 1848) o parcial (caso alemán o español)

¹⁰³⁰ Ver DE CABO MARTÍN, C., *Dialéctica del sujeto...*, *op. cit.*, pp. 54-55 y 57.

¹⁰³¹ Un eco de esta idea, en KELSEN, H., *Teoría pura del...*, *op. cit.*, pp. 123-124.

¹⁰³² Para observar este proceso (en su plasmación en la dogmática alemana del siglo XIX), ver DE CABO MARTÍN, C., *Teoría Histórica del Estado y del Derecho Constitucional. Volumen II. Estado y Derecho en la transición al capitalismo y en su evolución: el desarrollo constitucional*, pp. 257-264. En un sentido similar (y en especial referencia a las normas constitucionales), MUÑOZ MACHADO, S., *Vieja y nueva Constitución*, p. 33.

¹⁰³³ En este sentido, KELSEN, H., *Teoría pura del...*, *op. cit.*, pp. 120 y 122.

¹⁰³⁴ Para la función general del mecanismo de codificación jurídica en el proceso de consolidación del orden capitalista, ver DE CABO MARTÍN, C., *Contra el consenso. Estudios sobre el Estado constitucional y el constitucionalismo del Estado social*, pp. 174-175; por su parte, caracterizando la codificación como “[...] *the supreme expression of state power*”, DOUZINAS, C., *op. cit.*, p. 24.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

llevados a cabo a lo largo del siglo XIX, el arrumbamiento gradual de partes esenciales del ordenamiento jurídico preexistente durante siglos (por ejemplo, en materia de Derecho civil) requería la enunciación expresa de nuevas y múltiples normas: el problema no era sólo estabilizar los métodos para alcanzar acuerdos entre las distintas fracciones sociales dominantes, disponiendo garantías mutuas expresas para los distintos actores participantes (esto es, una función indirectamente *política*), sino también asegurar la eficiencia intrínseca del proceso de elaboración normativa mediante su *normalización*, de forma que sus “productos” pudieran ser fácilmente comprensibles y aplicables por los múltiples operadores jurídicos¹⁰³⁵.

Así pues, las teorías *formalistas* no tratan de explicar por qué se producen los cambios de raíz *constituyente*¹⁰³⁶: no presentan un análisis significativo acerca del desarrollo de los procesos constituyentes desarrollados desde la década de 1970, más allá de incardinar sus manifestaciones en el contexto de una presunta confluencia jurídica operada *autónomamente* en el plano global (particularmente, con el pretendido desarrollo del Derecho internacional, en diversas formas)¹⁰³⁷. En realidad, este enfoque no requiere de conceptualización material alguna acerca del “poder” *constituyente*. La noción de *soberanía estatal* (que se correlaciona con la idea de supremacía de la Constitución) cumple, en esta perspectiva, la función que la doctrina dominante “exige” a las distintas construcciones teóricas para ser consideradas como “aceptables”: justificar integralmente el acatamiento y cumplimiento, en el ámbito interno de un país, de las normas jurídicas establecidas por el denominado “Poder” o “administración del Poder”¹⁰³⁸.

¹⁰³⁵ En este sentido, ver WOLKMER, A. C., *Pluralismo jurídico. Fundamentos de una nueva cultura del Derecho* (2ª ed.), pp. 56-58.

¹⁰³⁶ Indirectamente, en AZPITARTE SÁNCHEZ, M., *op. cit.*, p. 848.

¹⁰³⁷ Un ejemplo de esta postura, en THORNHILL, C., «The global legal...», *op. cit.*, pp. 413-421.

¹⁰³⁸ Para la fundamentación de la noción de soberanía estatal desde una perspectiva positivista, ALÁEZ CORRAL, B., *op. cit.*, pp. 20-22 y 135. En referencia a los principios de “*estatalidad*”, “*unidad*”, “*positividad*” y “*racionalidad*” en la doctrina del monismo jurídico (como parte de la dogmática jurídica dominante), ver WOLKMER, A. C., *Pluralismo jurídico...*, *op. cit.*, pp. 62-66. En sentido contrario, MARTI, G., *op. cit.*, p. 319:

“[...] la soberanía del Estado debe ser redefinida, no puede ser entendida, en nuestra opinión como el otorgamiento a su titular del poder de determinar él mismo el círculo de sus competencias (la competencia de la competencia). En efecto, sólo el pueblo, anterior al Estado que creó por el acto constituyente, puede determinar soberanamente el círculo de competencias estatales. La soberanía

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

Se suele acusar a la visión *positivista* de no asociarse a la expresión y defensa de *valores* en el campo jurídico (puesto que justificaría indistintamente el Derecho emanado tanto de Estados democráticos como dictatoriales)¹⁰³⁹: esta perspectiva solo es cierta en apariencia¹⁰⁴⁰. Lo que realmente hace esta corriente teórica es *naturalizar* el orden social existente, dando por hecho la necesidad de su pervivencia¹⁰⁴¹. Así, aunque plantee expresamente que, en la práctica, de cualquier “poder” puede emanar “Derecho” (a condición de que se atenga a ciertos principios formales), el positivismo jurídico *occidental* de posguerra presupone, *de facto*, la relativa estabilidad del orden *político* asentado en el llamado “mundo libre”, cristalizado en los consiguientes órdenes constitucionales. Esto es, en realidad justifica exclusivamente aquello que existe *aquí y ahora*: el orden político socioliberal *occidental*.

B) El *dogma* de la soberanía popular y el fenómeno constituyente.

Ya se ha podido observar cómo, en las teorías de raíz *positivista*, se desecha toda reflexión *política* explícita acerca del *fenómeno constituyente* (aunque, implícitamente, sus tesis principales no sean otra cosa sino tal): es la negación del análisis de la voluntad política configuradora de los órdenes jurídicos¹⁰⁴². Por el contrario, las corrientes doctrinales que asumen la idea de *soberanía popular* como principio *constituyente* central sí abordan (acertadamente o no, esta es otra cuestión por dilucidar), al menos, la problemática política presente en torno a los conceptos de *poder* y *proceso* constituyentes¹⁰⁴³.

del Estado no tiene pues más que un significado en el plano internacional, donde se limita a justificar la calidad de sujeto de derecho internacional del Estado.”

¹⁰³⁹ Ver en DE CABO MARTÍN, C., *Teoría Histórica del Estado y del Derecho Constitucional. Volumen II...*, *op. cit.*, pp. 348-349 y (en un sentido descriptivo) DE OTTO Y PARDO, I., *op. cit.*, pp. 598-599. Desde luego, la visión normativista clásica así lo contempla, ver KELSEN, H., *Teoría pura del...*, *op. cit.*, pp. 51-52 y 126-127.

¹⁰⁴⁰ Ver LÓPEZ GARRIDO, D., «Constitución y estructura...», *op. cit.*, p. 121.

¹⁰⁴¹ En este sentido, DE CABO MARTÍN, C., *Dialéctica del sujeto...*, *op. cit.*, p. 57 y WOLKMER, A. C., *Pluralismo jurídico...*, *op. cit.*, pp. 62-63.

¹⁰⁴² En este sentido, LOUGHLIN, M., *op. cit.*, p. 223.

¹⁰⁴³ En este sentido, *ibidem*, p. 227; asimismo, denunciando el olvido de la cuestión del *poder constituyente* como tema significativo en el conjunto de la teoría constitucional actual, DE VEGA GARCÍA, P., «Mundialización y Derecho Constitucional: la crisis del principio democrático en el constitucionalismo actual», pp. 47 y 52. En general, para la necesidad de un tratamiento teórico conjunto de las nociones de *poder constituyente popular* y *soberanía popular*, OKLOPCIC, Z., «Constitutional (Re)Vision: Sovereign...», *op. cit.*, p. 82.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

De acuerdo con lo afirmado desde esta perspectiva doctrinal, frente a las tesis antes vistas, el *poder constituyente* es considerado como un ente *material* existente, no como un artificio ideal con una función meramente lógica (a lo sumo). Este es conceptualizado como un *poder* no jurídico, *previo* a toda ordenación normativa, de carácter *absoluto* (no coexistente internamente con otros *poderes*), de alcance *ilimitado* (tanto frente a determinaciones interiores como exteriores) y *originario* (creador del orden constitucional de un Estado y, por lo tanto, conformador en general del ordenamiento jurídico del país)¹⁰⁴⁴. Es decir, se trata no solo de la enunciación de un conjunto de facultades normativas entrelazadas, sino de la definición de un *sujeto* con plenas cualidades *soberanas*, cuya naturaleza se delimita específicamente, en la doctrina, en contraposición frente a los “poderes” institucionales habitualmente reconocibles en los distintos órdenes constitucionales efectivamente existentes¹⁰⁴⁵. Es necesario analizar con más detalle las afirmaciones anteriores, comparándolas con los rasgos de los procesos constituyentes reales analizados.

En primer lugar, la afirmación genérica del *poder constituyente* como poder *no jurídico* ya constituye una variación significativa respecto a las posiciones *formalistas* mantenidas por la doctrina jurídica positivista¹⁰⁴⁶. Desde esta perspectiva, el poder constituyente es considerado como un *ser ontológico* perteneciente a la realidad *política* de un país¹⁰⁴⁷: ello lleva a la necesidad del análisis de los principios, ideas e intereses que determinan tanto el inicio de un proceso constituyente como los contenidos que este finalmente recoja. En este sentido, en vez de mantenerse una posición de rechazo

¹⁰⁴⁴ Ver AZPITARTE SÁNCHEZ, M., *op. cit.*, pp. 837-838, DE OTTO Y PARDO, I., *op. cit.*, p. 411, DE VEGA GARCÍA, P., *La reforma constitucional...*, *op. cit.*, pp. 25, 28-29 y 65, MÉNDEZ MADDALENO, J. L., *op. cit.*, p. 199, OYARTE MARTÍNEZ, R., «Límite y limitaciones al poder constituyente», pp. 65-66, (siguiendo a Emmanuel Joseph Sieyès) PÉREZ ROYO, J. y CARRASCO DURÁN, M., *op. cit.*, pp. 82-83 y RUIPÉREZ ALAMILLO, J., «Los principios constitucionales...», *op. cit.*, pp. 45-46. En este sentido, también ALZAGA VILLAAMIL, O., GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, I., REVIRIEGO PICÓN, F., SALVADOR MARTÍNEZ, M. y ALGUACIL GONZÁLEZ-AURIOLES, J., *Derecho político español. Según la Constitución de 1978. I. Constitución y fuentes del derecho* (6ª ed.), pp. 170-171 y 173, CASTRO PADILLA, F., *El Derecho Internacional de los Derechos Humanos como factor condicionante de la reforma y la mutación constitucional*, pp. 180-181, MARTI, G., *op. cit.*, p. 312, RÍOS, M. (dir.), *op. cit.*, p. 9 y (en un sentido descriptivo) NOGUERA FERNÁNDEZ, A., *El sujeto constituyente...*, *op. cit.*, pp. 35-36 y PÉREZ LOOSE, H., *op. cit.*, pp. 231-232.

¹⁰⁴⁵ En este sentido, AZPITARTE SÁNCHEZ, M., *op. cit.*, p. 838.

¹⁰⁴⁶ En referencia al carácter no jurídico de los “hechos” y el “proceso” constituyentes, PACE, A., «La instauración de una nueva Constitución. Perfiles de teoría constitucional», pp. 15 y 18-19 (también nota 35).

¹⁰⁴⁷ En este sentido, SCHMITT, C., *Teoría de la Constitución* (1ª reimp.), p. 94; ver (siguiendo también a Pietro Giuseppe Grasso) MÉNDEZ MADDALENO, J. L., *op. cit.*, pp. 148-149, 179 y 259.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

cerrado a la consideración, como objeto de la teoría jurídica, de cualquier realidad que no sea estrictamente Derecho “formal” emanado del Estado (inherente a la posición positivista antes estudiada), al menos, se abre así una cierta posibilidad de observar el fenómeno constituyente desde una perspectiva científica más amplia; con ello habría, en principio, más oportunidades para llegar a comprender su esencia, al menos en sus dimensiones más generales.

Igualmente, se afirma el carácter *preexistente* del poder constituyente respecto a toda ordenación normativa¹⁰⁴⁸. La racionalidad de esta afirmación es realmente sencilla: puesto que la Constitución tiene que ser redactada siguiendo la voluntad de un sujeto, este tiene que existir previamente a dicho documento (en aplicación de un principio elemental de causalidad)¹⁰⁴⁹. Sin embargo, tal perspectiva deja de integrar una realidad bien presente a lo largo de los procesos constituyentes reales analizados: si bien es evidente que la voluntad en sí *constituyente* de redacción de cada texto constitucional siempre precede a la realización de la misma, lo cierto es que, en una parte importante de los casos, tales iniciativas son concretamente impulsadas por entidades e instituciones ya constituidas a partir de las determinaciones del ordenamiento jurídico hasta entonces vigente (son entes “constitucionales”, aunque referenciados en el marco constitucional “preestablecido”)¹⁰⁵⁰. Así, por una parte, los procesos de elaboración de las constituciones española, brasileña, sudafricana, francesa, de los países de Europa Central y Oriental, así como de la colombiana, fueron impulsados por gobiernos y protagonizados por instituciones parlamentarias establecidos de acuerdo con el ordenamiento jurídico preexistente, aun *reformado* (más o menos regularmente, según el caso); los procesos griego, filipino, peruano o ruso son abiertos directamente por las instituciones presidenciales existentes en función de las normas jurídicas vigentes. Lo mismo cabe afirmar de los casos venezolano, boliviano y ecuatoriano, de iniciativa gubernamental avalada mediante referéndum. Incluso en los casos paraguayo, chileno o turco, las Fuerzas Armadas actuaron formalmente en cuanto *instituciones estatales* (en menor grado en el caso portugués, puesto que el MFA se constituyó primariamente

¹⁰⁴⁸ En un sentido descriptivo de esta postura (que se vincula con el carácter de poder *originario*), DíEZ-PICAZO, L. M., *op. cit.*, p. 9.

¹⁰⁴⁹ En este sentido, MARTI, G., *op. cit.*, p. 319 y SCHMITT, C., *op. cit.*, pp. 45-46.

¹⁰⁵⁰ RÍOS, M. (dir.), *op. cit.*, pp. 41-42; en este sentido, ver BRANDT, M., COTTRELL, J., GHAI, Y. y REGAN, A., *op. cit.*, p. 40.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

como resultado de una insubordinación “interna” a la propia cadena de mando militar), aunque el contenido de su acción fuese “inconstitucional”. Es preciso señalar, adicionalmente, que esta realidad es independiente a la posible operación, en cualquier momento del proceso, de una ruptura *formal* (sea parcial o completa) con el orden constitucional preexistente.

El carácter *absoluto* predicado acerca del *poder constituyente* es el elemento que vincula sustancialmente esta idea con la noción de *soberanía* (mediante los caracteres esenciales de “[...] *unidad, individualidad, centralidad, inalienabilidad e incondicionalidad* [...]”¹⁰⁵¹)¹⁰⁵². Se afirma, por tanto, como regla general la *singularidad* del *poder soberano* de un país, puesto que, *internamente*, no admite la existencia simultánea de cualquier otro *sujeto* de su misma clase¹⁰⁵³; en lo *externo*, únicamente reconoce como homólogos a otros poderes de su misma naturaleza (lo que se plasma en las correspondientes realidades estatales, independientes entre sí¹⁰⁵⁴)¹⁰⁵⁵. En consecuencia, desde este punto de vista, el *poder constituyente* puede considerarse tanto la *facultad* fundante de su propia condición soberana (expresión del ejercicio de esta) como el *momento* mismo de su propia eclosión (esto es, condición necesaria y suficiente cumplida)¹⁰⁵⁶. Esta posición se fundamenta en el hecho de la “invisibilización” relativa de las relaciones sociales en un país durante el transcurso “ordinario” de su vida institucional, puesto que lo percibido inmediatamente es la existencia aparente de un único ente erigido en una posición de *supremacía* sobre el conjunto de actores políticos (vistos como simples representantes de visiones parciales *dentro de la misma unidad*), que engloba todo lo *político*: tal sería, desde este punto de vista, el Estado¹⁰⁵⁷. En

¹⁰⁵¹ En este sentido, FARIA, J. E., *op. cit.*, pp. 17-19.

¹⁰⁵² SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, J. J., «Límites y soberanía en el orden constitucional español», p. 268; en términos concordantes, también OYARTE MARTÍNEZ, R., *op. cit.*, p. 66. En un sentido descriptivo de esta perspectiva, ver MUÑOZ MACHADO, S., *op. cit.*, p. 187.

¹⁰⁵³ Ver SCHMITT, C., *op. cit.*, pp. 82, 86-87 y 95; similarmente, LÓPEZ GARRIDO, D., «La soberanía...», *op. cit.*, p. 449.

¹⁰⁵⁴ SCHMITT, C., *op. cit.*, pp. 88-92 y SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, J. J., *op. cit.*, p. 279; en este sentido, también LÓPEZ GARRIDO, D., «La soberanía...», *op. cit.*, p. 449.

¹⁰⁵⁵ En este sentido, DE VERGOTTINI, G., «La persistente soberanía», pp. 70 y 86 y YACK, B., «Popular Sovereignty and Nationalism», pp. 527-528.

¹⁰⁵⁶ PORRAS NADALES, A., «Notas sobre la...», *op. cit.*, pp. 186-187.

¹⁰⁵⁷ De ahí el sentido de la propia expresión “*soberanía del Estado*”: ver, por ejemplo, DE VERGOTTINI, G., «La persistente soberanía», pp. 69-70; en una línea coincidente, PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *Lecciones de Derechos...*, *op. cit.*, pp. 228-229.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

consecuencia, parecería una conclusión “lógica” considerar los distintos fenómenos constituyentes como expresión de procesos de transmutación *interna* del *ser* estatal, llevados a cabo por un sujeto que es definido por el reflejo de la misma existencia *unitaria* de la realidad transformada¹⁰⁵⁸.

Sin embargo, esta consideración del *poder constituyente* como una suerte de *fuerza política absoluta* no casa con los hechos contrastables en los distintos procesos constituyentes analizados¹⁰⁵⁹. Así, no se entiende cómo puede conjugarse la idea de la manifestación de la voluntad de un poder *soberano* en los textos constitucionales de Venezuela, Ecuador o Bolivia (muy especialmente en este último) con la definición (certera) de estos como expresiones de un denominado “constitucionalismo de transición”, en el que las transacciones y renunciaciones asumidas para lograr la aprobación de las respectivas Constituciones hacen que estas deban ser consideradas no como el resultado definitivo de los procesos de transformación social, sino como simples hitos normativos en la consecución de su objetivo general¹⁰⁶⁰. Menos claro aún está lo anterior, si cabe, en buena parte de los procesos de “transición”, en los cuales las negociaciones entre distintos actores políticos dieron lugar a la formulación de “soluciones” constitucionales formales pero provisionales, como muestran, por ejemplo, los procesos de Polonia, Sudáfrica y España: en este último caso (y siguiendo la interpretación descrita), el pueblo español habría decidido operar la modificación *formal* del orden constitucional *franquista* en diciembre de 1976 para, casi exactamente dos años después, acordar su sustitución “general”. Así pues, resulta cuando menos extraño que un llamado “poder soberano” *singular* tenga que “pactar” consigo mismo la declaración de su propia voluntad, siendo que esta es definida desde la doctrina dominante como *única*. En realidad, tal postura, más que analizar las contradicciones y ambigüedades perceptibles en los procesos constituyentes reales, lo que hace es manifestar su *negación*, desterrándolas del estudio mediante su consideración como aberraciones, errores o excepciones insustanciales frente a las “razones” evidentes expuestas en la teoría *democrática* del poder constituyente.

¹⁰⁵⁸ PORRAS NADALES, A., «Notas sobre la...», *op. cit.*, p. 179.

¹⁰⁵⁹ Poniendo en duda la “utilidad” de la noción de *poder constituyente*, AZPITARTE SÁNCHEZ, M., *op. cit.*, pp. 856-857.

¹⁰⁶⁰ Respecto a la característica de *transitoriedad* en las nuevas constituciones latinoamericanas, ver DE CABO MARTÍN, C., *Dialéctica del sujeto...*, *op. cit.*, p. 148; ver también *ibidem*, pp. 149-150.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

Una situación similar se advierte respecto a la proposición teórica acerca del alcance *ilimitado* de la capacidad decisoria del poder constituyente, que señala la ausencia de cualquier gradación o traba en la extensión del contenido de las determinaciones constituyentes en cuanto tales (esto es, de las potencialidades *transformadoras* de un proceso constituyente)¹⁰⁶¹. Sin embargo, esta idea tampoco se sostiene sobre la realidad fáctica de los fenómenos analizados¹⁰⁶². Tal y como se ha analizado anteriormente, el conjunto de procesos de *homologación* al orden *occidental* estudiados se fundamenta, en buena medida, en las necesidades de superación de la crisis económica capitalista de las décadas de 1970 y 1980, asegurando el mantenimiento de la inserción de los respectivos países en dicho marco de relaciones sociales (internas y globales), lo cual es especialmente evidente en los casos del sur europeo: Portugal (especialmente a lo largo de la década de 1980), Grecia y España. Del mismo modo, buena parte de los procesos llevados a cabo en el mismo periodo en América Latina acompañaron la implantación regional (o consolidación, en su caso) de la estrategia *neoliberal*, tal y como se muestra en los casos de Brasil, Paraguay, Chile o Perú; situaciones muy parecidas se observan en la liquidación de los órdenes socialistas en Europa Central y Oriental, así como en Rusia. Teniendo en cuenta cuáles son los actores que impulsan los procesos de cambio político y cuáles son los objetivos que siguen, difícilmente se puede sostener la idea de que las instancias constituyentes *formales* (el cuerpo redactor de un nuevo texto constitucional) gozan de plena e irrestricta “libertad” para decidir el futuro orden del país¹⁰⁶³. La orientación básica del proceso siempre aparece internamente *predeterminada*, delimitando el rango y sentido de las determinaciones constitucionales concretas y expresas¹⁰⁶⁴.

¹⁰⁶¹ Así, “[...] *The doctrine* [of popular sovereignty] *rests on a distinction between the power to establish or disestablish forms of government and the powers delegated to actual rulers. The former, the constituent power, is unlimited and always remains with the people, [...]*”, en YACK, B., *op. cit.*, p. 519. Algunos autores “integran” las posibles limitaciones internas como parte del “*ethos*” del mismo “poder constituyente”, ver DE VEGA GARCÍA, P., «Mundialización y Derecho...», *op. cit.*, p. 49 y MÉNDEZ MADDALENO, J. L., *op. cit.*, p. 188; en otros casos, se circunscribe este pretendido rasgo a la sola ausencia de límites jurídicos, ver en DE VERGOTTINI, G., «La persistente soberanía», p. 86, PACE, A., *op. cit.*, p. 15, SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, J. J., *op. cit.*, p. 269 y (en un sentido descriptivo de esta postura) DE GUSMÃO, H. C. A., *op. cit.*, pp. 130-131.

¹⁰⁶² En términos coincidentes, más en general, ver GONZÁLEZ CASANOVA, J. A., *op. cit.*, p. 211.

¹⁰⁶³ Para la pretendida existencia de una suerte de limitaciones poco menos que “naturales”, ver SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, J. J., *op. cit.*, p. 269.

¹⁰⁶⁴ PINTO, L. M. DA S. C., *op. cit.*, pp. 139-140 y 142-147.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

Por supuesto, se verifica la presencia de limitaciones *internas* en el desarrollo constituyente, pero resulta que los condicionamientos de hecho *externos* también han resultado ser de especial importancia¹⁰⁶⁵. Por no hablar de los casos alemán y japonés (particularmente notorios¹⁰⁶⁶), es posible señalar los casos portugués y español (en los cuales los apoyos a las organizaciones políticas más proclives al bloque occidental fueron factores importantes), el paraguayo (el desencadenamiento del proceso de transición fue “bendecido”, entre otros, por Estados Unidos), el sudafricano (iniciado ante el repudio internacional generalizado a la continuidad del régimen del *apartheid*), el peruano (donde, si hubo un proceso de redacción de una nueva constitución, fue por las presiones de la OEA) o en el conjunto de países de Europa Central y Oriental (puesto que las determinaciones constitucionales *materiales* fueron siempre diseñadas e implementadas sobre la necesidad de lograr la integración en la Unión Europea).

El desconocimiento de estos datos, en la visión teórica descrita, proviene de un error analítico de partida que reside en su conceptualización de la propia idea de *soberanía*. Ello viene, en cierto modo, de la misma naturaleza de este concepto como análogo, en el Derecho *público*, a la categoría *propiedad* contemplada en el Derecho *privado*, representando el primero una suerte de “ampliación” de la segunda¹⁰⁶⁷. Se parte, así, de la consideración primaria de los distintos objetos de estudio en esta perspectiva (los Estados) como entidades aisladas entre sí, donde el análisis de las interacciones entre ellos se aborda como una actividad secundaria y contingente que, en todo caso, sirve para “enriquecer” las conclusiones primarias previamente establecidas (y siempre en el terreno estricto del Derecho comparado), pero difícilmente para modificar o impugnar las anteriores. Ciertamente, las limitaciones y condicionamientos antes relatados no aniquilan el concepto en sí de *soberanía*, pero sí abren la discusión

¹⁰⁶⁵ Ver BRANDT, M., COTTRELL, J., GHAI, Y. y REGAN, A., *op. cit.*, p. 176 y PINTO, L. M. DA S. C., *op. cit.*, p. 174; reconociendo también, en cierta medida, esta influencia, DE GUSMÃO, H. C. A., *op. cit.*, p. 132.

¹⁰⁶⁶ Haciendo notar el ejemplo de la experiencia concreta del proceso germano-occidental, AZPITARTE SÁNCHEZ, M., *op. cit.*, p. 842.

¹⁰⁶⁷ Haciendo notar, en la teoría jurídica “clásica” sobre el poder, la “[...] *Analogía manifiesta, por consiguiente, y que recorre todas estas teorías* [entre ellas, la contractualista, acerca de la formación de la soberanía política], *entre el poder y los bienes, el poder y la riqueza* [...]”), FOUCAULT, M., *Hay que defender la sociedad. Curso del Collège de France (1975-1976)*, p. 22; siguiendo esta misma interpretación (en la descripción del proceso histórico de formación de la idea de *soberanía nacional*), ver también HARDT, M. y NEGRI, A., *Empire*, pp. 93-95.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

sobre su definición concreta: por tanto, aflora la necesidad de su *contextualización*, al conectar esta noción con la existencia *fáctica* de una multiplicidad de relaciones de *poder*, interiores y exteriores, no reconducibles a la sola voluntad irrestricta de un único *sujeto*¹⁰⁶⁸. La clave no es que solo actualmente se haya producido una *crisis* de la soberanía en virtud de la denominada “globalización”¹⁰⁶⁹; por el contrario, la soberanía (de la cual la potestad constituyente sería su manifestación eminente¹⁰⁷⁰) *siempre ha sido relativa*¹⁰⁷¹.

Por otra parte, la doctrina del *poder constituyente* defiende la tesis de su carácter *originario*, esto es, *creador* del orden constitucional de un Estado¹⁰⁷², y que *autoriza* indirectamente la existencia del ordenamiento jurídico¹⁰⁷³. Es necesario reseñar que, en este punto, las teorías *positivistas* sí presentan un argumento sólido frente a tal afirmación (apoyado en la realidad de la inmensa mayoría de procesos constituyentes analizados¹⁰⁷⁴): la pervivencia ininterrumpida del conjunto del ordenamiento jurídico preexistente tras el proceso constituyente, incluyendo buena parte de las *instituciones* estatales (ni siquiera en el caso de Alemania Occidental se llegó a abolir integralmente el Derecho existente antes de 1945), de forma que se mantiene el principio de

¹⁰⁶⁸ OKLOPCIC, Z., «Constitutional (Re)Vision: Sovereign...», *op. cit.*, p. 81; igualmente, ver DOUZINAS, C., *op. cit.*, p. 109 y HERRERO DE MIÑÓN, M., *op. cit.*, pp. 35-36. En defensa de la idea de contextualización *exterior* de la soberanía (en referencia tanto a la relación con la “comunidad internacional” en general como a las disparidades de poder entre Estados), ver DE VERGOTTINI, G., «La persistente soberanía», pp. 76 y 90. Desde una perspectiva general (entendiendo que con la teoría de la soberanía se busca fundamentar una “unidad del poder”), también en FOUCAULT, M., *Hay que defender...*, *op. cit.*, pp. 43-44.

¹⁰⁶⁹ Para una descripción, aun crítica, de esta postura, DE VERGOTTINI, G., «La persistente soberanía», pp. 80-83.

¹⁰⁷⁰ En este sentido, DE OTTO Y PARDO, I., *op. cit.*, p. 853 y DE VERGOTTINI, G., «La persistente soberanía», p. 86.

¹⁰⁷¹ *Idem*, «Garantía de la...», *op. cit.*, p. 138 e *idem*, «La persistente soberanía», p. 68; ver también TORRES DEL MORAL, A., «Del estado absoluto al supranacional e internacionalmente integrado», p. 27.

¹⁰⁷² En este sentido, DE GUSMÃO, H. C. A., *op. cit.*, p. 121, DE VERGOTTINI, G., «La persistente soberanía», p. 86, KALYVAS, A., *op. cit.*, pp. 99-100 y (siguiendo a Pablo Lucas Verdú y Ernst-Wolfgang Böckenförde) NOGUEIRA ALCALÁ, H., «Los límites del poder constituyente y el control de constitucionalidad de las reformas constitucionales en Chile», p. 438; también (con matices) GONZÁLEZ CASANOVA, J. A., *op. cit.*, p. 211.

¹⁰⁷³ Ver SCHMITT, C., *op. cit.*, pp. 93-94; en este sentido, entre otros, también DE GUSMÃO, H. C. A., *op. cit.*, p. 128, MARTI, G., *op. cit.*, p. 312 y SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, J. J., *op. cit.*, p. 269. Enlazando este rasgo con la propia definición esencial de concepto de soberanía, KALYVAS, A., *op. cit.*, pp. 96-97.

¹⁰⁷⁴ Uno de los ejemplos aducidos al respecto es el español: en este sentido, REQUEJO PAGÉS, J. L., *op. cit.*, pp. 67-68, 78-79 y 145.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

continuidad normativa, a falta de indicaciones *constitucionales* específicas¹⁰⁷⁵. Por otra parte (y sin necesidad de acudir a las tesis procedimentalistas), suele hallarse en los procesos constituyentes reales la existencia de habilitaciones normativas que preceden a la apertura *formal* del proceso constituyente (casos como el de la conformación de la II República española no suelen ser los más comunes¹⁰⁷⁶)¹⁰⁷⁷ o que (aun ya abierto) configuran el desarrollo del propio proceso con carácter preliminar¹⁰⁷⁸.

Con todo, la clave fundamental de esta teoría reside en la consideración de que la titularidad exclusiva del poder descrito corresponde al *pueblo* perteneciente a cada país, de lo cual se afirma el carácter *democrático* de la teoría del *poder constituyente popular*¹⁰⁷⁹. En este sentido, el conjunto de los comentaristas defensores de esta concepción rechaza abierta y firmemente la atribución general del carácter de *poder constituyente* a cualquier *sujeto* distinto del mismo pueblo (como pudiera ser a un individuo o a un grupo pertenecientes a este)¹⁰⁸⁰; tampoco sería atribuible a otro pueblo distinto, en aplicación lógica del principio de proscripción del hecho *colonial* en el ámbito del Derecho internacional¹⁰⁸¹. A favor de esta visión se presenta, al menos, una

¹⁰⁷⁵ En este sentido, ver *ibidem*, pp. 56-60, 77-78, 120-121 y 123-127.

¹⁰⁷⁶ Para una caracterización sintética del carácter jurídicamente *originario* de este proceso, PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *Lecciones de Derechos...*, *op. cit.*, pp. 225-226.

¹⁰⁷⁷ En este sentido, GONZÁLEZ CASANOVA, J. A., *op. cit.*, p. 211.

¹⁰⁷⁸ DíEZ-PICAZO, L. M., *op. cit.*, p. 10.

¹⁰⁷⁹ Ver en AZPITARTE SÁNCHEZ, M., *op. cit.*, p. 838, DE GUSMÃO, H. C. A., *op. cit.*, pp. 75, 139-140 y 143, DE OTTO Y PARDO, I., *op. cit.*, p. 853, DE VEGA GARCÍA, P., *La reforma constitucional...*, *op. cit.*, p. 29, FONDEVILA MARÓN, M., *op. cit.*, p. 254, MARTI, G., *op. cit.*, pp. 311-312, (siguiendo también a Böckenförde) MÉNDEZ MADDALENO, J. L., *op. cit.*, pp. 178, 185, 186 y 260, NOGUEIRA ALCALÁ, H., «Los límites del...», *op. cit.*, p. 453, PÉREZ LUÑO, A. E., *Derechos humanos...*, *op. cit.*, pp. 206 y 207, PÉREZ ROYO, J. y CARRASCO DURÁN, M., *op. cit.*, p. 87, PINTO, L. M. DA S. C., *op. cit.*, p. 401, RÍOS, M. (dir.), *op. cit.*, p. 9, RUIPÉREZ ALAMILLO, J., «Algunas consideraciones sobre las dificultades existentes en la política y el derecho constitucional español para el entendimiento de la reforma constitucional como una operación jurídica limitada. Especial referencia a alguno de los problemas planteados por el artículo 168 de la Constitución de 1978», p. 602 y SCHMITT, C., *op. cit.*, pp. 106-108 y 234; también, en lo que respecta a la titularidad de la soberanía por el *pueblo*, ARAGÓN REYES, M., «Dos problemas falsos y uno verdadero: "neoconstitucionalismo", "garantismo" y aplicación judicial de la Constitución», p. 9, LÓPEZ GARRIDO, D., «La soberanía...», *op. cit.*, p. 452 y OYARTE MARTÍNEZ, R., *op. cit.*, pp. 66-67 y 68. Para la afirmación de la interrelación esencial entre las nociones de *pueblo*, *poder constituyente* (y de su fruto, la Constitución), *democracia* y, crucialmente, *derechos humanos*, PINTO, L. M. DA S. C., *op. cit.*, pp. 387-388, 400 y 416. En un sentido descriptivo, también NOGUERA FERNÁNDEZ, A., *El sujeto constituyente...*, *op. cit.*, pp. 35 y 36 y WALL, I. R., *op. cit.*, p. 77.

¹⁰⁸⁰ NOGUEIRA ALCALÁ, H., «Consideraciones sobre poder constituyente y reforma de la Constitución en la teoría y la práctica constitucional», pp. 234-235, PINTO, L. M. DA S. C., *op. cit.*, p. 400 y SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, J. J., *op. cit.*, p. 268.

¹⁰⁸¹ Ver en CRISTESCU, A., *op. cit.*, párrs. 237-255.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

cierta evidencia formal, derivada de los contenidos de los distintos textos constitucionales que derivan de los fenómenos constituyentes analizados. Así, apenas se puede hallar alguno que no recoja explícita y solemnemente la afirmación de que el mismo ha sido redactado y aprobado por mandato del correspondiente *pueblo* (y solamente a partir de este, cabría añadir): igualmente, en partes destacadas de sus respectivos articulados, se explicita con meridiana claridad el principio de *soberanía popular*, unido a un corolario que reza que los poderes estatales emanan de esta (se entiende que únicamente de tal)¹⁰⁸². Sin embargo, el problema fundamental reside en las graves dificultades que enfrenta la teoría del poder constituyente a la hora de definir qué se entiende *sustancialmente* por *pueblo*¹⁰⁸³.

En realidad, la conclusión teórica general de que sólo el *pueblo es* el titular del poder constituyente se suele presentar en confusión con la proposición de que únicamente el *pueblo debería estar legitimado* para determinar su propio destino¹⁰⁸⁴. Así, se olvida el hecho de que la “irrupción” del poder constituyente en la vida de cada país ha estado protagonizada, la mayoría de las veces, por actores políticos, numéricamente minoritarios, que han logrado establecer (y extender en el tiempo) un nuevo orden constitucional, sin que conste la concurrencia de una voluntad *activa* en el mismo sentido por parte de la mayoría de la población (a lo sumo, esta suele mostrar una aquiescencia más bien *pasiva*)¹⁰⁸⁵: tal se puede comprobar con especial claridad en

¹⁰⁸² Así se observa, entre otros, en los textos constitucionales alemán (Preámbulo y art. 20), boliviano (Preámbulo y art. 7), brasileño (Preámbulo y art. 1), colombiano (Preámbulo y art. 3), ecuatoriano (Preámbulo y art. 1), español (Preámbulo y art. 1), filipino (Preámbulo y art. II, sección 1), francés (art. 3), griego (art. 1), húngaro (art. B), japonés (Preámbulo y art. 1), nepalí (Preámbulo y art. 2), paraguayo (Preámbulo y art. 2), peruano (Preámbulo y art. 45), portugués (Preámbulo y arts. 2 y 3), ruso (Preámbulo y art. 3), sudafricano (Preámbulo) y venezolano (Preámbulo y art. 5); únicamente se evita la referencia al poder soberano del *pueblo* en los textos chileno (ver art. 5), polaco (ver Preámbulo y art. 4) y turco (ver Preámbulo y art. 6).

¹⁰⁸³ En este sentido, PINTO, L. M. DA S. C., *op. cit.*, pp. 401-403. Carl Schmitt, por ejemplo, sólo llega a apuntar una caracterización *negativa*, ver SCHMITT, C., *op. cit.*, pp. 237-238 y 245.

¹⁰⁸⁴ Valga como ejemplo la afirmación de que “*La doctrina del poder constituyente del pueblo no es más que la expresión en términos subjetivos y de poder de esa exigencia de adecuación entre la Constitución y la conciencia jurídica [...]*”, en DE OTTO Y PARDO, I., *op. cit.*, p. 855. Igualmente, ver PINTO, L. M. DA S. C., *op. cit.*, pp. 400 y 417, RUIPÉREZ ALAMILLO, J., «Algunas consideraciones sobre...», *op. cit.*, pp. 583-584 y 614-615 y (siguiendo también a Paulo Bonavides) BARBOSA DE SÁ, A. P., «O Poder Constituinte Originário e sua limitação material pelos tratados internacionais de direitos humanos», p. 5.

¹⁰⁸⁵ Reconociendo esta posibilidad, SCHMITT, C., *op. cit.*, pp. 98-99; ver también (siguiendo a Manoel Gonçalves Ferreira Filho) en BARBOSA DE SÁ, A. P., *op. cit.*, p. 11. Rechazando como “ficción”, en tales casos, la conceptualización de la Constitución como “contrato” del pueblo consigo mismo, ver BRANDT, M., COTTRELL, J., GHAI, Y. y REGAN, A., *op. cit.*, p. 15.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

los procesos alemán, japonés, francés, turco, peruano, ruso e incluso, en cierta medida, en el colombiano. Del mismo modo, esta teoría no explica adecuadamente el hecho de la pervivencia dilatada en el tiempo de órdenes *políticos* de raíz netamente *antidemocrática*, aun contando con la proclamación de su sumisión *formal* a la soberanía *nacional* (no obstante, el matiz que introduce este concepto respecto de la idea de soberanía *popular* es ya significativo¹⁰⁸⁶): el caso chileno es, tal vez, paradigmático dentro de la muestra analizada¹⁰⁸⁷. Por ende, la teoría dominante acerca del *poder constituyente* se sostiene sobre la afirmación de una conexión “mística” (descartando toda vinculación material) entre *poder constituyente* y *pueblo*¹⁰⁸⁸.

A pesar de ello, a la luz de la concepción anterior, el ámbito de actuación del poder constituyente no se extiende a toda acción o determinación *popular*, sino que se circunscribe, esencialmente, al proceso de producción de un *código* jurídico concreto (tal sería el entendimiento jurídico *formal* de la Constitución¹⁰⁸⁹), con cuya culminación se puede dar por finalizado el proceso constituyente¹⁰⁹⁰. Así pues, con la entrada en vigor del nuevo texto, las potestades constituyentes quedan subsumidas en el flamante ordenamiento constitucional (aunque no extintas): el poder constituyente quedaría “dormido”, sólo para volver a emerger (o, según otras interpretaciones, a “irrumper”) con el desarrollo futuro de procesos de transformaciones políticas que, superando el orden preexistente, den lugar a una nueva ordenación de la sociedad y del Estado¹⁰⁹¹.

De todos los rasgos anteriormente señalados, se deduce que la preocupación fundamental de la teoría dominante del *poder constituyente* no es tanto el análisis científico del fenómeno en el que este aparecería, sino la determinación *abstracta* de las

¹⁰⁸⁶ PORRAS NADALES, A., «Notas sobre la...», *op. cit.*, p. 188.

¹⁰⁸⁷ En este sentido, ZÚÑIGA URBINA, F., *op. cit.*, p. 346.

¹⁰⁸⁸ Partiendo del carácter “*misterioso*” del concepto de *pueblo* en la teoría de la soberanía popular: en este sentido, YACK, B., *op. cit.*, p. 522.

¹⁰⁸⁹ En este sentido, “[...] *La Constitución es, por decirlo así, un código fundamental.*”, en DE OTTO Y PARDO, I., *op. cit.*, p. 411.

¹⁰⁹⁰ En este sentido, PÉREZ ROYO, J. y CARRASCO DURÁN, M., *op. cit.*, p. 88.

¹⁰⁹¹ AZPITARTE SÁNCHEZ, M., *op. cit.*, p. 838 y RUIPÉREZ ALAMILLO, J., «De la reforma constitucional y sus límites materiales. Consideraciones desde la Teoría del Estado y de la Constitución», pp. 122 y 123. En este sentido, también DE VEGA GARCÍA, P., *La reforma constitucional...*, *op. cit.*, pp. 238-239 y (aludiendo, más bien, al “agotamiento” del poder constituyente en la conclusión de un proceso dado) PACE, A., *op. cit.*, pp. 24-25; ver también (en un sentido descriptivo), NOGUERA FERNÁNDEZ, A. y CRIADO DE DIEGO, M., *op. cit.*, pp. 19-20.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

condiciones de “aceptabilidad” de una determinada manifestación de este, en función de la aplicación de unos criterios predeterminados (existenciales y axiológicos): tal es la noción de *legitimidad*¹⁰⁹². En este sentido, la definición hegemónica de poder constituyente parte de la afirmación de existencia de una homogeneidad *política* esencial a lo largo y ancho del cuerpo social de un país¹⁰⁹³. La idea de *democracia* representaría la mediación entre esta pretendida “realidad” social y la configuración constitucional del orden *político* (del cual el orden institucional se consideraría una concreción)¹⁰⁹⁴: de aquí se deriva la proposición acerca de la *legitimidad democrática* del proceso constituyente *popular*¹⁰⁹⁵. Adicionalmente, la doctrina dominante sostiene que el modelo constitucional *occidental* existente se conforma en torno a la función de la salvaguarda de una pretendida serie de valores morales ampliamente compartidos (*libertad, igualdad, justicia, solidaridad*), que devienen en principios políticos estructurantes del orden estatal, bajo las formas de *Estado social* y *Estado de Derecho*¹⁰⁹⁶. Por tanto, esta visión teórica convoca a la movilización no solo de los

¹⁰⁹² Para una expresión eminente de esta pretensión, KALYVAS, A., *op. cit.*, p. 117:

“[...] La noción de un soberano constituyente popular facilita la distinción, desde un punto de vista democrático normativo, entre constituciones legítimas y no legítimas, entre órdenes políticos y legales justos e injustos. Presenta un criterio normativo, el poder popular constituyente, con el que se puede juzgar la legitimidad de una constitución existente y de las estructuras básicas de la sociedad a la que dieron vida. Una teoría del poder constituyente representa un tipo ideal y puro de creación constitucional democrática de acuerdo con la cual se puede medir y evaluar, es decir, reconocer, la legitimidad de las prácticas existentes de fundación constitucional en relación a si se aproximan y distancian de su método incluyente y de participación, y cómo lo hacen. [...]”.

Asimismo, ver SCHMITT, C., *op. cit.*, pp. 104-105 y (en relación con el anterior) MARTÍNEZ DALMAU, R., «El debate sobre...», *op. cit.*, p. 108; otras expresiones de esta idea, también en DE GUSMÃO, H. C. A., *op. cit.*, pp. 75 y 76 y PINTO, L. M. DA S. C., *op. cit.*, pp. 399-400. En un sentido descriptivo, ver THORNHILL, C., «Rights and constituent...», *op. cit.*, p. 359 y (siguiendo a Costantino Mortati) PORRAS NADALES, A., «Notas sobre la...», *op. cit.*, p. 187.

¹⁰⁹³ En este sentido, MÉNDEZ MADDALENO, J. L., *op. cit.*, pp. 44 y 48, PÉREZ LOOSE, H., *op. cit.*, p. 240, PINTO, L. M. DA S. C., *op. cit.*, p. 403 (*ibidem*, pp. 413-415, respecto a las nociones de *pueblo “constituyente”, “perpetuo”* o “*diacrónico*”), SCHMITT, C., *op. cit.*, p. 230 y SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, J. J., *op. cit.*, pp. 269-270; criticando esta visión (si bien desde una perspectiva más positivista) THORNHILL, C., «The global legal...», *op. cit.*, p. 406. Para la descripción del *pueblo* como “*comunidad imaginada*” prepolítica, YACK, B., *op. cit.*, pp. 519 y 520.

¹⁰⁹⁴ Ver PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *Lecciones de Derechos...*, *op. cit.*, pp. 223 y 235-236; en este sentido (ligando la fuerza de la autoridad de los poderes constituidos a la aprobación de una Constitución de orientación democrática por el pueblo), también MIRANDA, J., «Momentos constitucionais e mudança política», p. 72.

¹⁰⁹⁵ Una muestra de esta posición, en KALYVAS, A., *op. cit.*, pp. 116-117.

¹⁰⁹⁶ En este sentido (respecto a la fórmula básica de “Estado Constitucional”), DE VEGA GARCÍA, P., «Mundialización y Derecho...», *op. cit.*, pp. 28-29 y SAJÓ, A., *op. cit.*, pp. 47-48; para la ligazón entre valores y Constitución, ver ARAGÓN REYES, M., «Dos problemas falsos...», *op. cit.*, p. 23, (siguiendo a Hermann Heller) RUIPÉREZ ALAMILLO, J., «De la reforma...», *op. cit.*, pp. 121-122 y 123-124 y (en un sentido descriptivo) LAURIS, É., *op. cit.*, pp. 420-421. Para una aplicación (en términos generales) de esta

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

propios miembros de las organizaciones estatales, sino del conjunto de las organizaciones de la llamada “sociedad civil”, en defensa del *modo de ser esencial* de la sociedad existente frente a sus adversarios *externos* o *internos*¹⁰⁹⁷: esto es, del orden *legítimo*.

El primer problema de estas proposiciones es su limitado y equívoco recorrido. La pretensión de que el estudio de la *legitimidad* de un orden político determinado venga determinado esencialmente por la aplicación de una serie de estándares de “proceso constituyente” pretendidamente abstractos, universales e imparciales, se enfrenta con la realidad de que los criterios dominantes están, en términos generales, definidos en la teoría dominante en función de los parámetros conceptuales del propio orden social ya imperante: así, por ejemplo, un orden “liberal” genera criterios fundamentalmente “liberales”. Igualmente (y en derivación de lo anterior), se defiende la formulación de métodos “axiomáticos” de validación de procesos constituyentes, lo cual se plasmaría, fundamentalmente, en el ejercicio de mediciones intensivas de la opinión “popular” (véanse procesos electorales, referéndums, etcétera) erigidas como elementos centrales del modelo de proceso constituyente propuesto¹⁰⁹⁸. Así pues, bajo el peso de la *legitimidad* del “poder constituyente del pueblo” quedarían *jurídicamente* enterradas las contradicciones sociales y políticas, la oposición (parcial o total) y las dinámicas subyacentes de resistencia y contestación (que, efectivamente, tampoco son homogéneas) existentes frente al orden constitucional concretamente establecido en cada país en virtud del proceso correspondiente¹⁰⁹⁹.

perspectiva en la valoración de la Constitución española, ver ARAGÓN REYES, M., «Significado de la...», *op. cit.*, p. 36 y FREIXES, T., *op. cit.*, pp. 143-144.

¹⁰⁹⁷ En un sentido descriptivo, NOGUERA FERNÁNDEZ, A. y CRIADO DE DIEGO, M., *op. cit.*, p. 22. En traslación concreta de esta postura a la realidad política española, ARAGÓN REYES, M., «Significado de la...», *op. cit.*, pp. 37-38.

¹⁰⁹⁸ Un ejemplo destacado de esta tendencia a la “estandarización” del proceso constituyente, en PÉREZ ROYO, J. y CARRASCO DURÁN, M., *op. cit.*, pp. 87-89.

¹⁰⁹⁹ Ver RINCÓN-COVELLI, T., «El derecho internacional de los derechos humanos: ¿límite o elemento constitutivo de la democracia? –A propósito de la transición uruguaya a la democracia–», pp. 73-74, RUBIO LLORENTE, F., «Minorías y mayorías en el poder constituyente», pp. 42-44, RUIPÉREZ ALAMILLO, J., «De la reforma...», *op. cit.*, p. 126 y SCHMITT, C., *op. cit.*, pp. 231-233. En un sentido crítico, KAY, R. S., *op. cit.*, pp. 751-752, LOUGHLIN, M., *op. cit.*, p. 229, NOGUERA FERNÁNDEZ, A., «¿Constitución o Ley...», *op. cit.*, p. 617, PORRAS NADALES, A., «Revolución y Constitución», p. 399, (siguiendo a Friedrich Müller) BARBOSA DE SÁ, A. P., *op. cit.*, p. 9 y (siguiendo a Mortati) LÓPEZ GARRIDO, D., «Constitución y estructura...», *op. cit.*, p. 131; manteniendo una postura más intermedia, PINTO, L. M. DA S. C., *op. cit.*, pp. 138-139 y 142-143.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

Sin embargo, la noción “aritmética” de *legitimidad* no explica por qué, incluso bajo regímenes políticos *fascistas* (aun en sus etapas más netamente *fácticas*, esto es, apenas configurados por disposiciones formales de Derecho positivo de rango *constitucional*), perviven tanto grupos sociales enfrentados a estos, otros con posiciones puramente pasivas, otros mayormente acomodaticios o “accidentalistas”, así como otros (ni mucho menos insignificantes, en no pocos casos) que sí han apoyado activamente a los respectivos gobiernos dictatoriales. Por otra parte, la reafirmación *democrático-electoral* de la idea de *legitimidad* tampoco ha concitado por sí misma, en la práctica, la cristalización de *acuerdos* generales en torno al orden instaurado a resultas del desarrollo del correspondiente proceso constituyente: así se ha evidenciado, por ejemplo, en los más recientes casos venezolano, boliviano, ecuatoriano o nepalí (caracterizados por la existencia de intensos conflictos políticos, como ya se ha visto).

Los debates acerca de la *legitimidad* “objetiva” de tal o cual sistema político-jurídico en concreto resultan inútiles porque, como mucho, la legitimidad (entendida como *percepción*¹¹⁰⁰) es un “resultado” *a posteriori* de la conjunción de múltiples factores sociales que operan en la práctica, no una condición inmanente determinable teóricamente *a priori* en relación con los rasgos *formales* de un ordenamiento jurídico¹¹⁰¹. En este sentido, si bien la eficacia de este mismo ordenamiento sí resulta una característica verificable (cuestión distinta será la complejidad de determinar efectivamente su alcance), la *legitimidad* de un orden político sólo es comprobable, en puridad, *negativamente* y en ciertos momentos: únicamente se denota con cierta claridad una erosión relativa de la misma cuando dicho orden está siendo claramente contestado *en su conjunto* (desde luego, no necesariamente de manera uniforme por parte del conjunto de una *comunidad política*¹¹⁰²). Así pues, en un sentido muy diferente, el

¹¹⁰⁰ Ver WOLKMER, A. C., *Ideología, Estado e direito* (4ª ed.), pp. 81-82 y 84. En un entendimiento *subjetivo* de la noción de legitimidad, ver también ALÁEZ CORRAL, B., *op. cit.*, p. 124.

¹¹⁰¹ En este sentido, HOLMES, S., *op. cit.*, pp. 123 y 124; en referencia a la concepción “subjetiva”, “descriptiva” o “sociológica” de *legitimidad* (en contraste con una perspectiva “objetiva” o “normativa” acerca de esta), ver ARATO, A. y MIKLÓSI, Z., *op. cit.*, p. 385 (nota 4), DANN, P. y AL-ALI, Z., «The Internationalized *Pouvoir Constituant* – Constitution-Making Under External Influence in Iraq, Sudan and East Timor», pp. 454-455, HESSLER, K., «Equality, human rights, and political legitimacy», p. 119, SCHAFFER, J. K., FØLLESDAL, A., y ULFSTEIN, G., «International human rights and the challenge of legitimacy», p. 13 y WHEATLEY, S., *op. cit.*, p. 95. Para el carácter “*contextual*” y “*contingente*” de la legitimidad de un determinado orden constitucional, OKLOPCIC, Z., «Constitutional (Re)Vision: Sovereign...», *op. cit.*, p. 94; ver también MÉNDEZ MADDALENO, J. L., *op. cit.*, p. 48.

¹¹⁰² En este sentido, RÍOS, M. (dir.), *op. cit.*, p. 56.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

estudio de la legitimidad de un determinado orden constitucional debe abordarse partiendo de la perspectiva de las interacciones *reales* entre las clases, sectores y grupos sociales comprendidos en la configuración de dicho orden¹¹⁰³; de esta forma, se conjura el riesgo de que la *apariencia* de *legitimidad* (esto es, la afirmación de que el orden político establecido obedece en todo caso a una “voluntad” del *pueblo* sólo expresable *metafísicamente*¹¹⁰⁴) prevalezca sobre la *realidad* de esta (en cuanto que simple expresión de la prevalencia de las relaciones de dominación existentes en una sociedad).

En el fondo, la idea general de *legitimidad*, tal y como hasta la fecha se ha entendido doctrinalmente, tiende a desempeñar una función mistificadora (de alteración de la percepción) e ideológica (de creación de conciencia falsa) acerca de la realidad social. Desde luego, no resulta admisible que, como fruto de la confusión existente (tanto en la teoría dominante como en su práctica derivada) entre la *naturaleza* y la *legitimidad* de un orden constitucional, se pretenda que el análisis (objetivo) de la primera quede subordinado a unas exigencias de congruencia ideal con la segunda (por ejemplo, como resultado de la aplicación de una definición restringida del concepto de *Constitución*¹¹⁰⁵). Tratar de elevar, sin un análisis crítico previo, una percepción parcial y condicionada sobre los fenómenos constituyentes al nivel de síntesis de la realidad misma es indicio, cuando menos, de un problema de método particularmente grave; un asunto distinto es si tal acción es inocente o no.

C) La función *ideológica* de las teorías dominantes sobre el fenómeno constituyente.

Las tendencias *procedimentalista* y *democrática* en el seno de la doctrina dominante coinciden en un mismo propósito fundamental (incluso a pesar de las

¹¹⁰³ En este sentido (si bien circunscrito a tipos concretos de procesos de elaboración constitucional), ARATO, A., *op. cit.*, pp. 434-435; ver también, desde una perspectiva más práctica, RÍOS, M. (dir.), *op. cit.*, pp. 57 y 60. Para la propuesta de aplicación de una perspectiva más sociológica en el estudio de las realidades constitucionales, THORNHILL, C., «Rights and constituent...», *op. cit.*, pp. 357-358 y 372.

¹¹⁰⁴ Esto es, precisamente, lo que se encuentra detrás de la idea de “opinión pública”, tal y como se presenta por parte de autores tales como Schmitt, ver SCHMITT, C., *op. cit.*, pp. 99-101 y 240-241.

¹¹⁰⁵ Ver tal clase de definición, por ejemplo, en PÉREZ ROYO, J. y CARRASCO DURÁN, M., *op. cit.*, pp. 69-74 y RODRÍGUEZ-ZAPATA, J., *op. cit.*, pp. 132-133.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

amargas discusiones en las que, en ocasiones, se enzarzan autores alineados con una u otra corriente): la defensa esencial del orden *político* existente¹¹⁰⁶.

Las tendencias anteriores coinciden en la asimilación del fenómeno constituyente a un proceso singular de elaboración de un texto constitucional (si bien con posibles aditamentos, entendidos como parte de un “*periodo provisional*”), esté o no vinculado a procedimientos de reforma total de documentos precedentes¹¹⁰⁷. Se disminuye, así, la importancia crucial de las decisiones previas *materialmente* constituyentes para la determinación del contenido final del mismo documento¹¹⁰⁸: así lo ilustran, sin ir más lejos, los casos portugués¹¹⁰⁹ y español¹¹¹⁰. Se obvia, por tanto, el estudio de los procesos reales de toma de decisiones *sustantivas* (no pocas de las cuales, trascendentales), lo cual suele ser sustituido, en la gran mayoría de fenómenos analizados, por la contemplación y comentario de una suerte de representación “escénica” más o menos estereotipada (en sus rasgos básicos), cuya actuación central

¹¹⁰⁶ En este sentido, PORRAS NADALES, A., «Notas sobre la...», *op. cit.*, p. 178. Para una aproximación hacia una suerte de teoría hegemónica “unificada” (aún con matices), ver HERNÁNDEZ CAMARGO, L., *op. cit.*, pp. 12-80.

¹¹⁰⁷ En este sentido, DE OTTO Y PARDO, I., *op. cit.*, pp. 424-425.

¹¹⁰⁸ Llamando la atención sobre este punto, ARATO, A., *op. cit.*, p. 436 y DE OTTO Y PARDO, I., *op. cit.*, pp. 427-428; respecto a la significación de los acuerdos de carácter constitucional emanados de procesos de paz y de “mesas redondas”, BRANDT, M., COTTRELL, J., GHAI, Y. y REGAN, A., *op. cit.*, pp. 187, 257-258, 261 y 262-263. Para las definiciones de “preconstitución”, “Constitución provisional” o “Constitución revolucionaria” (entendidos como términos análogos entre sí), ver MIRANDA, J., *op. cit.*, p. 81.

¹¹⁰⁹ Así se advierte en PINTO, R. L., *op. cit.*, pp. 336-341.

¹¹¹⁰ Tal y como se ha comprobado anteriormente en referencia a la Transición. Sin embargo, también es posible verificar esto mismo en el proceso de conformación de la II República, con manifestaciones diversas que adelantaron algunos de los contenidos clave de la posterior Constitución de 1931: así, como ejemplos, ver (por orden cronológico) GOBIERNO PROVISIONAL DE LA REPÚBLICA. MINISTERIO DE INSTRUCCIÓN PÚBLICA Y BELLAS ARTES, «Decreto derogando todas las disposiciones dictadas contra el uso del catalán en las Escuelas primarias; disponiendo que en la Escuelas maternas y de párvulos la enseñanza se dé exclusivamente en lengua materna, castellana o catalana, e igualmente en las Escuelas primarias, y que en éstas se enseñe a los alumnos catalanes, a partir de los ocho años, el conocimiento y práctica de la lengua española», GOBIERNO PROVISIONAL DE LA REPÚBLICA. MINISTERIO DE TRABAJO Y PREVISIÓN, «Decreto disponiendo que en todos los trabajos agrícolas los patronos vendrán obligados a emplear preferentemente a los braceros que sean vecinos del Municipio en que aquéllos hayan de verificarse», *idem*, «Decreto sobre organización de los Jurados mixtos agrarios», GOBIERNO PROVISIONAL DE LA REPÚBLICA. MINISTERIO DE ECONOMÍA NACIONAL, «Decreto disponiendo que las Comisiones municipales de Policía rural procedan a averiguar cuáles fincas ya roturadas, del respectivo término municipal, no se laboran, según a cada época y cultivo corresponda», GOBIERNO PROVISIONAL DE LA REPÚBLICA. MINISTERIO DE INSTRUCCIÓN PÚBLICA Y BELLAS ARTES, «Decreto disponiendo que la instrucción religiosa no será obligatoria en las Escuelas primarias ni en ninguno de los demás Centros dependientes de este Ministerio» y GOBIERNO PROVISIONAL DE LA REPÚBLICA. PRESIDENCIA, «Decreto sobre las relaciones del Poder Central con la Generalidad de Cataluña».

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

estaría en los trabajos (y vicisitudes) *formales* de la respectiva Asamblea Constituyente u órgano materialmente análogo¹¹¹¹.

Se afirma, por otra parte (tal y como se ha observado anteriormente), que el proceso constituyente está *legitimado* por el supuesto “titular” de la soberanía (el *pueblo*). Ello se sigue defendiendo a pesar de reconocerse que, aun en los órdenes políticos de raíz *occidental*, esta denominada “voluntad popular” es susceptible de control, manipulación o intimidación previos¹¹¹². Sin embargo, supuestamente en aras a “proteger” la *democracia*, se procura además reducir la expresión de la *voluntad general* (entendida usualmente como voluntad concurrente de la mayoría del *pueblo* en torno a *decisiones* constituyentes determinadas) al producto “objetivo” de procedimientos formalizados de deliberación y aplicación, con unos contenidos previamente tasados (“reconocimiento” de derechos fundamentales, Estado de Derecho, democracia representativa)¹¹¹³. Así, se viene a cancelar abiertamente el pretendido carácter *absoluto e ilimitado* habitualmente conferido al poder constituyente¹¹¹⁴. Con ello, se evita que el propio carácter *democrático* de la teoría sobre el poder constituyente pueda llegar a desarrollarse hasta sus más plenas consecuencias lógicas.

¹¹¹¹ Un ejemplo de esta tendencia, dentro de la perspectiva de los organismos del sistema de las Naciones Unidas, en RÍOS, M. (dir.), *op. cit.*, pp. 9-25; para un planteamiento crítico (desde una perspectiva empírica) respecto a la pretendida centralidad del modelo de “Asamblea Constituyente” en el conjunto de fenómenos constituyentes acaecidos, ver GÓMEZ FORTES, B., *op. cit.*, pp. 36-38.

¹¹¹² En este sentido, PÉREZ ROYO, J. y CARRASCO DURÁN, M., *op. cit.*, pp. 87 y 88 y PORRAS NADALES, A., «Notas sobre la...», *op. cit.*, pp. 196-198; ver también (especificando esta afirmación respecto al uso del referéndum popular en el proceso constituyente) DE OTTO Y PARDO, I., *op. cit.*, p. 430.

¹¹¹³ Siguiendo este razonamiento, HERNÁNDEZ CAMARGO, L., *op. cit.*, p. 324; similarmente, también en HÄBERLE, P., *El Estado constitucional...*, *op. cit.*, p. 129 y MÉNDEZ MADDALENO, J. L., *op. cit.*, p. 185. En un sentido crítico, ver ZÚÑIGA URBINA, F., *op. cit.*, pp. 345-346.

¹¹¹⁴ Ver HERNÁNDEZ CAMARGO, L., *op. cit.*, pp. 324-325, LAURIS, É., *op. cit.*, p. 416, PÉREZ LOOSE, H., *op. cit.*, pp. 232-233 y 240-241, SALGADO PESANTES, H., *op. cit.*, p. 282 y (siguiendo a Böckenförde) DE GUSMÃO, H. C. A., *op. cit.*, p. 133; respecto a la existencia de límites intrínsecos, BAGNI, S., «Procesos constituyentes participados y forma del estado», pp. 18 y 27-28 (siguiendo a Peter Häberle) y CASTRO PADILLA, F., *op. cit.*, pp. 218-219. Este es el papel crucial que desempeña la idea de “poder de reforma” en la doctrina jurídica: así, “*Al Poder Constituyente se le neutraliza con el Poder de Reforma*”, en DE CABO MARTÍN, C., «Capitalismo, democracia y...», *op. cit.*, p. 28; ver también *idem*, *Conflicto y constitución...*, *op. cit.*, pp. 168-169. Defendiendo la subsunción práctica de la idea de proceso constituyente en el concepto de “revisión” o “reforma” de la Constitución, CASTRO PADILLA, F., *op. cit.*, pp. 220-225, (dentro del contexto del *Estado constitucional*) HÄBERLE, P., *El Estado constitucional...*, *op. cit.*, p. 131 y (siguiendo a este último autor) también BAGNI, S., *op. cit.*, p. 27 (y nota 64, ver también p. 18 y nota 35); rechazando expresamente tal postura, PACE, A., *op. cit.*, pp. 20-21 (también notas 38 y 39). Se profundizará más en la cuestión de los “límites jurídicos” del proceso constituyente en el capítulo siguiente.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

Así pues, las propuestas de las distintas corrientes jurídicas hegemónicas tienden a confluir, en la actualidad, en torno al concepto de *democracia constitucional*¹¹¹⁵. Y es que, al estilo de los fosos y murallas concéntricos de un castillo medieval¹¹¹⁶, las propuestas teóricas comunes a las distintas corrientes dominantes suponen la instalación de obstáculos formales a la consecución de cambios políticos no queridos por los grupos sociales dominantes en las instituciones directivas del *Estado constitucional*¹¹¹⁷. De esta manera, las distintas fuerzas sociales numéricamente “minoritarias” en el país pueden mantener, en su integridad, su posición dominante en las organizaciones estatales y, por ende, sobre el conjunto de la sociedad¹¹¹⁸.

Las corrientes constitucionalistas dominantes sostienen que solo a través de los procesos constituyentes *democráticos* los *valores morales* más generales de una determinada sociedad se plasman en la naturaleza del Estado, lo cual, a su vez, quedaría explicitado en el orden jurídico formulado mediante la acción constituyente; la capacidad organizada del uso de la fuerza por parte del Estado se orienta y controla hacia el cumplimiento de *valores* ahora *juridificados*, reforzando el propio “poder” estatal en la misma sociedad¹¹¹⁹. Siguiendo dicho entendimiento, las dinámicas contradictorias de transformación sustantiva del orden *político* imperante (y, potencialmente “constituyentes”), lejos de ser interpretadas como propias al mismo desarrollo de una sociedad determinada, tienden a ser tachadas como fruto de las maquinaciones *antijurídicas* (bien de minorías autodesgajadas políticamente del

¹¹¹⁵ En un sentido descriptivo, MARTÍNEZ DALMAU, R., «El debate sobre...», *op. cit.*, pp. 71-72 y 76-77; ver también MÉNDEZ MADDALENO, J. L., *op. cit.*, pp. 32 y 176.

¹¹¹⁶ Una aproximación a esta metáfora, citando a Antonio Gramsci (si bien aplicada de manera diferente), en LINZ, J. J. y STEPAN, A., *op. cit.*, p. 210.

¹¹¹⁷ Tal sería la función de la noción de poder constituyente “constituido” o “derivado”: en este sentido, MARTÍNEZ DALMAU, R., «El ejercicio del poder constituyente en el nuevo constitucionalismo», pp. 8-9 y (respecto a la “rigidez” constitucional, siguiendo a Carlos de Cabo) *idem*, «El debate sobre...», *op. cit.*, p. 92; ver también PORRAS NADALES, A., «Notas sobre la...», *op. cit.*, pp. 176-177 (también nota 2) y (respecto a la función de la idea de “soberanía estatal” en este contexto) TULLY, J., «The Imperialism of Modern Constitutional Democracy», pp. 321-322.

. En general, afirmando el carácter meramente “evolutivo” (y ya no rupturista) de los procesos constituyentes en el “Estado constitucional”, HÄBERLE, P., *El Estado constitucional...*, *op. cit.*, p. 126.

¹¹¹⁸ Para la relación clave entre “Constitución” y defensa del derecho de propiedad privada, en los ordenamientos occidentales, ver HARDT, M. y NEGRI, A., *Commonwealth*, pp. 8-15. Desde luego, las teorías dominantes han sido aplicadas profusamente para la crítica de los procesos constituyentes acontecidos en países tales como Venezuela, Ecuador o Bolivia; ver, por ejemplo, en ASTUDILLO, C., *op. cit.*, pp. 310-321 y SALGADO PESANTES, H., *op. cit.*, pp. 273-277.

¹¹¹⁹ PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *Lecciones de Derechos...*, *op. cit.*, pp. 223-225.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

conjunto del cuerpo social en cuestión, esto es, “grupos antisociales”, bien de fuerzas y poderes exteriores hostiles)¹¹²⁰.

Sin embargo, esta postura no puede dejar de tener consecuencias analíticas efectivas. Las concepciones dominantes acerca del fenómeno constituyente no logran integrar teóricamente en este la realidad de las contradicciones *sociales*, lo cual queda patente en la cuestión relativa a la “composición” del poder constituyente¹¹²¹: ello es así, a pesar de que tales contradicciones se expresan de manera clara y rotunda a lo largo de los procesos constituyentes *reales* y en los resultados, tanto materiales como formales, de estos (no se trata, por tanto, de un asunto meramente teórico)¹¹²². Así, desde dicha perspectiva común, resulta poco menos que inexplicable el proceso de aproximación sustantiva entre los ordenamientos constitucionales español y portugués a lo largo de la década de 1980 (o para ser más precisos, la creciente semejanza, aun siempre relativa, del segundo con el primero). Igualmente, resulta incomprensible, desde el marco teórico establecido, la facilitación de la iniciativa ciudadana de cambios constitucionales en Venezuela, Ecuador o Bolivia, frente a las dificultades más importantes existentes en otros ordenamientos tales como el chileno o el español (al fin y al cabo, todos serían procesos constituyentes “populares”). Por añadidura, tampoco es posible esclarecer la “razón” por la cual la Corte Constitucional sudafricana fue erigida en guardiana de una serie de principios constitucionales establecidos *antes* de la elaboración de la Constitución misma (cuando, al fin y al cabo, el pueblo *ya* era soberano). En resumen: hay rasgos y procesos esenciales en el fenómeno constituyente que la doctrina jurídica dominante resuelve “en falso” mediante el procedimiento de ocultarlos detrás de las concepciones *formales* de *poder constituyente* y *Constitución*, que se erigen así en auténticas “cajas negras” cuyos contenidos quedan vedados permanentemente al estudio¹¹²³.

¹¹²⁰ Ello se plasma en la proscripción preventiva (y vehemente) de un hipotético “derecho” a la revolución o a la rebelión, incluyendo el ejercicio de un poder constituyente *originario*, ver ALZAGA VILLAAMIL, O., ... [et al.], *op. cit.*, pp. 173-176 y 181-182.

¹¹²¹ LÓPEZ GARRIDO, D., «Constitución y estructura...», *op. cit.*, pp. 129-131.

¹¹²² En general, para las insuficiencias explicativas de las teorías dominantes respecto a buena parte de los fenómenos constituyentes, PORRAS NADALES, A., «Notas sobre la...», *op. cit.*, pp. 178-179.

¹¹²³ Se ha llegado a sugerir el carácter “cuasi religioso” de tales conceptos, solamente aprehensibles poco menos que en virtud de un “*acto de fe*”, ver ALZAGA VILLAAMIL, O., ... [et al.], *op. cit.*, p. 171. Por otra parte, se ha afirmado que “*Debemos concebir a la Constitución, lo mismo que al derecho y al Estado*”

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

Una expresión palmaria de la actitud teórica descrita se encuentra en el análisis dominante acerca del proceso constituyente en España. Las reflexiones sobre la naturaleza y conclusiones de la Transición española, en el marco del discurso apologético hegemónico en la doctrina jurídica, se fundamentan principalmente en la exclusión de un estudio exhaustivo de los condicionantes *políticos* en el desarrollo de aquella (y que se han analizado en el apartado anterior). Así, se afirma con total firmeza que la Transición debe ser considerada como un ejemplo inequívoco y eminente de *proceso constituyente democrático*, fruto de la clara, consciente, libre y soberana “*voluntad*” del “*Pueblo español*”, erigido en “Poder Constituyente”¹¹²⁴.

Las argumentaciones al respecto son diversas. En primer lugar, se recuerda el hecho de que la elaboración de la Constitución de 1978 fuese llevada a cabo íntegramente por unas Cortes electas por sufragio universal, *representativas* de la pluralidad política existente en el país, que (supuestamente) se “autoproclamaron” como “*Cortes Constituyentes*”¹¹²⁵; sin embargo, tal y como se expuso anteriormente, esta segunda afirmación carece de fundamento material¹¹²⁶. De forma adicional, se esgrime el dato de que el resultado *material* del proceso de redacción (el texto constitucional) fuese ratificado favorablemente en referéndum popular¹¹²⁷; sin embargo, esta visión implícita de un supuesto “entusiasmo” popular se contrapone con otras observaciones realizadas durante el propio proceso de elaboración constitucional, que sugieren la falta real de interés mostrada por la mayoría de la población respecto a este¹¹²⁸. En otro orden de cosas, se asevera la existencia de una ruptura *política* con el régimen anterior,

como partes de ella, “como si” se fundara en un pacto de todos con todos (en el sentido de John Locke)”, ver en HÄBERLE, P., *El Estado constitucional...*, *op. cit.*, p. 13.

¹¹²⁴ RUIPÉREZ ALAMILLO, J., «Los principios constitucionales...», *op. cit.*, pp. 33, 65, 70 y 71. Curiosamente, uno de los más importantes artífices de la Transición viene a afirmar exactamente lo contrario, esto es, la operación jurídica de esta como *reforma* y no como acción de un “*poder constituyente originario*”, ver LAVILLA ALSINA, L., *op. cit.*, p. 215.

¹¹²⁵ Así, en RUIPÉREZ ALAMILLO, J., «Los principios constitucionales...», *op. cit.*, pp. 64-65.

¹¹²⁶ En contra de la consideración de las Cortes como “*Asamblea Constituyente*”, PISARELLO PRADOS, G., *Un largo Terremoto...*, *op. cit.*, p. 176.

¹¹²⁷ RUIPÉREZ ALAMILLO, J., «Los principios constitucionales...», *op. cit.*, pp. 68, 70 y 71; afirmando la “legitimidad” de la Constitución de 1978 a partir de su aprobación mayoritaria por las Cortes y mediante referéndum, RUBIO LLORENTE, F., «Minorías y mayorías...», *op. cit.*, p. 45.

¹¹²⁸ Como muestran testimonios del momento, por ejemplo, en LUCAS VERDÚ, P., «La singularidad del...», *op. cit.*, pp. 10 y 17. Ver análisis al respecto, en SHARE, D. y MAINWARING, S., *op. cit.*, pp. 132-133.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

realidad “demostrada” por la (supuesta) incompatibilidad radical entre los contenidos de las normas básicas actuales y las vigentes durante la dictadura *franquista*¹¹²⁹; en paralelo, se sostiene que la derogación íntegra de las Leyes Fundamentales por el nuevo texto constitucional representa la existencia correlativa de una ruptura *jurídica* completa, de forma que, a partir de aquel momento, las instituciones estatales existentes debían únicamente su existencia y autoridad a las determinaciones de la nueva Constitución en vigor¹¹³⁰.

En realidad, los argumentos anteriores se basan en consideraciones *formalistas* que podrían servir para justificar *cualquier* proceso constituyente¹¹³¹. Ciertamente, otros autores recurren, adicionalmente, a la utilización de criterios de justificación del proceso a partir de su *resultado*¹¹³²; sin embargo, estas apreciaciones no dejan de ser la simple expresión de preferencias políticas (y que se alejan, por tanto, del pretendido ejercicio de “cientificidad” tantas veces pregonado en el estudio de la realidad jurídica). Así pues, si bien la doctrina dominante reconoce que el proceso constituyente español presenta múltiples elementos de carácter “*atípico*” o “*heterodoxo*” respecto a las concepciones defendidas al respecto del fenómeno constituyente, sin embargo, ello no lleva a reconsideración alguna respecto a estas mismas posiciones teóricas¹¹³³. Las

¹¹²⁹ Ver RUIPÉREZ ALAMILLO, J., «Los principios constitucionales...», *op. cit.*, p. 32; en este sentido (aunque con algún matiz respecto al alcance de dicha ruptura), LÓPEZ GARRIDO, D., «Constitución y estructura...», *op. cit.*, pp. 118-119. En general, calificando la Constitución española como “*acto revolucionario*” en el plano político y jurídico (siguiendo a Javier Ruipérez), VALADÉS, D., *op. cit.*, p. 152; por el contrario, negando expresamente el carácter revolucionario del proceso constituyente español, ARAGÓN REYES, M., «Significado de la...», *op. cit.*, p. 34.

¹¹³⁰ LÓPEZ GARRIDO, D., «Constitución y estructura...», *op. cit.*, p. 118 y RUIPÉREZ ALAMILLO, J., «Los principios constitucionales...», *op. cit.*, pp. 32 y 33. Para la afirmación de que la Constitución de 1978 no deriva su *validez* del ordenamiento previamente vigente, DE OTTO Y PARDO, I., *op. cit.*, pp. 866-867; en referencia a los pretendidos parámetros de nulidad de los cambios jurídicos realizados, vistos desde el prisma del ordenamiento anterior, RUIPÉREZ ALAMILLO, J., «Los principios constitucionales...», *op. cit.*, p. 33 y (en una perspectiva puramente positivista) ALÁEZ CORRAL, B., *op. cit.*, pp. 281-288. Por el contrario, afirmando que la cláusula derogatoria resulta ser una fórmula de continuidad (cuando menos, provisional) del *conjunto* del ordenamiento jurídico preconstitucional y de buena parte de las instituciones estatales (amén de dispensar a las Leyes Fundamentales un tratamiento jurídico “constitucional”), CLAVERO SALVADOR, B., *España, 1978...*, *op. cit.*, pp. 41-49; ver también REQUEJO PAGÉS, J. L., *op. cit.*, pp. 131, 134 y 135.

¹¹³¹ En general, PORRAS NADALES, A., «Notas sobre la...», *op. cit.*, p. 195; para las dificultades que presenta la teoría del poder constituyente a la hora de explicar el proceso de transición español (y el intento de superarlas dentro del mismo marco conceptual), ver *ibidem*, pp. 198-200.

¹¹³² Así, LUCAS VERDÚ, P., «La singularidad del...», *op. cit.*, p. 15.

¹¹³³ Así, en PÉREZ ROYO, J. y CARRASCO DURÁN, M., *op. cit.*, p. 92 y RUIPÉREZ ALAMILLO, J., «Los principios constitucionales...», *op. cit.*, pp. 33 y 36-37. No deja de ser significativo que se haya destacado también la notable “*heterodoxia*” de otros procesos constituyentes, tales como el brasileño, ver en LÓPEZ-

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

consecuencias últimas de este conjunto de propuestas son claras, y se plasman en la afirmación de que el orden *jurídico* fundamental resultante trasciende las contradicciones sociales (al ser, supuestamente, resultado de un *pacto social* suscrito en bloque por el *Pueblo* español¹¹³⁴), esto es, se constituye con un carácter esencialmente “*apolítico*” o, como mínimo, es fruto de la decisión política “suprema” (puesto que la Constitución resultante se hallaría situada “*por encima*” de todos¹¹³⁵). El corolario implícito de *legitimación* del orden social imperante resulta evidente: tal es, hoy por hoy, el carácter *ideológico* de las teorías jurídicas dominantes acerca del fenómeno constituyente¹¹³⁶.

Ciertamente, se suele presentar el concepto de *ideología* en el debate académico con una significación fundamentalmente peyorativa. Desde esta óptica, esta se define como un sistema de ideas que están relacionadas y estructuradas entre sí mediante inferencias esencialmente teóricas (y, por lo tanto, potencialmente arbitrarias), que presenta una relación meramente contingente (y no necesaria) con la realidad (independientemente de que pueda ser alcanzable un conocimiento definitivo sobre esta); sólo en un sentido muy genérico se considera este concepto como equivalente a la noción de “visión del mundo”¹¹³⁷. Las concepciones *ideológicas* tienden a deformar la comprensión de la realidad social: en la práctica, suelen ser instrumentos de dominación social mediante la manipulación de la conciencia de la sociedad (sea de una parte o de su conjunto)¹¹³⁸.

AGUILAR, J. F., *op. cit.*, pp. 425-426; desde luego, constituyen “excepciones” más que significativas como para suponer la confirmación automática de la supuesta “regla”.

¹¹³⁴ RUIPÉREZ ALAMILLO, J., «Los principios constitucionales...», *op. cit.*, pp. 59-60 y 64.

¹¹³⁵ *Ibidem*, pp. 27-28 y 68.

¹¹³⁶ En última instancia, estas descansan sobre presupuestos normativos, no descriptivos: en este sentido, OKLOPCIC, Z., «Constitutional (Re)Vision: Sovereign...», *op. cit.*, p. 88 y (en lo que respecta concretamente a la teoría del poder constituyente) NOGUERA FERNÁNDEZ, A. y CRIADO DE DIEGO, M., *op. cit.*, p. 21; para una caracterización generalizada al ámbito jurídico, WOLKMER, A. C., *Ideología, Estado e...*, *op. cit.*, pp. 154-156. En contraste, afirmando en general la perspectiva teórica del “*constitucionalismo*” como única concepción “adecuada”, “correcta” o “genuina” de Constitución, ARAGÓN REYES, M., «Dos problemas falsos...», *op. cit.*, pp. 13-14 y 18.

¹¹³⁷ Para la distinción de acepciones (y sus contenidos), RUBIO LLORENTE, F., «Derechos fundamentales...», *op. cit.*, p. 205 (también nota 2) y WOLKMER, A. C., *Ideología, Estado e...*, *op. cit.*, pp. 101 y 103.

¹¹³⁸ En este sentido, DE CABO MARTÍN, C., *Dialéctica del sujeto...*, *op. cit.*, p. 63 y WOLKMER, A. C., *Ideología, Estado e...*, *op. cit.*, pp. 109 y 113.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

En consonancia con el propósito anterior, el uso (y abuso) del *argumento de autoridad* sigue siendo un recurso discursivo ampliamente explotado en la doctrina dominante¹¹³⁹. El principal ejemplo de esta práctica es la reproducción (generalmente acrítica) de las concepciones políticas encuadradas bajo el rótulo genérico de *Ilustración*: las ideas de pensadores tales como Locke, Montesquieu o Rousseau, entre otros, siguen formando parte integral de buena parte de los análisis teóricos actuales acerca de los fenómenos jurídicos, con escasa consideración a su verdadera correspondencia con los procesos *materiales* del momento (esto es, en función de que describan efectivamente la realidad). Hay que tener en cuenta que, para buena parte de los autores *ilustrados*, el objetivo fundamental de su labor sí era *práctico*: no hicieron otra cosa sino “vestir” la ambición desnuda de la clase burguesa en ascenso, mediante el ataque a las concepciones *ideológicas* del orden feudal ya en franca descomposición¹¹⁴⁰. Así, las propuestas *ilustradas* contribuyeron a orientar (y justificar) la implantación creciente de las instituciones sociales necesarias al desarrollo de capitalismo y la dominación política de la clase burguesa sobre el respectivo país¹¹⁴¹. De ahí surge, a posteriori, el potencial justificatorio de la Ilustración respecto al nuevo orden en ciernes: tal se puede ver en la concepción relativa a la *modernidad*, enfrentada al *arcaísmo* civilizatorio de la sociedad estamental. No es de extrañar, por tanto, la veneración con la que son tratadas, en la gran mayoría de la doctrina dominante, las realizaciones jurídicas derivadas, directa o indirectamente, de las ideas ilustradas, lo cual resulta particularmente patente en los estudios sobre el fenómeno constituyente.

La idea de *poder constituyente* se asienta como concepto *político* a partir de las argumentaciones de Emmanuel Joseph Sieyès durante los primeros compases del proceso de transformación del Tercer Estado en Asamblea Nacional Constituyente, en

¹¹³⁹ Desde luego, esta práctica tiene también una causa más profunda, como es la consideración de que la teoría constitucional está, en sus aspectos esenciales, suficientemente completada: describiendo tal postura, BALIBAR, É., *We, the People of Europe? Reflections on Transnational Citizenship*, pp. 190-191.

¹¹⁴⁰ Un esfuerzo especialmente patente en la Ilustración francesa, ver PONTÓN GÓMEZ, G., *La lucha por la desigualdad. Una historia del mundo occidental en el siglo XVIII*, pp. 562-563, 567-579 y 581-591.

¹¹⁴¹ DE CABO MARTÍN, C., *Dialéctica del sujeto...*, *op. cit.*, p. 46; ver también (especialmente respecto del caso de Gran Bretaña, así como acerca del pensamiento de Immanuel Kant) PONTÓN GÓMEZ, G., *op. cit.*, pp. 594-596, 599-612 y 620-621.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

los albores de la Revolución Francesa de 1789¹¹⁴². Es en aquel momento cuando se consolidan sus rasgos esenciales, que han pervivido en la teoría jurídica hasta la actualidad: el estudio recurrente de las propuestas de Sieyès, entendidas poco menos que como quintaesencia teórica del fenómeno constituyente, sigue siendo una constante en la mayor parte de la doctrina¹¹⁴³. Resulta erróneo, sin embargo, considerar la argumentación polémica de Sieyès como fruto de una investigación con un valor teórico “universal” (especialmente, en su consideración implícita del Tercer Estado como un cuerpo social sin antagonismos internos esenciales)¹¹⁴⁴: bien al contrario, ha de ponderarse como un ejercicio (brillante, por cierto) de elaboración y propaganda de las reivindicaciones de los sectores más organizados políticamente de la burguesía gala en el marco de los Estados Generales¹¹⁴⁵. Las tesis *constituyentes* de Sieyès resultaron atractivas para esta clase social ascendente porque *naturalizaban* su voluntad de dominación sobre el conjunto de la sociedad: ello se concretaría en la enunciación de un concepto *abstracto* de *soberanía*, entendido como una suerte de “derecho” inmanente sobre la conformación del orden político del país, de titularidad y ejercicio transferibles de un sujeto (el Monarca) a otro (la Nación)¹¹⁴⁶. Del mismo modo, su distinción entre “Poder constituyente” y “Poder constituido” servía para encauzar institucionalmente los

¹¹⁴² Sin embargo, resulta incierto sostener que Sieyès es “el” autor original de esta idea (tal y como se sostiene, por ejemplo, en MÉNDEZ MADDALENO, J. L., *op. cit.*, p. 182): para la significación de Emer de Vattel al respecto, ver DE GUSMÃO, H. C. A., *op. cit.*, pp. 34-37.

¹¹⁴³ Valgan como ejemplos principales (entre otros muchos), COLÓN-RÍOS, J. I., «Constituent Power, the Rights of Nature, and Universal Jurisdiction», pp. 132-134, NOGUEIRA ALCALÁ, H., «Los límites del...», *op. cit.*, p. 436, PÉREZ ROYO, J. y CARRASCO DURÁN, M., *op. cit.*, pp. 81, 82-83 y 84, PÉREZ LOOSE, H., *op. cit.*, pp. 233-234 y RODRÍGUEZ-ZAPATA, J., *op. cit.*, pp. 139-140; igualmente, ver BENAVIDES ORDÓÑEZ, J., *op. cit.*, pp. 17-20 y 283-284, DE GUSMÃO, H. C. A., *op. cit.*, pp. 46-51, HERNÁNDEZ CAMARGO, L., *op. cit.*, pp. 29-34, RUIZ OREJUELA, W., *Responsabilidad del Estado social de derecho por los actos del poder constituyente*, pp. 136-137 y SÁNCHEZ LORA, J. C., *op. cit.*, pp. 88-94, 111 y 135.

¹¹⁴⁴ OKLOPCIC, Z., «Three arenas of struggle: A contextual approach to the constituent power of 'the people'», p. 209.

¹¹⁴⁵ En este sentido, PINTO, L. M. DA S. C., *op. cit.*, pp. 110 y 114-116, PISARELLO PRADOS, G., «Democracia y proceso...», *op. cit.*, p. 42 y PONTÓN GÓMEZ, G., *op. cit.*, p. 590; la orientación básica del “programa” político de Sieyès, en OKLOPCIC, Z., «Three arenas of...», *op. cit.*, p. 213.

¹¹⁴⁶ En este sentido, PREUSS, U. K., «The Exercise of Constituent Power in Central and Eastern Europe», pp. 214-215 y NOGUERA FERNÁNDEZ, A. y CRIADO DE DIEGO, M., *op. cit.*, p. 21; ver también WALL, I. R., *op. cit.*, pp. 46-50. Por supuesto, las decisiones constituyentes de la *nación* habían de seguir los dictados del “Derecho natural”, lo cual incluía el respeto de ciertos derechos (tales como el de propiedad), ver COLÓN-RÍOS, J. I., «Constituent Power, the...», *op. cit.*, pp. 133-134; también ALÁEZ CORRAL, B., *op. cit.*, p. XXVII (nota 5).

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

impulsos de transformación revolucionaria en la sociedad¹¹⁴⁷. Con estos argumentos, se legitimaba la operación de cambios sociales profundos dirigidos por las “clases activas”, en nombre de toda la “nación” (no el “pueblo”)¹¹⁴⁸: la burguesía aparecía, así, como portaestandarte de la voluntad política de todo el país¹¹⁴⁹.

Del mismo modo, de tanto en cuando se produce también la relativa recuperación de algunos de los “hijos descarriados” de la teoría dominante, con el fin de dar lustre (bien por sí mismos, bien por contraste) a la concepción clásica de *poder constituyente*. Desde la década de 1980, la obra de Carl Schmitt vuelve a contar con un cierto “atractivo” en la doctrina jurídica, en comparación con el tratamiento académico que su autor recibió, en el periodo posterior a la Segunda Guerra Mundial (poco menos que el de *apestado*), en función de su papel, aun limitado (desde luego, a pesar suyo), de “consejero áulico” del régimen *nazi*¹¹⁵⁰. Su importancia principal reside en el hecho de que este llevó a cabo sus teorizaciones en una época de crisis social aguda, logrando definir con relativa claridad la naturaleza *política* del Derecho, esto es, sin emprender un camino de huida respecto de la realidad (al estilo de Hans Kelsen¹¹⁵¹)¹¹⁵². Así, Schmitt es especialmente representativo del pensamiento profundo de la burguesía alemana en una fase de “rearme ideológico”, expresando la necesidad de esta de romper con las preconcepciones impuestas por el pensamiento político *liberal* (que obstaculizaban el proceso de implementación de una solución dictatorial capitalista en la Alemania de entreguerras)¹¹⁵³. Así pues, la posición respecto a Schmitt tiene dos

¹¹⁴⁷ LÓPEZ GARRIDO, D., «Constitución y estructura...», *op. cit.*, p. 126; respecto a la distinción en sí (sin entrar en sus consecuencias políticas), NOGUEIRA ALCALÁ, H., «Los límites del...», *op. cit.*, p. 437.

¹¹⁴⁸ Ver DE VEGA GARCÍA, P., «Mundialización y Derecho...», *op. cit.*, pp. 40-42, FOUCAULT, M., *Hay que defender...*, *op. cit.*, pp. 188-190, OKLOPCIC, Z., «Three arenas of...», *op. cit.*, pp. 205-206 y 207, RUIPÉREZ ALAMILLO, J., «De la reforma...», *op. cit.*, pp. 99-104 y THORNHILL, C., «Contemporary constitutionalism and...», *op. cit.*, pp. 383-384 (ver también nota 30).

¹¹⁴⁹ BENAVIDES ORDÓÑEZ, J., *op. cit.*, p. 20, HARDT, M. y NEGRI, A., *Empire*, p. 104, PINTO, L. M. DA S. C., *op. cit.*, pp. 124-125 y RUIPÉREZ ALAMILLO, J., «De la reforma...», *op. cit.*, pp. 100 y 103-104.

¹¹⁵⁰ LUCAS VERDÚ, P., «Carl Schmitt, intérprete singular y máximo debelador de la cultura político-constitucional demoliberal», pp. 26-28. Para la influencia concreta de la teoría sobre el poder constituyente de Schmitt en el pensamiento jurídico latinoamericano (especialmente en la práctica de los órganos de control constitucional venezolano y colombiano), COLÓN-RÍOS, J. I., «Carl Schmitt and Constituent Power in Latin American Courts: The Cases of Venezuela and Colombia», pp. 369-372 y 373-376.

¹¹⁵¹ RUIPÉREZ ALAMILLO, J., «De la reforma...», *op. cit.*, p. 109.

¹¹⁵² LUCAS VERDÚ, P., «Carl Schmitt, intérprete...», *op. cit.*, pp. 29-30, 33-34 y 44.

¹¹⁵³ Para las claves antiliberales en Schmitt, ver *ibidem*, pp. 37, 44-47 y 57-61.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

partes inseparables, como son, por una parte, el reconocimiento de la utilidad contemporánea de su aportación teórica, en lo que supone de revelación de aspectos esenciales del fenómeno constituyente y, por otra, el recuerdo permanente de su papel como “profeta jurídico” del fascismo¹¹⁵⁴. En la obra del jurista germano se encuentra uno de los exponentes *clásicos* de la *teoría democrática del poder constituyente* (como continuación destacada de la teoría de Sieyès¹¹⁵⁵), unido al bosquejo de una estrategia para la negación radical de esta en la práctica¹¹⁵⁶.

Los procesos de apuntalamiento de las teorías jurídicas dominantes no cesan, y siguen avanzando, sobre todo, mediante la construcción de diversas propuestas de síntesis entre estas. Un intento destacado de conciliar los antagonismos mutuos entre las teorías *positivista* y *democrática* del poder constituyente se encuentra en la *teoría procedimental* del derecho planteada por Jürgen Habermas¹¹⁵⁷; esta se desarrolla como una aplicación *política* y jurídica de la teoría de la acción comunicativa desarrollada por este mismo pensador¹¹⁵⁸. La perspectiva de Habermas se fundamenta en una presunta división tripartita de la sociedad entre *Estado*, *mercado* y *sociedad civil*, entendidas como esferas autónomas entre sí¹¹⁵⁹. Así pues, se trataría de disponer una serie de mediaciones procedimentales apropiadas entre los campos anteriores, al fin de que el Derecho que se produzca pueda ser aceptado generalmente como *legítimo*¹¹⁶⁰. En consecuencia, se glorifica el establecimiento de suerte de “mandarino ilustrado” (protagonizado por “actores” y “expertos”, con un peso *fáctico* preponderante de las

¹¹⁵⁴ HARDT, M. y NEGRI, A., *Commonwealth*, p. 50; en coincidencia, en sus líneas básicas, con esta misma idea, LUCAS VERDÚ, P., «Carl Schmitt, intérprete...», *op. cit.*, pp. 62 y 91-92 y RUIPÉREZ ALAMILLO, J., «De la reforma...», *op. cit.*, p. 108. Para su significación más actual, ver TAJADURA TEJADA, J., «La *renaissance* de Carl Schmitt», pp. 359-361.

¹¹⁵⁵ Ver COLÓN-RÍOS, J. I., «Carl Schmitt and...», *op. cit.*, p. 366; mencionando a Sieyès y Schmitt como “*Los más influyentes teóricos del pouvoir constituant*, [...]”, PETERS, A., «Constitucionalismo compensatorio: las funciones y el potencial de las normas y estructuras internacionales», pp. 216-217.

¹¹⁵⁶ OKLOPCIC, Z., «Three arenas of...», *op. cit.*, p. 205. Para la influencia decisiva de la obra teórica de Schmitt (a través de su recepción en la doctrina jurídica dominante en la España “franquista”) en el proceso de configuración del ordenamiento constitucional chileno posterior a 1973, ver CRISTI, R., «La noción de poder constituyente en Carl Schmitt y la génesis de la Constitución chilena de 1980», pp. 235-248.

¹¹⁵⁷ En este sentido, THORNHILL, C., «The global legal...», *op. cit.*, pp. 407-408 y 411-412.

¹¹⁵⁸ Ver COOK, D., *Adorno, Habermas, and the Search for a Rational Society*, p. 123.

¹¹⁵⁹ HABERMAS, J., *Facticidad y validez...*, *op. cit.*, pp. 342-343. Para las dificultades explicativas presentes en la afirmación de tal distinción categórica, ver COOK, D., *op. cit.*, pp. 34-38 y 70.

¹¹⁶⁰ HABERMAS, J., *Facticidad y validez...*, *op. cit.*, pp. 531-532 y 660.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

posiciones sociales “*burguesas*”) en los procesos de formación de la llamada *opinión pública* (de la que, en todo caso, habría que cuidar su “calidad”)¹¹⁶¹. Así pues, el fundamento de esta posición se halla en la invisibilización de la dominación de clase dentro de la llamada “sociedad civil”, la cual es presentada como una esfera social esencialmente “despolitizada”¹¹⁶².

La teoría política de Habermas mezcla, con no poca habilidad, proposiciones sociológicas (descriptivas) y normativas (prescriptivas)¹¹⁶³: lo que no se llega a saber bien es dónde acaban unas y comienzan otras¹¹⁶⁴. En apariencia, la formulación habermasiana podría aproximarse parcialmente a la formulación de un ideal de *liberación* (dado el significativamente alto nivel de abstracción con el que esta se expresa): teóricamente (y a primera vista), de su propuesta de conjunción de las autonomías “privada” y “pública” se podría extraer tal perspectiva¹¹⁶⁵. Sin embargo, la visión de Habermas no representa más que el intento de sustituir la “jaula de oro” delimitada por el *Estado social y democrático de Derecho*, por una “celda de cristal” (de muros invisibles) en la que los procesos de orientación ideológica (pudorosamente velados detrás de los mecanismos de “racionalidad comunicativa”¹¹⁶⁶) ganen una mayor importancia frente a los instrumentos estatales de provisión pública de bienes y servicios (crecientemente erosionados como consecuencia de la profundización de la

¹¹⁶¹ Ver *ibidem*, pp. 254, 442-445 y 453-459; en un sentido descriptivo, DE CABO MARTÍN, C., *Conflicto y constitución...*, *op. cit.*, pp. 152-153 y 155 y PINTO, L. M. DA S. C., *op. cit.*, pp. 348-349.

¹¹⁶² Ver en HABERMAS, J., *Facticidad y validez...*, *op. cit.*, pp. 243 y 447. En un sentido crítico, SANTOS, B. DE S., *La difícil democracia...*, *op. cit.*, pp. 232-233; igualmente, frente a esta visión, PORRAS NADALES, A., «Notas sobre la...», *op. cit.*, pp. 196 y 198. Por otra parte, expresando sus dudas sobre la verdadera independencia y capacidades del llamado “mundo de la vida” (según Habermas, no ocupado plenamente por el “dinero” o el “poder”), DE VEGA GARCÍA, P., «Mundialización y Derecho...», *op. cit.*, pp. 21-22.

¹¹⁶³ Así lo reconoce el mismo autor, ver HABERMAS, J., *Facticidad y validez...*, *op. cit.*, p. 523.

¹¹⁶⁴ En este sentido, COOK, D., *op. cit.*, pp. 125-128. A decir verdad, se trata de un problema bastante más generalizado: así se indica en PINTO, L. M. DA S. C., *op. cit.*, p. 379.

¹¹⁶⁵ HABERMAS, J., *Facticidad y validez...*, *op. cit.*, pp. 491-492.

¹¹⁶⁶ Al final, se trata de apuntalar la validez de las normas jurídicas asegurando el asentimiento de los sujetos dominados mediante el uso de la “razón”, ver *ibidem*, p. 172. Para la idea, presente en la teoría de Habermas, de que tanto el pensamiento (se entiende que el hegemónico) como el orden político occidentales son en sí mismos ejemplos de *racionalidad*, ver COOK, D., *op. cit.*, pp. 124 y 167-168; para la función *legitimadora* de la idea de “razón comunicativa” en Habermas, *ibidem*, p. 162.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

estrategia *neoliberal*) y de acción coercitiva (en uso frente a la contestación social)¹¹⁶⁷; se trata, curiosamente, de una posición con significativos resabios *postmodernos*¹¹⁶⁸.

Es de destacar que la realización plena de las prescripciones de su teoría se presenta como posible *únicamente* mediante la evolución (esto es, no como una “revolución”) de los órdenes políticos *ya constitucionalizados* en la mayor parte de Europa, los cuales presentarían unos rasgos suficientemente desarrollados como para poder completar el proyecto social *habermasiano*¹¹⁶⁹: ello refleja la función y objeto limitados conferidos a los procesos constituyentes dentro del estrecho marco delimitado por las respectivas “democracias constitucionales”¹¹⁷⁰. Las consecuencias de tal argumentación son catastróficas: a partir de la elevación de la idea de conciliación de las clases sociales a la condición de “bien social” intrínseco¹¹⁷¹, se trata de rebajar la capacidad de decisión *democrática* sobre las bases del orden constitucional existente¹¹⁷². Así pues, como resultado final, se vacía efectivamente el concepto de *lo constituyente*, que queda limitado, en la práctica, a la función a aplicar una pátina de *legitimidad* a simples procesos de reforma de los regímenes políticos establecidos que se despliegan frente a una contestación social crecientemente articulada¹¹⁷³.

¹¹⁶⁷ Ver HABERMAS, J., *Facticidad y validez...*, *op. cit.*, pp. 187, 202, 257 y 523. La continuidad de la necesidad de la “fuerza” estatal, empero, en *ibidem*, pp. 201 y 203-204; para una descripción de la posición de la “coacción” y el “consenso” en la teoría jurídica habermasiana, y el papel a desempeñar por la llamada “*racionalidad comunicativa*” (aunque en un sentido diferente al aquí expresado), ver PÉREZ LUÑO, A. E., *Derechos humanos...*, *op. cit.*, pp. 640-641.

¹¹⁶⁸ Un eco de esta postura (negando la posibilidad actual del uso del “miedo” como mecanismo exclusivo de “producción” política), en HARDT, M. y NEGRI, A., *Empire*, p. 388.

¹¹⁶⁹ En este sentido, HABERMAS, J., *Facticidad y validez...*, *op. cit.*, pp. 377-378, 466 y 624; ver, igualmente, COOK, D., *op. cit.*, pp. 132 y 153-154.

¹¹⁷⁰ Así pues, “*Sólo las condiciones procedimentales de la génesis democrática de las leyes aseguran la legitimidad del derecho establecido*”, en HABERMAS, J., *Facticidad y validez...*, *op. cit.*, p. 336.

¹¹⁷¹ Implícito en su idea de proteger una cierta “neutralidad” del sistema administrativo, ver *ibidem*, p. 244; ello hay que relacionarlo con su afirmación de la capacidad del Estado para compensar las divisiones de clase existentes, en función del compromiso existente entre estas, ver COOK, D., *op. cit.*, p. 20. Ver también DE CABO MARTÍN, C., *Conflicto y constitución...*, *op. cit.*, p. 51.

¹¹⁷² Ello se basa en una rebaja real del alcance del principio de *soberanía popular*, la cual “[...] *no se encarna ya en una asamblea intuitivamente identificable de ciudadanos autónomos; se retrae a los circuitos de comunicación, por así decir, carentes de sujeto, que representan los foros y los organismos deliberativos y decisorios*”, ver HABERMAS, J., *Facticidad y validez...*, *op. cit.*, p. 203; también *ibidem*, pp. 194 y 238-239. Ver también COOK, D., *op. cit.*, p. 158 y (en referencia al alcance de actuación del “espacio público”) PINTO, L. M. DA S. C., *op. cit.*, pp. 349-350.

¹¹⁷³ En este sentido, COOK, D., *op. cit.*, pp. 160-161.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

En definitiva, el efecto de fondo de la teoría *procedimental* es el respaldo y defensa de los elementos estructurantes del orden *político* imperante en el mundo occidental¹¹⁷⁴. Su negativa a superar fundamentalmente el orden *social* capitalista (fundada en la idea de que el “*derecho legítimo*”, en última instancia, ha de estar “[...] *anclado en los ámbitos privados básicos del mundo de la vida a través de las instituciones de la sociedad civil*”¹¹⁷⁵) convierte, de hecho, su teoría procedimental del Derecho en la antítesis de una propuesta real de transformación social *emancipadora*¹¹⁷⁶. En función de los criterios explicados en el capítulo anterior (en especial, por su rechazo de la dinámica *política* inherente a las clases sociales), las tesis de Habermas se incardinan firmemente en el paradigma político *socioliberal*¹¹⁷⁷.

2.2.2. Las teorías “*contrahegemónicas*” acerca del fenómeno constituyente: análisis y críticas.

A) *Constitucionalismo democrático* y poder constituyente.

Hasta ahora, hemos analizado las propuestas principales de las distintas corrientes dominantes dentro de la doctrina jurídica. Sin embargo, este recorrido no agota en su totalidad el panorama teórico acerca del *fenómeno constituyente*. En distintos ámbitos académicos, vinculados a concepciones *críticas* acerca de la realidad jurídica, se han desarrollado diversas propuestas de conceptualización del fenómeno constituyente. La primera a señalar es la que ha venido propiamente a denominarse *constitucionalismo democrático*.

¹¹⁷⁴ HABERMAS, J., *Facticidad y validez...*, *op. cit.*, p. 624. Igualmente, en este sentido, COOK, D., *op. cit.*, pp. 127 y 128, DE CABO MARTÍN, C., *Conflicto y constitución...*, *op. cit.*, p. 51 y HARDT, M. y NEGRI, A., *Commonwealth*, p. 18; una consideración relativamente similar se lleva a cabo en PISARELLO PRADOS, G., «Las afinidades constitucionales de Habermas», pp. 51, 52 y 56.

¹¹⁷⁵ HABERMAS, J., *Facticidad y validez...*, *op. cit.*, p. 491.

¹¹⁷⁶ Su compromiso con el orden social establecido se sella con la siguiente afirmación: “*Desde 1989-1990 ya no hay escapatoria del universo capitalista. Solo se puede ir hacia una civilización y domesticación de la dinámica capitalista desde dentro [...]*”, ver en *idem*, *La constitución de...*, *op. cit.*, p. 98; también se reseña esta postura de Habermas en PISARELLO PRADOS, G., «Las afinidades constitucionales...», *op. cit.*, p. 56.

¹¹⁷⁷ Especialmente patente en el sesgo individualista presente en su descripción de los sistemas económico y político; ver (siguiendo a Hans Joas) en COOK, D., *op. cit.*, pp. 18-19; ver también *ibidem*, pp. 156-157. En contraste, para la caracterización general de la propuesta habermasiana como “*socialdemócrata*”, ver HARDT, M. y NEGRI, A., *Commonwealth*, p. 18.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

En términos esenciales, no existen diferencias significativas entre esta perspectiva y la concepción *democrática* del poder constituyente: ambas afirman la existencia del *poder constituyente*, entendido como un *sujeto* de naturaleza *social, absoluto*, de potestad *ilimitada y originario*¹¹⁷⁸, e identifican rotundamente este *poder* con el concepto de *pueblo*, que es considerado como *soberano* del país¹¹⁷⁹. Las diferencias del denominado *constitucionalismo democrático* con la doctrina *democrática* hegemónica son, fundamentalmente, de grado. Así, si esta última tiende a afirmar que, con todo, el alcance del poder constituyente presenta ciertas limitaciones *externas* a este (por ejemplo, en materia de garantía de derechos fundamentales individuales, tal y como veremos posteriormente), la vertiente *crítica* defiende la integralidad del carácter *ilimitado* de sus potestades¹¹⁸⁰. En consecuencia, sus posibles limitaciones serán únicamente aquellas *inherentes* a su propio ser, ya que se considera que el poder constituyente únicamente puede ser *democrático y emancipador* (y, por ende, el propio concepto de Constitución sólo puede ser *democrático*¹¹⁸¹)¹¹⁸². Del mismo modo, frente a la posible matización de la condición *originaria* del poder constituyente en la doctrina mayoritaria (al afirmar que, si hubiese ya en vigor una Constitución democrática, esta debería ser respetada en todo proceso de cambio constitucional en marcha), se defiende con igual ímpetu la capacidad irrestricta del poder constituyente para la creación de nuevos órdenes jurídicos¹¹⁸³.

También en la consideración acerca de la naturaleza del *proceso constituyente* varían las apreciaciones respectivas. En la visión convencional, el poder constituyente

¹¹⁷⁸ DE CABO MARTÍN, C., «Capitalismo, democracia y...», *op. cit.*, pp. 20-21, MARTÍNEZ DALMAU, R., «El debate sobre...», *op. cit.*, p. 72 y PISARELLO PRADOS, G., *Procesos constituyentes...*, *op. cit.*, p. 172. Curiosamente, este último autor se matiza parcialmente a sí mismo (si bien implícitamente): ver en *ibidem*, p. 47.

¹¹⁷⁹ DE CABO MARTÍN, C., «Capitalismo, democracia y...», *op. cit.*, p. 20, MARTÍNEZ DALMAU, R., «El ejercicio del...», *op. cit.*, p. 8 e *idem*, «El debate sobre...», *op. cit.*, pp. 104-105 y 116.

¹¹⁸⁰ *Ibidem*, p. 72; ver también (en la crítica concreta a las tesis de Habermas y de John Rawls al respecto) DE CABO MARTÍN, C., *Conflicto y constitución...*, *op. cit.*, pp. 175-176.

¹¹⁸¹ MARTÍNEZ DALMAU, R., «El ejercicio del...», *op. cit.*, p. 10.

¹¹⁸² Así, *idem*, «El debate sobre...», *op. cit.*, pp. 73, 98-99 y 101-102; en este sentido, también VICIANO PASTOR, R., «Mayorías en el proceso constituyente», pp. 57 y 58 y (teniendo más en cuenta la composición social y política del “poder constituyente”) CRIADO DE DIEGO, M., «Algunas consideraciones sobre el poder constituyente en el Estado constitucional contemporáneo», pp. 132-133.

¹¹⁸³ MARTÍNEZ DALMAU, R., «El ejercicio del...», *op. cit.*, p. 8; esta concepción se asienta frente a los llamados “*legalismos procedimentalistas*”, ver VICIANO PASTOR, R., «La activación política del poder constituyente en España y sus cauces jurídicos», p. 131.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

popular quedaría naturalmente integrado en el ordenamiento constitucional al culminarse el proceso correspondiente: su reaparición se considera un hecho singular y extraordinario, fruto de fallos en el orden instituido que no sean remediables por medios jurídicos “regulares”. Por el contrario, desde la perspectiva alternativa, las instituciones constitucionales existen en el tiempo y ejercen sus potestades únicamente por el “permiso” continuo del poder constituyente, retirable en todo momento¹¹⁸⁴: el poder constituyente sigue existiendo (aunque no esté permanentemente en ejercicio) y no se disuelve en instancia constituida alguna, *activándose* en función de su propia voluntad (y no por invocación ajena¹¹⁸⁵)¹¹⁸⁶.

Ciertamente, las posiciones *políticas* seguidas en una y otra corriente difieren significativamente: mientras que la teoría dominante se centra en la explicación (o más bien justificación) de los órdenes constitucionales occidentales ya existentes, el llamado *constitucionalismo democrático* plantea la apertura de nuevos *procesos constituyentes* como instrumento para el avance de procesos de transformación social al servicio de las necesidades y aspiraciones de la mayoría de la población, siguiendo la estela de los procesos llevados a cabo en América Latina en la década de 2000 (los cuales constituyen los modelos básicos sobre los que construye su andamiaje teórico)¹¹⁸⁷.

Con todo, y a pesar de todo, las semejanzas entre ambas teorías “vencen”, en lo sustancial, todo intento de distinguir las tajantemente. En términos reales, el *constitucionalismo democrático* no constituye más que una derivación, supuestamente *purista*, de la teoría hegemónica de la *soberanía popular*. Esta corriente pretende la recuperación de la concepción *clásica* de *poder constituyente*, a la que atribuye un carácter radicalmente *democrático*¹¹⁸⁸: de ahí viene el rechazo que, en general, muestra

¹¹⁸⁴ En este sentido, MARTÍNEZ DALMAU, R., «El debate sobre...», *op. cit.*, pp. 72-73.

¹¹⁸⁵ PISARELLO PRADOS, G., *Procesos constituyentes...*, *op. cit.*, p. 172 y VICIANO PASTOR, R., «La activación política...», *op. cit.*, p. 130.

¹¹⁸⁶ En este sentido, MARTÍNEZ DALMAU, R., «El debate sobre...», *op. cit.*, pp. 99-101.

¹¹⁸⁷ En este sentido, *idem*, «El ejercicio del...», *op. cit.*, pp. 14-15, NOGUERA FERNÁNDEZ, A., «¿Constitución o Ley...», *op. cit.*, p. 636, PISARELLO PRADOS, G., «Democracia y proceso...», *op. cit.*, pp. 32-33 y VICIANO PASTOR, R. y MARTÍNEZ DALMAU, R., «Los procesos constituyentes...», *op. cit.*, pp. 8-10. En general, para la contraposición de la idea de *constitucionalismo democrático* con la noción de “democracia constitucional” (en especial, respecto a la funcionalidad “imperialista” de esta última), ver TULLY, J., *op. cit.*, pp. 334-338.

¹¹⁸⁸ MARTÍNEZ DALMAU, R., «El debate sobre...», *op. cit.*, p. 73; en este sentido, igualmente COLÓN-RÍOS, J. I., «Carl Schmitt and...», *op. cit.*, pp. 376-379.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

ante las nociones de *consenso* o *pacto*¹¹⁸⁹. Con tal posición, sin embargo, esta corriente asume sin atisbos de crítica el conjunto de insuficiencias y mistificaciones contenidas en la teoría dominante, añadiendo, para mayor asombro, una serie adicional de problemas y contradicciones de su propia cosecha.

Desde luego, para pretender ser una visión más “social” acerca del fenómeno constituyente, el constitucionalismo democrático presenta una descripción particularmente *formalista* del proceso constituyente¹¹⁹⁰. Si bien se reconoce la posibilidad de la existencia de medidas y acciones parciales que pueden adelantar o asegurar provisionalmente la creación de un nuevo orden constitucional¹¹⁹¹, en general el desarrollo lógico de este proceso es subordinado a la elaboración completa de un texto constitucional por parte de una institución representativa electa al efecto¹¹⁹²: al igual que en la teoría dominante, se minusvalora gravemente la importancia del proceso de transformación política *en su conjunto*. Desde tal punto de vista, existiría una especie de *estándar* de proceso constituyente, que se iniciaría con la apertura y preparación del mismo (en términos de establecimientos de derechos, libertades y regulaciones procedimentales), la convocatoria de una asamblea constituyente y la elección de sus miembros mediante la celebración de procesos electorales, la redacción de un texto constitucional, la aprobación de este por la citada asamblea, su ratificación mediante referéndum popular y su entrada en vigor¹¹⁹³: nótese cómo, en esta perspectiva,

¹¹⁸⁹ Ver en MARTÍNEZ DALMAU, R., «El debate sobre...», *op. cit.*, pp. 110-111. Aunque no siempre se procede así: en ocasiones, se sigue apelando a evitar la “división” y la “confrontación”, y a buscar la “integración” y el “diálogo”, como, por ejemplo, en el proceso de convocatoria de la Asamblea Nacional Constituyente de Venezuela en mayo de 2017 (como si el proceso venezolano de 1999-2000 se hubiera dado en un contexto diametralmente opuesto al actual), ver tal postura en VICIANO PASTOR, R. y MARTÍNEZ DALMAU, R., «Una Constituyente sin legitimidad».

¹¹⁹⁰ Defendiendo esta interpretación, OKLOPCIC, Z., «Three arenas of...», *op. cit.*, p. 205.

¹¹⁹¹ PISARELLO PRADOS, G., *Procesos constituyentes...*, *op. cit.*, pp. 12-13 y (siguiendo a Gerardo Pisarello) RÍOS, M. (dir.), *op. cit.*, p. 10. Para la presencia destacada de textos o acuerdos constitucionales provisionales en una parte considerable de los procesos constituyentes de las últimas décadas, BRANDT, M., COTTRELL, J., GHAI, Y. y REGAN, A., *op. cit.*, p. 67.

¹¹⁹² PISARELLO PRADOS, G., *Procesos constituyentes...*, *op. cit.*, p. 11 y (siguiendo al anterior) RÍOS, M. (dir.), *op. cit.*, p. 9; ver también VICIANO PASTOR, R., «Mayorías en el...», *op. cit.*, p. 59. Valga un ejemplo de esta postura: para Roberto Viciano, una de las principales anomalías del proceso de elaboración de la Constitución española de 1978 residiría en que las Cortes que la redactaron no fueron electas expresamente para este fin, lo cual sería razón suficiente para poner en duda la legitimidad de todo el proceso, ver en *ibidem*, p. 58.

¹¹⁹³ NOGUERA FERNÁNDEZ, A., «¿Constitución o Ley...», *op. cit.*, pp. 618-619 y 635. Una expresión particularmente típica de esta perspectiva “técnica” se puede observar con amplitud en GONZÁLEZ

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

cuestiones tales como la formación de un gobierno provisional suelen desaparecer de la consideración como fases constituyentes típicas¹¹⁹⁴. La consecución de todas y cada una de estas fases supondría, desde esta perspectiva, la culminación *correcta* de un *proceso constituyente* “como debe ser”¹¹⁹⁵.

El primer momento propiamente *constituyente* en esta compleja sucesión de procedimientos que representa el proceso constituyente, en esta perspectiva, se encuentra en la propia fase de “activación”, que es supeditada al resultado favorable de una consulta plebiscitaria al *pueblo*¹¹⁹⁶. Los principales teóricos “demócratas” se centran laboriosamente en la determinación en las condiciones procedimentales a seguir (engarce con las normas constitucionales preexistentes, legislación electoral, sistemas de mayorías, etcétera)¹¹⁹⁷, bajo la suposición de que, mediante el despliegue de una serie de disposiciones jurídicas, se puede llegar a asegurar el conocimiento fiable de la “voluntad popular” y su materialización jurídica¹¹⁹⁸. El problema surge, inmediatamente, con la propia afirmación enfática de la noción del *pueblo* como “unidad”¹¹⁹⁹. En el constitucionalismo democrático, esta idea responde a la necesidad percibida, por parte de sus proponentes, de negar los antagonismos internos consubstanciales a las distintas formaciones sociales (fusionando políticamente a “clases medias” y “capas populares” en la condición “común” de *pueblo*), de forma que

CADENAS, D., *Teoría y práctica jurídico-política de los procesos constituyentes. Estudio de caso de Venezuela*, pp. 85-293.

¹¹⁹⁴ No en todo caso (por lo demás, la perspectiva formalista se mantiene incólume): ver, por ejemplo, en PISARELLO PRADOS, G., *Procesos constituyentes...*, *op. cit.*, pp. 48-49.

¹¹⁹⁵ VICIANO PASTOR, R., «Mayorías en el...», *op. cit.*, p. 58. En un sentido contrario (desde una perspectiva descriptiva de la realidad), ver BRANDT, M., COTTRELL, J., GHAI, Y. y REGAN, A., *op. cit.*, p. 238.

¹¹⁹⁶ Precisamente, la existencia de supuestas infracciones constitucionales formales representa uno de los principales motivos que impulsa a distintos autores de esta corriente a condenar la convocatoria de la Asamblea Nacional Constituyente venezolana de mayo de 2017, ver VICIANO PASTOR, R. y MARTÍNEZ DALMAU, R., «Una Constituyente sin...», *op. cit.*

¹¹⁹⁷ Así, en VICIANO PASTOR, R., «Mayorías en el...», *op. cit.*, pp. 59-65.

¹¹⁹⁸ En este sentido, valgan como ejemplo las disquisiciones jurídicas llevadas a cabo por Roberto Viciano Pastor para fundamentar “técnicamente” la apertura de un proceso constituyente en España, ver *idem*, «La activación política...», *op. cit.*, pp. 135-146.

¹¹⁹⁹ Extrañamente (y sin aportar más explicaciones), según Rubén Martínez Dalmau, “*Se diferencia, por lo tanto, un único sujeto constituyente (pueblo) de los múltiples objetos constituidos (sociedad, población, electorado, minorías, naturaleza...)*” (el subrayado es añadido), ver en MARTÍNEZ DALMAU, R., «El debate sobre...», *op. cit.*, p. 73; en este contexto, respecto al significado de las expresiones “*constituyente*” y “*constituido*”, *ibidem*, p. 72.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

los rasgos fundamentales del orden constituido existente (resultado de un proceso constituyente pasado) aparezcan, en conjunto, como expresión inseparable y perenne del *ser* de la *comunidad política* establecida¹²⁰⁰. En consecuencia, una vez aprobada la Constitución *democrática*, los debates políticos fundamentales han de quedar *políticamente* zanjados, puesto que el *pueblo* así lo quiere (y si posteriormente no fuera así, este se encargaría de modificar nuevamente tales acuerdos por la vía constituyente)¹²⁰¹. De tal forma, los derechos fundamentales (incluyendo los de carácter social) y el carácter democrático de las instituciones estatales quedarían suficientemente garantizados en la voluntad constituyente “cristalizada” en la Constitución¹²⁰².

Sin embargo, si algo se verifica en la mayor parte de los procesos constituyentes *reales* analizados a lo largo de estas páginas, es que estos han avanzado frente a oposiciones y rechazos sociales internos significativos (aun de magnitudes variadas) que suelen permanecer tras la apertura del nuevo ciclo de vida política “constitucional”¹²⁰³. En el “mejor” de los casos, la *voluntad constituyente* se abre paso en función de la efectiva aquiescencia, fundamentalmente pasiva, de una parte significativa (no necesariamente mayoritaria) de la población hacia el correspondiente proceso: esto es perfectamente observable (a pesar de todas las excusas que se pongan) incluso en procesos *progresistas* tales como el colombiano o el venezolano, por no hablar de otros casos más claros como el español o brasileño (desde luego, los ejemplos más extremos, en un sentido contrario, vienen representados por los procesos alemán o japonés). La apelación genérica a la opinión del *pueblo* resulta una propuesta ilusoria que no reconoce que una voluntad de oposición suficientemente fuerte no se detiene ante barrera jurídica “democrática” alguna (como bien se pudo comprobar en los casos de Chile en 1973, Turquía en 1982 o Perú en 1992). Por esto mismo, se trata de una perspectiva aparentemente *neutral*, pero realmente *pasiva*, que evita la toma “abierta”

¹²⁰⁰ En este sentido, *ibidem*, p. 68.

¹²⁰¹ *Ibidem*, pp. 99-100 y 110. Solamente así se puede afirmar, desde esta perspectiva, que “[...] *cada Constitución es fruto de su tiempo y lugar, y de la correlación de fuerzas sociales posibles en el momento constituyente*”, ver en *ibidem*, p. 99.

¹²⁰² En este sentido, *ibidem*, pp. 75-76.

¹²⁰³ Así pues, en contra de lo expresado por distintos autores de la corriente analizada, se debe afirmar que toda Constitución sí tiene “*padres*” (y “*madres*”); ver la afirmación previa (en el sentido concreto de que solo los respectivos pueblos se habrían “*dado*” sus propias Constituciones en los últimos procesos constituyentes en América Latina) en VICIANO PASTOR, R. y MARTÍNEZ DALMAU, R., «Los procesos constituyentes...», *op. cit.*, p. 13.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

de posición *política* en aras de una pretendida *asepsia* normativa (que, para colmo, tampoco resulta ser tal).

Ciertamente, con la correlación entre los conceptos de *pueblo* y *soberanía* afirmada en la teoría constitucional *democrática* se sugiere la existencia de una serie de elementos *objetivos* que conforman efectivamente la realidad *política* de los distintos países y que pueden impulsar su cambio: desde luego, la negación activa de ambas nociones suele venir asociada al propósito de preservar el orden político imperante frente a otras voluntades de transformación provenientes de grupos sociales relativamente relegados en la dirección política del país (o menos beneficiados por las condiciones sociales reinantes). Sin embargo, *correlación* no significa *confusión*. Así pues, resulta incomprensible la afirmación sostenida por parte de algunos autores de esta corriente, de que sin *soberanía* (lo cual significaría, igualmente, sin ejercicio del “poder constituyente”) *no existe pueblo*¹²⁰⁴: siguiendo este razonamiento en toda su extensión lógica, habría que afirmar la imposibilidad de existencia de todo *sujeto político* transformador que no sea ya “soberano” (negándose la evidencia material de las luchas de multitud de poblaciones colonizadas por su autodeterminación durante los últimos siglos). En última instancia, la pretensión de que, en virtud de lo enunciado en cualquier proclamación formal realizada, deba aceptarse como “artículo de fe” que un *pueblo* determinado se ha dado supuestamente “a sí mismo” tal o cual Constitución, se acerca más al propósito de concitar la visión de aureolas “sacras” en torno a procesos concretos de transformaciones políticas (independientemente de sus contenidos reales), que a la intención de describir el hecho que esté dando lugar efectivamente¹²⁰⁵.

La corriente sedicentemente “democrática” se dedica a fustigar furiosamente aquellos procesos constituyentes que se apartan del canon pretendidamente *clásico* (encarnado arbitrariamente en ejemplos tales como el francés de 1792-1793¹²⁰⁶): solo

¹²⁰⁴ Ver en MARTÍNEZ DALMAU, R., «El ejercicio del...», *op. cit.*, p. 8 e *idem*, «El debate sobre...», *op. cit.*, pp. 108 y 116; en un sentido crítico acerca de esta posición (en su variante de que el acto constitucional “crea” al *pueblo*), ver ARATO, A., *op. cit.*, pp. 438-439. Sin embargo, no solo desde esta corriente se sostienen ideas similares a las mencionadas: así, por ejemplo, LOUGHLIN, M., *op. cit.*, p. 229.

¹²⁰⁵ Curiosamente, algún que otro autor de la corriente *democrática* muestra ser consciente de esta posibilidad, ver MARTÍNEZ DALMAU, R., «El debate sobre...», *op. cit.*, pp. 104-105.

¹²⁰⁶ NOGUERA FERNÁNDEZ, A., «¿Constitución o Ley...», *op. cit.*, p. 632; en general, para el proceso revolucionario francés de finales del siglo XVIII, PISARELLO PRADOS, G., «Democracia y proceso...», *op. cit.*, pp. 41-45.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

suelen justificarse los procesos constituyentes más democráticamente *puros* (siempre a la luz de los propios presupuestos teóricos proclamados¹²⁰⁷)¹²⁰⁸. El problema principal de tal postura es que la supuesta influencia actual y efectiva de un pasado constituyente *mítico* (y, por lo tanto, efectivamente *ahistórico*¹²⁰⁹), entendido como modelo paradigmático de *radicalidad democrática*¹²¹⁰, simplemente no se refleja en la práctica real de los procesos constituyentes reales de las últimas décadas (a menos que se consideren como expresión de la anterior las solas menciones doctrinales a la pervivencia de supuestos “linajes” normativos en los órdenes constitucionales actualmente establecidos¹²¹¹). Esta práctica de erigir arbitrariamente estándares de “pureza constituyente” se agudiza hasta el paroxismo con la consideración del papel del referéndum como “piedra de toque” fundamental de la manifestación genuina de la voluntad constituyente *popular*¹²¹²: así, se ha llegado a negar toda legitimidad democrática (e incluso el propio carácter de “Constitución”) tanto al texto constitucional portugués de 1976 como a las reformas posteriores de este, sola y exclusivamente por la

¹²⁰⁷ Así, descalificando los procesos constituyentes que no siguen la dogmática preestablecida, MARTÍNEZ DALMAU, R., «El debate sobre...», *op. cit.*, p. 115.

¹²⁰⁸ Como serían, siguiendo esta perspectiva, los casos de Venezuela, Ecuador y Bolivia, ver *idem*, «La naturaleza emancipadora de los procesos constituyentes democráticos. Avances y retrocesos», p. 27 y NOGUERA FERNÁNDEZ, A., «¿Constitución o Ley...», *op. cit.*, pp. 634-635 y 636. Durante un tiempo (al menos, hasta la verificación de su estrepitoso fracaso), el proceso constituyente en Islandia fue considerado también poco menos que como modelo a seguir, ver en MARTÍNEZ DALMAU, R., «La naturaleza emancipadora...», *op. cit.*, pp. 27-28, ODDSDÓTTIR, K., «Iceland: The Birth of the World's First Crowd-sourced Constitution?»; pp. 1209-1220 y PISARELLO PRADOS, G., «Democracia y proceso...», *op. cit.*, pp. 32-33; para una descripción del proceso constituyente islandés y análisis crítico acerca de sus aspectos destacados, ver GONZÁLEZ CADENAS, D., «Lecciones desde Islandia: poder constituyente y hegemonía», pp. 467-486 y 489-490 y, ya a posteriori, PISARELLO PRADOS, G., *Procesos constituyentes...*, *op. cit.*, pp. 129-133 y RÍOS, M. (dir.), *op. cit.*, pp. 38-40.

¹²⁰⁹ En este sentido, TEROL BECERRA, M. J., «Sobre el poder constituyente: realidad diacrónica *versus* mito», pp. 55-56.

¹²¹⁰ Los referentes esenciales son las revoluciones norteamericana y francesa en las últimas décadas del siglo XVIII, ver MARTÍNEZ DALMAU, R., «El ejercicio del...», *op. cit.*, p. 7 e *idem*, «El debate sobre...», *op. cit.*, pp. 67-70.

¹²¹¹ Como, por ejemplo, al derivar el “derecho” del pueblo portugués a alterar su Constitución actual a partir de lo dispuesto “[...] en el artículo 28 de la Constitución francesa de 1793 [...]”: tal cual, en NOGUERA FERNÁNDEZ, A., «¿Constitución o Ley...», *op. cit.*, p. 626.

¹²¹² Ver VICIANO PASTOR, R., «Mayorías en el...», *op. cit.*, pp. 57 y 64; también en GONZÁLEZ CADENAS, D., *Teoría y práctica...*, *op. cit.*, pp. 272-275 y 542-544 y NOGUERA FERNÁNDEZ, A., «¿Constitución o Ley...», *op. cit.*, p. 636. Al respecto de la concepción “clásica” del referéndum como expresión de un “mandato”, ver *idem*, *El sujeto constituyente...*, *op. cit.*, pp. 111-112. Curiosamente, el uso del mecanismo de referéndum ratificatorio tampoco supone una realidad generalizada: en este sentido, BRANDT, M., COTTRELL, J., GHAI, Y. y REGAN, A., *op. cit.*, p. 298 y RÍOS, M. (dir.), *op. cit.*, p. 51.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

ausencia de consulta popular ratificatoria del resultado de los trabajos de la Asamblea Constituyente (o de la Asamblea de la República, en su caso)¹²¹³.

La defensa cerrada de las propiedades taumatúrgicas de los referéndums ratificatorios (caracterizados como actos “creadores” de la Constitución democrática¹²¹⁴) desafía temerariamente la realidad del uso de tales mecanismos en los procesos constituyentes analizados¹²¹⁵. Así, en la práctica, estos se destacan como instrumentos estratégicos para la legitimación *a posteriori* del resultado de procesos constituyentes llevados a cabo relativamente a espaldas de la población¹²¹⁶. Efectivamente, estas consultas se suelen plantear en términos de una elección “infernial” entre el asentimiento al correspondiente proyecto o el (supuesto) desencadenamiento de acontecimientos políticos poco menos que “apocalípticos” (tales como el estallido de una guerra civil, el establecimiento/restablecimiento/mantenimiento de una dictadura, o ambos sucesos)¹²¹⁷: tales eran los escenarios existentes en las consultas celebradas en Francia (1958), España (1978) o Chile (para la reforma constitucional, en 1989). En este mismo sentido, diversos referéndums también han cumplido la función directa de aplicar una pátina de legitimidad a procesos de constitución o de simple reforma de órdenes institucionales férreamente “controlados” (esto es, relativamente antidemocráticos, si no directamente dictatoriales)¹²¹⁸: en este sentido, se destacan los casos de España (1976), Chile (1980), Perú (1993) o Rusia (1993). En todos los ejemplos anteriores, las intervenciones activas de los respectivos aparatos gubernativos estatales resultaron cruciales para lograr la aprobación de las propuestas sometidas a estas consultas. También debería analizarse con detalle cuál es la significación *política*

¹²¹³ NOGUERA FERNÁNDEZ, A., «¿Constitución o Ley...», *op. cit.*, pp. 622-623, 634 y 635-636.

¹²¹⁴ En este sentido, *ibidem*, pp. 618 y 619; una opinión contraria (negando que constituyan “*ejercicio de poder constituyente*”), en PACE, A., *op. cit.*, p. 42.

¹²¹⁵ En general, para los argumentos a favor y en contra del uso del mecanismo de referéndum en un proceso constituyente dado, ver BRANDT, M., COTTRELL, J., GHAI, Y. y REGAN, A., *op. cit.*, pp. 299-303 y 304.

¹²¹⁶ Advirtiendo acerca de tales prácticas, MIRANDA, J., *op. cit.*, p. 84, NOGUERA FERNÁNDEZ, A., *El sujeto constituyente...*, *op. cit.*, pp. 72 y 112-113 y PORRAS NADALES, A., «Notas sobre la...», *op. cit.*, p. 196; ver también GÓMEZ FORTES, B., *op. cit.*, pp. 266-267. En un sentido más general (siguiendo a Antonio Baldassarre), ver PACE, A., *op. cit.*, p. 43.

¹²¹⁷ Desde luego, esta situación es conocida por la doctrina jurídica desde hace ya mucho tiempo: ver, por ejemplo, en SCHMITT, C., *op. cit.*, pp. 102-103.

¹²¹⁸ En este sentido, RÍOS, M. (dir.), *op. cit.*, p. 58.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

de la baja participación en votaciones tales como las relativas a la convocatoria del proceso constituyente en Colombia (1990) o Venezuela (1999), entre otras, cuestión que no plantean algunos de los principales exponentes de la corriente doctrinal “democrática”: así, por ejemplo, el hecho de que el proceso constituyente venezolano fuera activado con los votos favorables de un tercio del cuerpo electoral convocado a las urnas es despachado, por parte de autores como Roberto Viciano Pastor o Rubén Martínez Dalmau, con la afirmación de que “*Así, no cabía duda sobre la voluntad de cambio en la población, y la solución aportada por los chavistas resultaba comprensible e ilusionante*”¹²¹⁹.

El *constitucionalismo democrático*, en aras de alcanzar una suerte de grado supremo de “excelencia” *formal* del proceso constituyente pretendidamente *democrático*, minusvalora igualmente la dimensión de la capacidad de acción que pueden seguir ostentando las fuerzas sociales dominantes en el régimen anterior, y cómo la actuación de estas en el desarrollo del proceso, lejos de ser constructiva, puede tener propósitos correctivos, suspensivos o destructivos en múltiples aspectos y magnitudes del mismo, llegando a condicionar decisivamente los resultados del proceso de transformación en su conjunto¹²²⁰. El enfoque “técnico” de la *cuestión* constituyente obvia aquí la dimensión *política* (que es esencial y permanente) de todo proceso de cambio del orden de una sociedad (sea en el sentido que sea), que se plasma en la organización *política* de la multiplicidad de grupos, capas y sectores sociales, el desarrollo de su actividad y su articulación recíproca hasta ser reconocibles como *sujetos* constituyentes, y que se fundamenta en multitud de prácticas sociales (finalmente generalizadas políticamente)¹²²¹. Así pues, resulta imposible justificar los

¹²¹⁹ VICIANO PASTOR, R. y MARTÍNEZ DALMAU, R., *Cambio político y...*, *op. cit.*, pp. 138-139; desde una perspectiva diametralmente opuesta, ver HERNÁNDEZ CAMARGO, L., *op. cit.*, pp. 237-238. Ciertamente, hay argumentos sólidos para sostener que se trata de un apoyo social más que suficiente para la apertura del proceso constituyente (como se analizará más adelante); sin embargo, confundir un tercio del total del *electorado* con la totalidad de este mismo representa, cuando menos, un error aritmético grave (aunque peores aún son sus consecuencias *políticas*).

¹²²⁰ Advirtiéndolo acerca de esta realidad en un sentido similar (en referencia al establecimiento de órdenes constitucionales *transformadores*), BRANDT, M., COTTRELL, J., GHAI, Y. y REGAN, A., *op. cit.*, p. 16.

¹²²¹ Un ejemplo eminente de tal postura se encuentra en el bosquejo de un “*Esquema general de la apertura de los procesos constituyentes*”, que no se circunscribe únicamente a la descripción de procesos constituyentes “democráticos”, sino que además únicamente procura registrar la supuesta acción de una “ciudadanía” internamente indiferenciada: así, en GONZÁLEZ CADENAS, D., *Teoría y práctica...*, *op. cit.*, pp. 82-84.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

mecanismos jurídicos por sí mismos, sino únicamente en función de los contextos en que se presentan, los propósitos que los animan y los límites que enfrentan. Así, el *formalismo* miope que defiende la teoría *democrática* en este punto no se diferencia, paradójicamente, de la indiferencia (aparente) hacia la *política* que exhibe la corriente *procedimentalista* dentro de la doctrina dominante.

En general, un proceso constituyente *democrático* no ha de tener necesariamente un sentido *emancipador*: si, entre lo que se considera como “pueblo”, existen grupos o sectores sociales con mayor influencia y capacidad de dirección sobre el conjunto, estos tienden a orientar el avance del proceso hacia la satisfacción de sus propios intereses y aspiraciones, sean o no coincidentes con los del resto (sin que ello requiera, indefectiblemente, la completa frustración de los objetivos de los demás sujetos). Empero, la vinculación de este proceso con la idea de emancipación, aun cuando sea no inmediata, si puede ser mediata; sin embargo, para ello ha de analizarse el componente “democrático” de un proceso constituyente como una cualidad que presenta múltiples grados, no como un atributo uniforme e invariable¹²²². Varios factores se destacan en esta cuestión. En primer lugar, se ha de dilucidar el grado de articulación de las voluntades de los actores políticos en torno a un “programa” común que recoge en conjunto las aspiraciones materiales de una mayoría cada vez más amplia de la sociedad, y que desemboca en la formulación y actuación de movimientos políticos de gran alcance (sin entrar en la valoración de las formas organizativas concretas que adopten). Igualmente, es preciso averiguar si dichas voluntades se reflejan de forma cada vez más fidedigna en las distintas fases “formales” del proceso constituyente (por ejemplo, en la composición de los organismos representativos constituyentes). También es necesario desentrañar si la mayoría de la sociedad, a través de su acción práctica cotidiana, “apoya” (y no solo meramente tolera, bajo la amenaza del uso de la fuerza o de degradación de sus condiciones de vida) la labor constituyente (lo cual es traducible a la pregunta de “¿A qué gobierno atiende la mayoría de la población?”). Por último, debe determinarse cuál es el nivel de participación explícita de las distintas capas sociales en las actuaciones concretas en el desarrollo del proceso constituyente, y con qué intensidad. Únicamente a partir del esclarecimiento del sentido e intensidad de estos

¹²²² En este sentido, PÉREZ HERNÁNDEZ, L., «Democracia sin estándares. El poder en Cuba y Venezuela», p. 171.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

factores, tanto en si como en su interrelación, se puede comprobar hasta qué punto un proceso “democratizador” puede tener también un sentido emancipador.

Por lo tanto, es necesario posicionarse firmemente en contra de la idea de que *el pueblo es o puede llegar a ser “soberano”*, simplemente mediante la disposición de mecanismos y procedimientos demoscópicos o electorales. Si bien es plausible que la realización de una infinidad de encuestas, encuentros, elecciones, plebiscitos o referéndums de activación o ratificación pueda formar parte de las múltiples condiciones *necesarias* para el desarrollo *democrático* de un proceso constituyente, tales acciones no constituyen, desde luego, condiciones *suficientes*: acumular consultas una detrás de otra hasta que se disloquen las muñecas de los votantes no es sinónimo de *calidad democrática* de un proceso. La medición de la “intensidad democrática” de este depende de la determinación de las realidades *políticas* subyacentes: no es una cuestión de carácter electoral, sino que requiere la comprensión del funcionamiento del conjunto entero de la vida social de un país. El problema de la medición no debería ser la excusa para escamotear la cuestión del sentido profundo del proceso constituyente: los problemas fundamentales de la vida social son demasiado importantes como para tratar de resolverlos mediante simples soluciones mecánicas (las cuales son una muestra preocupante de “indolencia” del pensamiento).

Una teoría *crítica* del fenómeno constituyente no puede ser una mera reiteración de la teoría jurídica *democrático-formal* al uso, adherida al *dogma* de la *soberanía popular*, si de verdad quiere formar parte de una *praxis* emancipadora¹²²³. Tanto la teoría convencional (con su culto interesado al principio de *supremacía* de la Constitución) como la corriente *democrática* (aferrada a la enunciación de la *soberanía* del pueblo en los textos constituciones como pretendido “icono” protector de los derechos fundamentales) acaban coincidiendo en la defensa básica del *modelo constitucional* imperante: mientras que la primera intenta exorcizar el “riesgo” de la apertura de procesos de transformación revolucionaria, la segunda trata de deslegitimar la propia existencia de procesos constituyentes no democráticos (o

¹²²³ Para la función básica que ha de desempeñar la teoría jurídica crítica, WOLKMER, A. C., *Teoría crítica del...*, *op. cit.*, p. 41 y (en referencia directa al constitucionalismo crítico) DE CABO MARTÍN, C., *Conflicto y constitución...*, *op. cit.*, pp. 41 y 257.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

“desdemocratizadores”, según otra clasificación¹²²⁴) arrojando dudas sobre lo único que es precisamente indiscutible en estos, esto es, su carácter materialmente *constituyente*¹²²⁵.

Empero, la crítica al *constitucionalismo democrático* no debe entenderse como una suerte de intento de “redención” de la teoría constitucional convencional. La puesta en cuestión de la noción de “soberanía popular”, en su entendimiento como una especie de sello formalista de legitimidad de un proceso constituyente dado, no supone la negación de la “existencia” del *pueblo* como tal (aun con significativas cautelas conceptuales, tal y como observaremos); tampoco representa el apoyo a una postura de impugnación de la importancia de la participación de cada vez más sectores y grupos de las capas populares en el desarrollo de los fenómenos constituyentes (no ya *formal* y “simbólicamente” en el proceso de elaboración de los textos constitucionales, sino *realmente* en la dirección efectiva de todos los ámbitos de la vida de cada país).

El *constitucionalismo democrático* no trata tanto de desentrañar cuál es la verdadera naturaleza del *proceso constituyente* (al menos en el contexto de los últimos 250 años en el mundo occidental), sino que se entretiene en plantear *justificaciones* para emprender procesos que se pretenden *democratizadores* (esto es, de imposición de los puntos de vista políticos predominantes en la *sociedad civil* realmente existente frente a “partidos políticos” y “grupos parlamentarios”¹²²⁶)¹²²⁷; sus contenidos reales se circunscriben, en el fondo, a unas coordenadas (y propuestas) políticas concretas: de “reforma” en lo social¹²²⁸, y de “ruptura” en una dimensión fundamentalmente

¹²²⁴ Tampoco se trata de una distinción especialmente afortunada (puesto que apenas capta el sentido de muchos de los procesos constituyentes analizados anteriormente): para dicha propuesta, ver PISARELLO PRADOS, G., *Procesos constituyentes...*, *op. cit.*, p. 11.

¹²²⁵ En esta línea, MARTÍNEZ DALMAU, R., «El ejercicio del...», *op. cit.*, p. 10; sin embargo, desde una perspectiva más realista, PISARELLO PRADOS, G., *Procesos constituyentes...*, *op. cit.*, p. 11.

¹²²⁶ En este sentido, VICIANO PASTOR, R., «Mayorías en el...», *op. cit.*, p. 57; en una perspectiva similar, NOGUERA FERNÁNDEZ, A., «¿Constitución o Ley...», *op. cit.*, pp. 617-618.

¹²²⁷ Así, se propugna la necesidad del “rescate” de la concepción clásica de *poder constituyente*, aparentemente cada vez en mayor desuso, ver en DE CABO MARTÍN, C., «Capitalismo, democracia y...», *op. cit.*, pp. 22 y 23.

¹²²⁸ Ligando fundamentalmente la orientación del desarrollo del proceso hacia “[...] *la expectativa de vivir mejor* [...]” o “[...] *la mejora en las condiciones de vida de la población* [...]” ver en MARTÍNEZ DALMAU, R., «El debate sobre...», *op. cit.*, pp. 101 y 119. Nótese que ello sólo guarda una relación contingente con la idea de “transformación del orden social”, ver en OKLOPCIC, Z., «Three arenas of...», *op. cit.*, p. 205.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

institucional¹²²⁹. En el fondo, lo que late en la visión profunda contenida en la concepción constitucionalista “democrática” es la sacralización de la propuesta política básica integrada en el *Estado social* (aunque oculta detrás de una pretendida “superación” de este en un “Estado constitucional” de nuevo cuño¹²³⁰), considerada no como expresión de un momento *político* particular en las sociedades occidentales tras la II Guerra Mundial, sino como una suerte de avance civilizatorio en sí misma, dentro de un pretendido proceso general de realización *democrática* de las sociedades humanas¹²³¹. Quedará a la perspectiva de cada cual concluir si se tratan o no de buenas y válidas intenciones; sin embargo, resulta difícilmente aceptable que, en vez de tratar de esclarecer la realidad *constituyente*, el constitucionalismo democrático plantee simplemente la construcción de nuevos *mitos* (o la conversión o apuntalamiento de otros preexistentes), de un discurso *legitimador* más, pero no de una teoría con intención *científica*.

B) Las teorías políticas *postmodernas* y el fenómeno constituyente.

No se circunscriben únicamente a la perspectiva doctrinal *democrática* las concepciones *críticas* acerca de fenómeno constituyente. Así, merecen mención específica las ideas al respecto contenidas dentro de las corrientes adscritas a lo que se ha venido a denominar *postmodernidad contrahegemónica*, esto es, el conjunto de posiciones filosóficas, políticas y jurídicas que, desde un paradigma teórico *postmoderno*, sostienen una voluntad de transformación social tendencialmente *anticapitalista* (aun con distintas variantes concretas entre los distintos proponentes)¹²³². En este marco, se destacan las proposiciones desarrolladas por Michel Foucault, Antonio Negri y Boaventura de Sousa Santos, que vienen a sintetizar y aplicar al

¹²²⁹ De hecho, llega a admitirse que la Constitución fruto del proceso constituyente puede llegar a tener, únicamente, “[...] una *lógica, al menos simbólica, de ruptura con la organización previa del Estado*” (el subrayado es añadido), ver VICIANO PASTOR, R., «Mayorías en el...», *op. cit.*, p. 59: es decir se cambia la Constitución, pero poco cambia la realidad general, porque así lo “quiere” el “pueblo” (en un ejercicio inverosímil de “decidir no decidir”).

¹²³⁰ Ver en MARTÍNEZ DALMAU, R., «El ejercicio del...», *op. cit.*, pp. 13-14 y 15.

¹²³¹ En sentido contrario, para una crítica a la pretendida “originalidad” histórica del modelo de *Estado social*, DE CABO MARTÍN, C., *Dialéctica del sujeto...*, *op. cit.*, pp. 78-79; para la contextualización de este en términos de contradicción de clase, *idem*, *Conflicto y constitución...*, *op. cit.*, p. 145.

¹²³² Ver, por ejemplo, SANTOS, B. DE S., *La difícil democracia...*, *op. cit.*, pp. 245-247 e *idem*, *Sociología jurídica crítica...*, *op. cit.*, pp. 45-46 y 51; ver también (en alusión a la denominada “*altermodernidad*”) HARDT, M. y NEGRI, A., *Commonwealth*, pp. 114-118.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

estudio crítico de los fenómenos políticos y jurídicos los principales postulados teóricos de esta corriente.

En general, el pensamiento postmoderno muestra una abierta hostilidad a la categoría de lo *universal* frente a la existencia efectiva de lo *singular* (el cual sólo sería englobable, a lo sumo, en lo *particular*)¹²³³. Conforme a este punto de vista, se niega la existencia de *leyes generales* como tales (especialmente, en referencia a la interpretación de procesos sociales), reconociéndose únicamente la presencia de “regularidades”: en el núcleo de esta idea se asienta el propósito de relativizar la categoría de *causalidad*¹²³⁴. Así pues, esta corriente se circunscribe, en esencia, al análisis inmediato de los fenómenos en sí: no presta especial atención a las conexiones *esenciales* profundas entre los procesos¹²³⁵. Por consiguiente, se afirma que la *totalidad* es inabarcable: desde esta perspectiva, las perspectivas intelectuales “totales” impedirían la comprensión de los fenómenos concretos que se examinen, debido a su tendencia a reducir arbitrariamente la complejidad y diversidad de la realidad a las exigencias de congruencia con un sistema teórico dado¹²³⁶. Ello desemboca, concretamente, en la consideración básica de los procesos sociales como hechos relativamente desconectados entre sí: no se identifican sino “diferencias” entre estos, no sintetizables en un marco conceptual *fundamental* común¹²³⁷. En este sentido, se sostiene que la aplicación de visiones totalizantes en el análisis de los aspectos más generales de la vida social tiene un sentido práctico potencialmente opresor, al tenderse al establecimiento de un sistema único de “verdades” que excluye perspectivas epistemológicas diferentes que provengan de sujetos distintos a los que llevan a cabo los

¹²³³ En este sentido, SANTOS, B. DE S., *Una epistemología del Sur. La reinención del conocimiento y la emancipación social* (1ª ed.), pp. 103-104 y 108; en referencia a la propuesta de “abandonar” el pensamiento teórico generalista, ver FOUCAULT, M., *Microfísica del poder* (3ª ed.), pp. 42, 79, 173 y 186-187.

¹²³⁴ SANTOS, B. DE S., *Una epistemología del...*, *op. cit.*, pp. 25-27 y 36-37.

¹²³⁵ Ver *ibidem*, pp. 108-109.

¹²³⁶ En este sentido, *ibidem*, pp. 104-105 y 107.

¹²³⁷ Ver HARDT, M. y NEGRI, A., *Empire*, pp. 139 y 140 y SANTOS, B. DE S., *Sociología jurídica crítica...*, *op. cit.*, pp. 571-572. Así pues, los distintos fenómenos pueden ser conceptualizados únicamente como parte de una “totalidad” meramente formal: de ahí que se abogue por la fragmentación efectiva del conocimiento por “temas” de dimensión local, dotados de múltiples métodos, ver *idem*, *Una epistemología del...*, *op. cit.*, pp. 48-50. Para una caracterización crítica del pensamiento postmoderno, ver HERRERA FLORES, J., *Los derechos humanos...*, *op. cit.*, pp. 130-131, 137-139 y 179.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

correspondientes estudios¹²³⁸. El pensamiento postmoderno representa, pues, una variante de *fenomenalismo*.

Por otra parte, la visión postmoderna otorga primacía a lo *subjetivo* frente a lo *objetivo*¹²³⁹. Así, se realiza un ataque a las pretensiones explicativas de las distintas ciencias (muy especialmente, aunque no solo, a las denominadas “ciencias sociales”) frente a otros sistemas de conocimiento (en general, denominados como *saberes*, y entre los cuáles se incluiría el llamado “sentido común”)¹²⁴⁰. En el centro de esta ofensiva se halla la voluntad de suprimir la propia categoría de *verdad* (o, cuando menos, de rebajar su alcance), a la cual se considera no ya como la correspondencia (sea o no exacta) entre las ideas y la realidad material, sino como un mero predicado “útil” a los objetivos del sujeto pensante concreto (esto es, se presume que estas dos características son absolutamente incompatibles entre sí)¹²⁴¹. Por tanto, los procesos de búsqueda de verdades generales encerrarían fundamentalmente una lucha por el “poder”: serían, en igual medida, tan inútiles como interesados¹²⁴².

Desde luego, las diferencias conceptuales de partida entre el *constitucionalismo democrático* y las posturas postmodernas contrahegemónicas, comenzando por su tratamiento de la cuestión del “poder”, son ciertamente significativas (si bien hay diversos elementos de conexión, tal y como posteriormente se indicará). La corriente *democrática*, como derivación *progresista* de la teoría jurídica dominante, mantiene una concepción acerca de la idea de *poder* que se centra, esencialmente, en la primacía del *poder estatal*¹²⁴³. Siguiendo esta perspectiva, el verdadero problema planteado por las

¹²³⁸ En este sentido, SANTOS, B. DE S., *Una epistemología del...*, *op. cit.*, pp. 105-107 y 110; ver también HARDT, M. y NEGRI, A., *Commonwealth*, pp. 120-121.

¹²³⁹ En este sentido, SANTOS, B. DE S., *Una epistemología del...*, *op. cit.*, pp. 50-54.

¹²⁴⁰ Ver *ibidem*, pp. 21-23, 54-56, 88-90 y 183-186. Esta visión llega, incluso, a postular una equiparación de la “razón científica” con las “explicaciones alternativas” de la “astrología” o la “religión”, o la aproximación del “discurso científico” al “discurso de la crítica literaria”, en *ibidem*, pp. 52 y 54.

¹²⁴¹ Ver FOUCAULT, M., *Microfísica del poder...*, *op. cit.*, pp. 187-189.

¹²⁴² En este sentido, afirmando que “[...] la presentación de afirmaciones normativas como afirmaciones científicas, y la presentación de afirmaciones científicas como afirmaciones normativas, es algo endémico al paradigma de la modernidad [...]”, SANTOS, B. DE S., *Sociología jurídica crítica...*, *op. cit.*, p. 36.

¹²⁴³ Haciendo constar esta apreciación, proveniente de las “concepciones sociológicas”, respecto a la “teoría clásica del poder constituyente”, MARTÍNEZ DALMAU, R., «El debate sobre...», *op. cit.*, p. 112. En general, para una descripción de las distintas críticas “sociológicas” a las perspectivas dominantes sobre el “poder constituyente” (incluyendo al *constitucionalismo democrático*), ver *ibidem*, pp. 111-113.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

relaciones de poder se encuentra en la interrelación entre sociedad y Estado o, para ser más precisos, entre el conjunto del cuerpo social de un país y una parte funcional minoritaria de este mismo (la cual contaría con el monopolio efectivo del ejercicio de la violencia mediante la posibilidad de uso de múltiples instrumentos no controlados por el resto de la sociedad).

Por su parte, la corriente *postmoderna* “crítica” desarrolla una perspectiva fundamentalmente opuesta a la descrita. En conjunto, se afirma una conceptualización del *poder* como un aspecto propiamente omnipresente de la vida social, esto es, no sería únicamente la expresión de una interrelación particular entre *sociedad* y *Estado*¹²⁴⁴. La plasmación del poder social sería, por su propia naturaleza, descentralizada (*capilarizada*), multiforme y estaría separada existencialmente de todo sujeto concreto aislado¹²⁴⁵. Desde luego, las consecuencias de tal posición son variadas. En primer lugar, frente a la concepción de la naturaleza del *poder* como *objeto*, aunque fuera ideal (visión propia de la teoría política y jurídica dominante)¹²⁴⁶, en esta perspectiva se considera el *poder* como una cualidad en las relaciones entre humanos, esto es, como *relación*¹²⁴⁷. Sin embargo, es preciso señalar que, si bien la visión postmoderna ha sido capaz de realizar una instantánea más amplia de las relaciones sociales existentes (integrando, de paso, el ámbito de lo *jurídico* en su contexto real), por otra parte diluye la comprensión global de la idea de *poder* hacia la recopilación de una miríada de relaciones concretas en la sociedad (los *micropoderes*), consideradas cada una de estas de una especificidad irreductible a las demás¹²⁴⁸: así, se sostiene que las relaciones de

¹²⁴⁴ Ver FOUCAULT, M., *Microfísica del poder...*, *op. cit.*, pp. 108, 119, 157-158 y 180 y SANTOS, B. DE S., *La difícil democracia...*, *op. cit.*, pp. 232-233. Describiendo estas posiciones, WOLKMER, A. C., *Ideología, Estado e...*, *op. cit.*, pp. 75-76.

¹²⁴⁵ En este sentido, FOUCAULT, M., *Microfísica del poder...*, *op. cit.*, pp. 170 y 182 y (describiendo la postura de Foucault) HARDT, M. y NEGRI, A., *Commonwealth*, p. 31. En un sentido descriptivo, ver WOLKMER, A. C., *Ideología, Estado e...*, *op. cit.*, pp. 76-77.

¹²⁴⁶ FOUCAULT, M., *Hay que defender...*, *op. cit.*, p. 22.

¹²⁴⁷ Así, destacadamente, en *ibidem*, pp. 23, 24, 30 y 146. En este sentido, (apuntando el sentido de *interrelación* inherente al concepto de *poder*) son relevantes dos observaciones complementarias al respecto del mismo Michel Foucault: “*Power is exercised only over free subjects and only insofar as they are free*”, en *idem*, «Afterword. The Subject and Power», p. 221 y “[...] *no existen relaciones de poder sin resistencias*”, en *idem*, *Microfísica del poder...*, *op. cit.*, p. 171.

¹²⁴⁸ Un ejemplo de esta idea (si bien con un carácter más matizado) se halla en el planteamiento acerca de las relaciones de poder sostenido por Boaventura de Sousa Santos: este afirma la presencia de seis formas distintas, que han de ser consideradas en pie de igualdad unas respecto de otras, ver en SANTOS, B. DE S., *La difícil democracia...*, *op. cit.*, pp. 233-234.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

poder están, a la vez, en todas partes de la sociedad y en ninguna en concreto (no existe, pues, un “centro” de “poder”)¹²⁴⁹. En consecuencia, no se advierte la presencia de una voluntad decidida de discernir las interrelaciones que determinan la existencia de un orden *singular y omnicomprendivo* de dominación *social* (proposición que es concretamente rechazada desde esta perspectiva)¹²⁵⁰. Del mismo modo, la “alergia” a la existencia general de relaciones de poder (entendidas en su vertiente de *disciplinamiento*, esencialmente, como relaciones que modelan internamente a las propias subjetividades, no ya como la aplicación “externa” de una fuerza coercitiva¹²⁵¹) lleva al propósito de tratar de conceptualizar teóricamente una suerte de escenario social *ideal* que esté exento, en esencia, de tales relaciones¹²⁵²: las subsiguientes propuestas *políticas* de esta corriente al respecto del *fenómeno constituyente* se orientarán hacia la consecución de tal objetivo¹²⁵³.

Todas estas claves confluyen en una concepción específica acerca del *poder constituyente*. Para la teoría política postmoderna de voluntad *contrahegemónica*, este es un poder que solamente puede entenderse como la *fuerza social*, la “*subjetividad colectiva*” que se materializa permanentemente frente a las limitaciones y las trabas que representa todo orden formal establecido (cuya expresión máxima serían los órdenes constitucionales existentes): el poder constituyente sólo puede ser naturalmente *democrático*¹²⁵⁴. Así pues, se sostiene que el poder constituyente es la expresión *política* de la energía, los deseos y creatividad humanas, frente a las instituciones sociales de todo tipo (incluyendo las estatales), destinadas a sofocar y reprimir tales fuerzas

¹²⁴⁹ FOUCAULT, M., *Hay que defender...*, *op. cit.*, p. 34. En un sentido descriptivo del origen y contenido de esta postura, ver POULANTZAS, N., *Estado, poder y socialismo*, p. 47.

¹²⁵⁰ Ver FOUCAULT, M., *Microfísica del poder...*, *op. cit.*, p. 171; igualmente, SÁNCHEZ RUBIO, D., *Derechos humanos instituyentes...*, *op. cit.*, pp. 43-44.

¹²⁵¹ Siguiendo a Foucault, HARDT, M. y NEGRI, A., *Empire*, pp. 329-331; rechazando la identificación del poder como “represión”, FOUCAULT, M., *Hay que defender...*, *op. cit.*, pp. 23-26 y 42.

¹²⁵² Ver, por ejemplo (en referencia a ideas de Alejandro Mé dici), SÁNCHEZ RUBIO, D., *Derechos humanos instituyentes...*, *op. cit.*, p. 44; en un sentido descriptivo de la postura de Foucault al respecto (quien parece apuntar a una concepción puramente autorreferencial del *poder*), ver POULANTZAS, N., *op. cit.*, pp. 179-180.

¹²⁵³ Criticando, por ilusorios, tales propósitos, *ibidem*, pp. 183 y 185-186; notablemente, también FOUCAULT, M., «Afterword...», *op. cit.*, pp. 222-223.

¹²⁵⁴ NEGRI, A., *El poder constituyente. Ensayo sobre las alternativas de la modernidad*, pp. 27 y 39 e *idem*, *Insurgencias. Constituent Power and the Modern State*, p. 322; describiendo la postura de Negri, también en PINTO, L. M. DA S. C., *op. cit.*, p. 393.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

“vitales”¹²⁵⁵. Por tanto, según esta visión, el poder constituyente es, por su propia naturaleza, *liberador* (trascendiendo la propia idea de *emancipación*, que sería de alcance más limitado¹²⁵⁶), manifestándose, a partir de la noción de *cooperación*, contra la operación de toda forma de dominación¹²⁵⁷. En consecuencia, de las proposiciones de esta teoría se puede deducir que los sujetos políticos *oligárquicos* no pueden ser considerados como *sujetos constituyentes*¹²⁵⁸.

Ahora bien, en este punto, el segundo paso a dar residiría en determinar cuál es el *sujeto* social que compone ese poder constituyente. En este punto divergen también la teoría *democrática* y la *postmoderna* (crítica), puesto que esta última rechaza con vehemencia la idea de un sujeto constituyente *unitario*¹²⁵⁹. Esta posición es coherente con su visión acerca de la *política* como la fuerza derivada de reunión de *singularidades* humanas que cooperan entre sí, las cuales son esencialmente irreducibles a otro concepto *político* que las trascienda¹²⁶⁰. En este sentido, la idea de *pueblo* (así como la de *nación*) se asociaría a una voluntad de aprehender la fuerza de la cooperación entre tales singularidades, para reducirla a una suerte de *forma* preconcebida y unitaria (con identidad, sentido y comportamiento ya prefigurados) que pueda ser adulterada y encauzada a través de los diferentes dispositivos de poder¹²⁶¹. Asimismo, se considera que las concepciones de *pueblo* y de *nación* tienden, por su propia naturaleza, a perpetuar artificial e interesadamente la existencia de barreras entre las poblaciones del mundo (cada vez más integradas entre sí por los distintos procesos de *globalización*), en función de su vinculación a la noción de *soberanía*, la cual fundamenta la existencia de Estados separados entre sí mediante fronteras que sirven para controlar aún más estrechamente a los sujetos: se afirma que, solo excepcionalmente, las dos nociones

¹²⁵⁵ En este sentido, NEGRI, A., *Insurgencias...*, *op. cit.*, pp. 322 y 333.

¹²⁵⁶ Un ejemplo de esta postura, en HARDT, M. y NEGRI, A., *Empire*, p. 363.

¹²⁵⁷ Ver NEGRI, A., *Insurgencias...*, *op. cit.*, pp. 323, 331-332 y 334-335; describiendo la postura de Negri, también en PINTO, L. M. DA S. C., *op. cit.*, p. 394.

¹²⁵⁸ NEGRI, A., *El poder constituyente...*, *op. cit.*, pp. 11-12.

¹²⁵⁹ *Ibidem*, p. 18.

¹²⁶⁰ Ver *idem*, *Insurgencias...*, *op. cit.*, pp. 332-333.

¹²⁶¹ En este sentido, HARDT, M. y NEGRI, A., *Empire*, pp. 102, 103 y 104-105 y NEGRI, A., *El poder constituyente...*, *op. cit.*, pp. 58-59; en un sentido descriptivo de esta postura, también en PINTO, L. M. DA S. C., *op. cit.*, pp. 393-394. Por otra parte, también se afirma que los conceptos de *nacionalidad*, *raza* y *clase* derivan de la idea de *nación*, ver FOUCAULT, M., *Hay que defender...*, *op. cit.*, p. 124; acentuando también la relación entre *raza*, *nación* y *pueblo*, HARDT, M. y NEGRI, A., *Empire*, p. 103.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

anteriores pueden llegar a presentar una potencialidad de *liberación* (o, al menos, progresiva) pero, aun así, no sin desarrollar contradicciones significativas¹²⁶².

Así pues, frente a la idea de *pueblo*, la *postmodernidad contrahegemónica* erige la noción de *multitud*¹²⁶³. Esta se presenta como una realidad con contornos vagamente delimitados, que se basaría en una suerte de afán común de liberar los deseos de cooperación en una sociedad que, pretendidamente, ya sería *global*¹²⁶⁴. Desde luego, esta perspectiva se aparta ostensiblemente del conocimiento ya existente acerca de la estructura de las sociedades, puesto que esboza el concepto de *multitud* poco menos que como una *totalidad abstracta* sin articulaciones ni contradicciones fundamentales internas perceptibles dentro de su “fuerza”¹²⁶⁵. En realidad, tal concepción no tiene en cuenta que la formación de la *conciencia* social es expresión de la propia vida social, entendida como un proceso permanente y no como un producto teórico arbitrario: la llamada “liberación” del *deseo* no considera suficientemente que este también forma parte de una construcción *cultural* preexistente (funcional al desarrollo y pervivencia del orden social capitalista) que determina el propio entendimiento que constituye el llamado *sentido común*¹²⁶⁶. Hay, por lo tanto, otros elementos que también están presentes (aun no necesariamente de manera uniforme) en la *subjetividad* colectiva de las sociedades occidentales, tales como la inclinación hacia el aumento del consumo privado frente a la inversión en bienes públicos (en el ámbito económico) o la tendencia

¹²⁶² Ver *idem*, *Commonwealth*, pp. 36-37, 163 y 330-331 e *idem*, *Empire*, pp. 105-106 y 109.

¹²⁶³ Para la comprensión de la *multitud*, frente al *pueblo*, como una “multiplicidad” relacional y abierta de “singularidades” (no formada por un “poder hegemónico”), ver *idem*, *Commonwealth*, pp. 169-170 e *idem*, *Empire*, pp. 102-103; en un sentido descriptivo de dicho concepto (y siguiendo a Paolo Virno), COLÓN-RÍOS, J. I., «Constituent Power, the...», *op. cit.*, pp. 137-138. Asimismo, describiendo esta operación de sustitución del concepto de *pueblo*, OKLOPCIC, Z., «Three arenas of...», *op. cit.*, p. 228 y WALL, I. R., *op. cit.*, pp. 80-81. Por otra parte, resulta notable la semejanza de la noción descrita con la idea de “*plebe*”, utilizada por Foucault, que no es considerada como una realidad sociológica sino como una suerte de esencia “ideal” contrapuesta al *poder*, ver FOUCAULT, M., *Microfísica del poder...*, *op. cit.*, p. 167; para la descripción (y crítica) de esta última idea, ver POULANTZAS, N., *op. cit.*, pp. 181-182.

¹²⁶⁴ En este sentido, HARDT, M. y NEGRI, A., *Empire*, pp. 60-61 y 344. Con todo, hay algún autor, que, en aras de “salvar” el término *pueblo*, se embarca en un ejercicio de malabarismo léxico, mediante la aplicación de vocablos tales como “*Pueblo-principio*”, “*Pueblo-nación*”, “*Pueblo-social*”, “*pueblo-flujo*”, “*pueblo-problema*” y “*Pueblo-electoral*”; así, en NOGUERA FERNÁNDEZ, A., «¿Constitución o Ley...», *op. cit.*, p. 617. Por otra parte, para la caracterización del *poder constituyente* como *sujeto*, NEGRI, A., *Insurgencias...*, *op. cit.*, p. 324.

¹²⁶⁵ Ver en *ibidem*, p. 320.

¹²⁶⁶ Respecto a la pretendida función “*generadora*” del “*deseo*”, HARDT, M. y NEGRI, A., *Empire*, pp. 387-388; para la caracterización del *sentido común*, ver GRAMSCI, A., *La política y el Estado moderno*, pp. 11-16.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

a una disgregación de la acción colectiva en aras de la satisfacción directa de cada voluntad particular (y que se expresa, en dicho campo, en forma de absentismo y elusión de responsabilidades), entre otros, cuya actuación se potenciaría, en lo inmediato, como efecto de la liberación súbita de un individualismo no constreñido ya por las normas opresoras del orden social preexistente.

En consecuencia, sostener que el *deseo* de la *multitud* refleja automáticamente una especie de conciencia *socialista* madura no es más que una expresión de buenos deseos: se rechaza, así, la máxima de que “*No es la conciencia de los hombres lo que determina su ser, sino, por el contrario, es su existencia social lo que determina su conciencia*”¹²⁶⁷. Esta conceptualización acerca de la *multitud* (si pudiera entenderse la existencia de tal), que es definida no como expresión de una parte *objetiva* de una sociedad sino como exponente de una suerte de *resumen* de la supuesta voluntad intrínseca del carácter *humano* de toda la sociedad, lleva a la integración de la visión del mundo y los intereses de la mayoría de la clase socialmente hegemónica (numéricamente, la denominada *pequeña burguesía*) dentro del entendimiento de la naturaleza del propio sujeto *liberador*. Así pues, el concepto de *multitud* se construye en contraposición real a la categoría de *clase social*¹²⁶⁸, vaciándose de todo sentido la noción de *lucha de clases* (que queda reducida, implícitamente, a la observación de simples conflictos entre *singularidades* en la *multitud*¹²⁶⁹).

Con todo, el problema principal que conlleva la posición *postmoderna crítica*, en este punto, va más allá de su toma concreta de posición contra la teoría marxista. El cuestionamiento fundamental que afronta es intrínseco a ella misma: al exaltar la significación de todas las diferencias sociales habidas y por haber, y *empaquetar* todas estas dentro de un concepto *amorfo* (la *multitud*) envuelto en un halo de misterio que lo hace poco menos que incognoscible, la tendencia *postmoderna* (especialmente, Negri) renuncia a discernir cuáles son los sujetos concretos que concurren en la aparición de los fenómenos constituyentes reales, así como a descifrar las interrelaciones y

¹²⁶⁷ Ver en MARX, K., *Contribución a la crítica de la economía política* (9ª ed.), p. 5.

¹²⁶⁸ Ello se lleva a cabo mediante una comprensión marcadamente expansiva del concepto de clase trabajadora: en este sentido, ver HARDT, M. y NEGRI, A., *Empire*, pp. 52-53 (ver también nota 13), 256, 402-406 y 409-410.

¹²⁶⁹ Ver *idem*, *Commonwealth*, p. 359.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

articulaciones entre las acciones de estos¹²⁷⁰. No obstante, la “solución” que se dispone a tal problema desde esta corriente es sencilla: etiquetar “en masa” los sujetos en función de su actitud “proactiva” o “reactiva” ante el supuesto empuje de la *multitud*, (aun cuando la “presencia” de esta en buena parte de los procesos analizados sea tan “sutil” que no pudiera percibirse sino mediante el recurso a grandes dosis de imaginación). Por el contrario, lo que sí se verifica en los distintos procesos constituyentes es la acción dispar de sectores sociales concretos, no el movimiento de una suerte de *ola social* indeterminada. En puridad, la corriente postmoderna crítica no explica nada significativo acerca del *sujeto constituyente*.

Perseverando en la línea descrita, tampoco se desarrolla, en la teoría postmoderna crítica, una concepción definida acerca del *proceso* constituyente. Lo que sí se expresa es un conjunto de aspiraciones: destacadamente, la visión común entre la mayoría de sus proponentes es la consideración de los procesos constituyentes como una suerte de “ríos de lava ardiente” que destruyen toda construcción *jurídica* que se interponga en su paso. Desde esta perspectiva, *lo instituido* debe quedar indefectiblemente a merced de *lo constituyente*, siguiéndose una postura que aproxima la noción de proceso constituyente a una idea de revolución “permanente”¹²⁷¹: no hay, por lo tanto, ni “cohabitación” posible ni garantía de una “esfera propia” para los “poderes” hasta el momento dominantes en el supuesto dominio de lo “público”¹²⁷². En especial, en la obra de Negri se exalta una suerte de concepción del proceso constituyente “genuino” como una suerte de “catarsis” permanente, una aceleración (que pretende perpetua) de la vida social, glorificando el cambio en sí frente al proceso político en el que se incardina¹²⁷³. Así, el *capital* sigue siempre linealmente el movimiento propio de la “multitud” (esto es, no presenta una interrelación esencial con el “trabajo vivo”), determinada esta por el despliegue incesante de su subjetividad inmanente (sus deseos): en este sentido, el “Imperio” (en referencia a una supuesta materialización actual del capital como tal) sería poco más que una rémora, un “parásito” que busca maneras nuevas de seguir

¹²⁷⁰ Para una crítica a la “pasividad” inherente a esta postura (en referencia concreta a Negri), DE CABO MARTÍN, C., «Capitalismo, democracia y...», *op. cit.*, p. 24.

¹²⁷¹ NEGRI, A., *El poder constituyente...*, *op. cit.*, p. 55.

¹²⁷² En este sentido, *ibidem*, p. 17.

¹²⁷³ *Ibidem*, pp. 40 y 43.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

“agarrado” al cuerpo social vivo¹²⁷⁴. Por el contrario, en Marx, la contradicción entre *capital* y *trabajo* es interna y esencial a la propia relación entre estos. Se advierte en Negri, por tanto, una profunda incompreensión de la interrelación entre los aspectos de *continuidad* y *cambio* en una sociedad: este, mediante su exaltación teórica del *cambio* político, pretende exorcizar de manera instantánea la continuidad de las relaciones de poder existentes (descartando, de paso, toda noción *real* de *proceso*)¹²⁷⁵.

En el fondo, en su análisis del proceso constituyente, Negri no hace más que seguir estrechamente las tesis principales de Carl Schmitt, dándoles un barniz “izquierdista”: en esencia, el *Pueblo* de Schmitt y la *multitud* resultan ser estremecedoramente semejantes, tanto por la consideración *necesaria* (sea explícita o *implícita*) de su carácter unitario (esto es, su homogeneidad esencial), como por la necesidad de plantear su voluntad *externa* (que es lo únicamente perceptible) como *aclamación* (lo que supone la afirmación sustancial de una unanimidad solo considerada *teóricamente*, que no por ello va a devenir más *real*)¹²⁷⁶. La diferencia fundamental reside, a la postre, en sus respectivas funciones prácticas: mientras que, en Schmitt, su construcción del concepto *pueblo* servía de justificación para la implementación de la “solución” fascista en Alemania (algo de “utilidad” tuvo, aunque, desde luego, para mal), la *multitud* de Negri no expresa más que un camino desde la nada hacia la nada para cualquier movimiento real de emancipación de las capas sociales explotadas y oprimidas, puesto que esta no representa más que un concepto *ideal*, sin apenas conexión con la práctica: este término no tiene mayor función que servir como recurso retórico (para ser más precisos, como una metáfora permanentemente indeterminada, dada la construcción deliberada de dicho término como “significante vacío”).

Desde luego, el análisis del conjunto de fenómenos constituyentes desgranados en el apartado anterior es muy sencillo desde la perspectiva postmoderna *contrahegemónica*: puesto que la mayoría de ellos no pueden ser considerados como expresión de procesos sociales generales de *liberación*, simplemente no pueden ser

¹²⁷⁴ HARDT, M. y NEGRI, A., *Empire*, pp. 62, 344 y 359-361.

¹²⁷⁵ En este sentido (en referencia al pensamiento de Gramsci), SACRISTÁN, M., *El Orden y el Tiempo*, pp. 152-154.

¹²⁷⁶ Para la visión del *poder constituyente* en Schmitt como sujeto “no formalizado ni organizado”, LÓPEZ GARRIDO, D., «Constitución y estructura...», *op. cit.*, pp. 130-131.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

considerados como *procesos constituyentes*. En consecuencia, y siguiendo el viejo refrán de que “muerto el perro, se acabó la rabia”, se desecha el estudio de los procesos de reorganización *política* del poder capitalista en Europa y América desde la década de 1970, al calificarse estos como expresiones de meros movimientos de “reforma” (lo cual no deja de tener una parte de verdad, pero tampoco cuenta, ni de lejos, toda la historia). Es más, y debido a sus propias contradicciones internas, los procesos constituyentes “emancipadores” pueden llegar a ser sometidos a una cierta “condición suspensiva” en la teoría, sujetos a aprobar con holgura el control de “radicalidad” que desde esta perspectiva se exige continuamente. Así, la delimitación del concepto de *proceso constituyente* puede seguir manteniéndose en esa suerte de “limbo” teórico en el que (convenientemente) se sitúa en la visión postmoderna, para evitar cualquier ejercicio de contraste con las realidades históricas y actuales. Sin embargo, la necesidad, por mucho que se quiera escamotear, sigue siendo acuciante: se trata de explicar aquellos procesos *políticos* (sean del sentido que sean) que determinan los parámetros de existencia de individuos y grupos que viven y mueren (o son destruidos) en función de las determinaciones de órdenes generados y evolucionados a partir de fenómenos históricos concretados y diferenciados en el espacio y en el tiempo.

C) Las limitaciones comunes de las teorías *contrahegemónicas* sobre el poder constituyente.

A pesar de su pretendido carácter antagónico, resulta relativamente habitual encontrar, en el ámbito académico, propuestas teóricas diversas sobre la naturaleza del poder constituyente que asumen tesis provenientes de las dos corrientes *contrahegemónicas* existentes¹²⁷⁷. Si ello es posible se debe, desde luego, a que comparten un punto de vista similar acerca de la dinámica del cambio constituyente, que fundamentan, en última instancia, en la relación entre “sociedad civil” y Estado¹²⁷⁸. Sea

¹²⁷⁷ Por ejemplo, planteando una postura intermedia entre ambas teorías al respecto del sujeto constituyente (reconocimiento de la multiplicidad como “dato” de partida, establecimiento de la convergencia entre los actores como “objetivo” a lograr), DE CABO MARTÍN, C., «Capitalismo, democracia y...», *op. cit.*, pp. 24-25; por otra parte, asumiendo implícitamente la existencia de una suerte de analogía funcional entre las nociones de *pueblo* y *multitud*, ver TULLY, J., *op. cit.*, pp. 320-321. Igualmente se puede hallar también un intento de conformar una especie de síntesis entre ambas posturas en el modelo llamado “*democracia corporativa de cogestión*”, ver NOGUERA FERNÁNDEZ, A., *El sujeto constituyente...*, *op. cit.*, pp. 45-47 y 123-151.

¹²⁷⁸ Así, en *idem*, «¿Constitución o Ley...», *op. cit.*, p. 616.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

en la versión *democrática* o *postmoderna* de la teoría *crítica*, en la aproximación al *fenómeno constituyente* se considera como básica la existencia de un antagonismo esencial entre estos dos ámbitos de la vida de un país, que ha de ser resuelto siempre a favor de la *sociedad*. Tanto una como otra afirman que el ejercicio del poder constituyente supone el medio idóneo de subordinar el segundo a la primera¹²⁷⁹, sea mediante su transformación (acotando estrechamente el sentido y el funcionamiento del Estado mediante su profundización democrática, o lo que es lo mismo, asegurando que el *pueblo* realmente lo dirija¹²⁸⁰) o su superación (de forma que la población, mediante el refuerzo de mecanismos directos de cooperación, asuma progresivamente las funciones de la vida social supuestamente usurpadas por el mismo Estado¹²⁸¹): tal y como vimos anteriormente, en ambas teorías se considera que el poder constituyente sólo puede ser *democrático*¹²⁸².

En consecuencia, la concepción acerca del *proceso constituyente* varía concretamente, en función de los distintos autores: para la corriente *democrática*, se trata de un hecho político que ha de servir como una suerte de “golpe de timón” para revertir periódicamente comportamientos y tendencias crecientemente “antisociales” del Estado: en una fase más avanzada, sirve para crear una institucionalidad “social” frente a las instituciones estatales ya existentes (que no son abolidas), con funciones de control y (en ciertos ámbitos) codirección¹²⁸³. Sin embargo, los autores más cercanos a las tesis postmodernas vislumbran el proceso constituyente como una suerte de proceso social *catártico*¹²⁸⁴. Así, el propio Estado sería consumido y sustituido por la cooperación *espontánea* entre los individuos, sin que la “institucionalidad” mantenga una función *política* primordial en este escenario: precisamente, para evitar la reaparición del Estado o de un ente similar, el proceso constituyente se conceptualiza naturalmente como un

¹²⁷⁹ En este sentido, MARTÍNEZ DALMAU, R., «El debate sobre...», *op. cit.*, p. 115.

¹²⁸⁰ En este sentido, SÁNCHEZ RUBIO, D., *Derechos humanos instituyentes...*, *op. cit.*, pp. 45-46.

¹²⁸¹ NEGRI, A., *El poder constituyente...*, *op. cit.*, p. 54; en un sentido similar, también *idem*, *Insurgencias...*, *op. cit.*, pp. 335-336.

¹²⁸² En sentido contrario, afirmando que también puede existir un “*poder constituyente oligárquico*” enfrentado al “*poder constituyente popular*”, SÁNCHEZ RUBIO, D., *Derechos humanos instituyentes...*, *op. cit.*, pp. 45 y 115. Por otra parte (y como excepción), rechazando el propio concepto teórico de “*sujeto constituyente*”, ver FOUCAULT, M., *Microfísica del poder...*, *op. cit.*, p. 181.

¹²⁸³ En este sentido, MARTÍNEZ DALMAU, R., «El debate sobre...», *op. cit.*, pp. 101-102.

¹²⁸⁴ Una crítica al respecto, en *ibidem*, p. 115.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

proceso continuado y permanente en el tiempo¹²⁸⁵. Así, en vez de mirar a las contradicciones internas esenciales en la misma sociedad, el conjunto de las teorías *críticas* adopta como enfoque básico una relación que no es realmente esencial, como es la relativa al “poder” constituyente frente a los “poderes” constituidos¹²⁸⁶. Ello tiene como consecuencia que sus análisis acerca de fenómenos constituyentes concretos suelen estar aquejados de una cierta superficialidad: no pueden explicar, por tanto, por qué el desarrollo de la crisis capitalista de la década de 1970 resulta en distintos procesos de transformación social con un sentido *neoliberal*, que conllevan el debilitamiento relativo de las funciones estatales, y por qué los respectivos procesos constituyentes acompañan en general (y no niegan) tales cambios¹²⁸⁷.

Sin necesidad de profundizar en equívocos análisis de intenciones, en el propio contenido de las teorías *contrahegemónicas* se denota la presencia de una ambición primordial, que redundaría en la reducción permanente de su capacidad explicativa del *fenómeno constituyente*: la voluntad de construir un fundamento *ideal* acerca de su *legitimidad*, que pueda ser intelectualmente impuesto a todos los actores participantes (sea cual sea su grado) en los distintos procesos constituyentes¹²⁸⁸. Sin embargo, la *legitimidad*, que ha de entenderse como el resultado, en la vida social, de un acatamiento relativamente generalizado del orden existente por causas distintas al solo ejercicio de la fuerza física (aunque no únicamente por procesos de *racionalización*)¹²⁸⁹, se manifiesta con distintos grados de intensidad y configuración en la multiplicidad de

¹²⁸⁵ En este sentido, ver en HARDT, M. y NEGRI, A., *Commonwealth*, p. 359 e *idem*, *Declaración*, p. 52. Para una descripción de esta posición, ver también NOGUERA FERNÁNDEZ, A., *El sujeto constituyente...*, *op. cit.*, pp. 29-30.

¹²⁸⁶ Ver, como ejemplos característicos, *idem*, «¿Constitución o Ley...», *op. cit.*, p. 616 y SÁNCHEZ RUBIO, D., *Derechos humanos instituyentes...*, *op. cit.*, pp. 45-48 y 114-116.

¹²⁸⁷ Valga como ejemplo el encendido elogio dedicado por Boaventura de Sousa Santos al proceso constituyente sudafricano (analizado anteriormente), que es calificado como “[...] una transición de las más maravillosas del mundo [...]”, destacándose también su opinión acerca del papel de la Corte Constitucional del país, en dicho contexto, como poco menos que la propia de una instancia constituyente más (lo cual, por añadidura, tampoco resulta ser una apreciación exacta): así, en SANTOS, B. DE S., *Pensar el estado y la sociedad: desafíos actuales*, pp. 215-216.

¹²⁸⁸ En especial referencia al *constitucionalismo democrático*, ver MARTÍNEZ DALMAU, R., «El ejercicio del...», *op. cit.*, p. 2. Por el contrario, para la postura de que la legitimidad de un determinado orden constitucional es algo “*contextual*” y “*contingente*”, que discurre frente a la idea de perpetuidad de dicho orden, ver OKLOPCIC, Z., «Constitutional (Re)Vision: Sovereign...», *op. cit.*, p. 94.

¹²⁸⁹ En este sentido, PACE, A., *op. cit.*, pp. 39-40; ver también MÉNDEZ MADDALENO, J. L., *op. cit.*, p. 43.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

estratos sociales del país (no solo en términos de clases sociales, sino también en una dimensión territorial, por ejemplo).

Por tanto, la *legitimación* de un orden jurídico es una cuestión esencialmente *política* (unida profundamente a la lucha por alcanzar posiciones de hegemonía), tal y como se puede observar repetidamente en el conjunto de procesos constituyentes desarrollados en los últimos cuarenta años (como mínimo). No es posible, por tanto, sostener una interpretación *psicologista* (por tanto, *individualista e ideológica*) de la definición de *legitimidad*¹²⁹⁰: por el contrario, es necesario integrar como un elemento esencial en este análisis la *totalidad social* existente de hecho en un país determinado (incluyendo, naturalmente, sus relaciones y mecanismos de dominación)¹²⁹¹. Por ello, el intento de establecer, en la práctica, una suerte de “medida” supuestamente objetiva y universal de *legitimidad* (aunque no se afirme expresamente así) que supla la necesidad de estudiar concretamente cada proceso constituyente, en su historia y su contexto, está condenado al fracaso: a lo sumo, los discursos que surjan de este propósito tendrán meramente un limitado sentido apologético o polémico, pero en ningún caso podrán servir para el esclarecimiento de la realidad.

Así pues, ante una realidad política global poco menos que desoladora desde una postura *emancipadora*, ni una ni otra perspectiva abordan de forma verdaderamente seria el estudio del fenómeno constituyente: sea levantando sus construcciones teóricas a partir de las presuntas certezas brindadas por la vertiente más *progresista* de la doctrina dominante, o sea refugiándose en la aplicación directa de abstracciones filosóficas al propio objeto de estudio (negándose, por lo tanto, a emprender el análisis *concreto* de la realidad *concreta*), el fenómeno constituyente sigue estando huérfano de estudio que revele su naturaleza, funcionamiento y potencialidades sociales (por muy desagradables que las correspondientes conclusiones puedan llegar a ser, en función de la sensibilidad de cada cual).

¹²⁹⁰ Sin embargo, definiendo la *legitimidad* por su solo resultado, como mera “*aceptación por convicción*” que queda reservada al ámbito subjetivo de la “libertad” de cada cual (vedando así, de hecho, el análisis del proceso de construcción de dicho pensamiento), MARTÍNEZ DALMAU, R., «El debate sobre...», *op. cit.*, p. 88.

¹²⁹¹ En este sentido, PACE, A., *op. cit.*, p. 40; afirmando concretamente el carácter “*estrictamente sociológico*” del llamado “*problema de la legitimación*”, ver *ibidem*, p. 39 (nota 120) y 41.

2.2.3. Naturaleza y rasgos del fenómeno constituyente, en su realidad como proceso social.

Como ya se ha podido observar, existe una amplia diversidad de teorías, opiniones y propuestas acerca de la fundamentación de los distintos aspectos que conforman el *fenómeno constituyente*. Sin embargo, en su inmensa mayoría, todas coinciden en un propósito común: estas visiones se construyen no tanto con el objetivo de describir, tanto esencial como contextualmente, el conjunto de procesos considerables como dotados de un carácter constituyente, sino con la voluntad de establecer unos criterios para determinar cuáles de estos fenómenos han de ser considerados como *legítimos* y cuáles no. El peligro de asumir el conjunto de tales posiciones (más allá de hallazgos concretos) reside en la capacidad de estas como instrumentos *ideológicos* de “manipulación” de la percepción de la realidad social, al establecer una serie de reglas de reconocimiento sustancialmente formuladas “a medida” para justificar la existencia o pervivencia de regímenes políticos concretos, invisibilizando o enmascarando la realidad de los intereses sociales concurrentes.

En consecuencia, se hace necesario emprender una labor que, partiendo del análisis ya realizado acerca de los rasgos *políticos* esenciales de los procesos constituyentes que conforman la realidad contemporánea, desemboque en la formulación de una síntesis teórica de carácter *material* acerca la naturaleza y los rasgos fundamentales del *fenómeno constituyente*¹²⁹². A continuación, por tanto, desarrollaremos una primera aportación en este sentido, con los elementos y resultados que siguen.

A) Principios elementales y categorías analíticas del *fenómeno constituyente*.

La construcción de un sistema de categorías analíticas que permita la comprensión teórica de una clase de fenómenos de la *realidad material* y la acción práctica sobre estos requiere de una delimitación previa y precisa del conjunto de conceptos que estructuran cada uno de los aspectos que se interrelacionan esencialmente en la

¹²⁹² En este sentido (considerando el estudio constitucional en general), BELLAMY, R., «The democratic constitution», p. 79 y (si bien como aplicación más concreta al estudio de la idea de *legitimación*) PORRAS NADALES, A., «Notas sobre la...», *op. cit.*, pp. 195-196. Por otra parte, para la afirmación acerca de la inexistencia de una concepción marxista explícita y concreta acerca del fenómeno constituyente, ver PINTO, L. M. DA S. C., *op. cit.*, pp. 125-126.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

existencia de aquellos. Así pues, en primer lugar, es necesario comenzar por el acotamiento del espacio, el tiempo y los rasgos *aparentes* más característicos de estos fenómenos de la realidad social, para ir profundizando hacia la determinación de sus interrelaciones internas esenciales. Ya se ha emprendido inicialmente esta tarea, siquiera de forma no expresa, en el apartado anterior del presente capítulo; sin embargo, es necesario formular una serie de conceptos de partida, de carácter teórico, que permitan así concretar el *objeto* del presente estudio.

Refinando la idea *implícita* que, hasta este momento, se ha ido manejando acerca de lo que es un *fenómeno constituyente*, se puede considerar que este aparece a partir de la verificación de *cambios sustanciales* en el ordenamiento *político* de un *país determinado* en un periodo de *tiempo relativamente concreto*, y que se expresan en *cambios jurídicos* sustantivos en el *orden constitucional formalizado* que afectan esencialmente a las *instituciones estatales* preexistentes. Cada uno de estos aspectos señalados pueden ser considerados como sendos *principios* sobre los que construir una comprensión elemental del *hecho* constituyente.

La delimitación espacial de un fenómeno constituyente viene determinada por el concepto de *país*. Para la determinación de este, debemos partir de una realidad física incontestable, como es el asentamiento discontinuo del conjunto de la especie humana a lo largo de la geografía mundial, dando lugar a la noción de *población*, entendida como conjunto de seres humanos que se encuentra en un área territorial particular¹²⁹³. La cuestión que surge en este punto consiste en determinar cuál es el criterio de demarcación “espacial” de un país. A este respecto, resulta tentador utilizar la realidad de las fronteras interestatales actualmente existentes, aproximando así la noción de *país* a la idea de *Estado*; una variante de lo anterior sería operar el trazado de tales “bordes” a lo largo de accidentes geográficos tales como mares, ríos, desiertos o cadenas montañosas. Por otra parte, también se podría recurrir a considerar la presencia de

¹²⁹³ Ver ALZAGA VILLAAMIL, O., ... [et al.], *op. cit.*, p. 89. Diversos ejemplos de confusión entre *población* y *pueblo* en la teoría del poder constituyente en COLÓN-RÍOS, J. I., «Constituent Power, the...», *op. cit.*, pp. 136 y 138, PÉREZ LUÑO, A. E., *Derechos humanos...*, *op. cit.*, p. 197, YACK, B., *op. cit.*, pp. 519 y 520-521, e, implícitamente, también en PÉREZ ROYO, J. y CARRASCO DURÁN, M., *op. cit.*, pp. 53-54 y 193; ver también (en el contexto de la delimitación del *sujeto* del derecho de libre determinación en los Pactos internacionales) CASSESE, A., *op. cit.*, p. 59. Por otra parte, distinguiendo entre las dos nociones anteriores, BARBOSA DE SÁ, A. P., *op. cit.*, p. 8 y DE GUSMÃO, H. C. A., *op. cit.*, p. 140; así también (si bien asimilando la idea de “pueblo” al concepto jurídico de “nacionalidad”) RODRÍGUEZ-ZAPATA, J., *op. cit.*, p. 75.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

ciertos rasgos *culturales* comunes en determinadas agrupaciones humanas, tales como el idioma, con lo que se afirmaría que, allá donde esté uno de sus miembros, allí estaría una parte del *país*. Sin embargo, aunque las fronteras *formales* o los indicadores topográficos o culturales pueden llegar a servir como una aproximación preliminar para la identificación de una serie de países diferenciados, no son, en ningún caso, condiciones indispensables de estos (ni esencial ni secundariamente)¹²⁹⁴, sino que representan expresiones contingentes de la existencia de agrupaciones humanas *singulares y necesarias*: las *sociedades*¹²⁹⁵.

La *sociedad* es el conjunto de *relaciones sociales*, esto es, interacciones *estables y necesarias* (no meramente puntuales o contingentes) entre seres humanos, relativas a los procesos *interdependientes y fundamentales* de producción y reproducción de la vida humana *genérica* (esto es, como más que una repetición aritmética de vidas humanas concretas)¹²⁹⁶. La sociedad se fundamenta materialmente sobre el *trabajo* (entendido en su sentido más general) conjunto de sus miembros, lo que indica un grado medio de interdependencia de sus respectivas labores (sea inmediata o mediata) relativamente más intensa entre estos que con respecto a los miembros de otras agrupaciones humanas (en su conjunto). Así pues, si bien es necesario distinguir entre una población “flotante” (viajeros, visitantes, etcétera) y la población asentada “establemente”, esto es, que desarrolla fundamentalmente los procesos genéricos de producción de la propia vida humana en un determinado espacio (independientemente a que se desplacen o no temporalmente fuera de este), la clave no se encuentra en la “sujeción” de seres humanos a un territorio, sino en la intensidad de sus relaciones *sociales* con otros seres humanos vivientes y actuantes.

Las relaciones sociales no son, desde luego, únicamente de carácter *económico*, sino que también son *culturales*, precisamente porque aquellas abarcan todos los aspectos de la vida social necesarios para la continuidad de esta, tanto a nivel *particular*

¹²⁹⁴ Para la dificultad de delimitar las “fronteras” de un *pueblo* (concepto que abordaremos con detalle más adelante) según la definición que se adopte acerca de este, ver YACK, B., *op. cit.*, pp. 522-523.

¹²⁹⁵ Contextualizando el “*acto constituyente*” como “[...] *acto de dominación territorial que implica la previa existencia de una comunidad humana estable* [...]”, RUBIO LLORENTE, F., «Minorías y mayorías...», *op. cit.*, p. 41.

¹²⁹⁶ Una aproximación similar a la expresada, en RODRÍGUEZ-ZAPATA, J., *op. cit.*, pp. 36-37; ver también DOUZINAS, C., *op. cit.*, p. 272.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

como *general*. El factor esencial (contrariando, por ejemplo, lo defendido con vehemencia por buena parte de las teorías sociales *postmodernas*) está en que el desarrollo de las relaciones sociales relativas a la producción de los *materiales de vida* orienta el de todas las demás (esto es, *determina* la tendencia fundamental de cambio de estas¹²⁹⁷). Ello no significa, empero, que estas últimas sean, simplemente, objetos pasivos que evolucionen exclusivamente por impulso externo a sí mismas, sino que dependen relativamente de aquellas que más críticamente determinan la continuidad *material* de la propia formación social (incluyendo la propia existencia de sus miembros)¹²⁹⁸.

Las “fronteras” de una formación social determinada en un espacio y tiempo concretos vienen definidas no externa, sino internamente: allá donde se intensifique el “haz” entrecruzado de relaciones sociales, así se distingue la existencia de una sociedad, lo que, a su vez, hace posible diferenciar distintas agrupaciones humanas conformadas socialmente, unas de otras. Por tanto, los límites entre sociedades que estén al menos mínimamente interconectadas entre sí tienden siempre a ser “borrosos”. En este sentido, la expresión “tejido social” puede ser útil como aproximación hacia una visualización inicial de lo que “es” una sociedad, siempre que no derive hasta la idea de este conjunto como una trama simple y simétrica de “hilos” ordenados y uniformes. Es la densidad e intensidad de conjunto de esta “malla” social la que determina la mayor o menor grado de “existencia” de una sociedad: la radicación geográfica de sus miembros es la que determina la delimitación general del territorio en el que se halla dicha sociedad, aunque la contigüidad espacial no es tampoco un rasgo determinante (como múltiples experiencias colonialistas demuestran). Tampoco resulta cierto que el grado de vinculación de los seres humanos “miembros” respecto a una determinada sociedad sea igual y uniforme para todos ellos, ni que los distintos seres humanos no puedan tener múltiples conexiones, en grados variables, con otras sociedades.

Allá donde ciertas clases de relaciones sociales se definan *materialmente* por su extensión (potencial o actual) a *toda la sociedad* (en cuanto que interesan, por su naturaleza, al conjunto de elementos integrados en esta), tales relaciones *sociales* están

¹²⁹⁷ En este sentido, SANTOS, B. DE S., *La difícil democracia...*, *op. cit.*, p. 241.

¹²⁹⁸ Ver en DE CABO MARTÍN, C., *Teoría Histórica del Estado y del Derecho Constitucional. Volumen I. Formas precapitalistas y Estado moderno*, pp. 55-66.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

dotadas de un carácter *político*. De esta manera, lo distintivo de la relación *política* es su *generalidad*:

[...] *Y se desprende, asimismo, que toda clase que aspire a implantar su dominación, aunque esta, como ocurre en el caso del proletariado, condicione en absoluto la abolición de toda la forma de la sociedad anterior y de toda dominación en general, tiene que empezar conquistando el poder político, para poder presentar su interés como el interés general, cosa a que en el primer momento se ve obligada.*

*Precisamente porque los individuos solo buscan su interés particular, que para ellos no coincide con su interés común, y por lo general es siempre la forma ilusoria de la comunidad, se hace valer esto ante su representación como algo «ajeno» a ellos e «independiente» de ellos, como un interés «general» a su vez especial y peculiar, o ellos mismos tienen necesariamente que enfrentarse en esta escisión, como en la democracia. Por otra parte, la lucha práctica de estos intereses particulares, que constantemente y de un modo real se enfrentan a los intereses comunes o que ilusoriamente se creen tales, impone como algo necesario la interposición práctica y el refrenamiento por el interés «general» ilusorio bajo la forma de Estado. [...]*¹²⁹⁹

La conexión de esta concepción de “lo político” con la noción de *poder*, aun siendo estrecha en la realidad concreta, no es *esencial*¹³⁰⁰: lo que intuitivamente se reconoce como “poder” puede abarcar tanto relaciones particulares como clases enteras de relaciones extendidas generalmente. Sin embargo, en todo caso y en última instancia, siempre son relaciones *sociales* (con las notas antes indicadas respecto a estas).

¹²⁹⁹ MARX, K. y ENGELS, F., *La ideología alemana. Crítica de la novísima filosofía alemana en las personas de sus representantes Feuerbach, B. Bauer y Stirner, y del socialismo alemán en las de sus diferentes profetas*, p. 28 (el subrayado es añadido), citado también en GONZÁLEZ CASANOVA, J. A., *op. cit.*, p. 153; similarmente, ver MARX, K., «[Carta de] Marx a Federico Bolte. Nueva York [23 de noviembre de 1871]», p. 708. Igualmente, vinculando la idea de “*politicidad*” a la noción de *interés general*, LÓPEZ GARRIDO, D., «La soberanía...», *op. cit.*, p. 448; por su parte, destacando la conexión histórica del *interés general* con el fenómeno constituyente, ver DE CABO MARTÍN, C., *Conflicto y constitución...*, *op. cit.*, pp. 56-57.

¹³⁰⁰ En este sentido, Michel Foucault se aproxima a la perspectiva descrita sólo parcialmente: si bien asume (de manera más o menos clara) el sentido de *generalidad* inherente a la noción de *lo político*, al mismo tiempo sigue reduciendo esta al ámbito estrecho de las relaciones “de fuerza” (identificadas rotundamente como relaciones de poder): ver FOUCAULT, M., *Microfísica del poder...*, *op. cit.*, pp. 158-159. Afirmando la importancia fundamental del concepto de *poder* (político) en la teoría política, DOBSON, L., «Legitimacy, institutional power, and international human rights institutions: a conceptual enquiry», p. 191.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

Lo anteriormente expuesto se puede advertir claramente a partir de la comprensión del *trabajo* (aquí, de nuevo, entendido en su sentido más amplio de “quehacer” humano) como realidad *social*. Este se constituye a partir de la *cooperación*, entendida como la conjunción de la actuación de múltiples seres humanos para desarrollar acciones respecto a otros humanos o al entorno natural. Lo crucial, en este punto, es la determinación de la *causa* de dicha cooperación, que puede consistir bien en el conocimiento común de una necesidad específica o bien en la iniciativa de otros seres humanos en concreto (independientemente a que estos últimos también participen o no materialmente en la realización de tales acciones); ciertamente, no tienen que ser factores excluyentes entre sí. Así pues, el *poder* es, en esencia, la cualidad en el seno de una relación social, por la cual individuos o grupos humanos desarrollan una acción respecto a otros humanos o respecto a la naturaleza (sea puntual o repetidamente), operada por determinación de otros individuos o grupos (representa, por tanto, la *heterodeterminación subjetiva* de la acción humana)¹³⁰¹. De entrada, este concepto puede ser comprendido sin necesidad de determinar previamente su alcance, su mecanismo de actuación o la finalidad de su ejercicio¹³⁰².

Las relaciones sociales, aun con su multiplicidad y aparente abigarramiento, se interrelacionan entre sí de forma que acaban constituyendo un sistema relativamente comprensivo¹³⁰³. La consiguiente subordinación del funcionamiento de unas clases de *relaciones* a otras (en un proceso que es fundamentalmente *objetivo*) da lugar a la aparición de un *orden social*, que puede estar determinado generalmente por la existencia de relaciones internas de “poder” (pero solo cuando estas persistan en el tiempo). Cuando distintas relaciones de poder determinan, de forma estable, el sentido general de las acciones fundamentales de vida de un individuo o grupo (puesto que afectan a las relaciones más esenciales para la persistencia de estos o incluso del conjunto de la sociedad) por determinación de otros, entonces se verifica la existencia de una relación de *dominación*, que se configura como síntesis de las relaciones

¹³⁰¹ En este sentido, FOUCAULT, M., «Afterword...», *op. cit.*, pp. 217, 219 y 220; una perspectiva similar (siguiendo a José María Ruiz Soroa), en CASTRO PADILLA, F., *op. cit.*, p. 215.

¹³⁰² Para la reducción del concepto de *poder* a la mera observación de uno de sus medios (la “coacción”), en la doctrina jurídica dominante, ver PÉREZ ROYO, J. y CARRASCO DURÁN, M., *op. cit.*, p. 52.

¹³⁰³ En este sentido, WOLKMER, A. C., *Ideología, Estado e...*, *op. cit.*, p. 62.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

particulares de poder que la integran¹³⁰⁴. Se advierte, entonces, la preeminencia general de la voluntad del sujeto social “poderoso” frente a la del sujeto “sometido” (o la de una pluralidad de estos)¹³⁰⁵.

Los “poderes” (o, en una visión reduccionista, “*el Poder*”), pues, no son *entes*, esto es, no son ni *objetos* ni tampoco, mucho menos, *sujetos*¹³⁰⁶: tal expresión indica, simplemente, la existencia de “haces” de relaciones sociales de poder, que a su vez se suman, entrecruzan e interrelacionan entre sí para dar forma a un sistema social específico¹³⁰⁷. En última instancia, la generalización de distintos tipos de relaciones sociales de *dominación* (esto es, su existencia *política*) determina históricamente la conformación de una pluralidad interrelacionada y *necesaria* de grupos sociales, que en las sociedades conocidas se ha fundamentado, general y esencialmente, en el dominio *privado* sobre el conjunto de medios de producción¹³⁰⁸. Esto constituye, mediante la consolidación de las relaciones de poder en *dominación* en general, la causa eficiente de la existencia de las *clases sociales*, y, por tanto, del desarrollo de las sociedades *clasistas*¹³⁰⁹: de ahí que se pueda distinguir, en la mayoría de las sociedades actuales, como expresión del *modo de producción capitalista* imperante, la existencia

¹³⁰⁴ Para la comprensión de la idea de *dominación*, ver FOUCAULT, M., «Afterword...», *op. cit.*, p. 226 e *idem*, *Microfísica del poder...*, *op. cit.*, pp. 170-171; también, en WRIGHT, E. O., *op. cit.*, p. 22.

¹³⁰⁵ En su generalización al conjunto de la sociedad (siguiendo a Mortati), PINTO, L. M. DA S. C., *op. cit.*, pp. 271-272.

¹³⁰⁶ Para la afirmación del carácter *relacional* del concepto de *poder*, ver FOUCAULT, M., «Afterword...», *op. cit.*, p. 219, HERRERA FLORES, J., *Los derechos humanos...*, *op. cit.*, p. 240, POULANTZAS, N., *op. cit.*, pp. 177-178 y (siguiendo a este último) WOLKMER, A. C., *Ideología, Estado e...*, *op. cit.*, pp. 77 y 79; también en WRIGHT, E. O., *op. cit.*, p. 225 y (siguiendo a José María Ruiz Soroa) CASTRO PADILLA, F., *op. cit.*, p. 215.

¹³⁰⁷ Por lo tanto, la búsqueda del “*lugar de residencia del poder*” resulta una tarea que, finalmente, solo admite una respuesta *ideológica*; en sentido contrario (y destacando su importancia) PÉREZ ROYO, J., *La reforma constitucional...*, *op. cit.*, pp. 13-14. En un sentido ambiguo (al circunscribir esta perspectiva al simple resultado de un desarrollo político relativamente reciente), ver NOGUERA FERNÁNDEZ, A., «Hacia una redefinición de la teoría del poder constituyente», pp. 173-175.

¹³⁰⁸ Ver en MARX, K., *Contribución a la...*, *op. cit.*, pp. 4-5; en sentido coincidente (si bien planteando una definición relativamente restringida del llamado “poder político”), POULANTZAS, N., *op. cit.*, pp. 46-47. Para la distinción entre *clase* y *grupo social*, ver WRIGHT, E. O., *op. cit.*, pp. 119-120 y 133.

¹³⁰⁹ Para la formación de las *estructuras de clase* a partir de conjuntos de *relaciones de clase*, *ibidem*, p. 119.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

fundamental de una clase dominante (*capitalista*), y otra dominada (*trabajadora*), esencial y antagónicamente enfrentadas entre sí¹³¹⁰.

La resolución de la cuestión relativa a la naturaleza del “poder” en la sociedad *clasista* reside en el entendimiento de que esta cualidad distintiva se expresa directamente en la mayor parte de relaciones sociales contenidas en esta y, a la vez, se determina singular y distintivamente en cada una de ellas. El atributo *clasista* es *inmanente* al conjunto fundamental de las relaciones en este tipo de sociedad, no una “cualificación” que es impuesta *exteriormente* por una sola categoría de relaciones en particular (por tanto, no se tratan únicamente de relaciones “económicas”, radicalmente aisladas de las demás, sino de que estas orientan la determinación última de todas las demás, en cuanto que todas ellas están materialmente vinculadas)¹³¹¹. Del mismo modo, es importante no confundir la realidad de la dominación de unos seres humanos sobre otros con los límites objetivos (según cada momento) de la acción de la especie humana agrupada socialmente frente al “poder de la naturaleza”, mediante la consabida argumentación acerca de los rasgos propios de la “condición humana” (supuestamente “demostrados” a lo largo de la historia). A su vez, existe el peligro de olvidar cuál es el marco en el que ha de aplicarse la noción de “poder” en la sociedad clasista, al centrarse el foco del estudio en el análisis de los *discursos*: así, al afirmarse (en función de lo anterior) que el “poder” está disperso, se olvida que el conjunto de relaciones de poder existentes delinea la relación general entre las clases sociales (es la llamada *dominación de clase*). En definitiva, sí existen, en conjunto, dominadores y dominados.

La *dominación* se plasma de forma tendencialmente unitaria (sin que tenga que llegar a serlo completamente) en la interrelación general entre las clases sociales. Sin embargo, es precisamente la multiplicidad y entrecruzamiento de las relaciones sociales, con distintas intensidades y contenidos diversos, la que impone que no se pueda considerar tales clases como *objetos* monolíticos, dando lugar a la existencia tanto de

¹³¹⁰ En este sentido (formulado con carácter general), en DE CABO MARTÍN, C., *Conflicto y constitución...*, *op. cit.*, pp. 46-47, *idem*, *Teoría Histórica del Estado y del Derecho Constitucional. Volumen I...*, *op. cit.*, pp. 67-68 y WRIGHT, E. O., *op. cit.*, pp. 24-25.

¹³¹¹ En este sentido, POULANTZAS, N., *op. cit.*, pp. 36-37 y 45-47.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

segmentaciones internas en estas como de distintos grupos sociales “intermedios”¹³¹². En lo que respecta a las relaciones internas entre grupos dentro de una clase, también es posible hallar relaciones genéricas de *dirección* de unos sobre otros: del resultado general de dicha estratificación resulta la *hegemonía*, que se caracteriza como la posición *de dirección* de un grupo social particular sobre el conjunto de una clase social o de la sociedad (incluyendo al conjunto de la clase dominada)¹³¹³. Lo importante es comprender que, en una sociedad clasista, las relaciones estables de poder reaparecen esencialmente una y otra vez, como consecuencia necesaria del desarrollo histórico del proceso de división social del *trabajo*, el cual tiende a reproducir en su seno la *necesidad* de la dirección y del control de la acción social en sí para la consecución de los resultados requeridos por la clase dominante.

Es en este punto donde ya se puede comprender cabalmente la distinción entre *sociedad*, *comunidad política* y *pueblo*. La *comunidad política* es la expresión de la existencia *objetiva* de la *sociedad*, en cuanto que agrupación humana definida, internamente, por la interrelación entre las clases sociales existentes y, externamente, como colectividad constituida (en un sentido amplio) frente a otras agrupaciones humanas cuyas relaciones sociales fundamentales también están determinadas con *dimensión general*¹³¹⁴. A partir, principalmente, del conjunto de relaciones sociales de poder existentes en su seno, la *comunidad política* está estructurada en función de un orden que sintetiza y asegura la reproducción en el tiempo de las relaciones anteriores, tanto por su contenido como por la integración sistemática del mismo (esto es, se trata

¹³¹² En este sentido, WRIGHT, E. O., *op. cit.*, pp. 133-134. Acerca de la posible caracterización de la denominada “clase media” (y la dificultad de su definición como *clase* unitaria), *ibidem*, pp. 129-132 y 186.

¹³¹³ Se comprende aquí el término *dominación* en un sentido más amplio del considerado por Gramsci (que sólo lo circunscribe a un “ejercicio del poder” mediante la coerción estatal): para esto y para la definición de *hegemonía*, ver LASO PRIETO, J. M., «Vigencia del pensamiento de Gramsci», p. 78. Igualmente, respecto al concepto de hegemonía, ver DE CABO MARTÍN, C., *Conflicto y constitución...*, *op. cit.*, pp. 156-157 y (en referencia a la definición *gramsciana* del mismo) MOUFFE, C., «Hegemonía, política e ideología», p. 130.

¹³¹⁴ En esta línea, considerando, como una de las condiciones necesarias para el reconocimiento de un Estado, la constatación de la “[...] *existencia sobre un territorio determinado de una sociedad humana políticamente organizada* [...]” (siguiendo la definición acerca del anterior por parte del Instituto de Derecho Internacional), REMIRO BROTONS, A., ... [et al.], *op. cit.*, p. 76.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

de un orden *político*)¹³¹⁵. En este sentido, es necesario no caer en una confusión: el término “comunidad” no supone la asunción implícita de la presencia de una situación de libre adhesión o de conformación consensual de los miembros de la sociedad a esta¹³¹⁶, sino que se limita al sentido estricto de describir la realidad de la coexistencia e interrelación entre los distintos miembros de la sociedad (individuales o colectivos), de acuerdo con un orden político establecido. Las *sociedades* (y, en consecuencia, las *comunidades políticas*) son formaciones dinámicas, que presentan graduaciones en sus determinaciones esenciales y sus rasgos: no “nacem” singular y espontáneamente, sino que se van conformando o disolviendo a lo largo del tiempo (aunque tampoco necesariamente siguiendo unos ritmos uniformes)¹³¹⁷. Sin embargo, se verifica en estas, como carácter distintivo, una orientación genérica hacia la *permanencia* (asunto distinto es lo que finalmente se produzca de acuerdo con sus tendencias objetivas internas). En una dimensión *subjetiva*, el *pueblo* es el reflejo (siempre relativo) en el conjunto de la sociedad de la existencia objetiva de la comunidad política, con todas las contradicciones internas que son inherentes a esta (lo cual, por tanto, no supone la superación de estas mismas en una suerte de unidad superior “prepolítica” de contenido real vacío¹³¹⁸)¹³¹⁹: así pues, este concepto no indica la existencia de un *sujeto* político.

El orden *político* de un país se conforma y preserva establemente en el tiempo por la materialización, en el decurso de la vida de la sociedad clasista, de diversos factores subjetivos¹³²⁰. Uno de ellos es la *adhesión*, que supone la aptitud de un determinado orden establecido para concitar la participación y el apoyo activo de individuos y

¹³¹⁵ De ahí que se concluya que la lucha de clases tiene, en última instancia, un carácter *político*: en este sentido, DE CABO MARTÍN, C., *Teoría Histórica del Estado y del Derecho Constitucional. Volumen I...*, *op. cit.*, p. 11.

¹³¹⁶ Una expresión de esta postura, en KALYVAS, A., *op. cit.*, pp. 101 y 116.

¹³¹⁷ Ver RUBIO LLORENTE, F., «Minorías y mayorías...», *op. cit.*, p. 41.

¹³¹⁸ Ver en YACK, B., *op. cit.*, p. 524; para el entendimiento del *pueblo* como “*magnitud pluralista*”, HÄBERLE, P., *El Estado constitucional...*, *op. cit.*, pp. 127, 150 y 190.

¹³¹⁹ Varios ejemplos de la tendencia a la identificación de hecho entre *comunidad política* y *pueblo*, en FONDEVILA MARÓN, M., *op. cit.*, pp. 254-255 y LÓPEZ GARRIDO, D., «Teoría de la constitución», p. 39; también, de forma implícita, en CASTRO PADILLA, F., *op. cit.*, p. 77 y RÍOS, M. (dir.), *op. cit.*, p. 9.

¹³²⁰ En este sentido, GONZÁLEZ CASANOVA, J. A., *op. cit.*, p. 223, KAY, R. S., *op. cit.*, pp. 721-722 y WOLKMER, A. C., *Pluralismo jurídico...*, *op. cit.*, pp. 272-273. Para una propuesta esquemática acerca de los motivos de cumplimiento del Derecho, ver HIERRO SÁNCHEZ-PESCADOR, L. L., *La eficacia de las normas jurídicas*, pp. 97 y 128.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

colectivos, tanto en su desarrollo como en su defensa¹³²¹. Por su parte, el *consentimiento* es la aceptación (activa o pasiva) de las determinaciones establecidas en función del mencionado orden político: supone la generalización de una visión *naturalizadora* de este, que desemboca en la ausencia de formulación de conjuntos normativos u órdenes completos alternativos¹³²². Finalmente, la *coerción* consiste en la posibilidad del uso de la fuerza contra los individuos o grupos que quebranten o puedan quebrantar el orden imperante, o que no se conformen ante las transformaciones sociales operadas por este a lo largo del tiempo¹³²³. En lo concreto, son estos factores (sobre todo, los dos primeros, aunque sin desdeñar el tercero, desde luego) los que contribuyen a cimentar la posición de *hegemonía* de ciertos grupos sociales en el interior de diversas clases sociales y sobre el conjunto de una *comunidad política*¹³²⁴.

La existencia de un orden *político* hace que se refuercen las relaciones *internas* de una sociedad, en cuanto que determina con mayor intensidad los aspectos de la vida de sus integrantes. Así, debido a la tendencia al desarrollo de las relaciones generales de poder en el seno de las sociedades clasistas, la operación de cambios sustantivos en los respectivos órdenes tiende a producirse en el espacio territorial en que estos son *efectivos*. Es de esta forma como queda delimitado materialmente el ámbito espacial en el que se desarrollan los *procesos constituyentes*: su coincidencia con la delimitación de los respectivos territorios a partir de las fronteras interestatales existentes depende, por

¹³²¹ Cabe relacionar este factor principalmente con la motivación de obediencia a la norma jurídica por *adhesión*, tal y como es descrita en *ibidem*, pp. 124-128; ver también CASTRO PADILLA, F., *op. cit.*, p. 51. En este sentido, y en referencia a la noción de “sentimiento constitucional”, ver (siguiendo en especial a Lucas Verdú) SALGADO, E. D., «Ensaio em defesa do constitucionalismo e da democracia: a questão das mutações (in) constitucionais na jurisprudência brasileira», p. 71 (también nota 67).

¹³²² En este sentido, KAY, R. S., *op. cit.*, p. 756; ver también SAJÓ, A., *op. cit.*, pp. 70-72. Cabe vincular este factor con motivaciones de obediencia a la norma jurídica tales como la utilidad, el respeto al orden jurídico y el respeto a la autoridad legítima, tal y como se definen en HIERRO SÁNCHEZ-PESCADOR, L. L., *op. cit.*, pp. 108-112, 112-116 y 120-124. Respecto a la importancia de dicho factor para el éxito de los procesos de transición política, ELKINS, Z., GINSBURG, T. y MELTON, J., *op. cit.*, p. 1143.

¹³²³ Contra la idea de considerar el “poder constituyente” como expresión exclusiva de la fuerza, LOUGHLIN, M., *op. cit.*, p. 229; desvinculando conceptualmente (en esencia, al menos) la noción de *legitimidad* respecto de la de *coerción*, DOBSON, L., *op. cit.*, p. 195. Por otra parte, para la caracterización de la motivación de obediencia a la norma jurídica por temor a la sanción, ver HIERRO SÁNCHEZ-PESCADOR, L. L., *op. cit.*, pp. 99-108.

¹³²⁴ Ver GONZÁLEZ CASANOVA, J. A., *op. cit.*, pp. 32, 36 y 223 y EVANS, T., *op. cit.*, pp. 17-18; un reflejo de esta idea, en CASTRO PADILLA, F., *op. cit.*, p. 192. En este sentido, respecto a la formación del “poder constituyente”: “[...] *Constituent power exists only when that multitude can project itself not just as the expression of the many (a majority) but – in some senses at least – of the all (unity). Without this dimension of symbolic representation, there is no constituent power. [...]*”, en LOUGHLIN, M., *op. cit.*, pp. 231-232.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

lo tanto, de la existencia efectiva de un *Estado* dentro de estos, así como de la interacción de tal Estado con otros “poderes” exteriores¹³²⁵. En consecuencia, el análisis del *fenómeno estatal* resulta una tarea indispensable en el estudio del *hecho* constituyente.

La idea de *Estado* se asienta sobre la realidad de que las relaciones de *dominación* clasista organizadas en el seno de una *comunidad política* compleja deben ser articuladas entre sí, para su funcionamiento conjunto armónico a lo largo del tiempo¹³²⁶. La “solución” histórica a este problema llegó a través del desarrollo de una organización social relativamente definida (como consecuencia de la aplicación crecientemente generalizada del principio de división social del trabajo), que fue delimitando gradualmente la conformación de una cierta esfera de relaciones sociales relativamente “propia”, de lo *público* (que, sin embargo, no es ni mucho menos reducible a las solas organizaciones estatales)¹³²⁷: de ahí la vinculación existente entre las nociones de *orden político* y *Estado* (sin que, empero, estas deban ser confundidas entre sí¹³²⁸). Existe el peligro de reducir la cuestión del *poder* en la sociedad a la definición del conjunto de relaciones conectadas con las funciones desarrolladas por el Estado: se suele hablar, así, del *Poder* (estatal) frente a la *sociedad* (como si, en esta última, las relaciones estuvieran caracterizadas fundamentalmente por un supuesto principio de cooperación “espontánea”)¹³²⁹. Sin embargo, no existe un único “haz” de relaciones *políticas* de poder en cada sociedad (idea que responde, correlativamente, a una visión del Estado como “monopolista natural” de la fuerza, entendida como “el poder”, en la vida

¹³²⁵ OKLOPCIC, Z., «Constitutional (Re)Vision: Sovereign...», *op. cit.*, p. 86; ver también, en referencia a la dimensión territorial de la noción de “soberanía estatal”, PASTOR RIDRUEJO, J. A., *Curso de Derecho...*, *op. cit.*, pp. 313-314 y 347-349 y REMIRO BROTONS, A., ... [et al.], *op. cit.*, pp. 71 y 89-91. Conceptualizando la noción de *territorio* en un sentido coincidente, MARTÍNEZ ALARCÓN, M. L. y LÓPEZ GARRIDO, D., *op. cit.*, pp. 178-179.

¹³²⁶ En este sentido, FARIA, J. E., *op. cit.*, p. 17; indirectamente (en cuanto a la relación general entre Estado y “unidad” política), SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, J. J., *op. cit.*, p. 270. En referencia a la concepción marxista sobre el Estado, ver PINTO, L. M. DA S. C., *op. cit.*, p. 126.

¹³²⁷ En este sentido (aunque remontando este desarrollo únicamente a partir del siglo XIX), DE CABO MARTÍN, C., *Dialéctica del sujeto...*, *op. cit.*, p. 52; igualmente, POULANTZAS, N., *op. cit.*, p. 39.

¹³²⁸ Posición derivable, por ejemplo, de la afirmación de que la aparición del Estado es directamente consustancial a la formación de la sociedad *clasista*, ver *ibidem*, pp. 40-41.

¹³²⁹ PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *Lecciones de Derechos...*, *op. cit.*, pp. 227 y 230-232. En este sentido, conceptualizando la naturaleza de la Constitución como norma jurídica fundamental para limitar el poder del Estado frente a la libertad de los ciudadanos, ARAGÓN REYES, M., «Dos problemas falsos...», *op. cit.*, pp. 5, 10 y 13.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

“pública”¹³³⁰), sino una multiplicidad de estos: el “Estado” engloba el conjunto (relativamente integrado) de organizaciones sociales que tienen como función básica el mantenimiento del conjunto estructuralmente principal de tales relaciones (no necesariamente de todas ellas)¹³³¹. Del mismo modo, la tan controvertida “separación” entre “sociedad civil” y “esfera política” no es tal: la organización estatal es tan *sociedad* como las mismas organizaciones denominadas “civiles”. Igualmente, tampoco debería confundirse el concepto de *comunidad política* con el de *Estado*, puesto que el segundo no es más que una realidad organizativa derivada de la existencia primordial de la primera¹³³².

La capacidad del Estado para influir en la configuración de las relaciones *políticas* de poder en la *comunidad política* proviene de la operación de varios factores principales¹³³³. En primer lugar, la *represión* indica la posibilidad de ejercer *violencia* sobre individuos y grupos mediante la acción de organizaciones especializadas, tales como fuerzas militares y policiales (sin embargo, también existen distintos correlatos posibles en la esfera “privada”, por la actuación de capataces, grupos armados, milicias, etcétera): su capacidad de actuación reside, primariamente, en el grado posible de extensión e intensidad del uso de la fuerza¹³³⁴. Por su parte, la *ideología* muestra la existencia de un sistema hegemónico de creencias sociales falsas o distorsionadas acerca de la realidad, inscrito en las prácticas sociales, reproducido y amplificado por organizaciones tales como los sistemas públicos educativos o de comunicación social, entre otras, y que cristaliza en la conformación general de la llamada “opinión pública” (no obstante, se hace preciso recordar que hay también múltiples instancias “privadas”

¹³³⁰ Ver PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *Lecciones de Derechos...*, *op. cit.*, p. 228.

¹³³¹ En este sentido, FOUCAULT, M., «Afterword...», *op. cit.*, p. 224 y SANTOS, B. DE S., *La difícil democracia...*, *op. cit.*, p. 173. Así, *materialmente*, la afirmación de que “[...] *el Estado no es de nadie* [...]”, expresada en PÉREZ ROYO, J. y CARRASCO DURÁN, M., *op. cit.*, pp. 493 y 499, resulta no ser cierta.

¹³³² Frente a esta caracterización estricta acerca del Estado, con el planteamiento de una comprensión polisémica de este (reuniendo procesos y realidades de carácter diverso), GARCÍA LINERA, A., *Democracia Estado Nación*, p. 82.

¹³³³ Ver NOGUERA FERNÁNDEZ, A., «Hacia una redefinición...», *op. cit.*, pp. 160 y 181 y (bajo el nombre de “*componentes estructurales del derecho*”) SANTOS, B. DE S., *Sociología jurídica crítica...*, *op. cit.*, p. 57; un esbozo de esta idea, también en PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *Lecciones de Derechos...*, *op. cit.*, p. 230. La noción de “*factores efectivos e reais do poder*” (citando a Richard A. Schermerhorn), en WOLKMER, A. C., *Ideologia, Estado e...*, *op. cit.*, p. 75.

¹³³⁴ En este sentido, DE OTTO Y PARDO, I., *op. cit.*, pp. 587-588 y 590-591, POULANTZAS, N., *op. cit.*, pp. 28-29 y SANTOS, B. DE S., *Sociología jurídica crítica...*, *op. cit.*, p. 57; ver también DOUZINAS, C., *op. cit.*, p. 268.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

de producción y difusión ideológica que inciden en el mismo sentido descrito)¹³³⁵: su actuación se fundamenta de la capacidad de *exclusión* política y cultural. Con todo, los mecanismos ideológicos dependen, a su vez, del grado de *legitimación* del que disponga la formación estatal en concreto en la sociedad (entendiendo por *legitimación* el resultado de la afirmación de unas pretendidas cualidades inmanentes del sistema estatal, sean estas reales o no, de forma que las determinaciones provenientes de sus respectivas organizaciones son aceptadas, como regla general, por los destinatarios de estas¹³³⁶)¹³³⁷. Finalmente, la *administración* indica la capacidad de gestionar sectores y ramas diversas de la actividad social, relativas a los procesos de provisión (producción y distribución) de bienes y servicios que satisfacen necesidades sociales (se trata, empero, de una dimensión mucho más amplia que la delimitada usualmente bajo el rótulo de “Estado del Bienestar”), y que genéricamente giran en torno a la noción de “sector público” (con todo, también en la conformación de la relación laboral “privada” se expresa una relación de poder fundamental de esta misma índole)¹³³⁸: su idoneidad como factor regulador proviene de la capacidad (total o selectiva) de *privación* material de bienes y servicios a individuos o grupos determinados¹³³⁹.

Los mecanismos de salvaguarda de las relaciones de *poder* descritos (que, en última instancia, no están únicamente en manos de las organizaciones que conforman el Estado) crean, reproducen, mantienen y refuerzan relaciones de poder específicas que coadyuvan al sostenimiento y desarrollo de la dominación de una clase social sobre el

¹³³⁵ En este sentido, POULANTZAS, N., *op. cit.*, pp. 27-28; ver también (en referencia a Marx), WOLKMER, A. C., *Teoría crítica del...*, *op. cit.*, p. 22. Este factor es conceptualmente cercano a la noción de “retórica” expresada por Boaventura de Sousa Santos, ver en SANTOS, B. DE S., *Sociología jurídica crítica...*, *op. cit.*, p. 57. Para la función ideológica del discurso jurídico dominante (como ejemplo concreto), WOLKMER, A. C., *Ideología, Estado e...*, *op. cit.*, pp. 78-79.

¹³³⁶ Una aproximación a esta noción, en HIERRO SÁNCHEZ-PESCADOR, L. L., *op. cit.*, pp. 120-121 (también nota 65); ver también (siguiendo a Alessandro Pace) MÉNDEZ MADDALENO, J. L., *op. cit.*, p. 147.

¹³³⁷ Respecto a la necesidad de la legitimación para suplir parcialmente el uso de la fuerza, DE OTTO Y PARDO, I., *op. cit.*, pp. 588-589; también, indirectamente, en PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *Lecciones de Derechos...*, *op. cit.*, p. 223 y (siguiendo a Alessandro Pace) MÉNDEZ MADDALENO, J. L., *op. cit.*, p. 147.

¹³³⁸ En este sentido, DONNELLY, J., «La construcción social...», *op. cit.*, p. 178 y POULANTZAS, N., *op. cit.*, pp. 30-31 (para su carácter político, *ibidem*, pp. 37-38, 204-205 y 209). Curiosamente, Boaventura de Sousa Santos no parece tener en cuenta este factor (se refiere a la “burocracia”, pero en un sentido distinto), ver en SANTOS, B. DE S., *Sociología jurídica crítica...*, *op. cit.*, p. 57.

¹³³⁹ En un sentido mucho más abstracto (por cuanto que se refiere al conjunto de la sociedad), y en relación con la noción de “biopoder”, ver FOUCAULT, M., *Hay que defender...*, *op. cit.*, pp. 205-212; ver también RAJAGOPAL, B., *op. cit.*, p. 38.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

conjunto de una sociedad¹³⁴⁰. Según la concatenación de los distintos factores distintos, y en función del predominio relativo entre estas, caben distinguir distintos modelos estatales en las sociedades capitalistas existentes¹³⁴¹. Así, en las fases iniciales de desarrollo del modo de producción capitalista, el factor primordial era la *represión*: sólo con el desarrollo de su fase monopolista se amplió destacadamente, frente al anterior, la presencia del factor de *administración* (plasmada, por ejemplo, en la visión del *Estado social*¹³⁴²), seguido por el *ideológico*¹³⁴³; no obstante, todos y cada uno de estos factores siguieron (y siguen) siendo cruciales en la operación del mantenimiento del orden político¹³⁴⁴. Con todo, es destacable que en los territorios dominados *colonialmente* se continuará verificando la posición destacada del uso de la fuerza frente al resto de factores.

Se ha hablado, hasta el momento, de *sociedad* y de *pueblo*. Tal y como se ha observado anteriormente, resulta ser una práctica bastante común (en general) que estos términos sean mencionados de manera intercambiables (aunque, como ya se precisó, ello sea erróneo). Asimismo, estos (fundamentalmente, el segundo) suelen ser asimilados a la noción de *ciudadanía*¹³⁴⁵. Esta última tendencia sí presenta efectos más significativos que la primera¹³⁴⁶. La *ciudadanía* representa, en cada orden político

¹³⁴⁰ Implícitamente, esta idea se recoge en PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *Lecciones de Derechos...*, *op. cit.*, pp. 223-224; una referencia análoga a nivel global (en torno a la operación de medios de “control imperial”), en HARDT, M. y NEGRI, A., *Empire*, pp. 345-347. Para una aproximación a las distintas formas de “articulación” de estos mecanismos, ver SANTOS, B. DE S., *Sociología jurídica crítica...*, *op. cit.*, pp. 57-61. En un sentido similar (distinguiendo la importancia de los recursos materiales, ideológicos y organizativos en la formulación de la *hegemonía*), ver DONNELLY, J., *Universal Human Rights...*, *op. cit.*, p. 195.

¹³⁴¹ En este sentido, ver LINZ, J. J. y STEPAN, A., *op. cit.*, pp. 76-81.

¹³⁴² Ver en DE CABO MARTÍN, C., *Dialéctica del sujeto...*, *op. cit.*, pp. 77-78, LAURIS, É., *op. cit.*, pp. 417-418 y PÉREZ ROYO, J. y CARRASCO DURÁN, M., *op. cit.*, p. 143.

¹³⁴³ En este sentido, POULANTZAS, N., *op. cit.*, pp. 202-203; ver también PÉREZ ROYO, J. y CARRASCO DURÁN, M., *op. cit.*, pp. 60-62 y 143.

¹³⁴⁴ Así pues, “[...] Ningún ordenamiento, ni siquiera el más despótico, puede sostenerse únicamente en el uso de la fuerza y con amenazas. Incluso el ordenamiento más despótico necesita (cuanto menos también) del consenso popular. [...]”, en PACE, A., *op. cit.*, p. 40 (ver también nota 123); en este sentido, ver también ONUMA, Y., *op. cit.*, p. 111.

¹³⁴⁵ Así, por ejemplo, en MARTÍNEZ ALARCÓN, M. L. y LÓPEZ GARRIDO, D., *op. cit.*, p. 180 y (a través de la noción de *población*) PÉREZ ROYO, J. y CARRASCO DURÁN, M., *op. cit.*, p. 54; poniendo en cuestión la identificación “material” entre *pueblo* y *ciudadanía*, ver BARBOSA DE SÁ, A. P., *op. cit.*, p. 10.

¹³⁴⁶ Sobre todo, si se trata de promover la idea de “ciudadanía democrática” o “democracia ciudadana” a costa de la noción de “soberanía popular”, tal y como se lleva a cabo, por ejemplo, en HÄBERLE, P., *El Estado constitucional...*, *op. cit.*, p. 191; en un sentido crítico, PINTO, L. M. DA S. C., *op. cit.*, pp. 415-416 y 418-419.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

existente, la determinación de qué *personas* pueden gozar de una serie de facultades (radicadas básicamente, aunque no de manera exclusiva, en los derechos civiles, políticos y sociales¹³⁴⁷) y han de asumir diversas obligaciones, y con qué alcance singular¹³⁴⁸: por ello, se trata de un concepto fundamentalmente *jurídico* (si bien, sin olvidar que la “pertenencia” en sí a una sociedad determinada es una situación esencialmente *de hecho*¹³⁴⁹) que contribuye a delimitar el contorno de actuación de las potestades de un Estado con respecto a otras realidades análogas¹³⁵⁰.

En un sentido *ideológico*, mediante la existencia de la condición de *ciudadanía*, individuos distintos pertenecientes a una misma sociedad se equiparan *formalmente* entre sí, así como se diferencian frente al conjunto de personas que no la ostentan¹³⁵¹. Sin embargo, la condición real de “ciudadano” es el resultado de la *concesión* de un *estatus* relativamente *privilegiado* a una colectividad respecto del resto de los miembros de la *comunidad política* en la que fácticamente se incardina¹³⁵²: ello no tiene que significar ni mucho menos que, por su sola condición en abstracto, todos los *ciudadanos* sean por igual los dueños y protagonistas de la vida social, puesto que la condición

¹³⁴⁷ NOGUERA FERNÁNDEZ, A. y CRIADO DE DIEGO, M., *op. cit.*, p. 35; ver también ONUMA, Y., *op. cit.*, p. 426. En este sentido, los derechos y libertades conformarían el denominado “*estatuto de ciudadanía*”: así, LÓPEZ GARRIDO, D., «Teoría de la...», *op. cit.*, p. 42.

¹³⁴⁸ En este sentido, HABERMAS, J., *Facticidad y validez...*, *op. cit.*, pp. 624 y 625, MARTÍNEZ ALARCÓN, M. L. y LÓPEZ GARRIDO, D., *op. cit.*, pp. 180 y 181, PÉREZ ROYO, J. y CARRASCO DURÁN, M., *op. cit.*, p. 54 y SECO MARTÍNEZ, J. M. y RODRÍGUEZ PRIETO, R., «Espacios y ritmos para una nueva concepción de la ciudadanía», pp. 329-330.

¹³⁴⁹ Para la confusión entre *pueblo* y el conjunto de *súbditos* de un Estado, ver (citando a Kelsen) en PÉREZ LUÑO, A. E., *Derechos humanos...*, *op. cit.*, p. 197; para la conceptualización del *pueblo*, en la teoría de la soberanía popular, como “[...] *the whole body of a territory's legal inhabitants*”, ver YACK, B., *op. cit.*, p. 519.

¹³⁵⁰ HABERMAS, J., *Facticidad y validez...*, *op. cit.*, pp. 624-625. Sobre la necesidad de distinguir entre los conceptos de *ciudadanía* (incardinado en el Derecho constitucional) y *nacionalidad* (desarrollado por el Derecho internacional), MARTÍNEZ ALARCÓN, M. L. y LÓPEZ GARRIDO, D., *op. cit.*, p. 181.

¹³⁵¹ Ver en DE CABO MARTÍN, C., *Teoría Histórica del Estado y del Derecho Constitucional. Volumen II...*, *op. cit.*, pp. 275-276. Siguiendo la visión descrita, ver RUBIO LLORENTE, F., «Minorías y mayorías...», *op. cit.*, p. 37; en un sentido similar, se afirma que “[...] *es la participación en el contrato social, en el poder constituyente, lo que convierte a los individuos en ciudadanos*. [...]”, en PÉREZ ROYO, J. y CARRASCO DURÁN, M., *op. cit.*, p. 193 (ver también *ibidem*, pp. 54-55). Ver también FARIÑAS DULCE, M. J., *Globalización, ciudadanía y...*, *op. cit.*, pp. 36 y 38-39.

¹³⁵² BALIBAR, É., *op. cit.*, pp. 64, 67 y 76, DOUZINAS, C., *op. cit.*, pp. 98-99, NOGUERA FERNÁNDEZ, A. y CRIADO DE DIEGO, M., *op. cit.*, pp. 35-36 y SECO MARTÍNEZ, J. M. y RODRÍGUEZ PRIETO, R., *op. cit.*, p. 330; en este sentido, también BARBOSA DE SÁ, A. P., *op. cit.*, p. 10.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

efectiva de ciudadanía admite también múltiples escalas internas¹³⁵³. Por lo tanto, la ciudadanía es una cualificación fuertemente controlada y “tamizada” de acuerdo con el orden político existente en una *comunidad política*, no representando el mero reconocimiento de unos rasgos “naturales” a los seres humanos¹³⁵⁴. Por ello, tanto el grado de extensión *formal* de la ciudadanía como el catálogo de facultades *jurídicas* que integra son únicamente medidas parciales (y potencialmente equívocas) del “nivel” de *democratización* de un orden político concreto (siendo que no considera la operación del conjunto de relaciones sociales existentes¹³⁵⁵)¹³⁵⁶. En todo caso, la adscripción a una determinada *ciudadanía* no representa una condición *social* fundamental: es posible que un individuo concreto esté vinculado significativamente a una o varias sociedades, participe en múltiples grados de la vida de uno o varios países, haya sido socialmente conformado a partir de una realidad “cultural” concreta (o, parcialmente, por varias¹³⁵⁷) y, como es notorio, sea ciudadano de uno o varios países, según el caso (o bien ser considerado como *apátrida*).

Al hilo de lo anterior, es necesario realizar, finalmente, una aclaración acerca de la noción de Estado-Nación. La *nación* es el aglutinamiento *cultural* de una serie de vínculos sociales en el interno de una agrupación humana, asentados en función del transcurso histórico¹³⁵⁸; tal y como se puede observar, no es un concepto equivalente al

¹³⁵³ En este sentido, FARIÑAS DULCE, M. J., *Globalización, ciudadanía y...*, *op. cit.*, pp. 37-38; ver también en BALIBAR, É., *op. cit.*, pp. 68-69. Desarrollando una postura tendencialmente opuesta, ver RUBIO LLORENTE, F., «Minorías y mayorías...», *op. cit.*, pp. 38-39.

¹³⁵⁴ En este sentido, FARIÑAS DULCE, M. J., *Globalización, ciudadanía y...*, *op. cit.*, p. 37; ver también BALIBAR, É., *op. cit.*, pp. 59-60 y 67. En sentido contrario, PÉREZ ROYO, J. y CARRASCO DURÁN, M., *op. cit.*, pp. 54 y 193.

¹³⁵⁵ Así, la concepción política y jurídica de *ciudadanía* se desarrolla en contraposición a la noción de *clase trabajadora*, ver en DE CABO MARTÍN, C., *Dialéctica del sujeto...*, *op. cit.*, pp. 95 y 103.

¹³⁵⁶ Con una opinión contraria (relativamente) a la expresada, BALIBAR, É., *op. cit.*, pp. 67-68 y 76-77.

¹³⁵⁷ En este sentido, ONUMA, Y., *op. cit.*, pp. 100-102.

¹³⁵⁸ Así, en YACK, B., *op. cit.*, pp. 520-521, 523 y 526-527 y, parcialmente, en FARIA, J. E., *op. cit.*, p. 16; una noción generalmente coincidente se puede encontrar en BALIBAR, É., *op. cit.*, pp. 16-17, GARCÍA LINERA, A., *op. cit.*, p. 119 y (siguiendo a Miguel Reale) en BARBOSA DE SÁ, A. P., *op. cit.*, p. 8. Para la consideración “naturalizada” de la *nación*, en general, como desarrollo superior de un *pueblo* (que presentaría, supuestamente, un mayor grado de homogeneidad existencial y de consciencia de sí misma), SCHMITT, C., *op. cit.*, pp. 96 y 228; por el contrario, rechazando la idea de reproducción en el tiempo de la realidad nacional como un hecho “natural” (si bien tampoco sería meramente “voluntarista”), BALIBAR, É., *op. cit.*, p. 17.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

de *pueblo*¹³⁵⁹. Por sí misma, la idea de Estado-Nación es una concepción *contingente*, puesto que considera como *posible* la existencia de una unión ideal entre la *nación* y el *Estado*, sin mediación alguna a través de la noción de *comunidad política* (sobre todo, obviando su rasgo de pluralidad interna)¹³⁶⁰: uno de sus efectos es la reducción de la capacidad de decisión política de la población realmente existente en un país¹³⁶¹. En realidad, lo común es la verificación de la existencia de comunidades políticas plurinacionales, determinadas a partir del desarrollo e interacción de sociedades clasistas en las que se constituyen Estados; la definición de una “nación” principal (presentada habitualmente como única, aunque en la realidad no lo sea) sirve precisamente como un factor *cultural* que trata de amortiguar las contradicciones entre clases sociales y, en ciertos casos, entre distintos grupos nacionales preexistentes¹³⁶². Pero lo “nacional” no ha de ser necesariamente identificado como un producto meramente *ideológico*, siempre y cuando el concepto de *nación* no suplante al de *comunidad política*: también puede indicar, aun de forma aproximada, el grado de “conciencia para sí” de sectores concretos de un determinado *pueblo* (o, normalmente, de la mayoría *subalterna* en una sociedad) en su voluntad de constitución de una comunidad política diferenciada (lo cual se denota, sobre todo, en el desarrollo de procesos de emancipación anticoloniales)¹³⁶³. En general, la raza, el idioma o el género de los distintos individuos son utilizados como indicadores de una posición social determinada, sea actual o histórica (tales “criterios” tardan en disolverse en el transcurso del tiempo), funcionando como criterios *subjetivos* para la preservación de relaciones de dominación social.

¹³⁵⁹ Se suelen encontrar con frecuencia expresiones de confusión entre estas dos nociones en la doctrina jurídica, tales como, por ejemplo, en ALZAGA VILLAAMIL, O., ... [*et al.*], *op. cit.*, p. 93 y (al respecto de su distinción práctica) en MARTÍNEZ DALMAU, R., «El debate sobre...», *op. cit.*, p. 80; a decir verdad, esta tendencia a la identificación de ambos conceptos está ya presente en la obra de Sieyès, ver en DE CABO MARTÍN, C., *Teoría Histórica del Estado y del Derecho Constitucional. Volumen II...*, *op. cit.*, pp. 212-213 y YACK, B., *op. cit.*, p. 533 (nota 15). Para la necesidad de distinguir una de la otra, ver también en *ibidem*, p. 520.

¹³⁶⁰ Ver SCHMITT, C., *op. cit.*, p. 228. En este sentido, y describiendo la idea de “nación cívica”, SANTOS, B. DE S., *Refundación del Estado...*, *op. cit.*, p. 81.

¹³⁶¹ En este sentido, RUIPÉREZ ALAMILLO, J., «De la reforma...», *op. cit.*, p. 100; ver también en BALIBAR, É., *op. cit.*, p. 20.

¹³⁶² En términos coincidentes, *ibidem*, pp. 18 y 19-21.

¹³⁶³ En este sentido (aunque generalizando estas conclusiones), FARIA, J. E., *op. cit.*, pp. 16-17; por el contrario, considerando de forma uniforme el “nacionalismo” como ideología de “exclusión” (admitiendo solamente una gradación de intensidad en este rasgo), BALIBAR, É., *op. cit.*, pp. 23-25.

B) La cuestión del “poder constituyente” y la contradicción fundamental del *fenómeno constituyente*.

La realidad social global actual se caracteriza por el predominio abrumador de los órdenes *clasistas*: las relaciones *políticas* en el seno de las sociedades existentes vienen determinadas por el mantenimiento de relaciones de *dominación* de unos grupos sociales sobre otros, que se concretan fundamentalmente en relaciones de *explotación* (ordenadas en función a las determinaciones del modo de producción *capitalista*) y de *control*¹³⁶⁴. La cuestión básica, por lo tanto, en el desarrollo de la vida social, reside en la determinación de qué grupos sociales tienen mayor capacidad que otros para orientar el sentido de la pervivencia en el tiempo del orden *político* de un país en concreto.

Tal y como se ha advertido anteriormente, en el conjunto de teorías políticas y jurídicas de mayor circulación, se tiende a resolver la interrogante anterior mediante la identificación de un sujeto *singular* (sea inmediatamente identificable, sea difuso) al que se asignan los atributos propios de la *soberanía*: tal es la concepción preponderante de *poder constituyente* (que, es preciso recordar, se construye a partir de la traslación del concepto jurídico de *soberano* al ámbito del *fenómeno constituyente*¹³⁶⁵). Esta idea, en general, funciona mediante la aplicación de un principio de exclusión: todo aquel actor social que realmente influya en el desarrollo en los procesos constituyentes tiende a ser absorbido “teóricamente” como parte de dicho *poder*, mientras que aquellos sujetos políticos en concreto que no aparecen de forma evidente (o “legítima”) en el proceso son registrados como elementos “extraños” a dicho concepto¹³⁶⁶. Sin embargo, la observación que surge inmediatamente de la afirmación de esta perspectiva no puede ser obviada: esta idea acerca de la *soberanía* y *lo constituyente* no casa en absoluto con la realidad de los procesos constituyentes analizados.

Sea cual sea la orientación última del proceso constituyente en cuestión, lo que se verifica inmediatamente en todos y cada uno de ellos es la acción recíproca de distintos

¹³⁶⁴ En este sentido (si bien asimilando terminológicamente *dominación* como *control*), WRIGHT, E. O., *op. cit.*, pp. 22-25.

¹³⁶⁵ En este sentido, NOGUERA FERNÁNDEZ, A., *El sujeto constituyente...*, *op. cit.*, pp. 35-36.

¹³⁶⁶ De hecho, lo característico del constitucionalismo liberal es el desconocimiento *formal* de la condición *política* de la clase trabajadora (lo cual se rectifica con la conformación del *Estado social* a partir de la contradicción *Capital-Trabajo*), ver DE CABO MARTÍN, C., *Dialéctica del sujeto...*, *op. cit.*, pp. 80 y 81.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

actores políticos, tales como partidos, movimientos, sindicatos, iglesias o fuerzas armadas¹³⁶⁷. Empíricamente, son actores porque efectivamente intervienen de formas muy diversas (y en distintos grados) en el proceso de desarrollo y transformación del orden *político* existente: agrupan, movilizan, convocan, opinan, acuerdan, oponen, disponen, vetan, disuelven... Pero, esencialmente, los actores representan las *partes* comparativamente más *subjetivizadas* (esto es, con cualidades, aun relativas, de autoconsciencia y articulación interna) de distintos sectores sociales (tales como trabajadores industriales o campesinos, agrupaciones urbanas o rurales, profesionales técnicos o administrativos, pequeño, mediano o gran empresariado capitalista, población “asentada” o migrante, grupos nacionales indígenas, burguesía “nacional” o “regional”, etcétera¹³⁶⁸), son expresiones activas de *grupos sociales* (referenciados en la estructura social clasista básica¹³⁶⁹) que devienen *sujetos*¹³⁷⁰. Puntualmente, en un mismo actor pueden confluír total o parcialmente distintos grupos sociales (aunque en posiciones de subordinación relativa de unos respecto a otros); del mismo modo, y en función de sus conflictos internos, un mismo grupo puede estar representado puntualmente en varios actores.

Los actores *políticos* son tales, primariamente, en cuanto que su acción afecta, aun en grados y formas variadas, a la generalidad de la sociedad (en otro caso, se trataría de “actores sociales”). Así pues, el sentido básico de su existencia está en la intervención en la configuración general (sea mantenimiento, desarrollo o transformación) de dicho

¹³⁶⁷ En este sentido (fundamentalmente, por lo que respecta a los partidos), RÍOS, M. (dir.), *op. cit.*, pp. 49-50 y 59-60; en general, GONZÁLEZ CADENAS, D., «Lecciones desde Islandia...», *op. cit.*, pp. 465-466. Así se reconoce expresamente en múltiples procesos concretos: por ejemplo, para el proceso venezolano de 1958 en torno a la formulación del Pacto de Punto Fijo, ver LAMEDA AGUILAR, I., *El Proceso Constituyente en Venezuela a partir de 1999, y las atribuciones legislativas del Presidente de la República*, p. 24 y VICIANO PASTOR, R. y MARTÍNEZ DALMAU, R., *Cambio político y...*, *op. cit.*, p. 37. Lo mismo, en el proceso de formación del Frente Nacional en Colombia entre 1956 y 1958, ver HURTADO, M., *op. cit.*, p. 99.

¹³⁶⁸ Para un reconocimiento de la heterogeneidad sustancial interna a las propias clases sociales (si bien circunscrito al análisis de las llamadas “clases populares”), ver NOGUERA FERNÁNDEZ, A., *El sujeto constituyente...*, *op. cit.*, pp. 16-17. En un sentido aún más amplio que el descrito, ver BRANDT, M., COTTRELL, J., GHAI, Y. y REGAN, A., *op. cit.*, p. 84.

¹³⁶⁹ Ver GRAMSCI, A., *op. cit.*, pp. 133-134.

¹³⁷⁰ En este sentido, *ibidem*, pp. 99, 100, 103 y 134 y (respecto a la relación conceptual entre *grupos sociales* y *actores de clase*) WRIGHT, E. O., *op. cit.*, pp. 121 y 133. Esta idea se refleja igualmente, por ejemplo, en DE OTTO Y PARDO, I., *op. cit.*, p. 400; ver también, como referencia en casos concretos, en CHESTERMAN, S., *You, the People. The United Nations, Transitional Administration, and State-Building*, p. 211.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

orden *político*, de acuerdo con su ideario *real*¹³⁷¹. En consecuencia, no constituyen meros *grupos de intereses* estrictamente sectoriales o particulares (y cuando se presentan fundamentalmente como tales, normalmente es porque, en realidad, “gravitan” en torno a otros sujetos, en una relación de hegemonía de estos últimos respecto a los primeros)¹³⁷². Cuando un actor emerge con una orientación política y con un sentido de permanencia, entonces se conforma *sustancialmente* como *partido*, esto es, como concreción organizativa *explícita e instrumental* de aquel: esta es la *forma* característica de un *sujeto político*¹³⁷³.

De esta conceptualización cabe señalar tres claves. En primer lugar, la condición de *partido* es independiente de la forma sensible que adopte (y, como consecuencia de ello, de su denominación pública)¹³⁷⁴: de hecho, los partidos pueden cambiar de *forma* a lo largo del tiempo, en función del contexto político (lo cual es especialmente discernible en distintos escenarios posbélicos¹³⁷⁵)¹³⁷⁶. Igualmente, los partidos “existen” en cuanto concreciones *de* los sujetos políticos existentes: no son entes “*instrumentales*”

¹³⁷¹ GRAMSCI, A., *op. cit.*, p. 135.

¹³⁷² En este sentido, GONZÁLEZ CASANOVA, J. A., *op. cit.*, p. 319 y GRAMSCI, A., *op. cit.*, p. 135.

¹³⁷³ Ver en *ibidem*, pp. 99-100, 111-112 y 135. Siguiendo a Carlos de Cabo, “[...] *si la representación trataba de disolver la existencia y actuación de las clases como tales, de desconocerlas, ocultarlas y contribuir a que el funcionamiento del Estado se desarrollara “como si no existieran”, los partidos suponen la recuperación política de su existencia, el lanzamiento y manifestación de las clases en la órbita política*”, ver DE CABO MARTÍN, C., *Contra el consenso...*, *op. cit.*, p. 134.

¹³⁷⁴ GRAMSCI, A., *op. cit.*, pp. 97 y 217.

¹³⁷⁵ Ver CHESTERMAN, S., *op. cit.*, pp. 221-222.

¹³⁷⁶ Precisamente, por no llegar a comprender que los sujetos políticos están sometidos a permanentes procesos de evolución, Albert Noguera Fernández presenta una tipología fundamentalmente cerrada de “*formas del sujeto constituyente*” (denotada por la centralidad teórica conferida a la idea de *acontecimiento*), presentadas como polos tendencialmente antagónicos entre sí (que, por añadidura, no acaban de corresponder con la realidad de los procesos analizados), ver NOGUERA FERNÁNDEZ, A., *El sujeto constituyente...*, *op. cit.*, pp. 22-28. Así, se destacan las delimitaciones de este autor acerca del “sujeto constituyente” en Venezuela como la interacción entre el “pueblo-masa” y el “líder”, negando de hecho la importancia de las organizaciones políticas en el seno del bloque político *bolivariano* (así, en *ibidem*, pp. 101-107 y 120-121): en contraste, ver VICIANO PASTOR, R. y MARTÍNEZ DALMAU, R., *Cambio político y...*, *op. cit.*, pp. 98-100 y 122-125. En este mismo sentido, el anterior autor obvia el papel de las organizaciones revolucionarias (Movimiento 26 de Julio, Partido Socialista Popular, Directorio Revolucionario 13 de Marzo, que finalmente desembocaron en la formación del Partido Comunista de Cuba, así como del propio Ejército Rebelde) en el desarrollo y consolidación de la Revolución cubana, igualmente en NOGUERA FERNÁNDEZ, A., *El sujeto constituyente...*, *op. cit.*, pp. 96-101 y 120.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

para el funcionamiento correcto *del* orden “institucional”¹³⁷⁷. Esta determinación presenta una consecuencia inmediata: en los casos en el que el “partido” (en el sentido estrictamente formal de organización partidaria explícita) se “independiza” del sujeto político que lo constituye (se produce la separación entre la *materia* y la *forma* del mismo actor político), este acaba “segando la hierba bajo sus propios pies” y abriendo el camino de su propia decadencia (desembocando en su desaparición final como fuerza efectiva)¹³⁷⁸. Finalmente, es necesario indicar que los partidos también están sujetos, como toda formación de carácter social, a contradicciones internas que rigen su evolución esencial (incluyendo su disolución, si fuera el caso) y que provienen naturalmente de su relativa heterogeneidad *social* interna.

La presencia destacada de múltiples actores políticos aflora continuamente en los distintos procesos constituyentes analizados. Tal y como hemos visto, no es posible comprender el resultado de los procesos en Portugal, Grecia, España, Brasil, Filipinas, Chile (de 1989), Paraguay, Sudáfrica o Nepal sin el protagonismo directo de los distintos *partidos*, sus interacciones y negociaciones. Otros procesos, tales como los de Francia, Europa Central y Oriental y Rusia son llevados a cabo principalmente frente a los respectivos partidos comunistas (fuere principalmente para consolidar su expulsión del gobierno estatal o para impedir su reconstrucción o crecimiento potencial en el futuro, según el caso); por su parte, los procesos chileno (de 1973), peruano y turco se desencadenaron directamente contra el conjunto del espectro de organizaciones sociales y políticas “de izquierda”. En un sentido distinto, la articulación *política* de diversos actores sociales frente al conjunto de partidos (constituidos explícitamente como tales) dominantes en el momento, precede al avance de los procesos constituyentes venezolano, boliviano y ecuatoriano; en Colombia, son facciones concretas de los partidos políticos dominantes las que impulsan las transformaciones constitucionales en el país. Del mismo modo, hay también actores *políticos*, que se presentan formalmente como movimientos “sociales”, que también resultan particularmente relevantes en

¹³⁷⁷ Por el contrario, afirmando que “*Estos instrumentos de intermediación entre la sociedad y el Estado son los partidos políticos, sin los cuales la democracia representativa no puede funcionar. [...]*”, PÉREZ ROYO, J. y CARRASCO DURÁN, M., *op. cit.*, p. 499.

¹³⁷⁸ En este sentido, DE CABO MARTÍN, C., *Dialéctica del sujeto...*, *op. cit.*, pp. 95 y 97 y GRAMSCI, A., *op. cit.*, pp. 142-143.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

múltiples procesos, tales como los acontecidos en Europa Central y Oriental¹³⁷⁹, así como en América Latina (por ejemplo, con la conformación de distintas organizaciones indígenas en Bolivia o Ecuador, como ya se ha estudiado anteriormente).

Pero existen otros actores políticos que han sido cruciales en la mayor parte de los procesos constituyentes, a los cuales el conjunto de la doctrina no reconoce como tales (procediéndose como si la operación de tal reconocimiento tuviese que conllevar la justificación automática de su presencia o sus actuaciones). Los más destacados son, con diferencia, las Fuerzas Armadas, con protagonismo y posiciones *propias*, sea para establecer orientaciones directas o para marcar límites en los anteriores¹³⁸⁰. Estas se destacaron como artífices cruciales de los respectivos procesos constituyentes (especialmente, a través de las actuaciones de sus mandos dirigentes) en Francia, Chile, Portugal, España, Turquía, Brasil, Polonia, Filipinas o Paraguay (y también en Grecia, Perú y Rusia, por lo menos a partir del apoyo brindado a los presidentes o jefes de gobierno respectivos); en un plano menos destacado (sobre todo, por su voluntad general de no intervención en el curso de los acontecimientos), pero igualmente patentes como factores políticos a tener en cuenta, estarían las organizaciones militares en los procesos de Europa Central y Oriental, Venezuela, Bolivia y Ecuador. Es decir, en lo referente a los procesos constituyentes, las Fuerzas Armadas únicamente dejaron de ser un actor *político* efectivo allá donde habían sido previamente disueltas (los ejemplos paradigmáticos son los de Alemania y Japón) o habían ya fracasado militarmente en los respectivos conflictos internos (los casos de Sudáfrica y, en buena medida, Nepal). Lo mismo ocurre con el papel jugado por distintas confesiones religiosas organizadas, tales como la Iglesia católica: la actividad de esta fue destacada en la reorganización de las fuerzas contrarrevolucionarias en Portugal, el fortalecimiento de la resistencia contra el régimen socialista en Polonia, la contestación “moderada” contra el gobierno pinochetista en Chile, el régimen militar brasileño y la facción de Marcos en Filipinas, el apoyo al proceso de transición en Paraguay o en la oposición al gobierno bolivariano

¹³⁷⁹ En este sentido, LINZ, J. J. y STEPAN, A., *op. cit.*, p. 247.

¹³⁸⁰ Describiendo su participación y función en diversos procesos constituyentes, ver HUNTINGTON, S. P., *op. cit.*, pp. 210-226. Para una caracterización teórica de la naturaleza y función *política* de las organizaciones militares, GRAMSCI, A., *op. cit.*, pp. 143-147.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

en Venezuela, entre otros ejemplos¹³⁸¹; por su parte, las iglesias luteranas cumplieron, en la década de 1980, un papel sustancialmente similar (aunque en menor extensión) en la oposición al gobierno de la República Democrática Alemana¹³⁸².

Pero es que, además, los actores *políticos* no son solo *internos* al país en cuestión, sino también pueden ser *externos*, lo cual se advierte en la acción significativa de Estados o partidos extranjeros en la configuración de la vida política de un país determinado¹³⁸³. Si bien los ejemplos más extremos son los de Alemania y Japón, la influencia determinante de las grandes potencias occidentales en la orientación fundamental del conjunto de procesos constituyentes estudiados es un hecho. En este sentido, se destacan directamente, entre otros, los casos de Chile, Portugal, España (con una notable intervención europeo-occidental, especialmente por parte de las fuerzas políticas socialdemócratas del área¹³⁸⁴), Filipinas, Paraguay, Polonia, Sudáfrica o Nepal (en el que, por otra parte, la influencia de India ha sido determinante¹³⁸⁵)¹³⁸⁶. De forma más indirecta, pero no por ello menos decisiva, se erigen los casos de los países de Europa Central y Oriental, en función del proceso de adaptación a las exigencias dispuestas por la Unión Europea (tal y como se ha visto anteriormente)¹³⁸⁷.

Si hay una realidad que se observa en la totalidad de fenómenos constituyentes analizados es la ausencia de algo parecido a la “unanimidad” social (la cual habría sido la expresión definitiva del carácter homogéneo de la *comunidad política*¹³⁸⁸): la articulación de los sectores sociales opuestos entre sí se manifiesta en el predominio

¹³⁸¹ Para una panorámica del papel de la Iglesia católica en buena parte de los procesos analizados, ver HUNTINGTON, S. P., *op. cit.*, pp. 80-87 y 98.

¹³⁸² En este sentido, LINZ, J. J. y STEPAN, A., *op. cit.*, p. 245.

¹³⁸³ HUNTINGTON, S. P., *op. cit.*, pp. 87-88 y OKLOPCIC, Z., «Constitutional (Re)Vision: Sovereign...», *op. cit.*, pp. 90, 92-93 y 95. Para la jerarquización política en distintas regiones entre países *centrales* y *periféricos*, *idem*, «Three arenas of...», *op. cit.*, p. 234.

¹³⁸⁴ Ver en POWELL, C. T., *op. cit.*, pp. 90-115; en términos más genéricos, ver también WELP, Y., *op. cit.*, p. 89.

¹³⁸⁵ En este sentido, KANTHA, P. K., *op. cit.*, pp. 88-89 y KRÄMER, K.-H., *op. cit.*, pp. 46-47 (también nota 7).

¹³⁸⁶ En especial, para la intervención de Estados Unidos en el conjunto de estos procesos, ver HUNTINGTON, S. P., *op. cit.*, pp. 91-98.

¹³⁸⁷ En este sentido, se destaca el ejemplo de los distintos países de la antigua Yugoslavia (con diferencia, los casos más sobresalientes en la región), OKLOPCIC, Z., «Constitutional (Re)Vision: Sovereign...», *op. cit.*, pp. 82 y 85.

¹³⁸⁸ Siguiendo a Mortati, LÓPEZ GARRIDO, D., «Constitución y estructura...», *op. cit.*, p. 131.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

relativo de las posiciones de unas partes frente a las otras (lo cual suele verificarse en sistemas de mayorías, aunque no es imprescindible¹³⁸⁹)¹³⁹⁰, por lo cual se hace necesario no confundir el hecho de un acatamiento del orden resultante con una supuesta participación efectiva en la producción de este. Por otra parte, la “composición” de un pretendido *poder constituyente unitario* no es determinable, sea *a priori* o *a posteriori*: los sujetos políticos concurrentes en los procesos descritos son irreductibles esencialmente entre sí¹³⁹¹.

En consecuencia, lo que se halla efectivamente en la *dinámica fundamental* del fenómeno constituyente no es la acción de un “soberano” o un “poder” únicos, sino la interacción de múltiples *sujetos constituyentes*¹³⁹²: sujetos *políticos* capaces de modelar el orden fundamental de una *comunidad política*, materializados como *partidos* (en el sentido antes descrito)¹³⁹³. En el caso de que alguno de estos sujetos (o, más bien, una conjunción de ellos) alcanzase una posición incontestablemente *hegemónica*, entonces tiende a producirse la confusión de su voluntad con la (supuesta) del conjunto del llamado “pueblo”¹³⁹⁴. Así, en función de que tales sujetos sean internos al país en

¹³⁸⁹ Ver RUBIO LLORENTE, F., «Minorías y mayorías...», *op. cit.*, p. 41.

¹³⁹⁰ En este sentido, KAY, R. S., *op. cit.*, pp. 750-751; igualmente (siguiendo a Mortati), ver PORRAS NADALES, A., «Notas sobre la...», *op. cit.*, p. 186. En un sentido más general, ver GRAMSCI, A., *op. cit.*, p. 135.

¹³⁹¹ En este sentido (llegando a negar al “pueblo” como realidad ontológica *singular*), BRANDT, M., COTTRELL, J., GHAI, Y. y REGAN, A., *op. cit.*, p. 84.

¹³⁹² Ver OKLOPCIC, Z., «Three arenas of...», *op. cit.*, p. 228 y (en referencia a la interacción entre distintos “actores”) TULLY, J., *op. cit.*, pp. 325-326; en un sentido general, HUNTINGTON, S. P., *op. cit.*, pp. 117-120 y 198 y, en una aproximación cercana (considerando la posibilidad de considerar la existencia de distintos “titulares del poder constituyente”), PACE, A., *op. cit.*, pp. 22-23. Igualmente, esta perspectiva es defendida por Peter Häberle (si bien entendida simplemente como un rasgo del pluralismo “actual”, presente en los propios textos constitucionales), ver en HÄBERLE, P., *El Estado constitucional...*, *op. cit.*, p. 124.

¹³⁹³ Reconociendo la importancia histórica de los partidos políticos (en sentido concreto) en los procesos constituyentes *reales*, MIRANDA, J., *op. cit.*, p. 84. En una orientación similar, considerando las “*societal forms of self organization and mobilization*” como “cuerpos” que componen, junto con la “opinión pública” en general, el *pueblo*, ARATO, A., *op. cit.*, p. 437. Por otra parte, asumiendo de hecho el conjunto de ideas expuestas (pero integrándolas en el marco formal del concepto de *poder constituyente*), LÓPEZ GARRIDO, D., «Constitución y estructura...», *op. cit.*, p. 131 y PORRAS NADALES, A., «Notas sobre la...», *op. cit.*, p. 188.

¹³⁹⁴ Un ejemplo de esta postura, en RINCÓN-COVELLI, T., *op. cit.*, p. 73. En este sentido (aplicado a procesos de transformación revolucionaria), ver PREUSS, U. K., *op. cit.*, pp. 215-216 y 217-218. Prueba de lo dicho se puede comprobar en los procesos de transformación política en Europa Central y Oriental: la desaparición efectiva de los sujetos políticos antes dominantes (sin que hayan sido necesariamente sustituidos por otros) llevó inevitablemente a la disolución (al menos parcial) del orden político y la desorganización de la propia sociedad, ver en HOLMES, S., *op. cit.*, pp. 116-123 y 133-134.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

cuestión, se tenderá a la formación o mantenimiento de un Estado en concreto¹³⁹⁵; por otra parte, cuando los sujetos dominantes tengan fundamentalmente un carácter externo (sea directa o indirectamente), se tenderá a la formulación de esquemas más o menos formales de dependencia extranjera (tales como la conformación de protectorados, sistemas de “integración” en bloques regionales u otros mecanismos análogos).

Finalmente, la capacidad de mantener un orden político determinado frente a la voluntad de otros sujetos “exteriores” determina la existencia de la *soberanía*¹³⁹⁶: con ello, se denota el carácter *relacional* de este concepto. La *soberanía*, por tanto, ha de apreciarse como la conceptualización abreviada del conjunto de relaciones de poder existentes en unas comunidades políticas no imaginadas, sino históricas y efectivas (que vienen a coincidir con “países” existentes, aunque tal identidad no ha de entenderse como imperativa), frente a otras comunidades políticas que se manifiestan como *exteriores* (siquiera parcialmente): es una parcelación territorial *relativa* de la relación general de dominación de unas clases sociales sobre otras¹³⁹⁷. Es de esta realidad de donde surge propiamente el reconocimiento de la existencia simultánea de las dimensiones “interna” y “externa” en el concepto de soberanía, tal y como son generalmente contempladas en la doctrina jurídica dominante¹³⁹⁸.

Lo anteriormente expuesto lleva necesariamente a afirmar que el *pueblo* no puede ser caracterizado como un tipo específico de *actor político*¹³⁹⁹. Expresión de ello es el hecho de que buena parte de la población de un país, supuestamente englobable dentro del *pueblo*, no se movilice políticamente en período alguno, ni siquiera durante los momentos más álgidos de los procesos de transformación general del orden político (por ejemplo, no vota en las elecciones y referéndums que suelen jalonar los distintos

¹³⁹⁵ Entendiendo la culminación “exitosa” del proceso constituyente como resultado del “*acuerdo entre los mayores sujetos políticos del momento*”, PACE, A., *op. cit.*, p. 40 (nota 124). En términos generales, para el desarrollo del *partido* en Estado, GRAMSCI, A., *op. cit.*, pp. 99 y 223.

¹³⁹⁶ En este sentido, DE GUSMÃO, H. C. A., *op. cit.*, pp. 143-144 y FARIA, J. E., *op. cit.*, p. 18.

¹³⁹⁷ Similarmente (aunque excluyendo el análisis de clase), en PÉREZ ROYO, J. y CARRASCO DURÁN, M., *op. cit.*, pp. 55-56.

¹³⁹⁸ Ver, por ejemplo, en DE GUSMÃO, H. C. A., *op. cit.*, p. 143, MACKLEM, P., *op. cit.*, p. 33, TARDIF, E., *op. cit.*, p. 310 y TORRES DEL MORAL, A., *op. cit.*, p. 30; similarmente (en relación con la caracterización de la idea de “estatalidad” en el Derecho internacional), ver BUCHAN, R., «Developing Democracy through Liberal International Law», pp. 321-322.

¹³⁹⁹ En un sentido contrario (siguiendo a Ernst-Wolfgang Böckenförde, José Joaquim Gomes Canotilho, Peter Häberle y Friedrich Müller), DE GUSMÃO, H. C. A., *op. cit.*, pp. 141-142.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

procesos constituyentes, tal y como se pudo ver anteriormente)¹⁴⁰⁰. Desde esta perspectiva, por tanto, no se puede asumir la proposición que afirma la existencia real de *sujetos constituyentes* esencialmente *formales*, tales como la Nación, el Pueblo o la “multitud”, en cuanto que presuntas expresiones *unitarias* de una totalidad social amorfa¹⁴⁰¹. La proclamación de algunos de estos pretendidos “sujetos” como *soberanos*, en los distintos textos constitucionales, no tiene más que un sentido *ideológico* (en cuanto que tal afirmación no aclara, por sí misma, el grado real de *adhesión* a un determinado orden político existente en una sociedad)¹⁴⁰². Por lo tanto, el concepto de poder constituyente, en cualquiera de sus manifestaciones (sea como *sujeto*, sea como *relación* entre sujetos), no refleja la existencia material de sujetos políticos que interrelacionan entre sí, dando lugar a transformaciones (parciales o generales) del orden general¹⁴⁰³: en términos reales, *el poder constituyente no existe*¹⁴⁰⁴.

La participación de los distintos actores políticos en el desarrollo y culminación del proceso constituyente ha dejado una huella destacada en el contenido de los distintos textos constitucionales. Así, se reconoce el papel fundamental de los *partidos políticos* (en su consideración formal como tales) en la conformación de los respectivos órdenes estatales, en las constituciones alemana (art. 21), francesa (art. 4), griega (art. 29), portuguesa (actual art. 10, inicialmente art. 3), española (arts. 1 y 6), sudafricana (art. 1), polaca (art. 11) o rusa (art. 13). Por otra parte, no es de extrañar que, en los textos derivados de procesos constituyentes con un sentido más marcadamente “antidemocrático”, los partidos sean reducidos a la condición de simple expresión del

¹⁴⁰⁰ En este sentido (siguiendo a Friedrich Müller), BARBOSA DE SÁ, A. P., *op. cit.*, p. 12; aún menos realista, si cabe, es la consideración directa del *pueblo* como *actor constituyente*, ver OKLOPCIC, Z., «Three arenas of...», *op. cit.*, pp. 208-209 y PACE, A., *op. cit.*, p. 23. Un ejemplo particularmente notorio de esta realidad se halla en los procesos de transformación política en Europa Central y Oriental, ver HOLMES, S., *op. cit.*, p. 132.

¹⁴⁰¹ En este sentido, KAY, R. S., *op. cit.*, p. 760 (también nota 230) y OKLOPCIC, Z., «Constitutional (Re)Vision: Sovereign...», *op. cit.*, p. 90; ver también DE CABO MARTÍN, C., *Conflicto y constitución...*, *op. cit.*, pp. 255-256 y (siguiendo a Francisco Ayala) GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, I., «De la Constitución del Estado al Derecho constitucional para la Comunidad internacional», p. 28.

¹⁴⁰² En este sentido, DE CABO MARTÍN, C., *Teoría Histórica del Estado y del Derecho Constitucional. Volumen II...*, *op. cit.*, p. 276; en un sentido descriptivo de esta posición, PINTO, L. M. DA S. C., *op. cit.*, pp. 125 y 134. Ver también DE CABO MARTÍN, C., *Conflicto y constitución...*, *op. cit.*, pp. 130 y 133.

¹⁴⁰³ Para un reconocimiento (implícito) de esta realidad, GONZÁLEZ CASANOVA, J. A., *op. cit.*, p. 211.

¹⁴⁰⁴ Así pues, no es posible compartir la propuesta, lanzada desde el ámbito del constitucionalismo crítico, de procurar la “*recuperación*” de esta pretendida categoría constitucional: ver tal idea en DE CABO MARTÍN, C., «Propuesta para un...», *op. cit.*, pp. 393-394.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

ejercicio de un *derecho fundamental* individual de carácter político: así se establece en las constituciones chilena (art. 19, apartado 15º), turca (art. 68) o peruana (art. 35), así como en la húngara (art. VIII, apartado 3). Igualmente, hay situaciones “híbridas” establecidas, indirectamente, mediante la mención general al *pluralismo (político)* y la consideración de los *partidos* en el contexto de los derechos fundamentales, tal y como se manifiesta en las constituciones brasileña (arts. 1 y 17), colombiana (arts. 1, 40 y 107), paraguaya (arts. 1 y 124), venezolana (arts. 2 y 67) o boliviana (arts. 1 y 26); el texto ecuatoriano recoge la postura más reticente hacia los partidos en esta serie (art. 108).

Hay varios casos en los que las Fuerzas Armadas son concebidas, implícitamente, como algo más que un simple instrumento del gobierno de cara al *exterior*, al asumir una función de defensa del orden político *interno*; en estos casos, se suele definir a las organizaciones armadas como una extensión “propia” de la Jefatura del Estado. Así se recoge en una serie de constituciones: francesa (arts. 5 y 15), española (arts. 8 y 62), filipina (art. II, sección 3 y art. VII, sección 18), brasileña (arts. 84 y 142), colombiana (arts. 189 y 217), paraguaya (arts. 173 y 238), rusa (art. 87), venezolana (arts. 236 y 328) y boliviana (arts. 172, 243 y 246). El papel *político* de las Fuerzas Armadas es significativamente más evidente en las constituciones chilena (arts. 32, 101, 106 y 107), turca (arts. 104, 117 y 118) y peruana (arts. 118, 165 y 167); también lo era, con particular claridad e intensidad, en la redacción original de la Constitución portuguesa (especialmente, en sus artículos 3 y 10).

Por otra parte, el reconocimiento de una posición *política* implícita a una determinada organización religiosa (esto es, yendo más allá de la enunciación de estas como parte de la garantía de protección de la libertad religiosa) aparece también en diversas constituciones: así, respecto a la Iglesia ortodoxa, en el texto griego (art. 3) y, en lo referente a la Iglesia católica, en las constituciones polaca (art. 25) y peruana (art. 50). Igualmente, se reconocen como sujetos *políticos*, en diversos casos, a diversos grupos *nacionales* dentro del propio país. Tal es el ejemplo de los pueblos indígenas en la Constitución ecuatoriana (hasta cierto punto: véanse artículos 1, 56 y 57) pero, sobre todo, en la boliviana (art. 2); el mismo reconocimiento de las realidades *nacionales* internas se predica en el artículo 2 de la Constitución española o los artículos 3 y 5 de la Constitución rusa. En algunos casos, asimismo, se llega a afirmar, siquiera

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

indirectamente, la posición *política* de organizaciones sindicales y/o empresariales, tal como ocurre en el texto constitucional español (art. 7) o en el polaco (arts. 12 y 59).

En su conjunto, el caso español es un ejemplo claro de enumeración de los distintos *sujetos políticos* efectivamente *constituyentes*: el *estatus* de estos en el orden político resultante de la *Transición* quedó formalizado principalmente mediante el reconocimiento mutuo de sus respectivas organizaciones representativas en el Título Preliminar de la Constitución vigente (como ya se ha podido observar)¹⁴⁰⁵. Estos son, en consecuencia, los “Señores de la Constitución”, la concreción y manifestación de los *sujetos políticos* presentes en el *pacto constituyente* español de 1977-1978: los grupos hegemónicos en la clase capitalista, los sectores “vertebrados” de la clase trabajadora, los *sujetos nacionales* en la periferia geográfica peninsular y el núcleo funcional “histórico” del propio Estado (representado por las Fuerzas Armadas, con el Rey como su jefe supremo)¹⁴⁰⁶.

Sin embargo, ello no significa que los *sujetos constituyentes* tengan asegurados permanentemente la condición “constitucional” alcanzada. A pesar de la “petrificación” de las relaciones *políticas* del momento en un texto constitucional formal, los actores constituyentes representados pueden debilitarse o desaparecer (como ocurrió, en el caso portugués, con el Movimiento de las Fuerzas Armadas, que dejó efectivamente de existir mucho antes de la supresión *formal* de su papel constitucional en 1982¹⁴⁰⁷)¹⁴⁰⁸; asimismo, pueden surgir otros actores no contemplados *a priori* en el orden constituido. Esta realidad proviene del hecho de que las capacidades *constituyentes* de los distintos *sujetos políticos* (que son los que dan forma a los distintos actores participantes) son fluctuantes en el tiempo, de acuerdo, precisamente, a la propia evolución de la posición y significación de estos en la “red” general de relaciones sociales (un caso notable es el

¹⁴⁰⁵ En este sentido (mediante la noción de “*pacto de status*”), HERRERO DE MIÑÓN, M., *op. cit.*, p. 38; llamando la atención sobre la singular redacción (y posición) del Título Preliminar, CLAVERO SALVADOR, B., *España, 1978...*, *op. cit.*, p. 247. Por otra parte, para el reconocimiento del “*pluralismo social*” en general en el texto constitucional, ver PÉREZ ROYO, J. y CARRASCO DURÁN, M., *op. cit.*, pp. 171-174.

¹⁴⁰⁶ HERRERO DE MIÑÓN, M., *op. cit.*, pp. 2 y 37-38. Un eco de esta realidad se puede ver en la expresión de los dos principales problemas que se tenían que “resolver” en el proceso constituyente, que eran la “democratización” y la “cuestión nacional”: en este sentido, PÉREZ ROYO, J. y CARRASCO DURÁN, M., *op. cit.*, pp. 146-147 y 783.

¹⁴⁰⁷ También se puede comprobar un proceso similar en el caso español, ver PÉREZ ROYO, J., *La reforma constitucional...*, *op. cit.*, p. 24.

¹⁴⁰⁸ HERRERO DE MIÑÓN, M., *op. cit.*, p. 40.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

de la decadencia y progresiva desaparición de los partidos conservadores “agrarios” en la mayor parte de Europa desde mediados del siglo XX)¹⁴⁰⁹. Todo sujeto político presenta contradicciones internas y externas que, en diversos momentos, pueden derivar en antagónicas, lo que se refleja en los procesos de enfrentamientos, escisiones y rupturas observables en distintos actores políticos (como en las organizaciones partidarias). Así pues, los sujetos políticos están en continuo proceso de reconfiguración interna, lo que afecta a su posición y significación general en la sociedad.

C) La naturaleza de la *Constitución: contenido y forma del fenómeno constituyente.*

Los fenómenos constituyentes, en cuanto procesos que existen *ontológicamente* (y que, por tanto, no son simplemente el producto de una construcción mental), presentan dos aspectos fundamentales que son inseparables e interdependientes, si bien son distinguibles analíticamente: el *material* y el *formal*¹⁴¹⁰.

Las relaciones *políticas* de dominación se formulan primordialmente, en las sociedades clasistas, bajo la forma de normas jurídicas, esto es, como *Derecho*¹⁴¹¹. El *ordenamiento jurídico*, en su conjunto, constituye la presentación, con carácter comprensivo, sistematizado, estructurado y público (a la vista de todas y todos), del orden político imperante (expresando la *conformación* de este en cada momento¹⁴¹²): su condición como “ordenamiento” reside tanto en la adecuación del conjunto de determinaciones normativas existentes a las tendencias intrínsecas de desarrollo subyacentes en el orden político, como en el aseguramiento de la coherencia del propio

¹⁴⁰⁹ Ver KAY, R. S., *op. cit.*, p. 757; en este sentido, también PINTO, L. M. DA S. C., *op. cit.*, p. 145.

¹⁴¹⁰ En este sentido (si bien aplicado a la idea de “poder constituyente”), MIRANDA, J., *op. cit.*, p. 73.

¹⁴¹¹ Ver DE CABO MARTÍN, C., *Teoría Histórica del Estado y del Derecho Constitucional. Volumen II...*, *op. cit.*, pp. 269-270 y 272-273 y LÓPEZ GARRIDO, D., «Constitución y estructura...», *op. cit.*, pp. 76-78; siguiendo a Mortati, también PINTO, L. M. DA S. C., *op. cit.*, p. 131. En un sentido más general, según Ignacio de Otto, “[...] *Donde hay derecho hay dominación de unos individuos sobre otros.* [...]”, en DE OTTO Y PARDO, I., *op. cit.*, p. 591; similarmente, ver FOUCAULT, M., *Hay que defender...*, *op. cit.*, p. 32, MÉNDEZ MADDALENO, J. L., *op. cit.*, pp. 60-61 y WOLKMER, A. C., *Ideología, Estado e...*, *op. cit.*, pp. 180-181. La idea del Derecho como imposición de la clase “*dirigente*” al servicio de su propio desarrollo, en GRAMSCI, A., *op. cit.*, pp. 218 y 228-229.

¹⁴¹² En este sentido (más concretamente, en lo que respecta a la naturaleza *política* del sistema de fuentes del derecho), DE CABO MARTÍN, C., *Contra el consenso...*, *op. cit.*, pp. 290-295.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

conjunto normativo (mediante la eliminación de antinomias y lagunas)¹⁴¹³. Así pues, el Derecho siempre tiene un carácter *histórico*, dependiente del contexto social en el que, en última instancia, se incardina¹⁴¹⁴. La eficacia del ordenamiento jurídico se fundamenta principalmente en la actuación del conjunto de las organizaciones estatales, mediante el ejercicio de los factores de “poder” mencionados anteriormente¹⁴¹⁵; en concreto, las distintas ramas jurídicas representan, primordialmente, la instrumentación técnica de tales factores para su aplicación en la vida social.

La interacción *fundamental* entre los *sujetos políticos* de una sociedad, de carácter recíproco, dinámico y *necesario*, conforma la definición *material* (es el *contenido*) de la *Constitución*¹⁴¹⁶. Hablamos de interrelación y no de “acuerdo” o “consenso”, puesto que la Constitución, entendida en su sentido básico de *orden*, revela la realidad y vocación de *permanencia* de las relaciones políticas de poder existentes, expresando la posición de subordinación (siempre relativa¹⁴¹⁷) de unos sujetos respecto a otros¹⁴¹⁸: solo puede entenderse realmente la Constitución como expresión del *conflicto* entre clases¹⁴¹⁹. En este sentido, es normal que los contenidos constitucionales estén centrados

¹⁴¹³ Ver *ibidem*, pp. 279-284 y LÓPEZ GARRIDO, D., «Constitución y estructura...», *op. cit.*, pp. 80-82 y 84-87.

¹⁴¹⁴ DE CABO MARTÍN, C., *Teoría Histórica del Estado y del Derecho Constitucional. Volumen II...*, *op. cit.*, p. 269 y LÓPEZ GARRIDO, D., «Constitución y estructura...», *op. cit.*, pp. 122-124; abundando en la interrelación entre *Tiempo y Derecho* (siguiendo a Carlos de Cabo), DE GUSMÃO, H. C. A., *op. cit.*, p. 108 (nota 194).

¹⁴¹⁵ En este sentido, GONZÁLEZ CASANOVA, J. A., *op. cit.*, pp. 60-61 y 223. Respecto a la consideración de la posibilidad de uso de la “fuerza física” como único factor caracterizador de las normas jurídicas, ALÁEZ CORRAL, B., *op. cit.*, pp. 187-188 y DE OTTO Y PARDO, I., *op. cit.*, p. 588; por el contrario, relativizando el recurso a la represión en los órdenes políticos consolidados (siguiendo a Gramsci), LASO PRIETO, J. M., *op. cit.*, p. 79. Para la relación entre *coacción física* (reduciendo en gran medida el papel del resto de factores), *ordenamiento jurídico y dominación social*, ver DE OTTO Y PARDO, I., *op. cit.*, pp. 589-592.

¹⁴¹⁶ En este sentido, DE CABO MARTÍN, C., *Teoría Histórica del Estado y del Derecho Constitucional. Volumen II...*, *op. cit.*, pp. 181 y 270-273 y GONZÁLEZ CASANOVA, J. A., *op. cit.*, p. 210; también (siguiendo a Mortati) PINTO, L. M. DA S. C., *op. cit.*, pp. 131-132. Una concepción similar, en LÓPEZ GARRIDO, D., «Constitución y estructura...», *op. cit.*, pp. 134-135.

¹⁴¹⁷ En este sentido (si bien en referencia a la “composición” del “poder constituyente”), *ibidem*, pp. 133-134.

¹⁴¹⁸ Ver (parcialmente) en GONZÁLEZ CASANOVA, J. A., *op. cit.*, p. 223; también (siguiendo a Mortati), en PORRAS NADALES, A., «Notas sobre la...», *op. cit.*, p. 186. Precisamente, la noción de *consenso* sugiere (de forma arbitraria) la “cancelación” de la existencia política de las contradicciones sociales preexistentes, así en GONZÁLEZ CASANOVA, J. A., *op. cit.*, pp. 462-463, con lo cual se debilita la acción constituyente “popular”: en este sentido, SÁNCHEZ RUBIO, D., *Derechos humanos instituyentes...*, *op. cit.*, p. 59.

¹⁴¹⁹ Ver DE CABO MARTÍN, C., «Propuesta para un...», *op. cit.*, pp. 392-393.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

especialmente en la configuración del “sistema” de organizaciones estatales, puesto que este cumple un papel crucial en el mantenimiento del orden político establecido en las sociedades actuales¹⁴²⁰; sin embargo, la Constitución no afecta únicamente al Estado, sino que alcanza a toda la sociedad¹⁴²¹, de la cual el Estado *es* materialmente *parte* (como vimos anteriormente). En consecuencia, los “derechos y libertades” constitucionales, en su conjunto, encierran dentro de sí (y representan jurídicamente) la síntesis de las relaciones políticas de dominación clasista existentes en la sociedad, siendo la cristalización “pública” y “explícita” de estas¹⁴²². Con todo, es importante no caer en la confusión, bastante común en la doctrina, entre el concepto de *orden político* y el sentido *material* de Constitución (si bien ambos están estrechamente relacionados entre sí): la segunda es traducción jurídica de las determinaciones fundamentales que conforman el primero¹⁴²³.

Por su parte, el aspecto *formal* de la Constitución es la manifestación del mantenimiento *esencial* de la *unidad* de la *comunidad política*, en función de la

¹⁴²⁰ En este sentido, *idem*, *Teoría Histórica del Estado y del Derecho Constitucional. Volumen II...*, *op. cit.*, p. 276 y LÓPEZ GARRIDO, D., «Constitución y estructura...», *op. cit.*, pp. 131-132. De ahí que la Constitución contenga el “*modo y forma de regir la cosa pública*”, ver HERRERO DE MIÑÓN, M., *op. cit.*, p. 14.

¹⁴²¹ En este sentido, ARAGÓN REYES, M., «Dos problemas falsos...», *op. cit.*, p. 21, CASTRO PADILLA, F., *op. cit.*, pp. 77-78, GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, I., *op. cit.*, pp. 19-20 y 51, HÄBERLE, P., *El Estado constitucional...*, *op. cit.*, pp. 3-4, MÉNDEZ MADDALENO, J. L., *op. cit.*, pp. 17, 25, 27 y 200, NOGUERA FERNÁNDEZ, A., *El sujeto constituyente...*, *op. cit.*, p. 29, NÚÑEZ POBLETE, M., «Introducción al concepto de identidad constitucional y a su función frente al derecho supranacional e internacional de los derechos de la persona», p. 339, OKLOPCIC, Z., «Constitutional (Re)Vision: Sovereign...», *op. cit.*, p. 87 (en lo referente a la definición del territorio), PORRAS NADALES, A., «Revolución y Constitución», p. 392, ZAGREBELSKY, G., *Principios y votos. El Tribunal Constitucional y la política*, p. 29 y (hasta cierto punto) LÓPEZ GARRIDO, D., «Constitución y estructura...», *op. cit.*, p. 98 e *idem*, «Teoría de la...», *op. cit.*, p. 40; en un sentido descriptivo, BRANDT, M., COTTRELL, J., GHAI, Y. y REGAN, A., *op. cit.*, p. 15. Con una opinión contraria, PÉREZ ROYO, J. y CARRASCO DURÁN, M., *op. cit.*, pp. 72 y 173. Por su parte, para la incidencia de las determinaciones constitucionales en la configuración de los “*órganos del Estado*”, las “*fuerzas políticas*” y las “*fuerzas sociales*”, respectivamente (si bien con un alcance variable y mucho menor a lo afirmado para el último elemento que se señala), DE OTTO Y PARDO, I., *op. cit.*, pp. 399-400.

¹⁴²² En este sentido, DE CABO MARTÍN, C., *Teoría Histórica del Estado y del Derecho Constitucional. Volumen II...*, *op. cit.*, pp. 273-275. En la relación entre sistema de *libertades fundamentales* y la posición institucional de los *partidos políticos*, ver POULANTZAS, N., *op. cit.*, pp. 283-284.

¹⁴²³ Similarmente, si bien con otros términos (mediante el uso de la noción de *estructura*, así como manteniendo la noción de “poder constituyente”), LÓPEZ GARRIDO, D., «Constitución y estructura...», *op. cit.*, pp. 102-104 y 135; también se realiza una aproximación al sentido *político* de la Constitución en LÓPEZ Y LÓPEZ, A. M., *La disciplina constitucional de la propiedad privada*, pp. 21-22. Más en general, respecto a la relación entre régimen político y Constitución (siguiendo a Pedro de Vega), RUIPÉREZ ALAMILLO, J., «De la reforma...», *op. cit.*, p. 124 y también en *idem*, «Algunas consideraciones sobre...», *op. cit.*, p. 583; por el contrario, sosteniendo que las constituciones son, en esencia, instituciones políticamente “neutrales”, SAJÓ, A., *op. cit.*, p. 48.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

determinación *materialmente* constitucional¹⁴²⁴. La idea de la Constitución como “pacto”, en todo caso, no se predica primariamente del *contenido* constitucional, sino de su *forma*: la Constitución representa la *integración como sujetos* en la *comunidad política* de los distintos sectores y grupos de una sociedad (lo cual se hace más evidente, si cabe, en los acuerdos resultantes de los procesos negociados de transición política¹⁴²⁵)¹⁴²⁶. Pero conviene no confundirse con el sentido preciso del concepto “integración”: este no representa la resolución de las contradicciones políticas previas mediante la conformación de un orden constitucional prevalente sobre los mismos integrantes del mencionado “pacto” y superador de sus interrelaciones singulares¹⁴²⁷, estableciéndose así una convivencia libre, armónica y relativamente “feliz” entre los miembros de una sociedad (tal y como sugiere el uso común del vocablo “pacto” en la doctrina dominante¹⁴²⁸)¹⁴²⁹. Por consiguiente, en el aspecto *formal* de la Constitución se

¹⁴²⁴ En un sentido parcialmente coincidente, ver LÓPEZ GARRIDO, D., «Teoría de la...», *op. cit.*, p. 39. A este respecto, resulta imposible acreditar la existencia, con sustantividades propias, de “una” Constitución *material* y de “otra” Constitución *formal*, puesto que ambas nociones son dimensiones materialmente inescindibles (aunque sean analíticamente distinguibles entre sí) de una misma realidad *política*, no dos fenómenos de naturalezas distintas, uno “político” y el otro “normativo”: enunciando la afirmación inicial, por el contrario, LÓPEZ Y LÓPEZ, A. M., *La disciplina constitucional...*, *op. cit.*, pp. 27 y 29, MÉNDEZ MADDALENO, J. L., *op. cit.*, pp. 96-97, (sintéticamente) PORRAS NADALES, A., «Revolución y Constitución», p. 394 y (llegando a distinguir entre proceso constituyente “material” y proceso constituyente “formal”) PISARELLO PRADOS, G., «Democracia y proceso...», *op. cit.*, pp. 45-46. Cayendo en una postura voluntarista, al afirmar la segunda frente a la primera (en aras de rebatir algunos intentos, de carácter reaccionario, de “sacralización” de la *Constitución material* pretendidamente existente), por ejemplo, DE OTTO Y PARDO, I., *op. cit.*, p. 406 y GONZÁLEZ CASANOVA, J. A., *op. cit.*, pp. 222-223.

¹⁴²⁵ En este sentido, ARATO, A., *op. cit.*, p. 437; ver también (si bien en una dimensión más general, como expresión, en diversos casos, de acuerdos “intercomunitarios”) BRANDT, M., COTTRELL, J., GHAI, Y. y REGAN, A., *op. cit.*, p. 15.

¹⁴²⁶ DE CABO MARTÍN, C., *Teoría Histórica del Estado y del Derecho Constitucional. Volumen II...*, *op. cit.*, pp. 276 y 279. De esta realidad surge la noción de “pacto constitucional”: ver (aunque aplicando fuertes restricciones a la aplicación de este concepto) SCHMITT, C., *op. cit.*, pp. 85-88 y (como expresión de la conformación del *Estado social*) DE CABO MARTÍN, C., *Dialéctica del sujeto...*, *op. cit.*, pp. 79 y 80; de forma similar, también en LOUGHLIN, M., *op. cit.*, p. 229 y (en referencia a las tesis de Mortati) PORRAS NADALES, A., «Notas sobre la...», *op. cit.*, p. 186. Significativamente, esta idea se refleja en la argumentación utilizada, en su día, para legitimar la apertura del proceso constituyente colombiano: ver (citando a Norberto Bobbio) en CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA PLENA, «Sentencia Número 59», p. 16.

¹⁴²⁷ Defendiendo esta interpretación, HERRERO DE MIÑÓN, M., *op. cit.*, pp. 41-42; para Albert Noguera Fernández, tal sería el significado propio de la concepción demócrata liberal de *pluralismo político*, ver NOGUERA FERNÁNDEZ, A., *El sujeto constituyente...*, *op. cit.*, pp. 68-69. Para la referencia a la noción de “inclusión” en la configuración del *Estado social*, DE CABO MARTÍN, C., *Dialéctica del sujeto...*, *op. cit.*, pp. 80-81; ver también *idem*, *Conflicto y constitución...*, *op. cit.*, p. 144.

¹⁴²⁸ Por ejemplo, en referencia a la pretendida existencia de un “*pacto social*”, RIVERA, J. A., «Reformas constitucionales y justicia constitucional», pp. 127-128, RUIPÉREZ ALAMILLO, J., «Los principios constitucionales...», *op. cit.*, p. 45 y ZAGREBELSKY, G., *op. cit.*, pp. 29-30 y 98-99; ver igualmente (siguiendo a Hermann Heller) en RUIPÉREZ ALAMILLO, J., «De la reforma...», *op. cit.*, p. 119 y (en el sentido de “compromiso constitucional”) CASTRO PADILLA, F., *op. cit.*, pp. 174 y 290. Igualmente,

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

destaca, simplemente, el hecho de que las relaciones de *dominación* generales (esto es, *políticas*) en la sociedad son reguladas como partes de una *totalidad*, como componentes políticos de un *orden social*, de forma que las contradicciones inherentes particularmente a cada una de estas no interfieran destructivamente en el desarrollo del conjunto (o, al menos, esa es la finalidad de todo ordenamiento¹⁴³⁰)¹⁴³¹; la integración es relativa y parcial¹⁴³². Desde esta perspectiva, el *ordenamiento constitucional*, esto es, el conjunto estructurado de normas jurídicas sustancialmente “constitucionales” (no sólo el texto singular denominado como “Constitución”, cuyas disposiciones concretas pueden ser o no materialmente *constitucionales*¹⁴³³)¹⁴³⁴, es la manifestación normativa *sensible* de las determinaciones políticas fundamentales (esto es, la expresión de la Constitución como *fenómeno*)¹⁴³⁵: representa, en un sentido real, el núcleo primario del ordenamiento jurídico¹⁴³⁶.

afirmando la noción consensual del “pacto” en el concepto de *Estado constitucional*, HÄBERLE, P., *El Estado constitucional...*, *op. cit.*, pp. 13 y 127; describiendo también la postura de este último autor, PINTO, L. M. DA S. C., *op. cit.*, pp. 318-319. En otra perspectiva diferente, entendiendo la Constitución como expresión de un “contrato social” entre *Estado y pueblo*, KEULEBERS, P., PIZA-LOPEZ, E. y CHAUVEL, C. (dirs.), *UNDP Guidance Note on Constitution-Making Support*, p. 5.

¹⁴²⁹ En un sentido crítico, OKLOPCIC, Z., «Constitutional (Re)Vision: Sovereign...», *op. cit.*, p. 89.

¹⁴³⁰ Ver un reflejo de esta idea en la noción específica de *ordenamiento jurídico*, tal y como se contempla en CASTRO PADILLA, F., *op. cit.*, pp. 32-33.

¹⁴³¹ Ver DE CABO MARTÍN, C., *Contra el consenso...*, *op. cit.*, pp. 178 y 298 e *idem*, *Teoría Histórica del Estado y del Derecho Constitucional. Volumen II...*, *op. cit.*, pp. 276-277. Para las dos respuestas históricas aplicadas por el constitucionalismo dominante a este problema (*liberalismo* y *Estado social*), ver igualmente *idem*, *Dialéctica del sujeto...*, *op. cit.*, pp. 17-19.

¹⁴³² En este sentido (aun en referencia a la formación del “poder constituyente”), LÓPEZ GARRIDO, D., «Constitución y estructura...», *op. cit.*, p. 132; similarmente, en referencia a Mortati, PINTO, L. M. DA S. C., *op. cit.*, pp. 132-133. Ver también DE OTTO Y PARDO, I., *op. cit.*, pp. 403-404.

¹⁴³³ Ver BECKMAN, L., «Democratic legitimacy does not require constitutional referendum. On ‘the constitution’ in theories of constituent power», pp. 576 y 578-579 y LÓPEZ GARRIDO, D., «Constitución y estructura...», *op. cit.*, pp. 91 y 96-97.

¹⁴³⁴ En este sentido, bajo la denominación de “*Constitución en sentido sustancial*”, DE CABO MARTÍN, C., *Teoría Histórica del Estado y del Derecho Constitucional. Volumen II...*, *op. cit.*, p. 181. En realidad, la división artificiosa descrita entre Constitución “material” y “formal” se fundamenta en la confusión entre *ordenamiento constitucional* y *texto constitucional*, tal y como se observa, por ejemplo, en PISARELLO PRADOS, G., «Democracia y proceso...», *op. cit.*, p. 45 y (con una determinación *positivista* del concepto de “*ordenamiento constitucional*”) CRUZ VILLALÓN, P., *La curiosidad del...*, *op. cit.*, pp. 119-123.

¹⁴³⁵ En este sentido, concretamente, “[...] *la Constitución y el constitucionalismo se han mostrado como el sistema jurídico, político, cultural y aun de representaciones simbólicas, correspondiente a ese modo de producción [capitalista]*”, ver DE CABO MARTÍN, C., *Dialéctica del sujeto...*, *op. cit.*, p. 17; igualmente, en *idem*, *Teoría Histórica del Estado y del Derecho Constitucional. Volumen II...*, *op. cit.*, pp. 180-181 y 277. Ver, igualmente, LÓPEZ GARRIDO, D., «Constitución y estructura...», *op. cit.*, p. 125, MÉNDEZ MADDALENO, J. L., *op. cit.*, pp. 23 y 255, PISARELLO PRADOS, G., *Procesos constituyentes...*, *op. cit.*, p. 137 y (en un sentido descriptivo, bajo el rótulo de “*Constitución en sentido material*”) RODRÍGUEZ-

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

Valga, como ilustración de las afirmaciones anteriores, el caso español. El hecho efectivamente *constituyente* de la Transición se encuentra en el desarrollo de un pacto¹⁴³⁷: tal y como se ha señalado anteriormente, este no es ni mucho menos reducible a la sola redefinición del sistema de instituciones estatales. En este sentido, lo característico de la Constitución española reside en la ampliación de la posibilidad de participación de distintos *sujetos políticos* (hasta entonces, meramente *fácticos*) en el ejercicio de las potestades estatales, mediante la remoción de las restricciones jurídicas existentes en el régimen anterior¹⁴³⁸. Igualmente, es importante no asumir la presunción de que el pacto de *integración política* inscrito en la Transición comportó servidumbres iguales para todas las partes concurrentes, como expresión de un acuerdo “equitativo” entre los actores representativos del *pueblo*¹⁴³⁹: se trata, a la postre, de una trampa *ideológica*, sustentada en el olvido de las relaciones de hegemonía previamente imperantes en la sociedad española y que se mantuvieron tras la Transición (como ya se ha visto)¹⁴⁴⁰.

ZAPATA, J., *op. cit.*, pp. 135-136; similarmente, en referencia a Mortati, PINTO, L. M. DA S. C., *op. cit.*, p. 271 y (en un sentido descriptivo) ALÁEZ CORRAL, B., *op. cit.*, pp. 90-92. En referencia a distintos modelos de caracterización teórica del concepto de *Constitución* (siguiendo a Paolo Comanducci), ver CASTRO PADILLA, F., *op. cit.*, pp. 331-332.

¹⁴³⁶ Ver (en relación con la noción de “estructura”) LÓPEZ GARRIDO, D., «Constitución y estructura...», *op. cit.*, pp. 87, 91, 99 y 134; en un sentido similar, BECKMAN, L., *op. cit.*, pp. 579 y 580 y (siguiendo a Franco Modugno) PINTO, L. M. DA S. C., *op. cit.*, p. 276. Para la especial significación, a este respecto, de múltiples disposiciones contenidas en los distintos códigos civiles, LÓPEZ GARRIDO, D., «Constitución y estructura...», *op. cit.*, p. 97; en este sentido, ver también LÓPEZ Y LÓPEZ, A. M., *La disciplina constitucional...*, *op. cit.*, pp. 129-130.

¹⁴³⁷ HERRERO DE MIÑÓN, M., *op. cit.*, pp. 2 y 36-37. En general, para la diferencia entre “contrato social” y “pacto constitucional”, SCHMITT, C., *op. cit.*, pp. 80-81.

¹⁴³⁸ La determinación de cuáles eran los actores políticos fundamentales en el régimen fascista español queda clara a la luz del artículo tercero y cuarto de la Ley de Sucesión en la Jefatura del Estado, regulando la composición de los Consejos de Regencia y del Reino, y que reproduce un esquema marcadamente *oligárquico* (Fuerzas Armadas, Iglesia católica y organizaciones “corporativas”), en PRESIDENCIA DEL GOBIERNO, *op. cit.*, pp. 5268-5269; ver también PÉREZ ROYO, J., *La reforma constitucional...*, *op. cit.*, pp. 18-19.

¹⁴³⁹ Que es lo que se sugiere, por ejemplo, en RUIPÉREZ ALAMILLO, J., «Los principios constitucionales...», *op. cit.*, pp. 59-63. En una perspectiva crítica, PISARELLO PRADOS, G., *Procesos constituyentes...*, *op. cit.*, p. 145.

¹⁴⁴⁰ Del reconocimiento implícito de este problema viene que, en ocasiones, desde la misma doctrina dominante (sobre todo, en su vertiente más *progresista*) se recuerde la diferencia general existente entre “*Constitución democrática*” y “*orden político democrático*”, ver DE OTTO Y PARDO, I., *op. cit.*, pp. 405 y 431; en este sentido, también GONZÁLEZ CASANOVA, J. A., *op. cit.*, p. 463 y (distinguiendo entre origen y contenido democráticos de una Constitución), MIRANDA, J., *op. cit.*, p. 85.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

Así pues, un plano más amplio, es preciso señalar, incluso en los órdenes políticos fascistas, el hecho de la existencia de limitaciones (aun precarias y, normalmente, exiguas) a las potestades políticas singulares detentadas por los distintos grupos dominantes (lo cual no debe confundirse con la afirmación de la presencia de sistemas de *garantías formales*)¹⁴⁴¹. Pero ello es causado no por la supuesta pervivencia de un talante “democrático” residual en las cúpulas políticas dirigentes, sino por el hecho de que el ascenso de estas a la dirección del respectivo Estado ha sido también fruto de acuerdos y compromisos (aun implícitos) con otras fuerzas *políticas*¹⁴⁴²: sólo el recurso agravado al régimen de “excepción” (esto es, la agudización de su carácter dictatorial) puede doblegar en una medida significativa estas limitaciones internas, que son muchas veces tácitas o sobreentendidas (con toda la carga de ambigüedad que esto último conlleva, añadiendo dificultades a la hora de tratar de identificarlas adecuadamente).

La conexión necesaria entre las dimensiones *material* y *formal* de la Constitución se manifiesta destacadamente en la noción de *pluralismo jurídico*. Lo que se muestra con esta perspectiva, precisamente, es que la “concentración” relativa de relaciones sociales en un ámbito territorial concreto (aun cuando no sea de intensidad tal como para dar lugar a una sociedad distinta, incluso dentro del espacio “físico” de otra existente) da lugar al establecimiento de relaciones *políticas* propias, cada vez menos dependientes de la existencia o pervivencia del resto de vinculaciones políticas: esta realidad se expresa en la existencia de órdenes normativos relativamente disociados (en distintos grados) de los sistemas estatales de producción jurídica preexistentes¹⁴⁴³. Se produce, en consecuencia, un solapamiento de órdenes políticos entre sí, dando lugar a un proceso de conformación de “comunidades políticas” capaces de producción

¹⁴⁴¹ Como ejemplo, para la relación entre el Ejército alemán y la máxima dirección nazi en los años iniciales del *III Reich*, ver MÜLLER, K.-J., *The army, politics and society in Germany, 1933-1945. Studies in the army's relation to Nazism*, pp. 29-31 y 35-37. En contraste, y en un sentido opuesto al descrito, afirmando como un hecho que “[...] ningún fascismo tenga Constitución [...]”, ver DE CABO MARTÍN, C., *Conflicto y constitución...*, *op. cit.*, p. 100 (ver también p. 99); la misma aseveración, en DE OTTO Y PARDO, I., *op. cit.*, pp. 404-405.

¹⁴⁴² Un reflejo de esta idea, si bien utilizada para afirmar erróneamente la supuesta diferencia radical entre la “burguesía” alemana (referida, extrañamente, como “actor” político en sí y para sí) y el *nazismo* (presentado como un actor de naturaleza pretendidamente “plebeya”) en NOGUERA FERNÁNDEZ, A., *El sujeto constituyente...*, *op. cit.*, pp. 156-157.

¹⁴⁴³ En este sentido, WOLKMER, A. C., *Pluralismo jurídico...*, *op. cit.*, pp. 194-195 y 270; ver también ALBERNAZ, R. O. y WOLKMER, A. C., «As questões delimitativas do direito no Pluralismo Jurídico», p. 86 y WOLKMER, A. C. y WOLKMER, M. DE F. S., *op. cit.*, p. 34.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

normativa propia (no separadas necesariamente de otras realidades políticas territorialmente más amplias¹⁴⁴⁴)¹⁴⁴⁵: ello proviene, en última instancia, de la misma naturaleza heterogénea de la sociedad (sin la cual no cabría ni la sola posibilidad de existencia de pluralismo¹⁴⁴⁶)¹⁴⁴⁷. Así pues, esta perspectiva se fundamenta sobre la existencia de múltiples *sujetos* sociales y de relaciones normativas directas entre estos (sean de dominación, de cooperación o de simple coexistencia), realidades que la doctrina jurídica dominante ha tratado sistemáticamente de negar o invisibilizar¹⁴⁴⁸. En consecuencia, los órdenes jurídicos plurales no evolucionan independientemente entre sí, sino en consonancia con procesos políticos (en general, sociales) subyacentes: pero cuando estos difieren sustancial y sostenidamente entre sí (en función de lo descrito anteriormente), aquellos tienden a acabar escindiéndose unos de otros. La eclosión de este proceso de redefinición de las interrelaciones esenciales (sean inmediatas o mediatas) entre estos órdenes jurídicos se hace *aparente* con la materialización del fenómeno constituyente.

La doctrina jurídica dominante se empeña en estudiar las relaciones entre las distintas normas jurídicas sin considerar las interacciones y desarrollos subyacentes a estas, los cuales, fácticamente, son más creadoras de la *juridicidad* que las conexiones expresamente contempladas en el *ordenamiento jurídico*. Desde una perspectiva *material*, el fenómeno constituyente es la expresión de un proceso de cambio del orden *político*, con manifestaciones concretas múltiples¹⁴⁴⁹; sólo *formalmente* puede llegar a reducirse a la realización de una serie de actos *jurídicos* singulares entrelazados

¹⁴⁴⁴ En este sentido, SANTOS, B. DE S., *La difícil democracia...*, *op. cit.*, p. 227.

¹⁴⁴⁵ Ver en WOLKMER, A. C., *Pluralismo jurídico...*, *op. cit.*, pp. 128-129 y 144; describiendo la interrelación entre los distintos órdenes jurídicos, SANTOS, B. DE S., *Sociología jurídica crítica...*, *op. cit.*, pp. 63 y 80.

¹⁴⁴⁶ Sin embargo, es necesario definir el sentido exacto de la idea de *reconocimiento* del pluralismo jurídico, que puede ser entendida primordialmente como la “constatación” de una realidad normativa preexistente (la perspectiva que aquí se expone), frente a su consideración como expresión de “concesiones” singulares que se consignan en los ordenamientos jurídicos estatales: siguiendo esta segunda interpretación, PÉREZ LUÑO, A. E., *La tercera generación...*, *op. cit.*, p. 54.

¹⁴⁴⁷ WOLKMER, A. C., *Pluralismo jurídico...*, *op. cit.*, p. 143.

¹⁴⁴⁸ En este sentido, *ibidem*, pp. 130-131, 133-134 y 192 y SANTOS, B. DE S., *Sociología jurídica crítica...*, *op. cit.*, pp. 52 y 54.

¹⁴⁴⁹ En un sentido similar, DE GUSMÃO, H. C. A., *op. cit.*, p. 105.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

mecánicamente entre sí mediante una lógica fundamentalmente *normativa*¹⁴⁵⁰. Así pues, es la agudización *interna* de la *contradicción material* en la Constitución la que lleva a la aparición del fenómeno constituyente¹⁴⁵¹: la sola contradicción entre las dimensiones *material* y *formal* de la Constitución se resuelve típicamente mediante el mecanismo de la *reforma* constitucional (sea o no total), tal y como esta es conocida en la doctrina jurídica en general¹⁴⁵².

Por todo lo anterior, ha de considerarse el *proceso constituyente* como una realidad inmanente a todo orden político existente, como expresión de la mutación *material* real de la Constitución a lo largo del tiempo¹⁴⁵³. Su inmanencia no supone, empero, que se verifique un despliegue incesante y máximo de la acción constituyente (esto es, denotando la existencia de un proceso constituyente *permanentemente en movimiento*)¹⁴⁵⁴. El proceso constituyente indica concretamente la aceleración del proceso continuo de mutación del orden político de una sociedad: ello se muestra precisamente en el hecho de que este afecta a aspectos fundamentales de dicho orden. Con el proceso constituyente, nada se crea “de la nada”: son las propias *fuerzas políticas* las que perfilan *directamente*, en la propia realidad de los procesos de transformación política, los rasgos fundamentales del orden emergente¹⁴⁵⁵.

¹⁴⁵⁰ Tal es el esquema formalista en el que se cae, por ejemplo, al obviarse la diferencia política (normalmente crucial) entre *proceso constituyente* y *proceso de reforma*, sobre la base del uso de criterios “jurídicos”: ver así en DE OTTO Y PARDO, I., *op. cit.*, pp. 422-424. Por el contrario, entendiendo, desde el contexto del sistema de las Naciones Unidas, el proceso de elaboración constitucional como un proceso no solo *jurídico* sino, destacadamente, *político*, KEULEERS, P., PIZA-LOPEZ, E. y CHAUVEL, C. (dirs.), *op. cit.*, pp. 5 y 6.

¹⁴⁵¹ En un sentido similar (si bien expresado como “*variaciones en la composición del Poder Constituyente*”), LÓPEZ GARRIDO, D., «Constitución y estructura...», *op. cit.*, p. 134. Desde una perspectiva (parcialmente) contraria, al fijarse únicamente en la consecuencia, esto es, el posible “[...] *divorcio entre la Constitución formal y la Constitución real*. [...]”, RUIPÉREZ ALAMILLO, J., «De la reforma...», *op. cit.*, p. 123.

¹⁴⁵² En este sentido, DE VEGA GARCÍA, P., *La reforma constitucional...*, *op. cit.*, pp. 68-69 y 75-76 y RUIPÉREZ ALAMILLO, J., «De la reforma...», *op. cit.*, pp. 122-123; ver también LÓPEZ GARRIDO, D., «Constitución y estructura...», *op. cit.*, pp. 109-110.

¹⁴⁵³ Ver DE CABO MARTÍN, C., *Conflicto y constitución...*, *op. cit.*, pp. 259-261. Para la importancia del análisis *dinámico* de toda Constitución, PISARELLO PRADOS, G., *Procesos constituyentes...*, *op. cit.*, p. 137.

¹⁴⁵⁴ Pero, igualmente, se puede extender en el tiempo, ver en MIRANDA, J., *op. cit.*, p. 78.

¹⁴⁵⁵ En un sentido similar, KEULEERS, P., PIZA-LOPEZ, E. y CHAUVEL, C. (dirs.), *op. cit.*, p. 6; ello comienza con la propia “justificación” normativa del mismo proceso de cambio, ver MIRANDA, J., *op. cit.*, pp. 77-78.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

La interacción dinámica (internacional e internacional) entre los sujetos constituyentes, así como el cambio intrínseco de estos mismos, determinan tanto el cambio del orden constitucional de un país como los movimientos de constitución, secesión o integración de Estados¹⁴⁵⁶. Cuando, en un orden político determinado, la adhesión flaquea, el consentimiento se resquebraja y la fuerza ve mermado su potencial de coerción, se acelera el proceso de transformación del orden constituido, dando lugar a una nueva formación de este (total o parcialmente diferente al preexistente). La aparición del proceso constituyente es fruto de la *decisión* constituyente (no necesariamente instantánea, solemne ni expresa) de diversas fuerzas políticas puestas “en marcha”, que cuentan con un dominio relativo sobre dicha determinación concreta (teniendo, por tanto, la iniciativa sobre la definición inicial del sentido general del proceso y el contenido de sus resultados fundamentales)¹⁴⁵⁷. Los desencadenantes cercanos de este proceso son múltiples: la incapacidad objetiva para dar o seguir dando cumplimiento al *programa constituyente* (explícito o implícito¹⁴⁵⁸) generalmente “aceptado” hasta el momento, el estallido de disensiones antagónicas entre los grupos sociales dominantes, el fortalecimiento de la cohesión y capacidad de acción política de las capas subalternas (sean todas o algunas de ellas), o una combinación de estos factores (históricamente, la variante más común)¹⁴⁵⁹. En este sentido, resulta muy significativo que la causa eficiente del desarrollo de los procesos constituyentes estudiados en las décadas de 1970 y 1980 fuese la crisis capitalista general existente en aquella época¹⁴⁶⁰.

¹⁴⁵⁶ Esto es lo que, en realidad, se encuentra detrás de la llamada “paradoja del poder constituyente”, tal y como es definida, por ejemplo, en KALYVAS, A., *op. cit.*, p. 105, LINDAHL, H., «Possibility, Actuality, Rupture: Constituent Power and the Ontology of Change», p. 168, LOUGHLIN, M., *op. cit.*, pp. 228 y 230 y KENNEDY, M., «Constituent Power and the Limits of Adjudication: Kosovo and Quebec?», p. 1222.

¹⁴⁵⁷ En este sentido, LOEWENSTEIN, K., *Teoría de la...*, *op. cit.*, p. 172, MIRANDA, J., *op. cit.*, p. 71, RÍOS, M. (dir.), *op. cit.*, p. 57 y ZÚÑIGA URBINA, F., *op. cit.*, p. 349; caracterizando esta postura, también PINTO, L. M. DA S. C., *op. cit.*, p. 125.

¹⁴⁵⁸ Para la noción de *programa*, *idea* o *proyecto* constituyente (asimismo, entendida como “*ideia de Direito*”) ver MIRANDA, J., *op. cit.*, pp. 71, 72, 73, 74, 75 y 80; también (implícitamente) en LÓPEZ GARRIDO, D., «Constitución y estructura...», *op. cit.*, p. 125. Para su aplicación en el caso portugués, NOGUERA FERNÁNDEZ, A., «¿Constitución o Ley...», *op. cit.*, p. 621.

¹⁴⁵⁹ En este sentido (entendido como el estallido de la “*crisis de la hegemonía de la clase dirigente*”), en GRAMSCI, A., *op. cit.*, p. 141.

¹⁴⁶⁰ Reconociendo la importancia de las crisis económicas y “políticas” (en su sentido usual), así como el engarce entre estas, como factores desencadenantes de la apertura de procesos de cambio constitucional, GONZÁLEZ CADENAS, D., *Teoría y práctica...*, *op. cit.*, pp. 76-81. Para un bosquejo de la crisis económica de 1973-1980 y sus repercusiones generales, ver HUNTINGTON, S. P., *op. cit.*, pp. 58-61.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

En consecuencia, es posible bosquejar una tipología “constitucional” de los procesos constituyentes analizados, la cual puede ser de utilidad para ilustrar la interacción entre lo *material* y lo *formal*, pero sin un propósito de expresar *directamente* la realidad esencial del fenómeno constituyente (que está fundamentada en su carácter político, tal y como se ha descrito en el apartado anterior)¹⁴⁶¹. Lo que se señala en la conjunción de los dos planos anteriores es el carácter de *relatividad* existente entre los aspectos de *continuidad* y *discontinuidad* en el tiempo de los respectivos órdenes políticos¹⁴⁶²: ni “todo” es recreado incesantemente en los procesos constituyentes¹⁴⁶³, ni estos suponen un simple arreglo “cosmético” del mismo *ser social* pretendidamente invariante en sus rasgos fundamentales¹⁴⁶⁴. De hecho, los principales conflictos que efectivamente se produzcan en el seno de las respectivas Asambleas Constituyentes (allá donde las hubiere), o de estas con otras instancias institucionales, no son el resultado de la contraposición de visiones “ideales” (o, en el extremo opuesto, “técnicas”), sino el reflejo de las contradicciones *políticas* de fondo existentes entre los distintos actores¹⁴⁶⁵. Por consiguiente, a la vista de los fenómenos constituyentes analizados, la función principal del proceso formal de elaboración constitucional (aquello que se ha entendido usualmente en el mundo académico como “proceso constituyente”) es, tomando en préstamo el lema fundacional de la Real Academia Española, “limpiar, fijar y dar esplendor” al nuevo orden político en formación¹⁴⁶⁶.

¹⁴⁶¹ Así pues, las distinciones entre *destrucción*, *supresión*, *reforma*, *quebrantamiento* y *suspensión* de la Constitución sigan siendo pertinentes y relevantes, en la forma en que se definen estos conceptos en SCHMITT, C., *op. cit.*, pp. 115-117; por otra parte, bajo la indicación de que el “poder” constituyente “[...] no tiene una forma predeterminada de manifestarse [...]”, PACE, A., *op. cit.*, p. 15.

¹⁴⁶² Desde una perspectiva general, SACRISTÁN, M., *op. cit.*, pp. 154-155. En lo que respecta concretamente al desarrollo de los procesos constituyentes, ARATO, A., *op. cit.*, pp. 440-441 y GONZÁLEZ CADENAS, D., *Teoría y práctica...*, *op. cit.*, pp. 115-117; en este sentido, también PINTO, L. M. DA S. C., *op. cit.*, p. 146 e, indirectamente (aun expresado desde la contraposición convencional entre “Constitución material” y “Constitución formal”) PORRAS NADALES, A., «Revolución y Constitución», p. 397.

¹⁴⁶³ Una causa de ello es que, generalmente, se verifica el mantenimiento del principio relativo a la continuidad del Estado, ver MIRANDA, J., *op. cit.*, pp. 74-75. Por otra parte, desde una perspectiva “práctica”, se revela realmente difícil cambiar inmediatamente los fundamentos de un sistema jurídico entero, sea cual fuere la circunstancia: ver (en términos generales) LÓPEZ Y LÓPEZ, A. M., «La Constitución económica...», *op. cit.*, pp. 819-820 y (para el caso concreto del proceso de desnazificación jurídica en la zona de ocupación estadounidense en Alemania entre 1945 y 1948) LOEWENSTEIN, K., «Law and the...», *op. cit.*, pp. 733-742.

¹⁴⁶⁴ Ver (siguiendo esta idea, en términos generales) SCHMITT, C., *op. cit.*, pp. 108-111.

¹⁴⁶⁵ En este sentido, DE OTTO Y PARDO, I., *op. cit.*, pp. 428-429.

¹⁴⁶⁶ En una perspectiva similar (en referencia a la función del denominado “*poder constituyente formal*”), ver MIRANDA, J., *op. cit.*, p. 73.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

Así pues, si el proceso de transformación política subyacente es de carácter *revolucionario* (esto es, siendo que afecte sustancialmente a los mismos principios del conjunto del sistema social, o bien que altere radicalmente los fundamentos de las relaciones entre sujetos políticos¹⁴⁶⁷), se suele verificar, normalmente, el cambio sustancial del ordenamiento constitucional vigente (sin que, además, se mantenga una continuidad institucional esencial con el orden anterior)¹⁴⁶⁸: véanse, así, los casos de Japón, Alemania, Chile (en 1973), Portugal, Turquía, los países exsocialistas de Europa Central y Oriental, Rusia, Sudáfrica, Venezuela, Bolivia, Ecuador y Nepal. Ciertamente, puede haber excepciones, pero normalmente son más aparentes que reales, como ocurre en el ejemplo del régimen fascista argentino en 1976: aun asumiendo el hecho del carácter inconcluso (desde la perspectiva intencional de sus promotores) y relativamente fragmentario del proceso, también se verificó la efectiva *supresión* del texto constitucional preexistente y la sustitución de sus determinaciones normativas principales durante el periodo de existencia de la dictadura.

Por otra parte, se hallan procesos políticos de carácter “reformista” que no transforman, en su misma esencia, el orden político preexistente (aunque sí puedan suponer la operación de importantes cambios políticos e institucionales, sobre todo si se trata de evitar la materialización de potenciales procesos netamente revolucionarios¹⁴⁶⁹)¹⁴⁷⁰. En este contexto, se advierte la concurrencia de cambios políticos sustantivos, unidos a la transformación significativa del ordenamiento constitucional vigente¹⁴⁷¹: como ejemplos de lo anterior se pueden mostrar los procesos constituyentes francés, griego, español, brasileño, colombiano, paraguayo o peruano. En general, resulta de dudosa utilidad analítica la caracterización, explícita o implícita, de todos aquellos fenómenos constituyentes que no “encajan” en los tipos *puros* de

¹⁴⁶⁷ En este sentido, *ibidem*, pp. 73-74 y 75.

¹⁴⁶⁸ Ver DE GUSMÃO, H. C. A., *op. cit.*, pp. 123-124, LÓPEZ GARRIDO, D., «Constitución y estructura...», *op. cit.*, p. 134, MIRANDA, J., *op. cit.*, pp. 75 y 91, PINTO, L. M. DA S. C., *op. cit.*, pp. 140-141 y RÍOS, M. (dir.), *op. cit.*, p. 56.

¹⁴⁶⁹ ARATO, A., *op. cit.*, p. 441.

¹⁴⁷⁰ En este sentido, MIRANDA, J., *op. cit.*, pp. 91-92.

¹⁴⁷¹ Es posible hallar un cierto “eco” de esta perspectiva en la doctrina dominante: para el caso de Francia en 1958, ver PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *Lecciones de Derechos...*, *op. cit.*, p. 234. Desde una visión general, LÓPEZ GARRIDO, D., «Constitución y estructura...», *op. cit.*, p. 134; ver también DE GUSMÃO, H. C. A., *op. cit.*, pp. 123-124 y RÍOS, M. (dir.), *op. cit.*, p. 56.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

“ruptura” o “reforma” formales, dentro del concepto de “transición”: este acaba convirtiéndose, así, en una suerte de “cajón de sastre” al que quedan relegados todos aquellos procesos constituyentes de “difícil” encuadramiento teórico¹⁴⁷².

La clasificación anterior ilustra la importancia de no asociar categóricamente la operación del cambio real del orden constitucional (como expresión jurídica fundamental del orden político) con la verificación de grandes cambios en los textos constitucionales formalmente existentes (lo cual no significa que los segundos no puedan ser estudiados como indicios de presencia de los anteriores)¹⁴⁷³. Si, por el contrario, se acaba asumiendo el razonamiento descrito, entonces resultará imposible su comprensión real. Así, por ejemplo, el caso colombiano habría de ser considerado, a todos los efectos, como un ejemplo de proceso *rupturista*, a pesar del hecho de que el cambio total de documento constitucional no vino acompañado de cambios profundos en la vida política del país (como ya vimos)¹⁴⁷⁴; por otra parte, la no adopción de un nuevo texto constitucional en Hungría durante el dismantelamiento del orden político socialista tendría que ser considerada como un indicador inequívoco de la presencia de un proceso de *reforma* política cuando, en realidad, los distintos cambios “en” el documento entonces vigente fueron la expresión de un proceso *materialmente* revolucionario.

A lo largo de este apartado, se han descrito una serie de conceptos que enmarcan y fundamentan materialmente el fenómeno constituyente. Con todo, es necesario dar un paso adicional, enunciando cuáles han de ser consideradas como *categorías*, conceptos *fundamentales* que explican las relaciones internas necesarias de un determinado fenómeno, su interacción con la realidad externa conexas y el sentido básico de su desarrollo en el tiempo. Las categorías que definen el fenómeno constituyente, en su naturaleza política y jurídica, son *sociedad*, *poder*, *clase* (social), *partido* y *constitución*: a partir de ellas se puede alcanzar una comprensión fiable acerca de los rasgos básicos

¹⁴⁷² Reflejos de esta práctica, por ejemplo, las propuestas contenidas en ARATO, A., *op. cit.*, pp. 430-433 y MIRANDA, J., *op. cit.*, pp. 79 y 92; en el mismo sentido (mediante la propuesta de formulación de una clasificación en torno al concepto de “proceso constituyente participado”), BAGNI, S., *op. cit.*, pp. 31-34.

¹⁴⁷³ En buena medida, este es el principio que fundamenta, por ejemplo, la caracterización y clasificación (por otra parte, muy completa) de las “*vicissitudes constitucionais*” expuestas en MIRANDA, J., *op. cit.*, pp. 86-89.

¹⁴⁷⁴ Reconociendo este hecho, VICIANO PASTOR, R. y MARTÍNEZ DALMAU, R., «Los procesos constituyentes...», *op. cit.*, p. 19.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

reales de los procesos constituyentes, al menos hasta la actualidad. Sin embargo, es necesario poner de manifiesto la relación de la dimensión “local” del fenómeno constituyente con las realidades políticas globales. Al objeto de este estudio, ello requiere el análisis de la interacción entre el Derecho internacional de los derechos humanos y el proceso constituyente, tal y como se abordará en el siguiente capítulo.

CAPÍTULO 3

Los derechos humanos y las limitaciones jurídicas a los procesos constituyentes

3.1. La intervención de los sistemas internacionales de derechos humanos en los fenómenos constituyentes: realidades y peligros.

En los capítulos anteriores se ha procurado lograr la clarificación de los fundamentos actuales del Derecho internacional de los derechos humanos, tal y como estos se interpretan efectivamente, así como de la naturaleza del proceso constituyente. Respecto a la visión dominante acerca de los derechos humanos, se ha podido observar su funcionalidad práctica respecto del orden capitalista hegemónico, justificando la pervivencia y desarrollo de sus estructuras básicas tanto en el plano de los distintos Estados como en el global. Por otra parte, también se ha subrayado la crucial significación de los distintos fenómenos constituyentes como expresiones de cambio sustancial en la orientación de los órdenes políticos de los países, reflejados en los sistemas jurídicos aplicados en los mismos.

De esta forma, y partiendo del conjunto de conclusiones parciales extraídas de los análisis anteriores, se abre ya la posibilidad de llevar a cabo el estudio de las interacciones materiales entre los dos objetos de estudio señalados. Sin embargo, y tal y como se ha ido recogiendo a lo largo del texto, el principal aspecto que se ha planteado generalmente en esta relación recíproca, por parte del conjunto de la doctrina jurídica, es el del *antagonismo* entre estos dos “polos”, basado en la consideración de que cada uno de ellos tiende a cancelar total o parcialmente la expresión del otro. Se reconoce, por tanto, la necesidad de clarificar el verdadero alcance de tal perspectiva: el presente apartado se centrará en determinar el sentido efectivo y potencial de las capacidades de intervención en la apertura, desarrollo o resultados de los procesos constituyentes, por parte de instituciones enmarcadas en sistemas globales o regionales de protección de los derechos humanos.

3.1.1. La cuestión de las prohibiciones y restricciones generales en la configuración y el desarrollo del fenómeno constituyente.

A) La propuesta de existencia de límites “inmanentes” a los cambios constitucionales.

La cuestión de los “límites” de los fenómenos constituyentes se manifiesta en torno a múltiples líneas de debate en la teoría jurídica; las controversias se centran, en buena medida, en torno a la consideración de las posibles colisiones entre sistemas jurídicos positivos. A este respecto, es imprescindible clarificar un rasgo crucial en la propia noción de *límite* utilizada, que no es otro sino el carácter indisponible (al menos, en su esencia) de las normas que conforman tal frente a los operadores hacia quienes estas se imponen¹⁴⁷⁵: se trata, siempre de una *heterodeterminación* que, en un contexto de generalización, desemboca en el establecimiento de relaciones de jerarquía entre los distintos sistemas jurídicos. Con todo, y a título preliminar, es necesario abordar la propuesta relativa a la existencia de una suerte de criterios “elementales” que informen la comprensión básica del concepto en sí de Constitución, y que hayan de ser acogidos y amparados tanto por el Derecho internacional como por el Derecho propio a cada país¹⁴⁷⁶.

Si bien no se encuentra referenciada en el Derecho internacional de los derechos humanos, tal y como hasta ahora se ha formulado, la idea de existencia de un “canon” intrínseco de Constitución ha sido afirmada en múltiples ocasiones en el ámbito doctrinal. Habitualmente, a este respecto se ha aludido a la formulación contenida en el artículo 16 de la Declaración francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, en su mención a una serie de contenidos constitucionales indispensables: la garantía de los derechos (se entiende que los *fundamentales*) y la separación de los poderes estatales¹⁴⁷⁷. En todo caso, y más allá de la referencia histórica concreta, en la

¹⁴⁷⁵ Respecto a la noción general de *límite* aquí considerada, ver ALÁEZ CORRAL, B., *op. cit.*, p. 169.

¹⁴⁷⁶ En este sentido, para una aproximación a la idea de límite “absoluto” (o intrínseco) desde distintas corrientes doctrinales, *ibidem*, pp. 40-43, 52, 86, 95 (también nota 306), 211-212 y 220-221; ver también MÉNDEZ MADDALENO, J. L., *op. cit.*, p. 196. Complementariamente, enunciando la distinción entre *Constitución* y *ley fundamental*, ver DE OTTO Y PARDO, I., *op. cit.*, p. 397.

¹⁴⁷⁷ Así se afirma, por ejemplo, en ARAGÓN REYES, M., «Dos problemas falsos...», *op. cit.*, pp. 8-9, BELDA PÉREZ-PEDRERO, E., *op. cit.*, p. 269, DE OTTO Y PARDO, I., *op. cit.*, p. 415, FONDEVILA MARÓN, M., *op. cit.*, p. 258, GARCÍA ROCA, F. J., «El diálogo entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

doctrina mayoritaria se suelen añadir otros elementos adicionales, tales como la afirmación de la dignidad humana como principio esencial, la protección y garantía de un catálogo definido de derechos humanos, el carácter democrático del orden político o la fórmula general de *Estado de Derecho*, entre otros¹⁴⁷⁸. En el fondo, lo que se está considerando es la existencia de una suerte de “orden supraconstitucional” ideal (no “positivado” explícitamente como tal) que informa la identidad general del *Estado constitucional*¹⁴⁷⁹; en esta línea, se ha llegado a plantear la sujeción del “poder constituyente originario” al llamado *Derecho natural*¹⁴⁸⁰. No obstante, esta realidad no solo sería predicable con carácter universal, sino que se verificaría, muy en especial, para ámbitos regionales específicos: prueba de ello es la argumentación al respecto de la configuración progresiva de un denominado “*Derecho constitucional común europeo*”, incluyendo propuestas distintivas acerca del contenido constitucional “esencial” en este¹⁴⁸¹.

los tribunales constitucionales en la construcción de un orden público europeo», p. 186, HÄBERLE, P., *El Estado constitucional...*, *op. cit.*, p. 127, PISARELLO PRADOS, G., «¿Constitucionalismo sin constitución o Constitución sin constitucionalismo? Elementos para una lectura de la construcción europea en clave post-estatal», p. 247, RUIZ OREJUELA, W., *op. cit.*, p. 240, SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, J. J., *op. cit.*, p. 269 y TAPIA VALDÉS, J., «Poder constituyente irregular: los límites metajurídicos del poder constituyente originario», p. 132.

¹⁴⁷⁸ HÄBERLE, P., *El Estado constitucional...*, *op. cit.*, pp. 271 y 280; siguiendo al anterior, ver DE JULIOS-CAMPUZANO, A., *La globalización ilustrada. Ciudadanía, derechos humanos y constitucionalismo*, p. 138. En una postura coincidente, ver CÁRDENAS GRACIA, J., «El constituyente como restricción y como radicalidad democrática», pp. 182-184 y 196, MÉNDEZ MADDALENO, J. L., *op. cit.*, pp. 40-42, 156 y 187, OYARTE MARTÍNEZ, R., *op. cit.*, pp. 68-70, RÍOS, M. (dir.), *op. cit.*, p. 9, RUIZ OREJUELA, W., *op. cit.*, pp. 140 y 141, TAPIA VALDÉS, J., *op. cit.*, pp. 132-133 y (siguiendo a Konrad Hesse) SALGADO, E. D., *op. cit.*, p. 61.

¹⁴⁷⁹ En este sentido, CÁRDENAS GRACIA, J., *op. cit.*, p. 196, HÄBERLE, P., *El Estado constitucional...*, *op. cit.*, p. 271 y ROZNAI, Y., «Unconstitutional Constitutional Amendments—The Migration and Success of a Constitutional Idea», pp. 714-715 y TAPIA VALDÉS, J., *op. cit.*, pp. 131 y 140; así también se sugiere en REY CANTOR, E., «El bloque de constitucionalidad. Aplicación de tratados internacionales de derechos humanos», pp. 305-306. En un sentido descriptivo, ver ALÁEZ CORRAL, B., *op. cit.*, pp. 193-194, PINTO, L. M. DA S. C., *op. cit.*, p. 278 y (siguiendo a Nelson Saldanha), BARBOSA DE SÁ, A. P., *op. cit.*, p. 15. Para la afirmación de la existencia de un modelo fundamental de “democracia constitucional”, ver EUROPEAN COMMISSION FOR DEMOCRACY THROUGH LAW (VENICE COMMISSION), *Report on constitutional amendment*, párr. 133.

¹⁴⁸⁰ Así, en RUIZ OREJUELA, W., *op. cit.*, pp. 139-140, SAGÜÉS, N. P., *op. cit.*, p. 154 y (siguiendo a Sergio Gaete Rojas), OYARTE MARTÍNEZ, R., *op. cit.*, pp. 68 y 71; en un sentido descriptivo, ALÁEZ CORRAL, B., *op. cit.*, p. 170 y (siguiendo a Germán Bidart Campos y Jorge Miranda) BARBOSA DE SÁ, A. P., *op. cit.*, pp. 13 y 14. En paralelo, para la consideración de la presencia de “límites estructurales, axiológicos y dogmáticos” a la acción constituyente, RIVERA, J. A., *op. cit.*, p. 131.

¹⁴⁸¹ HÄBERLE, P., «Derecho Constitucional Común...», *op. cit.*, pp. 13-14 y 22-23; en general, describiendo la propuesta del anterior autor, ver también PÉREZ LUÑO, A. E., *Derechos humanos...*, *op. cit.*, pp. 613-621. Por otra parte, para la afirmación relativa al reconocimiento, por parte de los Estados pertenecientes a la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa, de una serie de

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

La consecuencia primaria de la postura descrita consiste en el establecimiento de una suerte de “regla de reconocimiento”¹⁴⁸². Así, sólo podría considerarse como *proceso constituyente* aquel que resulte en la formulación de un ordenamiento constitucional caracterizado por el conjunto de rasgos anteriormente descritos¹⁴⁸³. Desde esta perspectiva, una transformación cualquiera del orden jurídico fundamental de un país (sea entendida, formalmente, como proceso constituyente o como proceso de reforma) que supusiera la negación o desnaturalización de uno o varios de los elementos anteriores no podría ser dada como *legítima*. En consecuencia, el ordenamiento resultante no podría concebirse, desde este prisma, como “constitucional”, sino meramente como una realidad “fáctica” que habría de ser considerada como jurídicamente inválida (al menos, en aquello que afectase a los principios señalados)¹⁴⁸⁴. Desde luego, esta postura presenta un notable corolario práctico: si se declara que el orden político imperante en un determinado país no goza de legitimidad, sus determinaciones normativas podrían ser desconocidas o activamente negadas.

Con todo, la voluntad de normativización general del fenómeno constituyente no viene únicamente dada respecto a sus resultados jurídicos, sino también llega a alcanzar a su propio desarrollo en cuanto que proceso. Esto se ha conceptualizado principalmente, desde distintos ámbitos de la doctrina, en torno a la noción (más amplia) de “poder constituyente irregular”, que abarcaría la existencia tanto de pretendidos defectos materiales como formales¹⁴⁸⁵. No es de extrañar que, entre los pretendidos requisitos exigibles a los procesos de cambio constitucional, se hayan incluido los de carácter procedimental¹⁴⁸⁶: al fin y al cabo, se ha afirmado que la “estabilidad” y “predictibilidad” del ordenamiento constitucional conforma una de las

“*principios del orden estatal*”, en virtud de la Carta de París de 1991, HERDEGEN, M., «La internacionalización del orden constitucional», p. 77.

¹⁴⁸² Para una aproximación general a este concepto (siguiendo a H.L.A. Hart y a Josep María Vilajosana), ver CASTRO PADILLA, F., *op. cit.*, pp. 34, 47 y 49.

¹⁴⁸³ En este sentido, ver HÄBERLE, P., *El Estado constitucional...*, *op. cit.*, p. 127, RUIZ OREJUELA, W., *op. cit.*, pp. 201 y 242 y SALGADO, E. D., *op. cit.*, p. 62; ver también TAPIA VALDÉS, J., *op. cit.*, pp. 130-131.

¹⁴⁸⁴ Sosteniendo esta postura, OYARTE MARTÍNEZ, R., *op. cit.*, pp. 70-71 y SAGÜÉS, N. P., *op. cit.*, pp. 156 y 157 (nota 13); ver también TAPIA VALDÉS, J., *op. cit.*, pp. 136-137, 138 y 140. En una opinión más genérica, ver también BELDA PÉREZ-PEDRERO, E., *op. cit.*, p. 269.

¹⁴⁸⁵ En este sentido (y en referencia al pretendido “poder constituyente originario”), SAGÜÉS, N. P., *op. cit.*, pp. 153-154; en una perspectiva complementaria, PÉREZ LOOSE, H., *op. cit.*, p. 238.

¹⁴⁸⁶ *Ibidem*, p. 238.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

cualidades básicas del mismo¹⁴⁸⁷. Ello ha llevado a la crítica del recurso al referéndum como mecanismo para la convalidación de los supuestos vicios del proceso constituyente, especialmente en distintos casos relativos a países latinoamericanos¹⁴⁸⁸.

No obstante, las posiciones descritas no dejan de ser susceptibles de un examen crítico. Ya de forma inmediata, la propia idea de existencia de un orden jurídico supraconstitucional, fruto principalmente de opiniones doctrinales (más que del derecho positivo), abre la puerta a la imposición de una visión “subjetivista” en la interpretación del sentido de los principios que contiene¹⁴⁸⁹. En las distintas propuestas, los contornos ideales de dicho orden vienen a reiterar las decisiones fundamentales contenidas en los textos constitucionales europeos de los años posteriores a la Segunda Guerra Mundial: en este sentido, la aceptación de este paradigma supondría negar la “necesidad” de cualquier tipo de transformación constitucional sustancial futura¹⁴⁹⁰. La teoría de los límites supraconstitucionales intrínsecos viene a cuestionar la legitimidad de todo proceso constituyente que represente la operación de cambio de régimen político, imponiendo la reducción del fenómeno constituyente al horizonte estrecho de la reforma constitucional¹⁴⁹¹. En otros términos, se trata de asegurar la “domesticación” del fenómeno constituyente (o, en una línea similar, de la propia soberanía), frente a su potencialidad como antesala a una genuina “dictadura de la mayoría”¹⁴⁹². La principal vía abierta para este fin se halla en la habilitación del control judicial de los cambios

¹⁴⁸⁷ EUROPEAN COMMISSION FOR DEMOCRACY THROUGH LAW (VENICE COMMISSION), *Report on constitutional...*, *op. cit.*, párr. 5.

¹⁴⁸⁸ SAGÜÉS, N. P., *op. cit.*, pp. 159 y 161-162.

¹⁴⁸⁹ PINTO, L. M. DA S. C., *op. cit.*, p. 297. En general, para la confusión entre la noción de “constitución” y la doctrina del “constitucionalismo” presente en esta tendencia, PACE, A., *op. cit.*, pp. 15-16.

¹⁴⁹⁰ Describiendo esta postura, PISARELLO PRADOS, G., *Procesos constituyentes...*, *op. cit.*, pp. 14-15; ver también DE CABO MARTÍN, C., *Conflicto y constitución...*, *op. cit.*, pp. 167-168 y 170-171.

¹⁴⁹¹ En este sentido, ver PINTO, L. M. DA S. C., *op. cit.*, pp. 298-299; desde una perspectiva concurrente, ver también NOGUERA FERNÁNDEZ, A. y CRIADO DE DIEGO, M., *op. cit.*, p. 24.

¹⁴⁹² Ver HÄBERLE, P., *El Estado constitucional...*, *op. cit.*, p. 272, OYARTE MARTÍNEZ, R., *op. cit.*, pp. 67-68, TAPIA VALDÉS, J., *op. cit.*, pp. 136-137 y (en un sentido más general) ZAGREBELSKY, G., *op. cit.*, p. 102; describiendo esta postura, DELLAVALLE, S., *op. cit.*, pp. 100-101 y (en referencia a la voluntad de desvirtuar la noción de “poder constituyente”) PACE, A., *op. cit.*, p. 17 (nota 30). En general, afirmando la función “contramayoritaria” de las disposiciones constitucionales en materia de derechos fundamentales individuales, EUROPEAN COMMISSION FOR DEMOCRACY THROUGH LAW (VENICE COMMISSION), *Report on constitutional...*, *op. cit.*, párr. 79.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

constitucionales en el propio orden interno (si bien, de entrada, ello sería realizable únicamente respecto a los procesos formales de reforma)¹⁴⁹³.

B) La relación genérica entre Derecho *interno* y Derecho *internacional*.

Hasta aquí, se ha esbozado la posible relación del ordenamiento jurídico vigente en un país, con una suerte de orden normativo “esencial” e indisponible que habría de informar la naturaleza del primero, según lo afirmado por sus distintos proponentes. Sin embargo, hay un sistema normativo, este sí con una naturaleza jurídica consolidada, cuya acción en el seno del sistema jurídico aplicable “localmente” es objeto privilegiado de atención al estudiarse la cuestión de la conformación o transformación del correspondiente ordenamiento constitucional: no es otro sino el Derecho internacional, en su conjunto.

El análisis de las relaciones entre los sistemas positivos locales e internacional de producción normativa se orienta, primordialmente, hacia la determinación de la posición jerárquica general de distintos grupos de fuentes jurídicas, contemplados en función de su origen “geográfico” (interno o externo)¹⁴⁹⁴. En términos básicos, y a los efectos de dejar constancia del amplio debate doctrinal existente (que todavía no ha encontrado una resolución positiva inequívoca en la actualidad¹⁴⁹⁵), son dos las posiciones principales al respecto.

La primera de ellas afirma, generalmente, que es cada Estado el que ha de determinar, en última instancia, la primacía de las normas dictadas por sus distintas instituciones frente a las establecidas desde instancias exteriores (en este punto, independientemente a la cuestión de su consentimiento acerca de estas): así pues, se contempla la presencia de dos ordenamientos paralelos e independientes entre sí, lo cual

¹⁴⁹³ CAHILL, M., «Ever Closer Remoteness of the Peoples of Europe? Limits on the Power of Amendment and National Constituent Power», p. 256. En concreto, en lo que se refiere en las posibles funciones de la justicia constitucional en este ámbito, RIVERA, J. A., *op. cit.*, pp. 133-136; genéricamente, respecto a la función de las instituciones judiciales frente a las “*degeneraciones de la democracia*”, ZAGREBELSKY, G., *op. cit.*, p. 102.

¹⁴⁹⁴ En este sentido, la expresión “derecho” u “orden” *interno* engloba el conjunto de normas jurídicas procedentes de fuentes radicadas en el mismo país, ver CODIFICATION DIVISION OF THE OFFICE OF LEGAL AFFAIRS OF THE SECRETARIAT OF THE UNITED NATIONS, *Materials on the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*, p. 22.

¹⁴⁹⁵ NOGUEIRA ALCALÁ, H., «Constitución y derecho internacional de los derechos humanos», pp. 626-627.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

se fundamenta en la existencia de cada Estado¹⁴⁹⁶. En este sentido, por tanto, la denominada doctrina *dualista* responde a la panorámica de una realidad jurídica general fragmentada¹⁴⁹⁷.

Por otra parte, y obedeciendo a una conceptualización de la idea de *ordenamiento jurídico* como un conjunto naturalmente unitario y necesariamente coherente, otra corriente doctrinal afirma la relación esencial e inquebrantable de los sistemas jurídicos locales con el orden normativo internacional¹⁴⁹⁸. Así pues, desde esta perspectiva, es el Derecho internacional el que da carta de naturaleza al carácter *jurídico* de un determinado sistema normativo “estatal”, el cual se constituye en parte autónoma local del ordenamiento jurídico “general” (desde la comprensión de que la “parte” supone el desarrollo, concreción y plasmación del “todo”, no su negación esencial)¹⁴⁹⁹; tal es, en grandes trazos, la doctrina *monista*¹⁵⁰⁰. Así, siguiendo el sentido principal de estas tesis, la soberanía de los Estados está determinada y condicionada por el Derecho internacional (de lo cual derivaría también la existencia de límites a la acción constituyente)¹⁵⁰¹.

Tal y como se puede observar, el debate dista de ser pacífico en sí mismo. Ello se revela aún más complejo, si cabe, a partir del hecho de la amplia tipología de fuentes

¹⁴⁹⁶ Describiendo esta postura, LANDA, C., «La aplicación de los tratados internacionales en el derecho interno y la Corte Interamericana de Derechos Humanos», p. 321, MARÍN-ORTIZ, I., *op. cit.*, pp. 326 y 329, NOGUEIRA ALCALÁ, H., «Constitución y derecho...», *op. cit.*, pp. 625-626 y PASTOR RIDRUEJO, J. A., *Curso de Derecho...*, *op. cit.*, p. 174; en un sentido crítico, también en ALÁEZ CORRAL, B., *op. cit.*, pp. 186-187.

¹⁴⁹⁷ NOGUEIRA ALCALÁ, H., «Constitución y derecho...», *op. cit.*, p. 626.

¹⁴⁹⁸ Ver MARÍN-ORTIZ, I., *op. cit.*, pp. 326 y 329 y NOGUEIRA ALCALÁ, H., «Constitución y derecho...», *op. cit.*, p. 626.

¹⁴⁹⁹ En este sentido, Kelsen, H., «La transformación del concepto de soberanía», pp. 356-357, (siguiendo a Kelsen) HABERMAS, J., *La constitución de...*, *op. cit.*, p. 81 (nota 80) y (caracterizando la postura del primero) MACKLEM, P., *op. cit.*, pp. 40-41; en un sentido descriptivo, ALÁEZ CORRAL, B., *op. cit.*, p. 188, LANDA, C., *op. cit.*, pp. 321-322 y PASTOR RIDRUEJO, J. A., *Curso de Derecho...*, *op. cit.*, pp. 174-175. Por su parte, afirmando que “[...] *La Carta de las Naciones Unidas establece el primado del derecho internacional sobre los sistemas jurídicos nacionales [...]*”, HABERMAS, J., *El Occidente escindido. Pequeños escritos políticos X*, pp. 101-102.

¹⁵⁰⁰ También cabe señalar la existencia de otra variante de la misma tesis, aunque en sentido diametralmente opuesto, que preconiza la primacía del Derecho interno sobre el internacional, ver en ALÁEZ CORRAL, B., *op. cit.*, pp. 188-192; en un sentido descriptivo de esta posición, ver LANDA, C., *op. cit.*, p. 321, MACKLEM, P., *op. cit.*, pp. 42-43 y MARÍN-ORTIZ, I., *op. cit.*, p. 326 (nota 51).

¹⁵⁰¹ Ver BESSON, S., «The legitimate authority...», *op. cit.*, p. 72, MACKLEM, P., *op. cit.*, pp. 33, 38-39 y 39-40, PASTOR RIDRUEJO, J. A., *Curso de Derecho...*, *op. cit.*, pp. 300 y 311-313 y TAPIA VALDÉS, J., *op. cit.*, pp. 132 y 133.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

normativas presentes en cada uno de los sistemas jurídicos contemplados, según su forma o su materia, abriéndose un abanico extenso de posibilidades de interrelación (incluyendo la aparición de conflictos). De entrada, tal situación se revela a partir del tratamiento singular del que goza el conjunto del Derecho constitucional con respecto al resto del ordenamiento jurídico interno. Así, la cuestión primordial reside, en primer lugar, en esclarecer hasta qué punto el conjunto del Derecho internacional afecta a este último, pero no en abstracto, sino ya más concretamente a las determinaciones establecidas en las normas constitucionales existentes. En segundo lugar, se trata de determinar cuáles son los puntos específicos de conexión entre Derecho internacional y Derecho constitucional, esto es, si cualquier fuente jurídica del primero sería apta para generar directamente efectos normativos en el segundo (también cabría apreciarse en sentido contrario)¹⁵⁰².

De forma inmediata, la validez de las distintas normas de origen internacional en los órdenes jurídicos internos se establece primariamente al respecto de su posición en el sistema de fuentes establecido: la clave reside en las posibilidades de determinación constitucional de la jerarquía jurídica de los tratados internacionales dentro del conjunto del ordenamiento¹⁵⁰³. Las opciones al respecto son múltiples, abarcando la concesión a los mismos de un rango supraconstitucional, constitucional, supralegal o legal¹⁵⁰⁴; también es posible conferirles, con carácter puntual, un rango infralegal (o ejecutivo) e incluso, una mera función interpretativa general (no normativa en sí)¹⁵⁰⁵. Siguiendo la perspectiva anterior, resulta una tendencia corriente en la doctrina el considerar que la incorporación genérica del Derecho internacional al ordenamiento jurídico del país (destacando, en este sentido, su reconocimiento como parte de la normativa constitucional) depende de lo establecido concretamente en el propio texto

¹⁵⁰² Siguiendo esta reflexión en general, DíEZ-PICAZO, L. M., *op. cit.*, p. 14 y GARCÍA RAMÍREZ, S., «Relación entre la Jurisdicción interamericana y los Estados (sistemas nacionales). Algunas cuestiones relevantes», p. 245; ver también SÁCHICA, L. C., «Derecho internacional y derecho constitucional», pp. 847-848.

¹⁵⁰³ En este sentido, AYALA CORAO, C. M., «La jerarquía constitucional de los tratados relativos a derechos humanos y sus consecuencias», p. 41 y LANDA, C., *op. cit.*, p. 320.

¹⁵⁰⁴ Desde una perspectiva comparada, ver NOGUEIRA ALCALÁ, H., «Constitución y derecho...», *op. cit.*, pp. 628-630; Para las distintas posturas respecto a la jerarquía de los tratados internacionales en el contexto de la Constitución peruana, también LANDA, C., *op. cit.*, pp. 324-327.

¹⁵⁰⁵ Para estas posibilidades, ver *ibidem*, pp. 321 y 327.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

constitucional vigente¹⁵⁰⁶. Así pues, si se afirma la existencia de límites al denominado “poder constituyente originario” en la normativa constitucional vigente, derivados del Derecho internacional, en realidad estos han de quedar plasmados en la redacción de las mismas disposiciones constitucionales sustantivas o en el establecimiento de normas concretas de remisión a instrumentos internacionales en este mismo plano: las determinaciones consideradas como límites “externos” al proceso constituyente se convierten en piedras angulares “internas” del ordenamiento constitucional, difícilmente distinguibles respecto de otras normas adoptadas sin referencia externa alguna¹⁵⁰⁷.

Al hilo de lo expuesto, interesa en particular la propuesta acerca del carácter supraconstitucional de los tratados internacionales¹⁵⁰⁸. Ha de entenderse de ello que las disposiciones contenidas en estos acuerdos internacionales tendrían prevalencia sobre las normas jurídicas emanadas de un proceso constituyente, de forma que aquellas se constituyen en límites a la acción de un “poder constituyente originario” (en la forma en que este último término suele ser definido por la doctrina mayoritaria, tal y como vimos en el capítulo anterior)¹⁵⁰⁹. En este punto, resulta preciso establecer una reserva respecto al pretendido fundamento normativo de la afirmación anterior (más allá de que esta sea en sí tratada más adelante). Así, se ha recordado con frecuencia que, siguiendo lo dispuesto en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (que es también un tratado internacional), las normas internas de rango constitucional no pueden prevalecer sobre las obligaciones convencionales internacionales: de ello se

¹⁵⁰⁶ GARCÍA RAMÍREZ, S., *op. cit.*, p. 246, HENDERSON, H., «Los tratados internacionales de derechos humanos en el orden interno: la importancia del principio *pro homine*», p. 74, NOGUEIRA ALCALÁ, H., «Constitución y derecho...», *op. cit.*, pp. 627-628 y 630 y REMIRO BROTONS, A., ... [*et al.*], *op. cit.*, pp. 397-398; ver también BARTOLINI, G., «A Universal Approach to International Law in Contemporary Constitutions: does it exist?», p. 1304. Respecto a la recepción de principios del Derecho internacional en las distintas constituciones, ver HERDEGEN, M., *op. cit.*, pp. 73-75.

¹⁵⁰⁷ Es decir, no se trata de negar la existencia *fáctica* de influencias normativas exteriores en múltiples procesos constituyentes (la presencia de las cuales se afirma, por ejemplo, en BRANDT, M., COTTRELL, J., GHAI, Y. y REGAN, A., *op. cit.*, p. 62), sino de analizar la pretendida *jurídica* *intrínseca* de las mismas.

¹⁵⁰⁸ En un sentido descriptivo, AYALA CORAO, C. M., «La jerarquía constitucional...», *op. cit.*, pp. 41-43 y LANDA, C., *op. cit.*, p. 324; defendiendo esta postura (si bien englobando al conjunto del Derecho internacional), ver ZICCARDI CAPALDO, G., *op. cit.*, pp. 185-187. En conjunto, y aludiendo genéricamente a la sumisión del fenómeno constituyente a la disciplina del Derecho internacional, PÉREZ LOOSE, H., *op. cit.*, p. 238 y SAGÜÉS, N. P., *op. cit.*, p. 154; en sentido contrario (desde los postulados del *constitucionalismo democrático*), MARTÍNEZ DALMAU, R., «El debate sobre...», *op. cit.*, pp. 81-83.

¹⁵⁰⁹ En este sentido, DÍEZ-PICAZO, L. M., *op. cit.*, pp. 14-15; ver también PINTO, L. M. DA S. C., *op. cit.*, p. 284. Para un entendimiento análogo, en base a la doctrina de la integración (que establece la armonización del Derecho interno por el Derecho internacional), LANDA, C., *op. cit.*, p. 322 y ZICCARDI CAPALDO, G., *op. cit.*, pp. 12-13.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

pretende derivar la posibilidad de existencia de límites, de carácter *heterónomo*, al contenido de la decisión constituyente¹⁵¹⁰. Sin embargo, la anterior argumentación se podría sostener únicamente partiendo del supuesto de que, como resultado del proceso constituyente, no se haya procedido a la denuncia o retiro de aquellos tratados que pudieran estar en contradicción con las normas constitucionales instauradas¹⁵¹¹. En todo caso, la determinación de la Convención de Viena mencionada (que será relevante únicamente si este tratado es aplicable con anterioridad al país en cuestión) solo podría dotar de rango constitucional, como máximo, a las normas convencionales internacionales ya asumidas en el ordenamiento local, asegurando la aplicabilidad de estas dentro del ordenamiento jurídico instituido (y mientras que no sea objeto de denuncia el instrumento en el que se integren)¹⁵¹².

Así pues, desde una perspectiva estrictamente *intrasistémica* (esto es, aplicando un razonamiento estrictamente jurídico-positivo), la respuesta a la cuestión de la posibilidad de existencia de “límites” jurídicos exteriores, de origen convencional, a la acción del “poder” constituyente no va a dejar de ser nunca inequívocamente positiva (y sin posibilidad de variaciones esenciales al respecto), siempre que sea aplicable simultáneamente un instrumento convencional a cuyo contenido se reconozca (aun de forma mediata) un rango supraconstitucional, y que estuviese pretendidamente en colisión con “otra” determinación constituyente. Ello es evidente: si se sigue asumiendo como “propia”, en el orden jurídico *interno*, la disposición de un tratado que establece la aplicación preferente de sus normas (o las contenidas en otros tratados), la contradicción jurídica formal con decisiones constituyentes sustantivas solo podría resolverse en

¹⁵¹⁰ Ver DÍEZ-PICAZO, L. M., *op. cit.*, p. 14, NOGUEIRA ALCALÁ, H., «Los límites del...», *op. cit.*, pp. 445-446 y SAGÜÉS, N. P., *op. cit.*, pp. 156-157; en su aplicación a los tratados sobre derechos humanos, CASTRO PADILLA, F., *op. cit.*, p. 300. Con un razonamiento general similar (aunque sin mencionar la Convención de Viena), siguiendo a Jorge Miranda, BARBOSA DE SÁ, A. P., *op. cit.*, pp. 13 y 14.

¹⁵¹¹ GÓMEZ PÉREZ, M., «La protección internacional de los derechos humanos y la soberanía nacional», pp. 367-368; compartiendo esta reserva, en cierta medida, FONDEVILA MARÓN, M., *op. cit.*, p. 255.

¹⁵¹² En un sentido similar, negando la existencia de límites propiamente heterónomos incluso en el ámbito de la reforma constitucional, ALÁEZ CORRAL, B., *op. cit.*, pp. 194-195. Por el contrario, afirmando que “[...] a diferencia de las controversias existentes sobre otros posibles límites al poder constituyente [...], parece haber un cierto consenso acerca de los límites impuestos por el derecho internacional. [...]”, DÍEZ-PICAZO, L. M., *op. cit.*, pp. 10-11.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

contra de la validez de estas últimas¹⁵¹³. Sin embargo, ello dista de ser una afirmación con una voluntad inequívoca de correspondencia con la práctica. Al fin y al cabo, conviene recordar que, desde el propio Derecho constitucional (al menos, en su entendimiento abrumadoramente dominante en la actualidad), resulta también inconcebible la apertura de todo proceso constituyente en contravención de las disposiciones del texto constitucional vigente y, sin embargo, estos siguen produciéndose con frecuencia; la realidad de una retirada implícita o informal de un tratado internacional presenta una notable analogía con la idea de ruptura constitucional inherente al fenómeno constituyente. En cualquier caso, es necesario clarificar que no se trata de una cuestión de *límites*, sino de un problema de resolución de *antinomias*.

Hasta este punto, se ha analizado la propuesta de existencia de límites jurídicos a la acción constituyente provenientes inmediatamente de tratados internacionales. Sin embargo, dentro de la tendencia doctrinal que afirma la existencia de tales límites existe una segunda línea argumentativa, complementaria con las propuestas ya estudiadas. Según esta, se debe reconocer la obligatoriedad, *per se*, de diversas normas de Derecho internacional, de procedencia convencional o consuetudinaria, que no fundamentan su aplicabilidad en la voluntad expresa y directa de los correspondientes Estados, plasmada en la ratificación de un instrumento convencional concreto: ello nos sitúa ante la cuestión general relativa a las *normas imperativas* (que conforman el denominado “*ius cogens*”)¹⁵¹⁴. La definición más nítida referente a estas se halla en el artículo 53 de la Convención de Viena, al vincularse su existencia, en el Derecho internacional general, a ser “[...] *aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario* [...]”¹⁵¹⁵. En realidad, lo que

¹⁵¹³ Desde luego, caben encontrar distintos ejemplos singulares de tratados internacionales que han impuesto expresamente cláusulas de contenido constitucional a alguno de los Estados signatarios, ver *ibidem*, p. 20.

¹⁵¹⁴ Ver CARRILLO SALCEDO, J. A., *Soberanía de los...*, *op. cit.*, pp. 149 y 181, CASAL, J. M., «Proceso constituyente, Constitución y justicia constitucional», p. 410, NOGUEIRA ALCALÁ, H., «Los límites del...», *op. cit.*, p. 446, SAGÜÉS, N. P., *op. cit.*, p. 153, TAPIA VALDÉS, J., *op. cit.*, p. 134 y (en un sentido descriptivo) KAMMINGA, M. T., «Final Report on the Impact of International Human Rights Law on General International Law», p. 6.

¹⁵¹⁵ FASSBENDER, B., «La protección de los derechos humanos como contenido central del bien común internacional», p. 137 y PASTOR RIDRUEJO, J. A., *Curso de Derecho...*, *op. cit.*, p. 44; al respecto a la relevancia de la Convención de Viena en este tema, ver también MARTÍN ARRIBAS, J. J., «¿Hacia un derecho internacional global en los albores del siglo XXI?», p. 661 y QUISPE REMÓN, F., «Las normas de *ius cogens*: ausencia de catálogo», pp. 144 y 145.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

contiene concretamente dicho precepto (que se completa con lo estipulado en el artículo 64¹⁵¹⁶) respecto a las normas imperativas es, simplemente, la imposición de un límite respecto a la celebración de tratados contrarios a estas, estableciendo, como consecuencia, la nulidad originaria o sobrevenida de tales acuerdos derivados de la voluntad concurrente de un grupo de Estados en particular¹⁵¹⁷. Se trata, por tanto, de una norma de ordenación *interna* del propio Derecho internacional, que es aplicable (recordemos de nuevo) únicamente a aquellos países que hayan asumido la Convención de Viena¹⁵¹⁸; nada se afirma, en este punto, acerca de la posición del *ius cogens* frente a los sistemas jurídicos *internos*¹⁵¹⁹.

Sin embargo, ello no ha disuadido, a buena parte de la doctrina, de poco menos que afirmar la existencia de normas jurídicas “universales” que se pueden imponer tanto sobre el resto del Derecho internacional como frente a los ordenamientos internos¹⁵²⁰; también serían aplicables, en su caso, frente a las determinaciones del “poder constituyente”¹⁵²¹. Esta proposición parte de la confusión, en el plano teórico, entre las nociones de norma imperativa y de norma de eficacia *erga omnes*: esta última se fundamenta en la posibilidad de que una norma contenida en un tratado sea obligatoria para un Estado que no sea parte del mismo, siempre que se llegue a reconocer igualmente el carácter consuetudinario de esta dentro del Derecho internacional general¹⁵²². Ello no obsta, evidentemente, para que tales conceptos no estén

¹⁵¹⁶ *Ibidem*, p. 148; ver también CASSESE, A., *op. cit.*, p. 170 (nota 6), PASTOR RIDRUEJO, J. A., *Curso de Derecho...*, *op. cit.*, p. 44, SIVAKUMARAN, S., «Impact on the Structure of International Obligations», p. 146 y VILLÁN DURÁN, C., *op. cit.*, p. 236.

¹⁵¹⁷ Para el mecanismo jurídico específico previsto para hacer valer esta disposición, llegado el caso (y sus limitaciones al respecto), ver CASSESE, A., *op. cit.*, pp. 172-173.

¹⁵¹⁸ Sin embargo, afirmando la superior jerarquía de las normas imperativas frente al resto del Derecho internacional, MARTÍN ARRIBAS, J. J., *op. cit.*, p. 662 y (en un sentido más genérico) HABERMAS, J., *El Occidente escindido...*, *op. cit.*, pp. 160-161; describiendo también tal postura, SCHWÖBEL, C. E. J., *op. cit.*, p. 40.

¹⁵¹⁹ Reconociendo que el conjunto de los Estados sólo admite claramente la presencia de normas imperativas en el *Derecho convencional*, FASSBENDER, B., «La protección de...», *op. cit.*, p. 171; sin embargo, afirmando la aplicabilidad del *ius cogens* más allá del ámbito de los tratados internacionales, QUISPE REMÓN, F., *op. cit.*, p. 170 y SIVAKUMARAN, S., *op. cit.*, pp. 147-148.

¹⁵²⁰ Ver PETERS, A., *op. cit.*, pp. 239-240 y ZICCARDI CAPALDO, G., *op. cit.*, p. 6; en un sentido descriptivo, SCHWÖBEL, C. E. J., *op. cit.*, p. 39.

¹⁵²¹ En este sentido, GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, I., *op. cit.*, p. 87.

¹⁵²² Ver esta definición en «Convención de Viena sobre el derecho de los tratados», art. 38. Por otra parte, para la aplicabilidad a terceros Estados de tratados relativos a la “gobernanza” (en relación con la ordenación formal del proceso constituyente), FRANCK, T. M. y THIRUVENGADAM, A. K., *op. cit.*, p. 4.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

estrechamente relacionados, pero tampoco cabe suponer su interrelación esencial¹⁵²³: al fin y al cabo, una norma puede ser considerada como fruto de una costumbre general, y a pesar de ello admitirse su inaplicación particular mediante acuerdo expreso en contrario a través de la celebración de un tratado internacional (desde luego, en el enunciado del artículo 38 de la Convención de Viena no se impide categóricamente). Por otra parte, una norma puede ser reconocida como *imperativa* por la “comunidad internacional de Estados”, pero no llegar a integrarse generalmente dentro de la “costumbre” internacional (sea por su limitación en el espacio o en el tiempo), sino estar ligada a la vigencia general de un tratado en concreto (o al mantenimiento de la cláusula correspondiente dentro del mismo)¹⁵²⁴. Desde luego, ello no significa, en este contexto, que una norma imperativa de Derecho internacional general no pueda tener validez frente a todos los Estados¹⁵²⁵, pero no por ello ha de interpretarse necesariamente su conversión en *costumbre*¹⁵²⁶; por otra parte, tampoco cabe señalar automáticamente toda obligación *erga omnes* como elemento perteneciente al *ius cogens*¹⁵²⁷.

No obstante, la insistencia en la fusión del carácter imperativo con la eficacia frente a terceros, común a distintas formulaciones doctrinales que tratan esta problemática, tiene como objetivo “blindar” la inderogabilidad de las normas afectadas¹⁵²⁸, separando estas del *Derecho convencional* para asentarlas firmemente en el ámbito “inmarcesible” de la *costumbre internacional* (o incluso de los *principios de*

¹⁵²³ Distinguiendo entre uno y otro concepto, CALDUCH CERVERA, R., «La transición entre sociedades internacionales y el Derecho Internacional Público», pp. 40-41 y TOMUSCHAT, C., *Human Rights...*, *op. cit.*, p. 236; ver también KAMMINGA, M. T., *op. cit.*, pp. 4-5.

¹⁵²⁴ Respecto a la posibilidad de formulación de normas imperativas a través de la celebración de tratados con “*vocación universal*”, MARÍN-ORTIZ, I., *op. cit.*, p. 313.

¹⁵²⁵ Afirmando su validez universal, RODRIGO HERNÁNDEZ, A. J., «La constitución invisible de la comunidad internacional», p. 75 y (siguiendo también a José Juste Ruiz) QUISPE REMÓN, F., *op. cit.*, pp. 171-172; con una opinión más matizada, ver ONUMA, Y., *op. cit.*, pp. 203-204 (también nota 120).

¹⁵²⁶ En sentido contrario, QUISPE REMÓN, F., *op. cit.*, p. 175. Por otra parte, cuestionando la tendencia a reconocer a toda norma consuetudinaria internacional una validez universal, ONUMA, Y., *op. cit.*, pp. 212 y 215.

¹⁵²⁷ CARRILLO SALCEDO, J. A., *Soberanía de los...*, *op. cit.*, p. 163, QUISPE REMÓN, F., *op. cit.*, p. 172 y REMIRO BROTONS, A., ... [et al.], *op. cit.*, pp. 230-231; ver también FASSBENDER, B., «‘We the Peoples of the United Nations’: Constituent Power and Constitutional Form in International Law», pp. 277 y 279. Por el contrario, PASTOR RIDRUEJO, J. A., *Curso de Derecho...*, *op. cit.*, p. 46; en un sentido descriptivo, respecto a la afirmación de la identidad de contenidos, en general, entre las normas imperativas y las de carácter *erga omnes*, SCHWÖBEL, C. E. J., *op. cit.*, pp. 41-42.

¹⁵²⁸ Así, por ejemplo, afirmando que “[...] *las normas de ius cogens son erga omnes e inderogables*”, MARÍN-ORTIZ, I., *op. cit.*, p. 313.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

*Derecho internacional general*¹⁵²⁹⁾¹⁵³⁰, naturalmente ajeno a declaraciones, reservas o denuncia por parte de un Estado en concreto¹⁵³¹. Evidentemente, esta postura representa una aplicación concreta de la perspectiva monista (siendo que se respalda el reconocimiento de la supremacía, aún como *ultima ratio*, del Derecho internacional general sobre el sistema jurídico interno)¹⁵³². La cuestión, reside, empero, en la dificultad de dilucidar hasta qué punto el Derecho internacional general podría regir determinaciones constituyentes concretas (sobre todo, debido al problema de la identificación de las posibles normas aplicables)¹⁵³³: por ejemplo, resulta particularmente difícil acreditar la existencia de normas de Derecho internacional que regulen el desarrollo formal del proceso de elaboración de un texto constitucional¹⁵³⁴.

Visto lo anterior, se denota que la apelación constante a la supremacía de la costumbre internacional *ya imperante* no hace más que procurar el “encauzamiento” de las transformaciones de naturaleza constituyente en una especie de “ortodoxia” normativa internacional apenas velada¹⁵³⁵. Al fin y al cabo, la forma habitual con la que se inicia el cambio de una costumbre es mediante el desarrollo de una práctica que la comienza a negar, con potencialidad de generalización: esto es justo lo que se busca

¹⁵²⁹ En este sentido, CARRILLO SALCEDO, J. A., *Soberanía de los...*, *op. cit.*, pp. 143 y 146-147; caracterizando dicha noción, ver REMIRO BROTONS, A., ... [et al.], *op. cit.*, pp. 205-206 y ZICCARDI CAPALDO, G., *op. cit.*, pp. 33-34, 35, 41 y 42. Ver también (siguiendo a John Dugard) RODRIGO HERNÁNDEZ, A. J., *op. cit.*, p. 73.

¹⁵³⁰ En el artículo 38.1 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia se enuncia la costumbre internacional como una de las fuentes del Derecho internacional que debe aplicar la Corte en la resolución de las controversias que se presenten ante la misma, definiendo esta “[...] como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho [...]”; vinculando la noción de obligación *erga omnes* con la costumbre, REMIRO BROTONS, A., ... [et al.], *op. cit.*, p. 230. Afirmando la posibilidad de imposición de límites al “poder constituyente” a partir de normas consuetudinarias internacionales, NOGUEIRA ALCALÁ, H., «Los límites del...», *op. cit.*, p. 446; una postura coincidente (reproduciendo la opinión del Instituto de Derecho Internacional), si bien en términos más genéricos, en CASTRO-RIAL GARRONE, F., *op. cit.*, p. 81.

¹⁵³¹ Para la afirmación del *ius cogens* como parte de la “constitución material de la comunidad internacional”, indisponible a la voluntad de Estados individuales o de grupos reducidos de estos, RODRIGO HERNÁNDEZ, A. J., *op. cit.*, pp. 55-56; no obstante, para la consideración de la existencia de una evolución “universalista” y “democratizadora” en los procesos de formación de las normas consuetudinarias internacionales, PASTOR RIDRUEJO, J. A., *Curso de Derecho...*, *op. cit.*, p. 83.

¹⁵³² En este sentido, Díez-Picazo, L. M., *op. cit.*, p. 28.

¹⁵³³ *Ibidem*, pp. 17 y 28.

¹⁵³⁴ Ver FRANCK, T. M. y THIRUVENGADAM, A. K., *op. cit.*, pp. 3, 7 y 14-15; en contraste, aludiendo a la existencia de normas y estándares que determinan el diseño y funcionamiento de estos procesos en general, BRANDT, M., COTTRELL, J., GHAI, Y. y REGAN, A., *op. cit.*, p. 62.

¹⁵³⁵ Para la práctica de afirmar la validez de propuestas normativas internacionales, apelando a su pretendido origen como norma consuetudinaria general (aplicable inmediatamente a todo Estado, independientemente a su voluntad), TOMUSCHAT, C., «La Comunidad internacional», pp. 106-107.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

imposibilitar aplicando las tesis anteriores, lo cual tiene particular significación en el tratamiento de las normas internacionales sobre derechos humanos.

C) La posición del Derecho internacional de los derechos humanos como sistema jurídico “supraordenado” al Derecho interno.

Tal y como se apuntaba anteriormente, en el plano doctrinal, la cuestión relativa a la relación general entre Derecho interno y Derecho internacional dista de estar resuelta. Sin embargo, esta situación cambia cuando se adopta como objeto de comparación no ya el Derecho internacional en su conjunto, sino un sistema jurídico específico (por su materia), perteneciente al mismo, como es el Derecho internacional de los derechos humanos. No se trata, en este punto, de desentrañar de manera exhaustiva las interrelaciones entre los distintos sistemas del Derecho internacional. Con todo, es necesario señalar la afirmación realizada acerca de los derechos humanos como “*principio constitucional del DI [Derecho internacional]*”¹⁵³⁶. En este punto, se erigen múltiples opiniones que brindan al conjunto normativo integrado en el Derecho internacional de los derechos humanos un rango genérico superior al ordenamiento constitucional de los distintos países (y, en general, de su soberanía), sea como “marco” o “límite” de estos¹⁵³⁷.

Sin embargo, se ha de precisar que no todas las normas relativas a derechos humanos tendrían la misma capacidad de incidencia en el ordenamiento constitucional. En este punto, las anteriores se diferencian principalmente en función de su fuente: así, usualmente se reconoce que las disposiciones emanadas de tratados internacionales en materia de derechos humanos son particularmente aptas para sobreponerse a las

¹⁵³⁶ VILLÁN DURÁN, C., *op. cit.*, p. 74; en un sentido similar, CARRILLO SALCEDO, J. A., *Soberanía de los...*, *op. cit.*, pp. 15-16 y REMIRO BROTONS, A., ... [*et al.*], *op. cit.*, p. 234.

¹⁵³⁷ En este sentido, CASTRO PADILLA, F., *op. cit.*, pp. 192 y 295, HERDEGEN, M., *op. cit.*, pp. 80-81, MARÍN-ORTIZ, I., *op. cit.*, pp. 321 y 332 y (en relación con los derechos fundamentales en el ámbito interno) HÄBERLE, P., *El Estado constitucional...*, *op. cit.*, p. 177; en una referencia limitada a los procesos de reforma constitucional, BELDA PÉREZ-PEDRERO, E., *op. cit.*, p. 272. Más en general, afirmando que los derechos humanos (definidos internacionalmente) controlan el ejercicio interno de la soberanía, GÓMEZ PÉREZ, M., *op. cit.*, p. 373, MACKLEM, P., *op. cit.*, p. 33, MARÍN-ORTIZ, I., *op. cit.*, p. 321, RAWLS, J., *El derecho de gentes y «una revisión de la idea de razón pública»*, p. 38 y TARDIF, E., *op. cit.*, p. 315; en un sentido similar, ver REMIRO BROTONS, A., ... [*et al.*], *op. cit.*, p. 90 y (siguiendo a Erhard Denninger y Rainer Wahl) GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, I., *op. cit.*, pp. 88-89.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

determinaciones constitucionales¹⁵³⁸. Por ello, según esta visión, serían tales normas las que constituirían un núcleo normativo concreto dotado de un rango formal supraconstitucional¹⁵³⁹; en consecuencia, se dispondrían específicamente como límites a la determinación constituyente del ordenamiento constitucional¹⁵⁴⁰.

Por otra parte, es necesario distinguir entre los distintos tratados relativos a los derechos humanos, de acuerdo con su ámbito territorial de aplicación¹⁵⁴¹. En el plano universal (esto es, respecto a aquellos instrumentos desarrollados en el marco del sistema de las Naciones Unidas¹⁵⁴²), se suele hacer hincapié en la posición primordial de la Carta de las Naciones Unidas (en sus referencias concretas al tema) y los dos Pactos Internacionales sobre derechos humanos¹⁵⁴³. Por otra parte, tal y como es sabido, en una dimensión regional se encuentran los tratados constitutivos de los respectivos sistemas de protección (europeo, interamericano y africano). Así pues, el solapamiento de los distintos ámbitos de aplicación dará lugar, en general, a la consideración de catálogos normativos distintos entre áreas geográficas, siempre según la índole de las disposiciones aplicables y la intensidad de los compromisos jurídicos asumidos por cada Estado con la ratificación de cada tratado: así, los pretendidos límites a la soberanía

¹⁵³⁸ Considerando la incorporación de instrumentos internacionales sobre derechos humanos como una operación “*para-constituyente*”, CASTRO PADILLA, F., *op. cit.*, p. 306.

¹⁵³⁹ Describiendo esta posibilidad (si bien sujeta a una “*disposición expresa de la propia Constitución*”), GÓMEZ PÉREZ, M., *op. cit.*, p. 367; para su afirmación, *ibidem*, p. 371. Para la posibilidad del entendimiento (al menos, en parte) del carácter supraconstitucional de los instrumentos internacionales del Derecho internacional de los derechos humanos, en el ámbito constitucional interamericano, ver HENDERSON, H., *op. cit.*, p. 76 y (en un sentido descriptivo) LANDA, C., *op. cit.*, p. 324; en un sentido más general, ver NIKKEN, P., «El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el derecho interno», pp. 42-43 y 44-45 y PAZMIÑO FREIRE, P., «Algunos elementos articuladores del nuevo constitucionalismo latinoamericano», pp. 32-34.

¹⁵⁴⁰ En su definición siguiendo la terminología habitual como límites al “poder constituyente” (se entiende que “originario”), BARBOSA DE SÁ, A. P., *op. cit.*, p. 15, DíEZ-PICAZO, L. M., *op. cit.*, p. 15, RIVERA, J. A., *op. cit.*, p. 131 y, entendiendo la presencia de tales limitaciones como “implícita” (esto es, no siendo propiamente positivas), OYARTE MARTÍNEZ, R., *op. cit.*, p. 78; ver también FRANCK, T. M. y THIRUVENGADAM, A. K., *op. cit.*, p. 3 y HENDERSON, H., *op. cit.*, p. 77.

¹⁵⁴¹ DíEZ-PICAZO, L. M., *op. cit.*, p. 17.

¹⁵⁴² En referencia al denominado sistema “*universal*” o “*mundial*” de protección de los derechos humanos, FIX-ZAMUDIO, H., *op. cit.*, p. 487.

¹⁵⁴³ Así, se ha llegado a calificar estos, junto con la Declaración Universal y el Convenio Europeo, como “productos” de origen “constituyente”, ver GARDBAUM, S., «Human Rights as International Constitutional Rights», p. 756. Ver también ELKINS, Z., GINSBURG, T. y SIMMONS, B., *op. cit.*, p. 66 y MARÍN-ORTIZ, I., *op. cit.*, p. 310.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

derivados del Derecho internacional tendrían un contenido diferenciado en función del lugar.

Esta realidad se hace aún más patente, si cabe, a la luz de la posibilidad de denuncia o retiro de tratados internacionales de protección de derechos humanos por parte de un Estado¹⁵⁴⁴. De entrada, concurre directamente contra la consideración de los instrumentos europeo e interamericano como límites jurídicos propiamente dichos, la posibilidad de denuncia tanto del Convenio Europeo (tal y como se expresa en su artículo 65) como de la Convención Americana (artículo 78); ello se muestra como disposición principal, sin demérito de la obligación de respeto de diversas cláusulas temporales concurrentes, tales como el plazo de aviso previo o la pervivencia de las obligaciones contraídas respecto a aquellos hechos que pudieran constituir violación de las mismas y que fueran anteriores a la fecha de terminación efectiva del tratado¹⁵⁴⁵.

No existe norma alguna en el Derecho internacional convencional que prohíba, con carácter general, la denuncia o retiro de instrumentos de tal naturaleza¹⁵⁴⁶. Sí hay, empero, disposiciones concretas que sí pueden excluir singularmente tal actuación (recordemos que siempre dentro de la perspectiva del mismo Derecho internacional): su expresión positiva se halla en el artículo 56.1 de la Convención de Viena, que establece la imposibilidad de denuncia o retiro de un tratado si en este no se dispone la posibilidad de tal o si la misma no constase como intención de las partes o pudiera derivarse de la propia naturaleza del acuerdo. Sin embargo, es preciso matizar el alcance de esta determinación, puesto que el artículo 4 de la misma Convención sólo incluye en la aplicación de las disposiciones del propio instrumento “[...] *a los tratados que sean celebrados por Estados después de la entrada en vigor de la presente Convención con respecto a tales Estados*”¹⁵⁴⁷. En consecuencia, no cabría enunciar una respuesta

¹⁵⁴⁴ Por el contrario, negando esta posibilidad, REMIRO BROTONS, A., ... [*et al.*], *op. cit.*, p. 323.

¹⁵⁴⁵ Mencionando distintos condicionamientos que concurren en la denuncia de la Convención Americana, CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú* [Competencia], párrs. 39-40, 46 y 50-51.

¹⁵⁴⁶ De ahí que se haya mencionado, en la doctrina mayoritaria, que la existencia de límites es también fruto de una “autolimitación” (esto es, de una decisión voluntaria del respectivo Estado), reflejada en elementos tales como la pertenencia continuada a la ONU, la aceptación pacífica de la Declaración Universal o la ratificación de la Convención de Viena: así, por ejemplo, en MARÍN-ORTIZ, I., *op. cit.*, p. 332; ver también ZICCARDI CAPALDO, G., *op. cit.*, p. 213.

¹⁵⁴⁷ Sin embargo, tratando de argumentar la inaplicabilidad del tenor literal de este precepto a los tratados sobre derechos humanos, SCHEININ, M., «Impact on the Law of Treaties», pp. 23-33.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

jurídica uniforme, derivada directamente del Derecho internacional convencional, frente a cualquier hipotética iniciativa de denuncia o retiro de los Pactos Internacionales, formalizada por un Estado¹⁵⁴⁸; la misma situación se plantea, en un ámbito regional, con respecto a la Carta Africana. En este marco, únicamente podría tomarse en consideración la existencia de un límite determinado (independientemente de otras reflexiones que se abordarán más adelante) al respecto de aquellos países jurídicamente vinculados por la Convención de Viena *antes* de asumir formalmente las obligaciones de los tratados anteriores en sus ordenamientos internos. En última instancia, la controversia acerca de la validez de la denuncia de los Pactos en tales circunstancias podría acabar siendo objeto de litigio ante la Corte Internacional de Justicia¹⁵⁴⁹.

En este punto, cobra nuevamente relevancia la noción de *ius cogens*. Según afirma parte de la doctrina, ha de reconocerse inequívocamente el carácter imperativo del conjunto de normas que componen el Derecho internacional de los derechos humanos, denotando su inderogabilidad frente a cualquier otra determinación jurídica de origen interno, incluida la constituyente¹⁵⁵⁰. Se aduce en especial, para ello, el pronunciamiento favorable de la Corte Internacional de Justicia a la consideración de las reglas concernientes a los “[...] *basic rights of the human person* [...]” como obligaciones *erga omnes*¹⁵⁵¹: de ello, diversos autores deducen automáticamente la imperatividad de

¹⁵⁴⁸ En sentido contrario, el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas niega con firmeza la posibilidad de denuncia o retiro respecto del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, apoyándose en la Convención de Viena, ver COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS, *Comentario general N° 26. Comentario general sobre cuestiones relacionadas con la continuidad de las obligaciones del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, párrs. 1-3 y 5; ver también TOMUSCHAT, C., *Human Rights...*, *op. cit.*, pp. 121-122.

¹⁵⁴⁹ Pero afectando sólo a aquellos Estados parte que hayan declarado el reconocimiento de la jurisdicción de la Corte como obligatoria (y en función de las reservas que hubieran dispuesto sobre esta), ver *Estatuto de la Corte Internacional de Justicia*, art. 36 (apartados 2 y 3).

¹⁵⁵⁰ MARÍN-ORTIZ, I., *op. cit.*, pp. 310 y 312 y REY CANTOR, E., *op. cit.*, p. 324; ver también PASTOR RIDRUEJO, J. A., *Curso de Derecho...*, *op. cit.*, p. 226, RODRIGO HERNÁNDEZ, A. J., *op. cit.*, p. 78 y TORRES DEL MORAL, A., *op. cit.*, p. 34. En general, considerando como normas imperativas de Derecho internacional “[...] *las que prohíben las violaciones graves de derechos humanos fundamentales*”, CARRILLO SALCEDO, J. A., *Soberanía de los...*, *op. cit.*, p. 157; ver también *ibidem*, p. 148 y (siguiendo al anterior autor) PASTOR RIDRUEJO, J. A., *Curso de Derecho...*, *op. cit.*, p. 47.

¹⁵⁵¹ Así, en INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE, «Case concerning the Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (New Application: 1962). Second Phase. Judgment of 5 February 1970», párrs. 33-34; recogiendo esta idea, también en COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS, *Observación general N° 31. Naturaleza de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Partes en el Pacto*, párr. 2.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

estas¹⁵⁵². En esencia, esta postura expresa una vocación de expansión del ámbito del *ius cogens*, vinculada esencialmente a una pretendida “conciencia jurídica universal” en crecimiento, y orientada a la protección de los derechos del ser humano en todo tiempo y lugar¹⁵⁵³. Naturalmente, este desarrollo sólo puede abrirse paso si la concepción predominante sobre las relaciones entre Derecho internacional y orden interno es de naturaleza monista (en su variante *internacionalista*)¹⁵⁵⁴.

Sin embargo, la postura descrita no resulta ser ni mucho menos unánime en la doctrina, no solo respecto a la postura anterior, sino también en torno al anterior concepto en sí (especialmente, acerca de su operatividad jurídica real)¹⁵⁵⁵. La cuestión surge, primariamente, del hecho de que no se dispone de un “catálogo” positivo alguno que clarifique la dimensión normativa del *ius cogens*¹⁵⁵⁶. En este sentido, se ha hecho hincapié en que son particularmente escasas las normas pertenecientes al Derecho internacional de los derechos humanos a las que se suele brindar, sin mayores dudas, la condición de normas imperativas¹⁵⁵⁷: así, únicamente son generalmente estimadas como tales las relativas a la prohibición del genocidio, la tortura, la esclavitud y la servidumbre o la discriminación racial (también suele sumarse a las anteriores el

¹⁵⁵² CARRILLO SALCEDO, J. A., *Soberanía de los...*, *op. cit.*, p. 151, MARÍN-ORTIZ, I., *op. cit.*, p. 310, PASTOR RIDRUEJO, J. A., *Curso de Derecho...*, *op. cit.*, pp. 207-208 y REMIRO BROTONS, A., ... [et al.], *op. cit.*, p. 736; ver también NOGUEIRA ALCALÁ, H., «Los límites del...», *op. cit.*, p. 446 y TORRES DEL MORAL, A., *op. cit.*, p. 34. En sentido contrario, planteando la falta de desarrollo de esta postura en el seno de la propia Corte Internacional de Justicia, DIEZ-PICAZO, L. M., *op. cit.*, p. 16.

¹⁵⁵³ Afirmando la potencialidad abierta, mutable y expansiva de esta noción, QUISPE REMÓN, F., *op. cit.*, pp. 171 y 175; ver también (siguiendo a Antônio Augusto Cançado Trindade) REY CANTOR, E., *op. cit.*, p. 323. Complementariamente, sosteniendo que el respeto de los derechos humanos “*fundamentales*” forma parte de los principios generales del Derecho internacional, (siguiendo a Theo van Boven) QUISPE REMÓN, F., *op. cit.*, p. 173; más en general, ver también CARRILLO SALCEDO, J. A., *Soberanía de los...*, *op. cit.*, pp. 146 y 147 y TORRES DEL MORAL, A., *op. cit.*, p. 34.

¹⁵⁵⁴ MARÍN-ORTIZ, I., *op. cit.*, p. 330; respecto a la dimensión práctica de esta postura, ver (siguiendo a Antonio Remiro Brotons) *ibidem*, p. 327.

¹⁵⁵⁵ En este sentido, CALDUCH CERVERA, R., *op. cit.*, pp. 41 (nota 25) y 44 y QUISPE REMÓN, F., *op. cit.*, p. 147.

¹⁵⁵⁶ CALDUCH CERVERA, R., *op. cit.*, pp. 41-42, MARTÍN ARRIBAS, J. J., *op. cit.*, pp. 662-663, QUISPE REMÓN, F., *op. cit.*, pp. 144, 151 y 155 y SCHWÖBEL, C. E. J., *op. cit.*, p. 39; ver también CARRILLO SALCEDO, J. A., *Soberanía de los...*, *op. cit.*, p. 151.

¹⁵⁵⁷ CODIFICATION DIVISION OF THE OFFICE OF LEGAL AFFAIRS OF THE SECRETARIAT OF THE UNITED NATIONS, *op. cit.*, p. 187, GIEGERICH, T., «Do Damages Claims Arising from Jus Cogens Violations Override State Immunity from the Jurisdiction of Foreign Courts?», p. 206 y QUISPE REMÓN, F., *op. cit.*, pp. 150 y 159.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

derecho de libre determinación)¹⁵⁵⁸. Naturalmente, en sentido contrario, ello excluye la consideración del Derecho internacional de los derechos humanos “en bloque” como parte del *ius cogens*¹⁵⁵⁹.

Por último, es preciso señalar la diferencia entre la idea de subordinación de los ordenamientos internos a las disposiciones del Derecho internacional en materia de derechos humanos y la práctica *autónoma* de integración de los contenidos sustantivos de los tratados en cuestión en los textos constitucionales (siempre que esta acción no venga dada como resultado del cumplimiento de una obligación del propio Derecho internacional, real o presunta). En este apartado, no se ha analizado la práctica de buscar inspiración, para el desarrollo normativo propio al proceso constituyente, en otros desarrollos o ejemplos (sean presentes o pasados, internos o exteriores), siendo que la adopción de tales referencias se rija por un sentido de discrecionalidad (esto es, no representando la aplicación de exigencia normativa alguna)¹⁵⁶⁰. Por tanto, no se considera como un elemento característico el grado de “nacionalismo” o “internacionalismo” jurídico presente en el contenido de un ordenamiento constitucional, sino que, a lo sumo, este constituye un indicio de la existencia de influencias externas que hay que analizar en su propio desarrollo.

3.1.2. La posibilidad de supervisión de los procesos constituyentes desde el Derecho internacional de los derechos humanos.

La voluntad de supervisión de los distintos procesos constituyentes desde el Derecho internacional no se limita a la sola afirmación de la existencia genérica de

¹⁵⁵⁸ Ver CALDUCH CERVERA, R., *op. cit.*, p. 41, CODIFICATION DIVISION OF THE OFFICE OF LEGAL AFFAIRS OF THE SECRETARIAT OF THE UNITED NATIONS, *op. cit.*, pp. 187 y 264-265, DÍEZ-PICAZO, L. M., *op. cit.*, p. 16, FASSBENDER, B., «La protección de...», *op. cit.*, pp. 138-139, INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE, «Case concerning the...», *op. cit.*, párr. 34, KAMMINGA, M. T., *op. cit.*, p. 6, NOGUEIRA ALCALÁ, H., «Los límites del...», *op. cit.*, p. 446, PASTOR RIDRUEJO, J. A., *Curso de Derecho...*, *op. cit.*, pp. 47 y 286, QUISPE REMÓN, F., *op. cit.*, pp. 159, 167 y 175 y SIVAKUMARAN, S., *op. cit.*, pp. 137, 144 y 145; ver también CASSESE, A., *op. cit.*, pp. 140, 169-170 y 320, MARÍN-ORTIZ, I., *op. cit.*, pp. 317-320, PELLET, A., «The Opinions of the Badinter Arbitration Committee A Second Breath for the Self-Determination of Peoples», p. 179 y RODRIGO HERNÁNDEZ, A. J., *op. cit.*, pp. 74 y 77-79.

¹⁵⁵⁹ QUISPE REMÓN, F., *op. cit.*, pp. 173-174 y VILLÁN DURÁN, C., *op. cit.*, pp. 102-103 y 230-231; ver también SIVAKUMARAN, S., *op. cit.*, pp. 144-145. Por su parte, cuestionando el carácter *erga omnes* de la obligación de “[...] *respecto por los derechos humanos en su conjunto* [...]”, DÍEZ-PICAZO, L. M., *op. cit.*, p. 16.

¹⁵⁶⁰ Ver (siguiendo a Ryan Goodman y Derek Jinks) ELKINS, Z., GINSBURG, T. y SIMMONS, B., *op. cit.*, p. 67.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

contenidos normativos, esto es, la sola disposición de una orientación constitucional en abstracto. Para su operación efectiva, se requieren múltiples elementos que concreten dicho propósito en una actuación sistemática en cada contexto concreto: un sujeto (que dispone), un objeto (al cual se brinda protección), un método y unos instrumentos. De acuerdo con el tema que nos ocupa, ello supone abordar, respectivamente, las cuestiones relativas a la definición de “comunidad internacional”, el refuerzo de la posición del individuo en el ámbito jurídico internacional, la articulación jurídica de los “derechos humanos” en mandatos jurídicos concretos frente a las autoridades políticas de cada país y el papel destacado de los sistemas regionales de protección de los derechos humanos.

A) Sobre el concepto de “comunidad internacional”.

Tradicionalmente, la concepción dominante acerca del Derecho internacional se ha sostenido sobre la idea de que el objeto de este se basa en las interrelaciones, reales o posibles, entre una serie de *organizaciones* que disponen del ejercicio de potestades políticas exclusivas sobre poblaciones geográficamente distinguibles en el planeta (entendidas en sí, implícitamente, como expresiones de la existencia de sociedades con un grado “suficientemente” significativo de organización política): tales son, en términos sintéticos, los Estados, a los cuales se reconoce la condición de *sujetos* del Derecho internacional¹⁵⁶¹.

Sin embargo, desde la década de 1970 se ha ido abriendo paso en el Derecho internacional el uso de un nuevo término, que usualmente estaba circunscrito al dominio del discurso político: tal es el de “comunidad internacional”¹⁵⁶². Las primeras (y, hasta la actualidad, más significativas) menciones a esta noción con un sentido normativo se hallan en el artículo 53 de la Convención de Viena (anteriormente mencionada respecto a la conceptualización del *ius cogens*), así como en la sentencia del Tribunal Internacional de Justicia en el caso “*Barcelona Traction*” (para la definición de las

¹⁵⁶¹ Ver CARRILLO SALCEDO, J. A., *Soberanía de los...*, *op. cit.*, p. 14, ONUMA, Y., *op. cit.*, pp. 109 y 168, PASTOR RIDRUEJO, J. A., *Curso de Derecho...*, *op. cit.*, pp. 299, REMIRO BROTONS, A., ... [*et al.*], *op. cit.*, pp. 68 y 69 y VILLÁN DURÁN, C., *op. cit.*, p. 114.

¹⁵⁶² En este sentido, TOMUSCHAT, C., «La Comunidad internacional», p. 94.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

obligaciones *erga omnes*¹⁵⁶³)¹⁵⁶⁴. En el ámbito doctrinal, este concepto cobró un particular auge tras la desaparición del bloque socialista¹⁵⁶⁵.

El término “comunidad internacional” se presenta, objetivamente, con un sentido más análogo al concepto de *pueblo* (tal y como suele conceptualizarse este en la doctrina “constitucionalista” dominante) que al de *comunidad política* (tal y como se definía este en el capítulo segundo de la presente obra). No se trata, por tanto, de la constatación de la existencia de una suma de sujetos jurídicos interrelacionados en un espacio definido (aun sujetos realmente unos con otros por relaciones de dominación), sino de la afirmación de una genuina *unidad*, dotada de personalidad jurídica propia, así como de una voluntad singular que trasciende a la de cada una de sus partes¹⁵⁶⁶. Desde luego, la noción descrita se diferencia de la de *pueblo*, notoriamente, por su ámbito de aplicación universal.

De entrada, no resulta extraño que se considere la existencia *aparente* de la “comunidad internacional” (otra cosa es su realidad material¹⁵⁶⁷). Al fin y al cabo, la interrelación entre los países es un hecho, como manifestación natural de *una* humanidad materialmente interconectada; concretamente, la existencia de grandes asuntos de índole global propiciaría la consideración, al menos en abstracto, de un ámbito normativo mundial de carácter propiamente *común*. Así, pareciera que esta idea estuviere vinculada con una noción de “sociedad global”, de contornos inciertos, que estaría integrada indistintamente por Estados, pueblos, organizaciones sociales, e individuos¹⁵⁶⁸; se trata, no obstante, de una percepción errónea (al menos, desde la

¹⁵⁶³ INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE, «Case concerning the...», *op. cit.*, párr. 33; ver también CARRILLO SALCEDO, J. A., *Soberanía de los...*, *op. cit.*, pp. 155 y 158.

¹⁵⁶⁴ Ver KAMMINGA, M. T., *op. cit.*, p. 5, SIVAKUMARAN, S., *op. cit.*, pp. 136-137 y TOMUSCHAT, C., «La Comunidad internacional», pp. 94 y 96.

¹⁵⁶⁵ En este sentido, FASSBENDER, B., «La protección de...», *op. cit.*, p. 132.

¹⁵⁶⁶ *Ibidem*, p. 134, GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, I., *op. cit.*, pp. 86-87 y TOMUSCHAT, C., «La Comunidad internacional», p. 100. En este sentido, para la distinción entre las nociones de “sociedad internacional” y “comunidad internacional”, CARRILLO SALCEDO, J. A., *Soberanía de los...*, *op. cit.*, p. 182; definiendo la primera, BUCHAN, R., *op. cit.*, pp. 321-322, PASTOR RIDRUEJO, J. A., *Curso de Derecho...*, *op. cit.*, pp. 50-51 y 303 y REMIRO BROTONS, A., ... [*et al.*], *op. cit.*, p. 38. Considerando que la idea de “comunidad internacional” se ha abierto paso, en el plano global, frente a la noción previa de “comunidad de Estados”, SCHWÖBEL, C. E. J., *op. cit.*, p. 83.

¹⁵⁶⁷ Negando directamente su existencia (siguiendo a David Rieff), DOUZINAS, C., *op. cit.*, pp. 221-222.

¹⁵⁶⁸ Siguiendo esta perspectiva, para una enumeración (más que amplia) de los distintos actores internacionales que pueden componer la “comunidad internacional”, a efectos de señalar su influencia en

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

perspectiva jurídica analizada)¹⁵⁶⁹. Tal y como se ha conceptualizado mayoritariamente en la doctrina, la “comunidad internacional” únicamente tiene como sujetos integrantes a los Estados (a todos ellos), que quedan vinculados a un mismo orden fundamental independientemente a su voluntad¹⁵⁷⁰.

Sin embargo, esta es solo una de las características esenciales de la “comunidad internacional”: otro rasgo, de crucial importancia, sería el de la *función* esencial que viene a asumir en el ordenamiento de los asuntos globales. Así, se ha afirmado que es esta quien asume, de por sí, la protección de los valores y principios básicos para el conjunto de seres humanos¹⁵⁷¹. En el mismo núcleo de los anteriores, la doctrina incluye específicamente, como manifestación concreta, las normas imperativas de Derecho internacional general¹⁵⁷²: en su formación y reconocimiento se denota la concurrencia crucial del *consenso* favorable de la “comunidad internacional” (sobre todo, de los principales actores estatales en la misma)¹⁵⁷³. Así, si la sumisión de los Estados al sistema jurídico internacional se ha querido afirmar antes como un *hecho*, ahora con esta formulación se trata de legitimar como *propuesta normativa*: es la “comunidad internacional” la encargada, a través de los Estados, de hacer valer este marco fundamental frente a cada uno de sus miembros¹⁵⁷⁴.

procesos de elaboración constitucional, ver BRANDT, M., COTTRELL, J., GHAI, Y. y REGAN, A., *op. cit.*, pp. 175-176.

¹⁵⁶⁹ En sentido contrario, afirmando la presencia de una noción genérica del término “comunidad internacional”, que coexiste con otras más específicas, MARTÍN ARRIBAS, J. J., *op. cit.*, pp. 641-642.

¹⁵⁷⁰ Ver CODIFICATION DIVISION OF THE OFFICE OF LEGAL AFFAIRS OF THE SECRETARIAT OF THE UNITED NATIONS, *op. cit.*, p. 300 y TOMUSCHAT, C., «La Comunidad internacional», pp. 94-95; calificando dicho orden como expresión de una “*Constitución de la Comunidad Internacional*”, *ibidem*, p. 101. Así, por ejemplo, tachando de “*ilegítima*” y “*nula*” toda “[...] *reforma constitucional que pretendiese aislar al Estado completamente de la Comunidad Internacional* [...]”, FONDEVILA MARÓN, M., *op. cit.*, p. 255.

¹⁵⁷¹ TOMUSCHAT, C., «La Comunidad internacional», p. 100; ver también *idem*, *Human Rights...*, *op. cit.*, p. 237, CARRILLO SALCEDO, J. A., *Soberanía de los...*, *op. cit.*, p. 183 y (siguiendo a Bruno Simma), FASSBENDER, B., «La protección de...», *op. cit.*, p. 133. En general, afirmando que la “*comunidad jurídica internacional*” se fundamenta en “*valores constitucionales*”, HÄBERLE, P., *El Estado constitucional...*, *op. cit.*, p. 290.

¹⁵⁷² CARRILLO SALCEDO, J. A., *Soberanía de los...*, *op. cit.*, p. 153, FASSBENDER, B., «La protección de...», *op. cit.*, p. 141 y RODRIGO HERNÁNDEZ, A. J., *op. cit.*, pp. 73 y 74.

¹⁵⁷³ REMIRO BROTONS, A., ... [*et al.*], *op. cit.*, p. 233.

¹⁵⁷⁴ FASSBENDER, B., «La protección de...», *op. cit.*, p. 141; ver también HABERMAS, J., *La constitución de...*, *op. cit.*, p. 84.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

Ahora bien, como es sabido, la eficacia de las normas requiere de su aplicación al caso concreto. Por consiguiente, es en este punto donde adquiere relevancia la cuestión del discernimiento del proceso de formación de la “voluntad” expresa de la “comunidad internacional”, por ejemplo, ante un desarrollo constituyente específico. Esta interrogante conlleva, necesariamente, determinar cuáles son los órganos *necesarios* de esta “comunidad” que la doctrina pretende que “es” real (y no una mera abstracción teórica)¹⁵⁷⁵. En este sentido, aparentemente ya existiría un ámbito concreto que agrupa a la inmensa mayoría de los países en la actualidad y que, además, está dotado de una dimensión organizativa definida, como es las Naciones Unidas¹⁵⁷⁶. Sin embargo, la corriente teórica defensora de la idea de “comunidad internacional” rechaza que sean, en esencia, la misma realidad; bien al contrario, se afirma que la ONU no es más que *una* de las manifestaciones institucionales (si bien particularmente destacada) de la “comunidad internacional”¹⁵⁷⁷.

El principal motivo invocado en la doctrina para fundamentar el “recelo” ante el papel de las instituciones de las Naciones Unidas como órganos de la “comunidad internacional” reside en la propia arquitectura de estas. Por una parte, se ha aducido la carencia de genuinas potestades normativas y decisorias de la Asamblea General¹⁵⁷⁸. Por otra, si bien se reconoce la capacidad resolutoria del Consejo de Seguridad respecto a cuestiones de paz y seguridad internacionales (y su potestad, al menos formal, para imponerla sobre cada uno de los Estados, incluso sobre aquellos que no son miembros de la ONU¹⁵⁷⁹), se achaca en contra del mismo su composición y su procedimiento de adopción de decisiones (incluyendo, crucialmente, la posibilidad de imposición de veto

¹⁵⁷⁵ Así adquiere relevancia la “*institucionalización*” de la “comunidad internacional”, ver CARRILLO SALCEDO, J. A., *Soberanía de los...*, *op. cit.*, pp. 183-184 y FASSBENDER, B., «La protección de...», *op. cit.*, pp. 132-133.

¹⁵⁷⁶ Ver ONUMA, Y., *op. cit.*, p. 139.

¹⁵⁷⁷ En este sentido, TOMUSCHAT, C., «La Comunidad internacional», pp. 93-94; ver también INTERNATIONAL COMMISSION ON INTERVENTION AND STATE SOVEREIGNTY, *The Responsibility to Protect. Report of the International Commission on Intervention and State Sovereignty*, p. 48. Por su parte, negando que la “comunidad internacional” esté “*debidamente institucionalizada*” en su conjunto, MARÍN-ORTIZ, I., *op. cit.*, pp. 313-314; ver también ZICCARDI CAPALDO, G., *op. cit.*, p. 7.

¹⁵⁷⁸ TOMUSCHAT, C., «La Comunidad internacional», p. 108.

¹⁵⁷⁹ Ver *ibidem*, pp. 114-115 y ZICCARDI CAPALDO, G., *op. cit.*, p. 31.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

por parte de alguno de sus cinco miembros permanentes), así como su dependencia de los Estados para poder ejecutar sus determinaciones por medios militares¹⁵⁸⁰.

Sin embargo, la doctrina no reconoce la presencia de limitaciones en general para la “comunidad internacional” en materia de creación normativa (especialmente, en lo referente a normas imperativas o con efectos frente a terceros)¹⁵⁸¹. La clave de esta postura reside en el método general a seguir. En primer lugar, se rechaza la necesidad de establecimiento de una regla explícita para acreditar la formación de la voluntad “comunitaria”, con lo cual no es necesaria la verificación de una previa unanimidad¹⁵⁸², ni de un umbral específico de mayoría en términos de número de Estados. Así pues, diversos autores apelan, de manera nebulosa, a la concurrencia de una “opinión jurídica” favorable a la formulación de una norma (la cual se podría contemplar por medios diversos)¹⁵⁸³. Ello lleva a determinar el proceso de definición de la voluntad de la “comunidad internacional” como expresión del acuerdo de grupos (solo relativamente “amplios”) de Estados, en cuyo seno son las grandes potencias mundiales quienes asumen el protagonismo, las cuales se conciertan para extender con éxito sus determinaciones sobre el resto de los países¹⁵⁸⁴. Lejos de corresponder a una “voluntad general”, se trata de un proceso de imposición de una conjunción de voluntades

¹⁵⁸⁰ FASSBENDER, B., «La protección de...», *op. cit.*, pp. 141-142 y 168 y TOMUSCHAT, C., «La Comunidad internacional», pp. 108-109 y 110-111; no obstante, reafirmando las funciones del Consejo de Seguridad respecto a la “comunidad global”, ZICCARDI CAPALDO, G., *op. cit.*, pp. 31, 66 y 69-70. Por otra parte, considerando la existencia del derecho de veto en el Consejo como una expresión de desigualdad soberana entre Estados, FERRAJOLI, L., *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia. 2...*, *op. cit.*, p. 558, STERIO, M., *The Right to Self-Determination under International Law. “Selfistans”, secession, and the rule of the great powers*, p. 50; en este sentido, también REMIRO BROTONS, A., ... [*et al.*], *op. cit.*, p. 44, VILLÁN DURÁN, C., *op. cit.*, p. 175 y (si bien concediendo también la presencia de aspectos positivos en el mismo) PASTOR RIDRUEJO, J. A., *Curso de Derecho...*, *op. cit.*, pp. 766-767.

¹⁵⁸¹ En este sentido, FASSBENDER, B., «La protección de...», *op. cit.*, p. 153.

¹⁵⁸² MARÍN-ORTIZ, I., *op. cit.*, p. 313.

¹⁵⁸³ CARRILLO SALCEDO, J. A., *Soberanía de los...*, *op. cit.*, pp. 78-79 y 146, MARÍN-ORTIZ, I., *op. cit.*, p. 313 y RODRIGO HERNÁNDEZ, A. J., *op. cit.*, p. 76; igualmente, considerando la creación de normas del *ius cogens* como fruto del “consenso” de la “comunidad internacional de Estados”, ver GIEGERICH, T., *op. cit.*, pp. 205-206 y (en referencia concreta a las normas sobre derechos humanos) VILLÁN DURÁN, C., *op. cit.*, p. 852.

¹⁵⁸⁴ En este sentido, MARÍN-ORTIZ, I., *op. cit.*, p. 314, QUISPE REMÓN, F., *op. cit.*, pp. 147-148 (también nota 12) y 169-170 y ZICCARDI CAPALDO, G., *op. cit.*, pp. 35, 36, 41, 66 y 91-92; ver también DOUZINAS, C., *op. cit.*, pp. 180-181, REMIRO BROTONS, A., ... [*et al.*], *op. cit.*, p. 44 y (siguiendo a Prosper Weil) SCHWÖBEL, C. E. J., *op. cit.*, p. 128. Para la noción de *gran potencia*, ver STERIO, M., *op. cit.*, p. 44.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

particulares que se acaban traduciendo en normas jurídicas internacionales¹⁵⁸⁵. En consecuencia, se ha aseverado la existencia de una suerte de “núcleo” orientador dentro de la “comunidad internacional”, que impulsa la evolución de esta y que anima su actuación: tal sería el concierto de Estados “liberales”, dotado de la capacidad de excluir de la “sociedad internacional” a otros países no homologados a los anteriores, interviniendo en las potestades soberanas ejercidas en los mismos¹⁵⁸⁶.

Esta realidad afecta, especialmente, a la consideración general que se dispensa a los derechos humanos en el discurso internacional dominante, puesto que, siguiendo lo afirmado por la doctrina, la protección de estos ha sido integrada como parte destacada en las funciones que desempeña la “comunidad internacional”¹⁵⁸⁷. Yendo aún más allá, en un sentido dinámico, también se ha afirmado el papel de esta última en la propia creación en el tiempo del marco jurídico aplicable a los mecanismos de protección¹⁵⁸⁸. Todo ello tiene un impacto directo en la consideración del fenómeno constituyente como un proceso jurídicamente independiente: así, se asevera que la existencia de “deberes” de cada país hacia la “comunidad internacional” supone que los contenidos constituyentes puedan ser objeto de supervisión (y, en su caso, de censura) por esta última¹⁵⁸⁹.

¹⁵⁸⁵ Ver BUCHAN, R., *op. cit.*, p. 342 y (advirtiendo acerca de esta posibilidad) CARRILLO SALCEDO, J. A., *Soberanía de los...*, *op. cit.*, pp. 156-157; en sentido contrario, negando la existencia de “imposiciones” en la formulación de principios del Derecho internacional, ZICCARDI CAPALDO, G., *op. cit.*, pp. 35-36.

¹⁵⁸⁶ Una reflexión nítida en este sentido, en BUCHAN, R., *op. cit.*, pp. 322-324; afirmando la pretendida superioridad intrínseca del orden social *liberal*, BROUSSEAU, E., SGARD, J. y SCHEMEIL, Y., «Delegation without borders: On individual rights, constitutions and the global order», pp. 463-465. En un sentido descriptivo, ver también HABERMAS, J., *El Occidente escindido...*, *op. cit.*, p. 178 y (describiendo, además, la postura de Ann-Marie Slaughter) DOUZINAS, C., *op. cit.*, pp. 182 y 208 y RAJAGOPAL, B., *op. cit.*, p. 294.

¹⁵⁸⁷ CANÇADO TRINDADE, A. A., «Separate opinion of...», *op. cit.*, párr. 185, CARRILLO SALCEDO, J. A., *Soberanía de los...*, *op. cit.*, p. 15, DUEÑAS MUÑOZ, J. C., «Soberanía y Estado constitucional: su importancia en la integración y en el derecho comunitario», p. 746, RUBIO LLORENTE, F., «Derechos fundamentales...», *op. cit.*, p. 206, TARDIF, E., *op. cit.*, pp. 315 y 316 y VILLÁN DURÁN, C., *op. cit.*, pp. 85-86 y 87; para la posición última de la “comunidad internacional” como garante de los derechos humanos, SELEME, H. O., «Democracia internacional, derecho humano a la democracia e intervención humanitaria», pp. 327-328, 344 y 355. También se ha avanzado una justificación a esta proposición partiendo de la referencia a los propios tratados internacionales vigentes, ver FASSBENDER, B., «La protección de...», *op. cit.*, p. 154.

¹⁵⁸⁸ Ver VILLÁN DURÁN, C., *op. cit.*, p. 74; en un sentido más genérico, también RODRIGO HERNÁNDEZ, A. J., *op. cit.*, p. 75.

¹⁵⁸⁹ TOMUSCHAT, C., «La Comunidad internacional», pp. 116-117 y (siguiendo a Jorge Miranda) BARBOSA DE SÁ, A. P., *op. cit.*, p. 14; respecto a la significación práctica de esta situación, GONZÁLEZ CADENAS, D., *Teoría y práctica...*, *op. cit.*, pp. 255-256.

B) La personalidad jurídica internacional del individuo humano.

Otro de los factores recientes en la evolución actual del Derecho internacional que más se ha destacado en la doctrina es la orientación creciente hacia la protección de los derechos de la persona *individual*¹⁵⁹⁰. Naturalmente, ello hace suscitar el interrogante al respecto de cuál es el papel que ha de desempeñar esta figura en los procesos y mecanismos de creación y aplicación de las normas jurídicas internacionales.

Desde luego, en la cuestión relativa a la delimitación de los sujetos del Derecho internacional, se sigue reconociendo, en términos generales, el protagonismo fundamental de los Estados, en cuanto que sujetos “*primarios*” y “*plenarios*”¹⁵⁹¹. Ahora bien, según se afirma en la doctrina, la propia “soberanía” de los Estados va cediendo paso frente a los derechos y libertades fundamentales reconocidos a los seres humanos individuales en cuanto tales, de acuerdo con la importancia conferida a las normas del Derecho internacional de los derechos humanos¹⁵⁹²; en función de ello, serán a estos a quienes se considere como titulares directos de los mismos derechos humanos “internacionales”¹⁵⁹³. De aquí se deriva el planteamiento acerca de las personas legitimadas para reclamar la defensa de los derechos que fuesen vulnerados, en el contexto de los distintos regímenes de protección de los derechos humanos: para la defensa de sus derechos, el individuo humano se presenta cada vez más como actor jurídico internacional (una realidad especialmente patente en los principales sistemas

¹⁵⁹⁰ Ver LANDA, C., *op. cit.*, p. 322, REMIRO BROTONS, A., ... [*et al.*], *op. cit.*, p. 739 y ZICCARDI CAPALDO, G., *op. cit.*, p. 1. Desde una perspectiva general (afirmando que el fin último de la “comunidad internacional” es el ser humano), GROS ESPIELL, H., «Los derechos humanos: derecho constitucional y derecho internacional», pp. 174-175.

¹⁵⁹¹ CARRILLO SALCEDO, J. A., *Soberanía de los...*, *op. cit.*, pp. 14, 15, 42 y 179-180 y REMIRO BROTONS, A., ... [*et al.*], *op. cit.*, p. 68; en este sentido, también ONUMA, Y., *op. cit.*, pp. 118, 170 y 235, PASTOR RIDRUEJO, J. A., *Curso de Derecho...*, *op. cit.*, pp. 192, 196 y 703 y VILLÁN DURÁN, C., *op. cit.*, pp. 114-115.

¹⁵⁹² En este sentido, CARRILLO SALCEDO, J. A., *Soberanía de los...*, *op. cit.*, pp. 16 y 37-38 y CANÇADO TRINDADE, A. A., «The Historical Recovery...», *op. cit.*, p. 14; ver también MARTÍN ARRIBAS, J. J., *op. cit.*, p. 653 y (respecto a la doctrina de la “persona humana”) LANDA, C., *op. cit.*, p. 322. Es preciso recordar que esta obligación de protección y efectividad de los derechos humanos se declara como deber específico de los Estados, ver ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS, *Declaración sobre el derecho y el deber de los individuos, los grupos y las instituciones de promover y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales universalmente reconocidos*, art. 2.

¹⁵⁹³ CANÇADO TRINDADE, A. A., «The Historical Recovery...», *op. cit.*, pp. 17-18 y 51.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

regionales)¹⁵⁹⁴. En consecuencia, se ha considerado doctrinalmente que, en el Derecho internacional (al menos, en lo que respecta a los derechos humanos), las personas individuales se constituyen en *sujetos* no subordinados ante cualesquiera otros (por ejemplo, respecto a los Estados)¹⁵⁹⁵.

Las consecuencias de esta tesis son capitales: los individuos no pueden ser privados o reducidos en los derechos de los que son titulares por parte del Estado del que son ciudadanos, sino que únicamente podrán serlo según lo dispuesto por el propio Derecho internacional. La expresión de tal postura se halla en la enunciación del principio de *progresividad*, que afirma que los derechos humanos solo pueden ser objeto de ampliación y profundización en los distintos ordenamientos jurídicos internos, nunca de reducción o, incluso, de supresión¹⁵⁹⁶. En este sentido, el contenido de los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por los Estados es equiparado a las disposiciones concurrentes del derecho interno del país, de forma que se aplica la norma más favorable al individuo¹⁵⁹⁷. Hay un corolario concreto en esta perspectiva, que no es otro sino el de la afirmación de la “constitucionalidad” intrínseca de los derechos reconocidos por tratados internacionales (independientemente a su recepción en el sistema de fuentes jurídicas de cada país), fruto de su naturaleza de derechos “*inherentes a la persona humana*”¹⁵⁹⁸: desde este punto de vista, el reconocimiento de un derecho humano se convierte en un hecho constitucionalmente “irreversible” que queda ya fuera de la capacidad de disposición del Estado en

¹⁵⁹⁴ Así se reconoce, si bien con carácter genérico, en el plano de las Naciones Unidas, ver ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS, *Declaración sobre el derecho...*, *op. cit.*, art. 1. Ver MARÍN-ORTIZ, I., *op. cit.*, p. 320 y VILLÁN DURÁN, C., *op. cit.*, p. 117; rechazando que se pueda considerar a los individuos únicamente como “actores”, CANÇADO TRINDADE, A. A., «The Historical Recovery...», *op. cit.*, p. 51.

¹⁵⁹⁵ *Ibidem*, pp. 17, 18, 19 y 51; ver también BESSON, S., «The legitimate authority...», *op. cit.*, p. 42, FIX-ZAMUDIO, H., *op. cit.*, p. 487, HELD, D., *op. cit.*, p. 61, LANDA, C., *op. cit.*, p. 323, SCHWÖBEL, C. E. J., *op. cit.*, p. 83 y ZICCARDI CAPALDO, G., *op. cit.*, p. 1. En un sentido muy matizado, ver PASTOR RIDRUEJO, J. A., *Curso de Derecho...*, *op. cit.*, pp. 191 y 192.

¹⁵⁹⁶ NIKKEN, P., «El Derecho Internacional...», *op. cit.*, p. 57; ver también BARBOSA DE SÁ, A. P., *op. cit.*, pp. 18-19 y 20 y NOGUEIRA ALCALÁ, H., «Los límites del...», *op. cit.*, p. 444.

¹⁵⁹⁷ AYALA CORAO, C. M., «La jerarquía constitucional...», *op. cit.*, pp. 56-57, GARCÍA RAMÍREZ, S., *op. cit.*, p. 249, HENDERSON, H., *op. cit.*, p. 93 y NIKKEN, P., «El Derecho Internacional...», *op. cit.*, p. 57; ver también VILLÁN DURÁN, C., *op. cit.*, pp. 104 y 236.

¹⁵⁹⁸ *Ibidem*, pp. 53-54; ver también BONILLA HERNÁNDEZ, P., «Breves apuntes jurisprudenciales y de derecho comparado en torno al control de constitucionalidad de los tratados internacionales», p. 23.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

cuestión¹⁵⁹⁹. En consecuencia, se refuerza la protección de los intereses individuales frente a las determinaciones generales posteriores (sean internacionales o, más comúnmente, internas), posición que se anclaría en lo dispuesto por la normativa jurídica internacional¹⁶⁰⁰. Finalmente, se advierte que el postulado de reconocimiento de la subjetividad jurídica a las personas individuales en el Derecho internacional de los derechos humanos tiene una capacidad expansiva a otros ámbitos, tales como el Derecho internacional económico¹⁶⁰¹.

Sin embargo, en este asunto, se denota una marcada diferencia entre las *apariencias* y la *realidad*. Ciertamente, se denota un cierto proceso de *subjetivación*, relativo a la condición del individuo en el Derecho internacional (con especial referencia a los derechos humanos)¹⁶⁰²: ello se muestra, por ejemplo, en la posibilidad de que las personas físicas puedan plantear reclamaciones, quejas o denuncias ante los órganos correspondientes de los sistemas de protección de derechos humanos¹⁶⁰³. Sin embargo, ello no permite calificar, en un sentido *inequívoco y pleno*, la posición del individuo humano como *sujeto*, puesto que este únicamente dispone de contadas facultades en el anterior ámbito (especialmente reducidas en el marco de los instrumentos relativos a los derechos económicos, sociales y culturales). De hecho, los derechos humanos no confieren un estatus personal incondicionado a los individuos: por ejemplo, los derechos reconocidos por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos se extienden únicamente a aquellas personas radicadas en el ámbito espacial de un Estado parte, esto es, la protección se asocia al territorio¹⁶⁰⁴. Así pues y, como mínimo, habría que abandonar una visión unitaria de la propia noción de “subjetividad”,

¹⁵⁹⁹ NIKKEN, P., «El Derecho Internacional...», *op. cit.*, p. 56; ver también AYALA CORAO, C. M., «La jerarquía constitucional...», *op. cit.*, pp. 54-55 y SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, J. J., *op. cit.*, p. 273. En el fondo, ello se erige en un factor que concurre en la interpretación del propio ordenamiento constitucional (propiciando incluso la mutación de este), ver CASTRO PADILLA, F., *op. cit.*, pp. 360-361.

¹⁶⁰⁰ Describiendo el funcionamiento del principio *pro homine* al respecto, HENDERSON, H., *op. cit.*, p. 94.

¹⁶⁰¹ Para una propuesta en este sentido, PETERSMANN, E.-U., «State Sovereignty, Popular Sovereignty and Individual Sovereignty: from Constitutional Nationalism to Multilevel Constitutionalism in International Economic Law?», p. 15.

¹⁶⁰² En este sentido, CARRILLO SALCEDO, J. A., *Soberanía de los...*, *op. cit.*, pp. 15 y 37 y PASTOR RIDRUEJO, J. A., *Curso de Derecho...*, *op. cit.*, pp. 193-194 y 196.

¹⁶⁰³ Ver distintos supuestos en *ibidem*, pp. 195-198; ver también VILLÁN DURÁN, C., *op. cit.*, p. 117-120.

¹⁶⁰⁴ En este sentido, COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS, *Comentario general N° 26...*, *op. cit.*, párr. 4; ver también VILLÁN DURÁN, C., *op. cit.*, p. 400.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

para analizar concretamente el “haz” de potestades que engloba la posición jurídica internacional de la persona humana en cada ámbito de actuación¹⁶⁰⁵.

Los catálogos internacionales de derechos humanos y sus correspondientes sistemas de protección se presentan como un orden “objetivo” para los individuos, no como fruto, aun parcial, de la acción colectiva de estos. Tal es la realidad, a menos que se desee afirmar la existencia de una conexión “mística” entre individuos y Derecho internacional, mediado a través de la voluntad del “pueblo” que se manifiesta en la acción internacional de “su” Estado: en todo caso, se trataría de una proposición que requiere demostración. En la propuesta anterior se consagra la separación entre creación y aplicación del Derecho: las personas físicas no participan en la construcción del orden normativo que se les aplica, sino que únicamente pueden reclamar sobre aquello que ya se ha dispuesto previamente a su favor¹⁶⁰⁶. Esencialmente, los individuos aparecen en este contexto como “beneficiarios” de los derechos positivados y sus garantías¹⁶⁰⁷: a estos se confieren facultades de actuación jurídica circunscritas a la defensa de sus propios intereses.

C) Mecanismos generales de supervisión jurídica internacional en el diseño constituyente de los distintos países.

Es evidente que no basta con el solo reconocimiento de la existencia de un catálogo definido de prescripciones en materia de los derechos humanos, para que este pase a tener una naturaleza netamente normativa (sin la cual no deja de ser más que una colección de meras exhortaciones u orientaciones). Para lograr tal propósito, es condición necesaria, pues, afirmar su *exigibilidad* jurídica, esto es, determinar su carácter de *obligación* al disponerse su observancia por parte de un sujeto jurídico determinado. Esto es, precisamente, lo que sucede con los principales cuerpos internacionales de normas sobre derechos humanos establecidos por vía convencional, sean universales o regionales: de manera expresa, se determina que los destinatarios de

¹⁶⁰⁵ En general, señalando la heterogeneidad de derechos y deberes entre las distintas clases de sujetos jurídicos en el Derecho internacional, BESSON, S., «The legitimate authority...», *op. cit.*, p. 56; en un sentido coincidente, PASTOR RIDRUEJO, J. A., *Curso de Derecho...*, *op. cit.*, pp. 192-193.

¹⁶⁰⁶ Una referencia a los individuos como “*destinatarios*” del *Derecho convencional* sobre los derechos humanos, en NIKKEN, P., «El Derecho Internacional...», *op. cit.*, p. 16.

¹⁶⁰⁷ En este sentido (siguiendo a Joseph Weiler), GARDBAUM, S., *op. cit.*, p. 763; ver también PASTOR RIDRUEJO, J. A., *Curso de Derecho...*, *op. cit.*, pp. 193 y 195.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

sus mandatos son los Estados, que se comprometen en general a aplicar en su ámbito de actuación las disposiciones contenidas en los distintos instrumentos que hayan ratificado¹⁶⁰⁸. Complementariamente, ello supone el compromiso de no incurrirse en contradicción entre el conjunto del derecho interno y las estipulaciones internacionales incorporadas al ordenamiento, de manera que no se pretenda el incumplimiento de estas en función de lo determinado en textos constitucionales o legislativos locales¹⁶⁰⁹.

Ahora bien, es importante desgranar los distintos tipos de actuaciones concretas que se exigen a los Estados parte, haciendo abstracción, en este punto, respecto del contenido de cada uno de los derechos positivados¹⁶¹⁰. Por una parte, se materializa una obligación de naturaleza *negativa*, consistente en la abstención de toda acción que conlleve una quiebra en el respeto de los derechos humanos. Más en concreto, se afirma que un determinado Estado no puede llevar a cabo transformaciones en el ordenamiento jurídico del país que sean contrarias a las normas de Derecho internacional convencional asumidas por aquel¹⁶¹¹: siguiendo este razonamiento, también se incluirían en este mandato la operación de cambios en el orden constitucional siguiendo el sentido expresado¹⁶¹². La consecuencia primaria de lo anterior, en el contexto de un proceso constituyente, resulta clara: las determinaciones jurídicas resultantes no pueden

¹⁶⁰⁸ Así se establece, por ejemplo, en múltiples cláusulas contenidas en los principales instrumentos internacionales, tales como el artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el artículo 1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, los artículos 1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el artículo 1 de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos. En un sentido más general, también se ha afirmado la obligatoriedad genérica del respeto de los derechos humanos a partir de la pertenencia a la ONU (que deriva de la adhesión a la Carta de las Naciones Unidas), ver MARÍN-ORTIZ, I., *op. cit.*, pp. 307 y 312 y PETERSMANN, E.-U., «Human Rights Require ‘Cosmopolitan Constitutionalism’ and Cosmopolitan Law for Democratic Governance of Public Goods», p. 4. En referencia a la obligatoriedad del sistema interamericano, AYALA CORAO, C. M., «La jerarquía constitucional...», *op. cit.*, p. 79.

¹⁶⁰⁹ En este sentido, NIKKEN, P., «El Derecho Internacional...», *op. cit.*, p. 19 y SAGÜÉS, N. P., *op. cit.*, p. 153; ver también COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS, *Observación general N° 31...*, *op. cit.*, párr. 4 y CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención (arts. 1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, párr. 35.

¹⁶¹⁰ Como resumen del conjunto de obligaciones básicas de los Estados, NIKKEN, P., «El Derecho Internacional...», *op. cit.*, p. 24.

¹⁶¹¹ *Ibidem*, p. 29; en referencia al sistema interamericano, CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso Pueblo Indígena Xucuru y sus miembros Vs. Brasil*, párr. 121 e *idem*, *Responsabilidad internacional por...*, *op. cit.*, párrs. 32-33 y 36.

¹⁶¹² CASTRO PADILLA, F., *op. cit.*, p. 300.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

apartarse del *acervo* jurídico sobre derechos humanos existente en el marco convencional en el que el país en concreto se integre.

Igualmente, se contempla la presencia de una obligación *positiva*, complementaria con la anterior, como es la realización de actuaciones jurídicas que aseguren la efectividad de los anteriores derechos¹⁶¹³. Naturalmente, ello también tiene importantes consecuencias en los casos de transformaciones constitucionales: la exigencia fundamental en este ámbito consiste en la necesidad de adecuación no sólo del derecho positivo en materia de derechos fundamentales, sino de toda la organización estatal en su conjunto¹⁶¹⁴. En consecuencia, no solamente se requiere que el proceso constituyente reconozca o ratifique simplemente el estándar de derechos fundamentales preexistente en el país, sino que lo actualice materialmente siguiendo la evolución en el tiempo de los sistemas internacionales de protección de derechos de los que forme parte, y que también se permita la apertura del ordenamiento a la operación de cambios sustantivos en el futuro¹⁶¹⁵.

Lo anteriormente expuesto nos acerca a la posibilidad de exigencia concreta del cumplimiento de las normas sobre derechos humanos en un país específico, pero aún no representa el punto de llegada a una fase de intervención jurídica propiamente dicha (si bien, sin tener que considerar todavía la presencia directa de actor internacional alguno en esta). Para avanzar en dicho propósito, es necesario que las normas convencionales internacionales sobre derechos humanos sean *autoejecutables*, esto es, que no dependan de desarrollo normativo alguno en el derecho interno de un determinado país para ser aplicables en este¹⁶¹⁶. Ahora bien, la autoejecutividad de una norma no es una cualidad

¹⁶¹³ *Ibidem*, p. 301, NIKKEN, P., «El Derecho Internacional...», *op. cit.*, p. 29 y NOGUEIRA ALCALÁ, H., «Constitución y derecho...», *op. cit.*, p. 654. Para el caso concreto del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ver COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS, *Observación general N° 31...*, *op. cit.*, párr. 13; en referencia al sistema interamericano, CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso Pueblo Indígena...*, *op. cit.*, párr. 121 y AYALA CORAO, C. M., «La jerarquía constitucional...», *op. cit.*, pp. 73-74.

¹⁶¹⁴ Ver CASTRO PADILLA, F., *op. cit.*, p. 301 y NIKKEN, P., «El Derecho Internacional...», *op. cit.*, p. 18; en términos más generales, y en relación con el ámbito interamericano, CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso Pueblo Indígena...*, *op. cit.*, párr. 121.

¹⁶¹⁵ En este sentido, CASTRO PADILLA, F., *op. cit.*, pp. 138-139 y TAPIA VALDÉS, J., *op. cit.*, p. 134.

¹⁶¹⁶ Definiendo el concepto de *autoejecutividad* o *autoaplicabilidad*, AYALA CORAO, C. M., «La jerarquía constitucional...», *op. cit.*, p. 84, HENDERSON, H., *op. cit.*, p. 83 y REMIRO BROTONS, A., ... [*et al.*], *op. cit.*, p. 353; ver también PASTOR RIDRUEJO, J. A., *Curso de Derecho...*, *op. cit.*, p. 172 y (en una aproximación complementaria) CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Responsabilidad internacional por...*, *op. cit.*, párrs. 41-43.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

que deba reconocerse automáticamente, sino que esta ha de ser calificada concretamente como tal: las condiciones principales consisten en la propia claridad del mandato que contiene, así como la voluntad de su recepción directa por el Estado en cuestión (sea mediante mecanismos genéricos o de manera singularizada para cada instrumento)¹⁶¹⁷. En este sentido, por ejemplo, en el ámbito doctrinal se sostiene el carácter autoejecutivo de las normas sustantivas (esto es, el contenido de los derechos en sí) integradas en los sistemas regionales de protección europeo e interamericano¹⁶¹⁸.

La consecuencia principal de la afirmación descrita reside en la posibilidad de exigir el cumplimiento de las disposiciones mencionadas ante las instancias jurisdiccionales inmediatamente correspondientes¹⁶¹⁹. Desde este punto de vista, lo primero a analizar es la posición de los órganos judiciales locales en la protección de las normas convencionales sobre derechos humanos, frente a las normas jurídicas internas que pudieran suponer un incumplimiento de las primeras. La principal dificultad para determinar una respuesta general al respecto se halla en el hecho de que la posibilidad de intervención de los tribunales estatales depende de lo establecido en el propio derecho interno¹⁶²⁰. En caso afirmativo, las normas internacionales correspondientes pasan directamente a formar parte del objeto de la tarea de interpretación y aplicación del Derecho que lleva a cabo el órgano judicial¹⁶²¹. Por lo tanto, se dispone el ejercicio del denominado *control de convencionalidad*, a partir del cual se enjuician las

¹⁶¹⁷ Ver BANK, R., «Tratados internacionales de derechos humanos bajo el ordenamiento jurídico alemán», p. 723, HENDERSON, H., *op. cit.*, pp. 83-84 y NOGUEIRA ALCALÁ, H., «Constitución y derecho...», *op. cit.*, p. 646.

¹⁶¹⁸ Para esta postura, ver AYALA CORAO, C. M., «La jerarquía constitucional...», *op. cit.*, p. 85 y BANK, R., *op. cit.*, p. 723. En referencia concreta al sistema interamericano, ver GOZAÍNI, O. A., *El derecho procesal constitucional y los derechos humanos (Vínculos y autonomías)*, p. 27 (también nota 20, siguiendo a Bidart Campos) y NOGUEIRA ALCALÁ, H., «Constitución y derecho...», *op. cit.*, p. 647.

¹⁶¹⁹ Ver GROS ESPIELL, H., *op. cit.*, p. 185, HENDERSON, H., *op. cit.*, pp. 83 y 85 y REY CANTOR, E., *op. cit.*, pp. 307 y 308.

¹⁶²⁰ En este sentido, CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Responsabilidad internacional por...*, *op. cit.*, párr. 34; ver también NIKKEN, P., «El Derecho Internacional...», *op. cit.*, p. 64. Así, por ejemplo, no hay exigencia alguna, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de que este sea invocable directamente ante los órganos jurisdiccionales de un Estado parte, ver COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS, *Observación general N° 31...*, *op. cit.*, párr. 13; sin embargo, considerando las garantías individuales contenidas en este Pacto como “*self-executing*”, BANK, R., *op. cit.*, p. 723.

¹⁶²¹ Ver GROS ESPIELL, H., *op. cit.*, p. 185 y (respecto al sistema europeo) GARCÍA RAMÍREZ, S., *op. cit.*, p. 269; para el caso concreto de la aplicación de normas imperativas, ZICCARDI CAPALDO, G., *op. cit.*, pp. 190-192.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

disposiciones internas en función de su conformidad con las obligaciones internacionales sobre derechos humanos que sean de aplicación directa¹⁶²².

Sin embargo, hay un límite palmario al alcance de la actuación anterior, en el contexto de procesos constituyentes: la inexistencia de órganos jurisdiccionales estatales que puedan resolver sobre las determinaciones constituyentes que configuren los derechos fundamentales en el ordenamiento constitucional en transformación¹⁶²³. No obstante, es en este punto donde puede hallarse una vía para la intervención de la jurisdicción internacional relativa a los derechos humanos. En general, es reconocido el papel subsidiario del control de los órganos internacionales respecto a la acción (considerada como previa y, al menos aparentemente, como principal) de las instancias judiciales estatales, desarrollada de acuerdo con el derecho interno: sólo cuando esta última resulte inefectiva, se iniciaría la actuación de aquel¹⁶²⁴. Así pues, se abre la posibilidad de plantear la intervención jurisdiccional internacional ante decisiones constituyentes pretendidamente contrarias a los derechos humanos (de acuerdo con las condiciones anteriormente expuestas), en función de la carencia de remedios en el orden jurídico interno¹⁶²⁵.

En este contexto, es preciso señalar que el conjunto normativo en el que ha de basarse la decisión del órgano judicial no puede ser aplicado mecánicamente en el caso concreto, sino que ha de ser objeto de interpretación previa que profile comprensivamente su contenido. Y es en este aspecto donde los tratados y convenios relativos a derechos humanos se separan del resto de instrumentos convencionales internacionales. Se afirma (tanto jurisprudencialmente como por parte de la doctrina) que los medios de interpretación a utilizar con los primeros han de ser distintos a los

¹⁶²² Ver NIKKEN, P., «El Derecho Internacional...», *op. cit.*, pp. 42, 58 y 64; varios ejemplos de resoluciones en este sentido en el ámbito jurisprudencial chileno, en HENRÍQUEZ VIÑAS, M. L., «Jerarquía de los tratados de derechos humanos: análisis jurisprudencial desde el método de casos», pp. 100-113. Por su parte, defendiendo que las instancias judiciales estatales apliquen e interpreten directamente el conjunto de normas del Derecho internacional de los derechos humanos, NOGUEIRA ALCALÁ, H., «Constitución y derecho...», *op. cit.*, p. 654.

¹⁶²³ En este sentido, MARÍN-ORTIZ, I., *op. cit.*, pp. 329-330 y RUIZ OREJUELA, W., *op. cit.*, p. 235.

¹⁶²⁴ AYALA CORAO, C. M., «La jerarquía constitucional...», *op. cit.*, p. 60, CASTRO PADILLA, F., *op. cit.*, p. 104, NOGUEIRA ALCALÁ, H., «Constitución y derecho...», *op. cit.*, p. 654 y PASTOR RIDRUEJO, J. A., *Curso de Derecho...*, *op. cit.*, p. 210.

¹⁶²⁵ En un sentido más general, ver HENDERSON, H., *op. cit.*, p. 85.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

comúnmente aceptados en el Derecho internacional¹⁶²⁶: así pues, frente a estos últimos se concede primacía a dos métodos específicos, como son el *dinámico* y el *teleológico*¹⁶²⁷. El primero de ellos, la interpretación dinámica o evolutiva, se fundamenta en el hecho de que la realidad sobre la cual inciden las normas jurídicas cambia con el transcurso del tiempo: de tal forma, se sostiene que los instrumentos sobre derechos humanos han de estar “vivos”, esto es, que su sentido ha de adaptarse en función de la época en la cual se han de aplicar sus disposiciones a los casos concretos, para evitar la merma de su eficacia¹⁶²⁸. Por su parte, la interpretación teleológica se fundamenta en la primacía que ha de darse al cumplimiento de la finalidad de los instrumentos convencionales sobre derechos humanos, que no sería otra sino la protección de los derechos de la persona¹⁶²⁹; en consecuencia, se establece el denominado principio *pro homine*, según el cual la interpretación de las normas concurrentes, en el caso concreto, ha de ser la más favorable para la persona individual¹⁶³⁰.

Así, mediante la labor interpretativa, se puede abrir también camino a la aplicación de la *costumbre internacional* en los casos contenciosos que conozcan los tribunales internacionales. Hay que tener en cuenta que, para que se aprecie materialmente la existencia de una costumbre en el plano internacional, no es preciso que sea fruto de una práctica unánime, sino que basta con que esté generalizada (esto es, que exista un *consenso* en torno a esta), así como tampoco se exige que dicha práctica se haya mantenido previamente en el tiempo con una duración particularmente

¹⁶²⁶ No obstante, discrepando respecto a este punto de vista (en el sentido de que las diferencias entre los medios interpretativos contemplados en uno y otro caso no serían particularmente significativas), KAMMINGA, M. T., *op. cit.*, pp. 9-10; ver también (con especial referencia a la labor interpretativa del TEDH) CHRISTOFFERSEN, J., «Impact on General Principles of Treaty Interpretation», pp. 39-42, 52 y 60-61. Por otra parte, en un sentido más general, haciendo alusión a las concretas características de los tratados que podrían considerarse como “constitucionales” (incluyendo sus necesidades específicas en materia interpretativa), ver JACKSON, J. H., «Constitutional Treaties: Institutional Necessity and Challenge to International Law Fundamentals», pp. 194-195.

¹⁶²⁷ WHEATLEY, S., *op. cit.*, p. 100; ver también PETERSMANN, E.-U., «State Sovereignty, Popular...», *op. cit.*, pp. 13-14.

¹⁶²⁸ Ver CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua*, párr. 146, *idem*, *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*, párrs. 113 y 115 y QUISPE REMÓN, F., *op. cit.*, p. 163.

¹⁶²⁹ Ver NOGUEIRA ALCALÁ, H., «Constitución y derecho...», *op. cit.*, p. 632.

¹⁶³⁰ HENDERSON, H., *op. cit.*, pp. 87-89, 91 y 93; ver también GÓMEZ PÉREZ, M., *op. cit.*, p. 372 y ZICCARDI CAPALDO, G., *op. cit.*, p. 187.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

dilatada¹⁶³¹. Por añadidura, se considera que la actuación jurídica multilateral, que se plasma en tratados o resoluciones internacionales, es capaz de impulsar el proceso de generación de una costumbre internacional¹⁶³². En concreto, la línea de actuación descrita se plasma especialmente en torno a la identificación y aplicación de normas internacionales que se pretenden de carácter imperativo, labores en las cuales se confiere un especial protagonismo a la jurisprudencia internacional y a la doctrina internacionalista¹⁶³³. Respecto a esta problemática, la clave no está tanto en que las disposiciones de *ius cogens* sean o no costumbre internacional en su conjunto, sino principalmente en determinar quién ha de interpretar la existencia y sentido de cada “costumbre”, así como qué criterios se utilizan para ello¹⁶³⁴. En este sentido, es preciso tener en cuenta que un enfoque centrado en la enunciación de *costumbres y principios generales* tiende a apartarse del examen concreto de los instrumentos convencionales (que se caracteriza por la aplicación de métodos interpretativos definidos) para adentrarse en el terreno más abstracto de los análisis valorativos (que permiten, en término medio, la expresión de un mayor subjetivismo en los razonamientos formulados)¹⁶³⁵. Igualmente, también es necesario recordar que la importancia intrínseca de los instrumentos convencionales no se halla tanto en la capacidad de

¹⁶³¹ Ver PASTOR RIDRUEJO, J. A., *Curso de Derecho...*, *op. cit.*, pp. 72-73, 75-76 y 83, REMIRO BROTONS, A., ... [et al.], *op. cit.*, pp. 207 y 208 y ZICCARDI CAPALDO, G., *op. cit.*, pp. 34 y 35. No obstante, en contra del reconocimiento de la denominada “costumbre instantánea”, REMIRO BROTONS, A., ... [et al.], *op. cit.*, p. 208 y (describiendo también la postura de Bin Cheng) ONUMA, Y., *op. cit.*, pp. 218-219; ver también MUÑOZ MACHADO, S., *op. cit.*, p. 263 y ZICCARDI CAPALDO, G., *op. cit.*, pp. 21-22 y 34-35.

¹⁶³² Ver CARRILLO SALCEDO, J. A., *Soberanía de los...*, *op. cit.*, pp. 101-102, PASTOR RIDRUEJO, J. A., *Curso de Derecho...*, *op. cit.*, pp. 78-80 y REMIRO BROTONS, A., ... [et al.], *op. cit.*, pp. 210, 211, 218-219 y 222-223; en referencia concreta al efecto de las resoluciones de organizaciones internacionales, ver PASTOR RIDRUEJO, J. A., *Curso de Derecho...*, *op. cit.*, pp. 156-158.

¹⁶³³ FASSBENDER, B., «La protección de...», *op. cit.*, p. 152, PASTOR RIDRUEJO, J. A., *Curso de Derecho...*, *op. cit.*, pp. 45-47 (también nota 41) y RODRIGO HERNÁNDEZ, A. J., *op. cit.*, p. 76; ver también GIEGERICH, T., *op. cit.*, pp. 211-212 (también nota 31), MARÍN-ORTIZ, I., *op. cit.*, p. 320 y QUISPE REMÓN, F., *op. cit.*, p. 168.

¹⁶³⁴ En general, la denominada *opinio iuris* representa, en gran medida, una construcción de las elites dirigentes de los países occidentales más poderosos a nivel internacional, ver en ONUMA, Y., *op. cit.*, pp. 158, 226-227, 228-229 y 259. Respecto al creciente peso de la opinión favorable a la existencia jurídica de una costumbre internacional determinada en materia de derechos humanos, frente a la verificación del alcance de la práctica de los Estados conforme a la misma, ver KAMMINGA, M. T., *op. cit.*, pp. 7-8 y WOUTERS, J. y RYNGAERT, C., «Impact on the Process of the Formation of Customary International Law», pp. 111-113, 118-120 y 129-131.

¹⁶³⁵ Respecto a la “vagueza” y el carácter “místico” de los elementos que dan lugar al reconocimiento de una costumbre internacional, ONUMA, Y., *op. cit.*, p. 235; por otra parte, en referencia a la “ambigüedad” inherente a los *principios generales del Derecho* (siguiendo a Antonio Enrique Pérez Luño), CARRILLO SALCEDO, J. A., *Soberanía de los...*, *op. cit.*, p. 147.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

preservación de la voluntad “soberana” concurrente de los Estados parte, sino en la posibilidad de discernir con claridad los trazos esenciales del sistema normativo que se establece: esta precisión va desapareciendo en virtud de la utilización del método “difuso” de creación judicial del *ius cogens* actualmente predominante¹⁶³⁶.

La principal consecuencia inmediata de las tendencias interpretativas anteriores se halla en la expansión sustantiva del ámbito normativo que es objeto de protección por parte de los tribunales internacionales de derechos humanos¹⁶³⁷. Se llega, así, a transformar la comprensión jurídica de sus normas, en distintas ocasiones en contradicción con la voluntad original de los Estados parte representada por el propio instrumento internacional¹⁶³⁸. Complementariamente, también se opera, por vía interpretativa, la ampliación de las potestades jurisdiccionales de los órganos internacionales de protección, a través de las resoluciones emanadas de los mismos¹⁶³⁹.

Lejos de reconocerse a los países una esfera real de autonomía normativa, las funciones de los órganos legislativos y ejecutivos estatales en el ámbito de los distintos sistemas de protección de derechos humanos van siendo reducidas conceptualmente a tareas de mera ejecución de las líneas maestras esencialmente predeterminadas¹⁶⁴⁰. Ello afecta, lógicamente, a la adopción de decisiones constituyentes en esta materia: la actuación combinada de los órganos jurisdiccionales locales e internacionales (si bien con una posición real subalterna de los primeros respecto de los segundos¹⁶⁴¹) sigue el camino de erigirse en instancia particular de “tutela” del desarrollo de las transformaciones constituyentes en los distintos países, mediante la fiscalización

¹⁶³⁶ Resulta llamativo el hecho de que el procedimiento disponible para la determinación de normas imperativas internacionales en el plano universal (siguiendo lo dispuesto en el artículo 66.a de la Convención de Viena) no haya sido utilizado hasta la fecha: haciendo notar esta situación, FASSBENDER, B., «La protección de...», *op. cit.*, p. 170 y QUISPE REMÓN, F., *op. cit.*, p. 149.

¹⁶³⁷ En este sentido, AYALA CORAO, C. M., «La jerarquía constitucional...», *op. cit.*, p. 55 y MUÑOZ MACHADO, S., *op. cit.*, p. 276.

¹⁶³⁸ Ver WHEATLEY, S., *op. cit.*, p. 100.

¹⁶³⁹ Ver (en especial referencia al ámbito interamericano), GÓMEZ PÉREZ, M., *op. cit.*, p. 372.

¹⁶⁴⁰ En este sentido, THORNHILL, C., «Rights and constituent...», *op. cit.*, p. 369; ver diversos aspectos de esta tendencia en GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, I., *op. cit.*, pp. 86 y 89. Un eco de esta idea, en ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS, *Declaración sobre el derecho...*, *op. cit.*, art. 3; ver también TORRES DEL MORAL, A., *op. cit.*, p. 34.

¹⁶⁴¹ En este sentido, NÚÑEZ POBLETE, M., *op. cit.*, p. 332.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

estrecha de la aplicación y garantía de los derechos humanos¹⁶⁴². Así, se llega a afirmar que los órganos jurisdicciones internacionales van asumiendo funciones propias de los tribunales constitucionales estatales¹⁶⁴³: aquellos, naturalmente, no pueden ser suprimidos o modificados generalmente en sus competencias en función de decisión constituyente alguna, como sí pueden serlo estos últimos¹⁶⁴⁴. En consecuencia, la labor netamente *creadora* de los *derechos fundamentales* en cada país queda cada vez más en manos de un sistema judicial *internacionalizado* que, en la práctica, asume crecientes potestades en un sentido constituyente a través del desarrollo y resolución de la actividad litigiosa en su seno¹⁶⁴⁵.

A pesar de las intenciones descritas, también es cierto que aún no se ha acabado de precisar el alcance *efectivo* de la facultad de intervención de los órganos judiciales internacionales frente a disposiciones de carácter constitucional. Desde luego, en un sentido genérico, las resoluciones condenatorias emanadas en este contexto conllevan la declaración de incumplimiento de las obligaciones internacionales correspondientes (esto es, se determina su *ilicitud*¹⁶⁴⁶); sin embargo, ello no supone, de por sí, la *nulidad* de la norma interna infractora (determinando su expulsión del ordenamiento jurídico

¹⁶⁴² Ver AYALA CORAO, C. M., «La jerarquía constitucional...», *op. cit.*, p. 79. Aludiendo a una pretendida “constitución multinivel de los derechos humanos”, PETERSMANN, E.-U., «Human Rights Require...», *op. cit.*, pp. 4-5; en referencia a la idea de “supremacía convencional” (siguiendo a Eduardo Ferrer MacGregor), RUIZ OREJUELA, W., *op. cit.*, p. 232.

¹⁶⁴³ AYALA CORAO, C. M., «La jerarquía constitucional...», *op. cit.*, p. 64, GARCÍA RAMÍREZ, S., *op. cit.*, p. 259 y GÓMEZ PÉREZ, M., *op. cit.*, p. 372; afirmando que la jurisprudencia internacional sobre derechos humanos puede modificar la interpretación de los derechos fundamentales en los órdenes constitucionales a los que aquella se aplique, CASTRO PADILLA, F., *op. cit.*, pp. 137 y 359-360. Sin embargo, por ejemplo, en el sistema interamericano no es posible realizar por la vía contenciosa un control *abstracto* de *convencionalidad*, esto es, relativo a normas que no hayan incidido en los derechos y libertades de personas concretas, en CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Responsabilidad internacional por...*, *op. cit.*, párr. 49.

¹⁶⁴⁴ Es preciso añadir que los tribunales internacionales tampoco están sujetos a rendición de cuentas acerca de sus decisiones: recopilando esta y otras críticas similares hacia los anteriores, FØLLESDAL, A., «Much ado about nothing? International judicial review of human rights in well-functioning democracies», pp. 276-277.

¹⁶⁴⁵ En este sentido, THORNHILL, C., «The global legal...», *op. cit.*, pp. 430-432; más en general, ver también *idem*, «Contemporary constitutionalism and...», *op. cit.*, pp. 372-373 y SCHAFFER, J. K., FØLLESDAL, A., y ULFSTEIN, G., *op. cit.*, p. 17. Para la idea de existencia de una “*comunidad de interpretación de los derechos fundamentales*” entre “*Estados constitucionales*” a escala internacional o regional, HÄBERLE, P., *El Estado constitucional...*, *op. cit.*, pp. 154-155.

¹⁶⁴⁶ Para la definición de este concepto, PASTOR RIDRUEJO, J. A., *Curso de Derecho...*, *op. cit.*, pp. 578-580; utilizando esta figura, en términos generales, para el ámbito interamericano, CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso Godínez Cruz Vs. Honduras*, párr. 178 e *idem*, *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*, párr. 169.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

vigente en el país)¹⁶⁴⁷. Otra cuestión distinta es que, entre los remedios contemplados frente a la ilicitud, se incluya, entre otros, la obligación de derogar o modificar la norma infractora¹⁶⁴⁸. Esta realidad orienta el enfoque del estudio hacia el análisis de la figura de la *responsabilidad internacional* del Estado (que se abordará más adelante)¹⁶⁴⁹.

D) Las especificidades de los sistemas regionales de protección de los derechos humanos.

Tal y como se ha expresado anteriormente, entre los sistemas jurídicos de protección de los derechos humanos caben distinguir dos tipos, en función del ámbito geográfico de aplicación de los instrumentos convencionales en los cuales se fundamenten: universales y regionales¹⁶⁵⁰. Desde luego, las consideraciones teóricas expresadas en los epígrafes anteriores serían generalmente de aplicación indistinta a ambos grupos; sin embargo, en la práctica, es preciso observar el grado específico de desarrollo de cada cual, para poder medir adecuadamente el grado de correspondencia existente entre la propuesta normativa y la acción efectiva. En general, actualmente, los sistemas regionales se encuentran en una condición cualitativamente más avanzada¹⁶⁵¹. En dicho contexto, dos sistemas concretos se destacan, como son el europeo y el interamericano¹⁶⁵²: ello se verifica así en virtud de la actividad de sus principales

¹⁶⁴⁷ DÍEZ-PICAZO, L. M., *op. cit.*, pp. 25-26; ver también MARÍN-ORTIZ, I., *op. cit.*, p. 325.

¹⁶⁴⁸ Algunos ejemplos pertenecientes al sistema interamericano, en RUIZ OREJUELA, W., *op. cit.*, p. 235.

¹⁶⁴⁹ Ver NIKKEN, P., «El Derecho Internacional...», *op. cit.*, pp. 17-18, REMIRO BROTONS, A., ... [*et al.*], *op. cit.*, p. 422 y (respecto a la infracción de normas internacionales imperativas) GIEGERICH, T., *op. cit.*, p. 206; en referencia al sistema interamericano, ver CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Responsabilidad internacional por...*, *op. cit.*, párr. 50.

¹⁶⁵⁰ Ver CARRILLO SALCEDO, J. A., *Soberanía de los...*, *op. cit.*, p. 79.

¹⁶⁵¹ En términos genéricos, ver HÄBERLE, P., *El Estado constitucional...*, *op. cit.*, p. 67, destacando la labor promoción del desarrollo de los sistemas regionales por parte de la ONU, BONDIA GARCÍA, D., «The Emerging Human Rights Revolution: The Beginning of the Fifth Historical Process in the Consolidation of Human Rights», p. 89.

¹⁶⁵² Ver CARRILLO SALCEDO, J. A., *Soberanía de los...*, *op. cit.*, pp. 125 y 138. Fuera del objeto del presente análisis quedan las distintas líneas de actuación en materia de protección de derechos fundamentales desarrolladas en el marco de la Unión Europea, al limitarse a aquellos ámbitos concretos en los cuales las instituciones de la UE están habilitadas para intervenir en virtud de los correspondientes Tratados (esto es, no existe un sistema integrado y dedicado respecto a los derechos humanos): para la ausencia de una competencia general de la Unión al respecto, ver SCHNEIDER, C., «Human rights and transfers of sovereignty in the European Union: consequences for the definition and development of human rights», pp. 165-166 y también (indirectamente) VON BOGDANDY, A. y VON BERNSTORFF, J., «The European Union Fundamental Rights Agency within the European and international human rights architecture: the legal framework after the entry into force of the Treaty of Lisbon», pp. 202-204.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

instituciones, así como por su significación directa (también, potencialmente, en el plano constituyente) en los países hacia los cuales estos funcionan¹⁶⁵³.

Respecto del sistema europeo, se ha afirmado repetidamente, en el ámbito doctrinal, la concurrencia de una función “constitucional” cimentada tanto en las normas del Convenio Europeo como en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos¹⁶⁵⁴. No se trata, empero, de una atribución únicamente externa, sino de una calificación que se apoya en la afirmación sostenida por el propio TEDH acerca del Convenio como “*instrumento constitucional del orden público europeo*”¹⁶⁵⁵. Así, la naturaleza de este Tribunal es asimilada (si bien no formalmente, sí en términos sustanciales) a la de un “tribunal constitucional” de alcance europeo¹⁶⁵⁶: en este sentido, las interpretaciones sobre los derechos fundamentales llevadas a cabo por los órganos judiciales estatales habrían de adaptarse a las determinaciones derivadas de la interpretación del Convenio¹⁶⁵⁷.

¹⁶⁵³ NOGUEIRA ALCALÁ, H., «Los límites del...», *op. cit.*, p. 445. En referencia al sistema europeo, ver Díez-PICAZO, L. M., *op. cit.*, pp. 18-19, FRANCK, T. M. y THIRUVENGADAM, A. K., *op. cit.*, p. 7, GARCÍA ROCA, F. J., *op. cit.*, p. 218 y THORNHILL, C., «The global legal...», *op. cit.*, p. 414. Respecto al sistema interamericano, ver HERDEGEN, M., *op. cit.*, p. 76 y THORNHILL, C., «The global legal...», *op. cit.*, p. 414 y (respecto a la recepción de la jurisprudencia de la Corte Interamericana en los tribunales estatales) GARCÍA-SAYÁN LARRABURE, D., «Sistema Interamericano de Derechos Humanos: efectos de las decisiones de la CIDH», pp. 18-19.

¹⁶⁵⁴ En este sentido, BANK, R., *op. cit.*, p. 733, CARRILLO SALCEDO, J. A., «El proceso de...», *op. cit.*, p. 71, *idem*, «The European Convention...», *op. cit.*, pp. 642, 663, 664 y 685, GARCÍA ROCA, F. J., *op. cit.*, pp. 188 y 223, GARDBAUM, S., *op. cit.*, p. 760, (siguiendo a Christian Walter) GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, I., *op. cit.*, p. 88, HARRIS, D. J., O'BOYLE, M., BATES, E. P. y BUCKLEY, C. M., *op. cit.*, pp. 7-8, PETERSMANN, E.-U., «Human Rights, International Economic Law and 'Constitutional Justice'», p. 777 y (afirmado como ejemplo de “Constitución transnacional”, al igual que las disposiciones del sistema interamericano) ARAGÓN REYES, M., «Dos problemas falsos...», *op. cit.*, pp. 17-18; ver también, EUROPEAN COMMISSION FOR DEMOCRACY THROUGH LAW (VENICE COMMISSION), *Report on constitutional...*, *op. cit.*, párr. 114.

¹⁶⁵⁵ EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS (GRAND CHAMBER), *Case of Loizidou v. Turkey (Preliminary Objections)*, párr. 75; ver también QUERALT JIMÉNEZ, A., *La interpretación de los derechos: del Tribunal de Estrasburgo al Tribunal Constitucional*, p. 79. Afirmando la merma (al menos, parcial) de las potestades soberanas de aquellos Estados que han asumido el Convenio Europeo, MUÑOZ MACHADO, S., *op. cit.*, p. 245.

¹⁶⁵⁶ Ver GARCÍA ROCA, F. J., *op. cit.*, pp. 196 y 212, HÄBERLE, P., «Derecho Constitucional Común...», *op. cit.*, p. 25, (afirmando que “[...] *El derecho europeo en sentido amplio es el derecho del Consejo de Europa que encuentra sus puntos culminantes en diversas sentencias de la Corte Europea de Derechos Humanos. [...]*”) *idem*, *El Estado constitucional...*, *op. cit.*, p. 63 y TOMUSCHAT, C., *Human Rights...*, *op. cit.*, p. 254; en relativo contraste, ver CARRILLO SALCEDO, J. A., «The European Convention...», *op. cit.*, pp. 660-661 y QUERALT JIMÉNEZ, A., *op. cit.*, p. 45 (también nota 109).

¹⁶⁵⁷ GARCÍA ROCA, F. J., *op. cit.*, p. 221; afirmando que “[...] *el TEDH es el intérprete auténtico y supremo [...]*” del Convenio Europeo, QUERALT JIMÉNEZ, A., *op. cit.*, p. 85. Sin embargo, no se trataría de

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

Por otra parte, se destaca, en el sistema interamericano, el especial dinamismo que aporta la aplicación del mecanismo del *control de convencionalidad* de las normas jurídicas estatales respecto a la Convención Americana, ejercido tanto por la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos como por los distintos organismos judiciales en cada país (estos últimos, siguiendo lo dispuesto por la misma Corte, han de asumir también la interpretación de esta sobre la Convención)¹⁶⁵⁸; en todo caso, se atribuye a la Corte el examen último del ejercicio correcto de dicho control¹⁶⁵⁹. Siguiendo la postura doctrinal a este respecto, tal actuación se ampararía en la obligación positiva de adaptar el ordenamiento jurídico local a las normas de la Convención, siguiendo el mandato contenido en el artículo 2 de la misma¹⁶⁶⁰: potencialmente, su aplicación puede alcanzar a las determinaciones de carácter constituyente¹⁶⁶¹.

El uso de una diversidad de métodos para la interpretación de instrumentos convencionales es otro signo característico del sistema regional europeo. Esta particularidad ha sido explicada mediante la alusión al carácter materialmente constitucional de la actividad del TEDH¹⁶⁶². En este sentido, dicha labor requeriría la aplicación de métodos hermenéuticos que se adapten concretamente a la naturaleza del contenido del Convenio Europeo, apartándose del proceder general en materia de interpretación de tratados internacionales (más centrados en el análisis textual y en la voluntad original de los Estados parte), y dotando al sistema de una tendencia

que, en general, las disposiciones estatales sean “idénticas” al estándar normativo establecido por el Tribunal sino, únicamente, que sean compatibles con este: desde tal punto de vista, *ibidem*, pp. 104-105.

¹⁶⁵⁸ El pronunciamiento primigenio de la Corte, en CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile*, párr. 124; también en *idem*, *Caso Gelman Vs. Uruguay*, párr. 193. Igualmente, ver RUIZ OREJUELA, W., *op. cit.*, pp. 227 y 231 y SAGÜÉS, N. P., *op. cit.*, p. 157.

¹⁶⁵⁹ En este sentido, GARCÍA RAMÍREZ, S., *op. cit.*, p. 260.

¹⁶⁶⁰ GARCÍA-SAYÁN LARRABURE, D., *op. cit.*, p. 13; ver también CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Ciertas atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Arts. 41, 42, 44, 46, 47, 50 y 51 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, párr. 26, GARDBAUM, S., *op. cit.*, pp. 760-761 y NIKKEN, P., «El Derecho Internacional...», *op. cit.*, pp. 27-28. En un sentido coincidente, respecto de las obligaciones para los Estados derivadas del artículo 1 de la Convención, CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso Godínez Cruz...*, *op. cit.*, párrs. 174-176 e *idem*, *Caso Velásquez Rodríguez...*, *op. cit.*, párrs. 165-167.

¹⁶⁶¹ Para la aplicabilidad del *control de convencionalidad* en este ámbito, RUIZ OREJUELA, W., *op. cit.*, pp. 181 y 233; ver también, indirectamente, en CARRILLO SALCEDO, J. A., *Soberanía de los...*, *op. cit.*, pp. 136-137.

¹⁶⁶² GARCÍA ROCA, F. J., *op. cit.*, pp. 186-187.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

expansiva¹⁶⁶³. En su conjunto, el objetivo consiste en que la interpretación y aplicación de las normas del sistema sirvan para brindar una protección efectiva de los derechos reconocidos¹⁶⁶⁴. Así pues, una de las principales claves en la jurisprudencia del TEDH es la consideración concreta del Convenio como un “instrumento vivo”, de forma que el Tribunal aplica una interpretación *dinámica* de las disposiciones de este¹⁶⁶⁵; ello hace que el contenido y la protección de los derechos sigan una tendencia hacia la ampliación (si bien hace menos previsibles las decisiones del Tribunal¹⁶⁶⁶)¹⁶⁶⁷. Igualmente, también goza de gran relevancia la interpretación teleológica¹⁶⁶⁸: al igual que la anterior, su utilización tiene un efecto expansivo de la protección brindada en virtud del Convenio (aunque no hasta el punto de que el TEDH ocupe la posición sustantiva de los Estados parte en el desarrollo de este¹⁶⁶⁹)¹⁶⁷⁰.

De estas formulaciones se derivan tres importantes consecuencias en el sistema europeo. En primer lugar, el contenido fundamental del Convenio queda determinado

¹⁶⁶³ Ver *ibidem*, p. 187 y QUERALT JIMÉNEZ, A., *op. cit.*, pp. 91-92; ver también (resaltando el contraste con los métodos de interpretación generalmente seguidos en las jurisdicciones estatales) PETERSMANN, E.-U., «Human Rights Require...», *op. cit.*, p. 9.

¹⁶⁶⁴ EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS (GRAND CHAMBER), *Case of Loizidou...*, *op. cit.*, párr. 72 e *idem*, *Case of Mihalache v. Romania*, párrs. 91-92; ver también CARRILLO SALCEDO, J. A., «The European Convention...», *op. cit.*, pp. 664 y 670, CHRISTOFFERSEN, J., *op. cit.*, pp. 42-43, GARCÍA ROCA, F. J., *op. cit.*, p. 187, HARRIS, D. J., O'BOYLE, M., BATES, E. P. y BUCKLEY, C. M., *op. cit.*, p. 18 y QUERALT JIMÉNEZ, A., *op. cit.*, pp. 17 y 93-94.

¹⁶⁶⁵ CARRILLO SALCEDO, J. A., «El proceso de...», *op. cit.*, p. 63, CHRISTOFFERSEN, J., *op. cit.*, pp. 47-48, DOTHAN, S., «In Defence of Expansive Interpretation in the European Court of Human Rights», p. 515, HARRIS, D. J., O'BOYLE, M., BATES, E. P. y BUCKLEY, C. M., *op. cit.*, p. 8, LETSAS, G., «The Truth in Autonomous Concepts: How To Interpret the ECHR», p. 299, PETERSMANN, E.-U., «Human Rights, International...», *op. cit.*, pp. 774, 779 y 782 y QUERALT JIMÉNEZ, A., *op. cit.*, pp. 94-95; ver también CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *El derecho a...*, *op. cit.*, párr. 114 y GARCÍA ROCA, F. J., *op. cit.*, p. 187. Un pronunciamiento destacado del propio TEDH al respecto, en EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS (GRAND CHAMBER), *Case of Loizidou...*, *op. cit.*, párr. 71.

¹⁶⁶⁶ QUERALT JIMÉNEZ, A., *op. cit.*, p. 147.

¹⁶⁶⁷ En este sentido, CARRILLO SALCEDO, J. A., «The European Convention...», *op. cit.*, pp. 664 y 675, CHRISTOFFERSEN, J., *op. cit.*, p. 50, HARRIS, D. J., O'BOYLE, M., BATES, E. P. y BUCKLEY, C. M., *op. cit.*, p. 8 y EUROPEAN COMMISSION FOR DEMOCRACY THROUGH LAW (VENICE COMMISSION), *Report on constitutional...*, *op. cit.*, párrs. 162 y 172. No obstante, esta evolución no autoriza al TEDH a la creación autónoma de nuevos derechos, al margen de lo dispuesto en el Convenio, ver QUERALT JIMÉNEZ, A., *op. cit.*, p. 95.

¹⁶⁶⁸ HARRIS, D. J., O'BOYLE, M., BATES, E. P. y BUCKLEY, C. M., *op. cit.*, pp. 6-7; en este sentido, también GARCÍA ROCA, F. J., *op. cit.*, p. 187, PETERSMANN, E.-U., «Human Rights Require...», *op. cit.*, p. 9 y REMIRO BROTONS, A., ... [*et al.*], *op. cit.*, p. 214.

¹⁶⁶⁹ Ver CARRILLO SALCEDO, J. A., «The European Convention...», *op. cit.*, pp. 674-675.

¹⁶⁷⁰ DOTHAN, S., *op. cit.*, pp. 513 y 516 y HARRIS, D. J., O'BOYLE, M., BATES, E. P. y BUCKLEY, C. M., *op. cit.*, p. 7.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

por el TEDH, quien asume la función de definir los distintos conceptos que contiene (principalmente, de aquellos más indeterminados¹⁶⁷¹), dando lugar a los llamados *conceptos autónomos*, cuyas definiciones se establecen con independencia de aquellas contempladas en los ordenamientos estatales¹⁶⁷². Por otra parte, se afirma la existencia de un supuesto “*consenso europeo*” sobre el sentido y alcance de los derechos del Convenio, que es revelado a partir de la interpretación de estos por parte del Tribunal¹⁶⁷³; ello sería así, aun a pesar de la inexistencia de una medida precisa para determinar la presencia de dicho “*consenso*”¹⁶⁷⁴. Finalmente, se verifica que no son solo los fallos del TEDH los que se imponen a los Estados parte, sino también la interpretación del Convenio llevada a cabo por el mismo en sus sentencias¹⁶⁷⁵. Ciertamente, y tal y como se afirmó anteriormente con carácter general, también en el sistema europeo se reconoce formalmente el carácter subsidiario de la jurisdicción del TEDH respecto a las funciones encomendadas a los Estados parte: como consecuencia de esta idea, el propio Tribunal aplica la doctrina del *margen de apreciación*, en relación con la forma en que las autoridades estatales protegen los derechos del Convenio¹⁶⁷⁶. No obstante, en contraposición al *margen de apreciación* se erigen dos

¹⁶⁷¹ Ver CARRILLO SALCEDO, J. A., «The European Convention...», *op. cit.*, p. 636 y QUERALT JIMÉNEZ, A., *op. cit.*, pp. 136-137.

¹⁶⁷² HARRIS, D. J., O'BOYLE, M., BATES, E. P. y BUCKLEY, C. M., *op. cit.*, p. 20 y QUERALT JIMÉNEZ, A., *op. cit.*, pp. 111-114.

¹⁶⁷³ En este sentido, DOTHAN, S., *op. cit.*, pp. 515-516 (también nota 45), GARCÍA ROCA, F. J., *op. cit.*, pp. 220-221, HARRIS, D. J., O'BOYLE, M., BATES, E. P. y BUCKLEY, C. M., *op. cit.*, pp. 9-10 y QUERALT JIMÉNEZ, A., *op. cit.*, pp. 116-117 y 147.

¹⁶⁷⁴ *Ibidem*, pp. 118-119. Así pues, el TEDH dedica principalmente su esfuerzo a desentrañar por sí mismo el sentido de las disposiciones de Convenio, más que en aproximar su interpretación hacia un pretendido consenso entre los Estados parte (el cual sería tratado, simplemente, como “*hipotético*”), ver en LETSAS, G., *op. cit.*, p. 302.

¹⁶⁷⁵ Ver QUERALT JIMÉNEZ, A., *op. cit.*, pp. 114, 129-131 y 139. No obstante, la interpretación de ciertos conceptos clave, tales como el de *democracia*, no puede dejar de constituir una actuación no únicamente “*jurídica*”, sino también de opción *política*: así se advierte en PETMAN, J., *op. cit.*, pp. 134-135.

¹⁶⁷⁶ EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS (GRAND CHAMBER), *Case of Lekić v. Slovenia*, párr. 108; ver también CARRILLO SALCEDO, J. A., «The European Convention...», *op. cit.*, pp. 661-662 y 663, CHRISTOFFERSEN, J., *op. cit.*, pp. 52 y 55-59, DOTHAN, S., *op. cit.*, p. 515, GARCÍA ROCA, F. J., *op. cit.*, p. 188, HARRIS, D. J., O'BOYLE, M., BATES, E. P. y BUCKLEY, C. M., *op. cit.*, pp. 14-17, NÚÑEZ POBLETE, M., *op. cit.*, pp. 351-352, PASTOR RIDRUEJO, J. A., *Curso de Derecho...*, *op. cit.*, pp. 211 y 227, PETERSMANN, E.-U., «Human Rights, International...», *op. cit.*, pp. 777-778 y QUERALT JIMÉNEZ, A., *op. cit.*, pp. 105-108. En general, el TEDH reconoce a los Estados un margen de apreciación más amplio en la aplicación de políticas de carácter social (en el sentido usual del término) y económico, ver, entre otros ejemplos, EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS (PLENARY), *Case of James and Others v. the United Kingdom*, párr. 46; ello es así, especialmente, cuando las medidas cuestionadas se dan en el marco de procesos de cambio de régimen económico o político (incluyendo transformaciones constitucionales), ver también EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS (GRAND CHAMBER), *Case of Béláné Nagy v. Hungary*,

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

mecanismos (también de creación jurisprudencial) que restringen su alcance. Por un lado, se halla la “constatación” de existencia de un “consenso regional” contrario a una acción (u omisión) estatal determinada¹⁶⁷⁷; por otro, la aplicación del *principio de proporcionalidad* en el análisis de la conformidad de esta con el Convenio¹⁶⁷⁸. En esencia, se impone el pretendido “consenso regional europeo” frente a las determinaciones jurídicas “discordantes” del país en concreto¹⁶⁷⁹.

Por su parte, el sistema interamericano también discurre siguiendo las líneas generales anteriores. Al igual que el TEDH, la Corte Interamericana desarrolla su actividad con carácter subsidiario respecto a las funciones de las distintas autoridades estatales¹⁶⁸⁰. Asimismo, la Corte aplica activamente principios y métodos interpretativos específicos, tales como el evolutivo (que se enlaza, por añadidura, con la asignación de significados autónomos a los términos utilizados en la Convención Americana)¹⁶⁸¹; del mismo modo, también se emplea la regla de la interpretación más favorable a los derechos y libertades reconocidos¹⁶⁸². En este sentido, la interpretación del texto convencional llevada a cabo por la Corte se impone frente a las autoridades estatales¹⁶⁸³; no obstante, también en el sistema interamericano se emplea la doctrina del margen de apreciación en la aplicación de aquella al caso concreto¹⁶⁸⁴.

párrs. 113-114, *idem*, *Case of Broniowski v. Poland*, párr. 149 e *idem*, *Case of the former King of Greece and Others v. Greece*, párr. 87.

¹⁶⁷⁷ CARRILLO SALCEDO, J. A., «The European Convention...», *op. cit.*, p. 662 y LETSAS, G., *op. cit.*, p. 296; ver también PASTOR RIDRUEJO, J. A., *Curso de Derecho...*, *op. cit.*, pp. 211 y 213.

¹⁶⁷⁸ CARRILLO SALCEDO, J. A., «The European Convention...», *op. cit.*, p. 665, QUERALT JIMÉNEZ, A., *op. cit.*, p. 108 y PETERSMANN, E.-U., «Human Rights, International...», *op. cit.*, p. 778; ver también HARRIS, D. J., O'BOYLE, M., BATES, E. P. y BUCKLEY, C. M., *op. cit.*, pp. 12-13 y PASTOR RIDRUEJO, J. A., *Curso de Derecho...*, *op. cit.*, pp. 226-227. En general, con la aplicación de la idea de *proporcionalidad*, los órganos judiciales pasan a poder controlar *sustantivamente* los actos políticos en sí, ver THORNHILL, C., «The global legal...», *op. cit.*, pp. 423-424.

¹⁶⁷⁹ En este sentido, GARCÍA ROCA, F. J., *op. cit.*, pp. 199-200 y HARRIS, D. J., O'BOYLE, M., BATES, E. P. y BUCKLEY, C. M., *op. cit.*, pp. 9 y 11.

¹⁶⁸⁰ VIO GROSSI, E., «Sentencias de la Corte IDH: efectos políticos de sus fallos», pp. 118-120.

¹⁶⁸¹ En este sentido, por ejemplo, CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso de la Comunidad Mayagna...*, *op. cit.*, párrs. 146 y 148.

¹⁶⁸² *Ibidem*, párrs. 147 y 148; ver también LANDA, C., *op. cit.*, p. 335.

¹⁶⁸³ VIO GROSSI, E., *op. cit.*, p. 127.

¹⁶⁸⁴ Ver ABRAMOVICH, V., «De las violaciones masivas a los patrones estructurales: nuevos enfoques y clásicas tensiones en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos», p. 122 y NÚÑEZ POBLETE, M., *op. cit.*, pp. 352 y 353-354.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

Los anteriores elementos sirven como estructura argumentativa que sostiene y justifica la expansión sustantiva de la intervención de los órganos jurisdiccionales europeo e interamericano en los correspondientes órdenes jurídicos locales. En términos de contenidos de los derechos, se afirma la posibilidad del reconocimiento tanto de costumbres como de normas imperativas de ámbito regional¹⁶⁸⁵: naturalmente, se entiende que han de ser los mismos tribunales quienes tengan la posibilidad de apreciar la existencia de tales disposiciones, aplicándolas en los casos contenciosos que conozcan¹⁶⁸⁶. Con todo, una innovación aún más trascendental se muestra específicamente en el ámbito europeo, en virtud del tratamiento dispensado por el TEDH a las llamadas violaciones “estructurales” o “sistémicas” del Convenio, que afectan a una amplia pluralidad de personas (y que pueden venir causadas, entre otras, por normas de rango constitucional o legislativo). Para estos casos, el Tribunal ha creado el procedimiento de las *sentencias piloto*, mediante el cual este enjuicia expresamente la conformidad convencional de la norma estatal cuestionada, no sólo en el caso concreto, sino frente a todos aquellos que deriven de la misma causa (ya planteados u otros posibles en el futuro)¹⁶⁸⁷: se establece abiertamente como remedio la modificación o derogación de las disposiciones que fuesen consideradas incompatibles (aun sin llegar a determinar concretamente el contenido “correcto” que han de tener estas)¹⁶⁸⁸.

¹⁶⁸⁵ En referencia a las costumbres regionales, ver PASTOR RIDRUEJO, J. A., *Curso de Derecho...*, *op. cit.*, pp. 80-81 y REMIRO BROTONS, A., ... [*et al.*], *op. cit.*, pp. 207 y 211; respecto al *ius cogens* regional, MARTÍN ARRIBAS, J. J., *op. cit.*, p. 662 y QUISPE REMÓN, F., *op. cit.*, p. 148 (nota 14).

¹⁶⁸⁶ Por ejemplo, para la consideración del carácter imperativo de las garantías del Convenio Europeo por parte del TEDH, GARDBAUM, S., *op. cit.*, pp. 756-757.

¹⁶⁸⁷ EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS (GRAND CHAMBER), *Case of Broniowski...*, *op. cit.*, párrs. 190-191; ver también CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde Vs. Brasil*, párrs. 58-62, HARRIS, D. J., O'BOYLE, M., BATES, E. P. y BUCKLEY, C. M., *op. cit.*, pp. 156-157, PASTOR RIDRUEJO, J. A., *Curso de Derecho...*, *op. cit.*, p. 227, PETERSMANN, E.-U., «Human Rights, International...», *op. cit.*, p. 778 y TOMUSCHAT, C., *Human Rights...*, *op. cit.*, pp. 246-247.

¹⁶⁸⁸ EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS (GRAND CHAMBER), *Case of Broniowski...*, *op. cit.*, párrs. 192-193; ver también CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso Trabajadores de...*, *op. cit.*, párr. 60, DOTHAN, S., *op. cit.*, pp. 514-515 (también nota 36), PASTOR RIDRUEJO, J. A., *Curso de Derecho...*, *op. cit.*, p. 227, QUERALT JIMÉNEZ, A., *op. cit.*, p. 30, REMIRO BROTONS, A., ... [*et al.*], *op. cit.*, p. 759 y TOMUSCHAT, C., *Human Rights...*, *op. cit.*, pp. 253-254. Una opinión favorable a la aplicación de este razonamiento (aun en un sentido más genérico) en el sistema interamericano, en GARCÍA RAMÍREZ, S., *op. cit.*, pp. 255-256.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

Ciertamente, las sentencias del TEDH y la Corte Interamericana son, en lo inmediato, *declarativas*, de manera que la afirmación de la no conformidad de una disposición estatal con respecto a los tratados (incluyendo la interpretación del órgano jurisdiccional) no conlleva automáticamente la pérdida de su eficacia (o, incluso, de su misma validez); sin embargo, los fallos de las sentencias son obligatorios para los Estados respectivos en el caso sentenciado, siendo estos los que han de hacer efectivo lo dispuesto en aquellos (incluyendo la modificación de textos constitucionales, en su caso¹⁶⁸⁹)¹⁶⁹⁰. Con todo, una realidad es el alcance jurídico en sentido estricto de los pronunciamientos de los órganos jurisdiccionales regionales, y otra más amplia son sus efectos generales, destacando su significación *política*, en la medida en que inciden en múltiples aspectos de la orientación de la acción estatal general¹⁶⁹¹.

A pesar de todo, no se ha desarrollado, hasta la actualidad, un estándar general europeo o interamericano que discipline expresamente, a la luz de los respectivos órdenes jurídicos para la protección de los derechos humanos, los contenidos y el desarrollo de los procesos constituyentes. Ello no significa, empero, que en los aledaños de estos sistemas no se estén desarrollando diversas líneas de elaboración en este sentido. Varios ejemplos de lo anterior se hallan en distintos documentos adoptados por la Comisión Europea para la Democracia a través del Derecho (también conocida como Comisión de Venecia), establecida como órgano consultivo del Consejo de Europa en el ámbito constitucional (y que también participa en labores de cooperación constitucional

¹⁶⁸⁹ Un ejemplo destacado es el de la Constitución chilena, que tuvo que ser reformada para suprimir la censura previa, en función de lo determinado por la Corte Interamericana en la sentencia del caso “*La última tentación de Cristo*”, ver GARCÍA-SAYÁN LARRABURE, D., *op. cit.*, pp. 16-17, GÓMEZ PÉREZ, M., *op. cit.*, pp. 370-371, NIKKEN, P., «El Derecho Internacional...», *op. cit.*, p. 28 y RUIZ OREJUELA, W., *op. cit.*, pp. 230-231.

¹⁶⁹⁰ Respecto al sistema europeo, ver CARRILLO SALCEDO, J. A., «The European Convention...», *op. cit.*, pp. 657-658 y 659 y QUERALT JIMÉNEZ, A., *op. cit.*, pp. 8, 10-11, 17 y 44-45; en referencia al sistema interamericano, ver FIX-ZAMUDIO, H., *op. cit.*, p. 560, RISSO FERRAND, M., «¿Quién tiene la última palabra en temas de derechos humanos? Democracia versus aristocracia con toga», p. 412 y VIO GROSSI, E., *op. cit.*, pp. 121 y 123. Con todo, afirmando que, en el sistema interamericano, la declaración de no conformidad con la Convención de una norma estatal puede conllevar la nulidad de esta, GÓMEZ PÉREZ, M., *op. cit.*, p. 369; por otra parte, considerando como efecto su derogación, VIO GROSSI, E., *op. cit.*, pp. 123-124.

¹⁶⁹¹ En este sentido, al respecto del impacto político de las decisiones del sistema interamericano, ABRAMOVICH, V., *op. cit.*, p. 100 y VIO GROSSI, E., *op. cit.*, pp. 128-129.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

internacional)¹⁶⁹², que versan sobre recomendaciones en múltiples temas relacionados con los fenómenos mencionados.

En términos generales, la Comisión de Venecia ha hecho hincapié en la necesidad del respeto del *Estado de Derecho*, que es considerado como uno de los principios esenciales del Consejo de Europa (incluyendo también al sistema del Convenio Europeo)¹⁶⁹³; de hecho, se afirma expresamente la interrelación existente entre *Estado de Derecho y derechos humanos*¹⁶⁹⁴. Ello redundará, primordialmente, en la necesidad del respeto, en el derecho interno, de las normas de Derecho internacional asumidas por el Estado¹⁶⁹⁵; del mismo modo, no puede celebrarse un referéndum si este versa acerca de los derechos humanos o si su contenido está en contradicción con las normas de Derecho internacional¹⁶⁹⁶. Ello no supone, empero, la imposibilidad de operar cambios en las disposiciones constitucionales relativas a los derechos fundamentales: con todo, a este respecto, se afirma que las iniciativas de limitación o reducción en protección y garantías estarán en todo caso subordinadas a lo establecido por los sistemas de protección internacionales que correspondan¹⁶⁹⁷. Igualmente, se muestran importantes reticencias a la apertura de procesos de cambio constitucional que no estén fundamentados en el ordenamiento jurídico preexistente (especialmente, en su texto constitucional), si bien pudieran considerarse aceptables en algún supuesto puntual (tales como para la realización de iniciativas de democratización en contextos que obstaculicen esta)¹⁶⁹⁸: en este sentido, se rechaza la celebración de un referéndum para aprobar el inicio del proceso, si este no está contemplado con carácter previo en la Constitución vigente¹⁶⁹⁹.

¹⁶⁹² DÍEZ-PICAZO, L. M., *op. cit.*, p. 30.

¹⁶⁹³ EUROPEAN COMMISSION FOR DEMOCRACY THROUGH LAW (VENICE COMMISSION), *Rule of Law Checklist*, párrs. 11-12.

¹⁶⁹⁴ *Ibidem*, párr. 31.

¹⁶⁹⁵ *Ibidem*, párrs. 47-48.

¹⁶⁹⁶ *Idem*, *Revised guidelines on the holding of referendums*, Guidelines on the holding of referendums, puntos II.2 y III.1.

¹⁶⁹⁷ Ver *idem*, *Report on constitutional...*, *op. cit.*, párrs. 166-168 y 177.

¹⁶⁹⁸ Ver *ibidem*, párrs. 22 y 68.

¹⁶⁹⁹ *Ibidem*, párrs. 68 y 185 e *idem*, *Revised guidelines on...*, *op. cit.*, Guidelines on the holding of referendums, punto II.1; asimismo, afirmando que la propuesta que se someta a referéndum debe ser conforme con toda norma preexistente de rango “superior”, *ibidem*, punto III.1.

3.1.3. ¿Cuál es la significación real de que los procesos constituyentes puedan ser intervenidos desde los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos?

A) Las consecuencias internas: manipulación de los criterios de “legitimidad” del orden político de un país.

A tenor de la práctica jurídica derivada de los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos existentes, no existe siquiera el esbozo de un orden normativo que determine, en su conjunto, el contenido y las formas de desarrollo de los procesos constituyentes. La aplicación del Derecho internacional de los derechos humanos en el ámbito local no supone la sustitución directa del Derecho positivo interno por el internacional; no se trata, pues, de imponer una normativa uniforme en todos los países desde el exterior¹⁷⁰⁰. La tendencia subyacente en la acción jurisprudencial internacional consiste concretamente en la *armonización* de los distintos ordenamientos locales acerca de los derechos humanos respecto a un *estándar* común¹⁷⁰¹. Así, en términos generales, se procura asegurar la pervivencia de una relativa “identidad constitucional” (que es la que precisamente permite reconocer la singularidad del orden constitucional de unos países respecto a otros¹⁷⁰²), si bien garantizando que, con ello, no se intente cuestionar la primacía del orden internacional¹⁷⁰³. Esta trayectoria es especialmente patente en el plano europeo: si bien no existiría un Derecho constitucional regional como tal, sí que sería posible determinar la existencia de estándares o principios “europeos” en distintos ámbitos y materias¹⁷⁰⁴. Una expresión avanzada de esta realidad se encontraría precisamente en el ámbito de los

¹⁷⁰⁰ En este sentido, Díez-PICAZO, L. M., *op. cit.*, p. 18. Respecto a las posibilidades de “exportación” de principios e instituciones del “Estado constitucional”, HÄBERLE, P., *El Estado constitucional...*, *op. cit.*, p. 66; por otra parte, previniendo acerca del peligro de implantación de una única concepción de los derechos por parte de aquellas instituciones cuya función sea asegurar su respeto (sean locales o internacionales), invadiendo las competencias estatales, RUBIO LLORENTE, F., «Derechos fundamentales...», *op. cit.*, pp. 209 y 233.

¹⁷⁰¹ Describiendo esta postura, en un sentido más amplio, como parte de la denominada “doctrina de la integración”, LANDA, C., *op. cit.*, p. 322.

¹⁷⁰² Para el concepto de “identidad constitucional”, NÚÑEZ POBLETE, M., *op. cit.*, pp. 334 y 337-338.

¹⁷⁰³ Ver *ibidem*, p. 363 y (describiendo también la postura de los tribunales estatales al respecto) ZICCARDI CAPALDO, G., *op. cit.*, p. 186. En referencia a la intervención de los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos para “complementar” los catálogos constitucionales de derechos fundamentales, ver HÄBERLE, P., *El Estado constitucional...*, *op. cit.*, p. 177.

¹⁷⁰⁴ *Idem*, «Derecho Constitucional Común...», *op. cit.*, pp. 11-12.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

derechos humanos, de la mano de la jurisprudencia del TEDH, de acuerdo con su función armonizadora¹⁷⁰⁵: el Convenio Europeo se constituye, en términos inmediatos, como un “estándar de mínimos” que no busca uniformizar los ordenamientos estatales sobre derechos fundamentales (suprimiendo sustantivamente la diversidad de tradiciones constitucionales existente)¹⁷⁰⁶.

Así pues, habría de parecer que el funcionamiento práctico de los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos en los procesos constituyentes solamente llega a tener una significación efectiva de carácter puntual (esto es, ligada únicamente a la resolución de casos específicos). Sin embargo, en una perspectiva a más largo plazo, sí cabe esperar la operación progresiva de una confluencia normativa real, impulsada no solo desde un plano general, sino también desde cada uno de los países incluidos en la misma¹⁷⁰⁷. En este sentido, la voluntad última sería la aproximación de las distintas concepciones constitucionales sobre los derechos fundamentales hacia un entendimiento común en el plano universal¹⁷⁰⁸. Son múltiples las funciones conferidas a los derechos humanos “internacionales” que se disponen específicamente en oposición a la acción de los Estados: tales son la protección frente a la arbitrariedad¹⁷⁰⁹, así como la reconfiguración esencial del contenido de las nociones de “interés general” y “bien común”¹⁷¹⁰.

¹⁷⁰⁵ QUERALT JIMÉNEZ, A., *op. cit.*, pp. 97, 103 y 119-120.

¹⁷⁰⁶ *Ibidem*, pp. 98 y 103 y PETERSMANN, E.-U., «Human Rights, International...», *op. cit.*, p. 777; en términos más generales, ver también HÄBERLE, P., «Derecho Constitucional Común...», *op. cit.*, pp. 13 y 38 e *idem*, *El Estado constitucional...*, *op. cit.*, p. 64. En relativo contraste, ver DíEZ-PICAZO, L. M., *op. cit.*, pp. 18-19.

¹⁷⁰⁷ Un ejemplo de esta realidad se encuentra en la presencia importante de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos en el contenido de buena parte de los textos constitucionales actuales: destacando este fenómeno (también como fruto de influencias externas), BARTOLINI, G., *op. cit.*, pp. 1306-1307; ver también ELKINS, Z., GINSBURG, T. y SIMMONS, B., *op. cit.*, pp. 64-65. En referencia a la naturaleza y factores que concurren en los procesos de *aculturación* jurídica (según Ryan Goodman y Derek Jinks), *ibidem*, pp. 67-68.

¹⁷⁰⁸ Expresando también esta visión, en el plano de la dogmática constitucional, como un proceso de conjunción de la teoría general de los derechos humanos y las “teorías nacionales de los derechos fundamentales”, HÄBERLE, P., *El Estado constitucional...*, *op. cit.*, p. 177.

¹⁷⁰⁹ Ver CANÇADO TRINDADE, A. A., «The Historical Recovery...», *op. cit.*, p. 45 e *idem*, «Separate opinion of...», *op. cit.*, párr. 199.

¹⁷¹⁰ En este sentido, FASSBENDER, B., «La protección de...», *op. cit.*, p. 161; ver también CANÇADO TRINDADE, A. A., «The Historical Recovery...», *op. cit.*, p. 49.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

El hilo conductor que alimenta esta postura se encuentra en la integración en un único bloque normativo de las ideas de *derechos humanos*, *Estado de Derecho* y *democracia*¹⁷¹¹: todo orden jurídico al que se quiera presentar como *legítimo* en la esfera internacional habría de respetar todas ellas. La idea que subyace en tal afirmación consiste en la consideración de los anteriores conceptos no como elementos que suman al conjunto (pero, a la vez, independientes entre sí) sino como factores interrelacionados positivamente: de esta forma, de la observancia de cada uno de ellos depende el desarrollo de los demás¹⁷¹². Sin embargo, tanto en la doctrina como en múltiples pronunciamientos de organismos internacionales se ha sostenido también la presencia de una serie de prelación “lógicas” que vendrían a señalar la existencia de una jerarquización implícita entre los anteriores. Así, en primer lugar, la interacción entre *Estado de Derecho* y *democracia* no se plantea en términos estrictamente bilaterales: por el contrario, se considera que, conceptualmente, el primero (entendido como conjunto de normas frente al “poder”) no requiere estrictamente del segundo para que se manifieste¹⁷¹³. Igualmente, se asume que uno de los elementos esenciales de la democracia representativa es “[...] *el respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales* [...]”¹⁷¹⁴; del mismo modo, distintos elementos característicos del modelo democrático se encuentran en los catálogos internacionales de derechos humanos¹⁷¹⁵.

¹⁷¹¹ Así, por ejemplo, en el contexto del Consejo de Europa, EUROPEAN COMMISSION FOR DEMOCRACY THROUGH LAW (VENICE COMMISSION), *Rule of Law...*, *op. cit.*, párrs. 11, 31 y 33; para la realización de la misma identificación en el ámbito de la Unión Europea, CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, *Derechos humanos y...*, *op. cit.*, p. 3. Respecto al ámbito interamericano, ver CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso Petro Urrego Vs. Colombia*, párrs. 90-92 e *idem*, *Caso Yatama Vs. Nicaragua*, párrs. 191-192.

¹⁷¹² Afirmando expresamente la relación recíproca entre *derechos humanos* y *democracia*, BARBOSA DE SÁ, A. P., *op. cit.*, p. 21 y SCHAFFER, J. K., FØLLESDAL, A., y ULFSTEIN, G., *op. cit.*, p. 19; en un sentido descriptivo, ver también RAJAGOPAL, B., *op. cit.*, pp. 167 y 297. En paralelo, también se ha aseverado que distintos elementos característicos de la noción de *Estado de Derecho* forman parte sustancial del mismo concepto de democracia, ver (para el ámbito interamericano) en ASAMBLEA GENERAL DE LA ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS, «Carta Democrática Interamericana», arts. 2 y 3.

¹⁷¹³ En este sentido, PALOMBELLA, G., ««El Estado de Derecho allende el Estado»: fracasos, promesas y teoría», p. 344.

¹⁷¹⁴ En referencia al ámbito interamericano, ASAMBLEA GENERAL DE LA ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS, «Carta Democrática Interamericana», art. 3; de esta forma, determinadas quiebras en el principio de *Estado de Derecho* (tales como la de separación e independencia de los poderes estatales, especialmente el judicial) afectarían tanto a la *democracia* en general como a disposiciones jurídicas concretas sobre derechos humanos, ver un ejemplo eminente de esta posición en CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso de la Corte Suprema de Justicia (Quintana Coello y otros) Vs. Ecuador*, párrs. 154-155 y 179 e *idem*, *Caso del Tribunal Constitucional (Camba Campos y*

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

El pensamiento que subyace en las anteriores consideraciones se sustancia en la afirmación de la indisponibilidad esencial de los derechos humanos frente a la voluntad de la “mayoría” política existente en un país determinado¹⁷¹⁶. Así, por ejemplo, se asevera la imposibilidad de desconocer los derechos humanos en el contexto de un proceso constituyente (así, por ejemplo, no aplicando los tratados internacionales correspondientes), puesto que tal opción sería contraria a la propia “idea” de democracia¹⁷¹⁷; del mismo modo, el carácter democrático de un determinado orden constitucional ya no dependería fundamentalmente del proceso seguido en su creación, sino de los contenidos que acabe integrando¹⁷¹⁸. No obstante, no basta con la afirmación teórica de la limitación de las determinaciones constituyentes por los “derechos”: es necesaria, además, la articulación efectiva de esta. En este sentido, el papel de los órganos judiciales como genuinas instituciones “contramayoritarias” se expresaría con claridad¹⁷¹⁹. La tesis fundamental sostenida es que la defensa de los derechos fundamentales no puede ser dejada a la voluntad de la mayoría en un país, siendo que en esta se entrecruzan distintos intereses al respecto (también contrarios a los mismos derechos, llegado el caso)¹⁷²⁰: así, esta función habrá de ser asumida por organismos cuyo compromiso esté únicamente con la salvaguarda de los derechos en sí. En consecuencia, la relativización del contenido de la noción de *democracia* respecto a

otros) Vs. Ecuador, párrs. 198-199 y 221. Para la idea de los derechos humanos como condiciones para la democracia, RISSO FERRAND, M., *op. cit.*, p. 400.

¹⁷¹⁵ Ver BESSON, S., «The human right to democracy – a moral defence with a legal nuance», pp. 50-51.

¹⁷¹⁶ En este sentido (siguiendo a Gunnar Beck), ROZNAI, Y., *op. cit.*, pp. 668-669. En términos análogos, afirmando la pertenencia de los “derechos fundamentales” a una denominada “esfera de lo indecible”, a partir de lo cual estos no pueden ser reducibles ni suprimibles (sea cual sea la mayoría que plantee tal iniciativa), FERRAJOLI, L., *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia. 1...*, *op. cit.*, p. 775 e *idem*, *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia. 2...*, *op. cit.*, pp. 22-23, 44-45, 49 y 89-90; generalizando esta reflexión al conjunto de la Constitución (también con atención particular a los derechos fundamentales), ZAGREBELSKY, G., *op. cit.*, pp. 26-29. Por su parte, aseverando la naturaleza tanto “democrática” como “antidemocrática” de los derechos humanos, RISSO FERRAND, M., *op. cit.*, p. 400; ver también (en un sentido crítico) WALL, I. R., *op. cit.*, p. 141.

¹⁷¹⁷ BARBOSA DE SÁ, A. P., *op. cit.*, pp. 16, 20 y 21; respecto a la aplicación de las tesis de Luigi Ferrajoli sobre lo “indecible” en el contexto constitucional, ver (en un sentido crítico) ALTERIO, A. M., *op. cit.*, pp. 15-16.

¹⁷¹⁸ En este sentido, FERRAJOLI, L., *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia. 2...*, *op. cit.*, p. 55.

¹⁷¹⁹ Ver MCCRUDDEN, C., *op. cit.*, pp. 713-714.

¹⁷²⁰ Ver ELSTER, J., «Régimen de mayorías y derechos individuales», pp. 170-175 y LETSAS, G., *op. cit.*, p. 303; en referencia concreta a la función de los organismos jurisdiccionales internacionales sobre derechos humanos, FØLLESDAL, A., *op. cit.*, p. 282.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

otros factores permite el sometimiento de aquella al cumplimiento de diversas condiciones que reduzcan sus potencialidades efectivas.

Un ejemplo clave de esta postura se encuentra en los razonamientos recogidos en la sentencia de la Corte Interamericana en el caso *Gelman*, dictada el 24 de febrero de 2011, que falló en contra de la Ley de Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado, en referencia a los delitos derivados de las violaciones de derechos humanos llevadas a cabo por la dictadura uruguaya durante las décadas de 1970 y 1980. Dicha disposición había sido aprobada por presión de la cúpula militar del momento: sometida a referéndum en dos ocasiones, en 1989 (para su rechazo directo) y 2009 (para reformar la Constitución, declarando la nulidad de aquella), la ley no llegó a ser rechazada en ninguna de las votaciones, si bien en el mismo año 2009 la Suprema Corte de Justicia del país acabó declarando la inconstitucionalidad de sus principales disposiciones (confirmada también en otras resoluciones posteriores)¹⁷²¹. En la sentencia, la Corte declara la imposición expresa de límites jurídicos a la capacidad de decisión *política* en un país, con independencia de que esta se manifieste como resultado de procedimientos democráticos que sigan la voluntad mayoritaria de los ciudadanos expresada en votación directa: se asevera (literalmente) la existencia de “límites de la democracia” fundamentados en el respeto al Derecho internacional (al que se dota de la condición de ordenamiento superior al propiamente estatal¹⁷²²), especialmente al relativo a los derechos humanos y recogido en instrumentos como la Convención Americana, cuya contravención da lugar a responsabilidad internacional del Estado¹⁷²³. En síntesis, la afirmación de la Corte Interamericana redundante en que toda determinación jurídica adoptada en un país integrado en el sistema interamericano, independientemente de su contexto o “autor”, está naturalmente sujeta al arbitrio final de la misma Corte¹⁷²⁴: en

¹⁷²¹ Para la descripción general del proceso de amnistía en Uruguay, ver CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso Gelman...*, *op. cit.*, párrs. 144-150, RISSO FERRAND, M., *op. cit.*, pp. 395-396 y SAUCA CANO, J. M., «Deliberación, deferencia y Corte Interamericana de Derechos Humanos. El caso *Gelman vs Uruguay*», pp. 534-538; con especial atención a las circunstancias y hechos iniciales en el mismo, HUNTINGTON, S. P., *op. cit.*, pp. 206-207 y ZALAQUETT, J., «Derechos humanos y limitaciones políticas en las transiciones democráticas del Cono Sur», pp. 114 y 125-130.

¹⁷²² RINCÓN-COVELLI, T., *op. cit.*, pp. 91-92.

¹⁷²³ Ver CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso Gelman...*, *op. cit.*, párrs. 238-239; ver también RINCÓN-COVELLI, T., *op. cit.*, pp. 92 y 95-96. Complementariamente, cabe considerar que la imposición de tales límites supone la subordinación del principio de “soberanía popular” al *Estado de Derecho*, ver *ibidem*, p. 102.

¹⁷²⁴ En este sentido, *ibidem*, p. 97; ver también RISSO FERRAND, M., *op. cit.*, p. 413.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

última instancia, esta se arroga *de facto* una potestad incondicionada de control normativo genérico, esto es, una función materialmente *constituyente*¹⁷²⁵.

Como consecuencia normativa principal del conjunto de proposiciones anteriores, los contenidos de las líneas básicas del orden político de cada país quedarían a expensas de lo que se establezca en el Derecho internacional¹⁷²⁶. La imposición de un entendimiento político “común” a escala internacional (y con particular incidencia en los ámbitos regionales) presenta una derivación adicional, que afecta específicamente a la comprensión doctrinal al uso sobre los fenómenos constituyentes: ello es, en síntesis, el descarte definitivo de la *teoría democrática* sobre el “poder constituyente”, puesto que las determinaciones del Derecho internacional (especialmente acerca de los derechos humanos) pasan a asumir las funciones que aquel ocupa en la concepción anterior¹⁷²⁷. Esta visión tiene un corolario operativo, a la hora de facilitar jurídicamente la defensa del orden establecido frente a la posibilidad de aparición de transformaciones constitucionales “rupturistas”¹⁷²⁸. Así, se rechaza la posibilidad de apertura de procesos constituyentes en el futuro, en cuanto que los cambios en los órdenes constitucionales han de quedar circunscritos al desarrollo de *procesos de reforma* regidos por los ordenamientos jurídicos existentes (sobre todo, crucialmente, aquellos provenientes del plano internacional)¹⁷²⁹.

Por consiguiente, el denominado “poder constituyente” quedaría subsumido en la operación de los órganos jurídicos establecidos (fundamentalmente, en los judiciales), y la subsiguiente *legitimidad* del orden jurídico conforme a los derechos humanos pasa a

¹⁷²⁵ En general, criticando el razonamiento seguido por la Corte Interamericana en este caso, ver GARGARELLA, R., «Democracy and Rights in Gelman v. Uruguay», pp. 116-119; en sentido contrario (si bien con matices), SAUCA CANO, J. M., «Deliberación, deferencia y Corte Interamericana de Derechos Humanos. El caso Gelman vs Uruguay», pp. 542-547. Para un análisis detallado de las premisas teóricas que fundamentan la decisión del Tribunal, TORRES ZÚÑIGA, N., «The Image of The Inter-American Court of Human Rights as an Agent of Democratic Transformation: A Tool of Self-Validation», pp. 489-499.

¹⁷²⁶ En este sentido, MACKLEM, P., *op. cit.*, p. 24, MUÑOZ MACHADO, S., *op. cit.*, pp. 253 y 274-275 y (respecto al papel de los órganos jurisdiccionales internacionales sobre derechos humanos) HIRSCHL, R., *op. cit.*, pp. 105-106; en referencia concreta al ordenamiento constitucional español, MUÑOZ MACHADO, S., *op. cit.*, p. 279. En lo relativo a la función de los derechos humanos como límite a la “autonomía” política, ver también RAWLS, J., *op. cit.*, pp. 93-94.

¹⁷²⁷ THORNHILL, C., «The global legal...», *op. cit.*, pp. 415, 419, 421 y 427.

¹⁷²⁸ Ver (siguiendo también a Andrew Moravcsik) SCHAFFER, J. K., «Legitimacy, global governance and human rights institutions: inverting the puzzle», pp. 228-229.

¹⁷²⁹ En este sentido, y en referencia al ámbito europeo, MUÑOZ MACHADO, S., *op. cit.*, p. 276.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

tener un carácter netamente autorreferencial¹⁷³⁰. Siguiendo esta visión, el otorgamiento de legitimidad a los órdenes jurídicos locales (así como a los correspondientes Estados) está condicionado a la adecuación de estos al “canon” establecido por los catálogos internacionales sobre derechos humanos¹⁷³¹. Este razonamiento se conecta con la reconfiguración doctrinal de la comprensión de la propia noción de *soberanía*, que ahora se asocia a un principio de *responsabilidad*, el cual naturalmente conlleva la asunción de obligaciones y deberes por parte de los Estados¹⁷³². En este sentido, se sostiene que, en caso de violaciones graves y sistemáticas de derechos humanos “fundamentales”, el Estado en cuestión pierde su legitimidad y deja de representar a la población víctima de tales actuaciones¹⁷³³. Así pues, la discusión acerca de la *legitimidad* de los cambios constituyentes frente a los regímenes internacionales sirve como argumento *ideológico* para afirmar una agenda política alternativa (pretendidamente más “conforme” con el “estándar global”) a la seguida en el proceso¹⁷³⁴: los derechos humanos se erigen en un factor adicional de “poder hegemónico”¹⁷³⁵.

¹⁷³⁰ Ver THORNHILL, C., «Contemporary constitutionalism and...», *op. cit.*, pp. 374-375 e *idem*, «Rights and constituent...», *op. cit.*, p. 365. En buena medida, la centralidad jurídica de los derechos humanos presenta también una función de “refuerzo” de las instituciones estatales frente a las respectivas realidades sociales, puesto que el fundamento de legitimidad ya no residiría esencialmente en la sociedad, sino en los propios derechos, ver en *ibidem*, pp. 374, 375 y 376-378.

¹⁷³¹ En este sentido, BARBOSA DE SÁ, A. P., *op. cit.*, p. 16; ver también BECK, U., *La mirada cosmopolita o la guerra es la paz*, pp. 69 y 198, ZICCARDI CAPALDO, G., *op. cit.*, p. 11 y (en un sentido descriptivo), DOUZINAS, C., *op. cit.*, p. 24 y RAJAGOPAL, B., *op. cit.*, p. 165. Por otra parte, esta condición es verificada por los “garantes” de estos catálogos en el orden internacional, ver SELEME, H. O., *op. cit.*, pp. 344-345; ver también CORRAL SUÁREZ, M., «Democracia y orden internacional», p. 110, HESSLER, K., *op. cit.*, pp. 136 y 137, THORNHILL, C., «Contemporary constitutionalism and...», *op. cit.*, p. 375 y (en un sentido más genérico) MACKLEM, P., *op. cit.*, pp. 3 y 24. Para el papel de la Declaración Universal de Derechos Humanos al respecto, ANSUÁTEGUI ROIG, F. J., *op. cit.*, pp. 82-83, BIGLINO CAMPOS, M. P., «Acerca del significado jurídico de la Declaración Universal de Derechos Humanos», pp. 75-76 y MARÍN CASTÁN, M. L., *op. cit.*, pp. 155-156; en referencia a la posición particularmente destacada de los sistemas europeo e interamericano, DíEZ-PICAZO, L. M., *op. cit.*, p. 18.

¹⁷³² BESSON, S., «The human right...», *op. cit.*, p. 66, BUCHAN, R., *op. cit.*, pp. 338-339, CARRILLO SALCEDO, J. A., *Soberanía de los...*, *op. cit.*, pp. 17 y 185 e INTERNATIONAL COMMISSION ON INTERVENTION AND STATE SOVEREIGNTY, *op. cit.*, pp. 8 y 13; ver también MACKLEM, P., *op. cit.*, pp. 25-26, ONUMA, Y., *op. cit.*, p. 390 y TOMUSCHAT, C., *Human Rights...*, *op. cit.*, p. 277.

¹⁷³³ CANÇADO TRINDADE, A. A., «Separate opinion of...», *op. cit.*, párr. 205; en este sentido, también TOMUSCHAT, C., *Human Rights...*, *op. cit.*, p. 277.

¹⁷³⁴ En un sentido más general, ver (siguiendo también a Beth Simmons) SCHAFFER, J. K., *op. cit.*, p. 235; por otra parte, respecto a la función ideológica presente en la noción de *legitimidad* (siguiendo a Martti Koskenniemi), ver SCHAFFER, J. K., FØLLESDAL, A., y ULFSTEIN, G., *op. cit.*, p. 19. Valga como ejemplo: en referencia al entendimiento de la garantía de los *derechos humanos* como elemento propio de la

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

En términos políticos efectivos, los derechos humanos “internacionales” (o, más precisamente, los pronunciamientos de los distintos órganos internacionales dedicados a su protección) sirven en el ámbito local, sobre todo, como factor de movilización de aquellos grupos contrarios a las determinaciones constituyentes que, supuestamente, puedan interpretarse como un “desafío” al consenso jurídico sobre los derechos (sea universal, sea regional)¹⁷³⁶. El contenido normativo del catálogo “global” de derechos presenta una nítida orientación programática de carácter *liberal*, conformada a partir de los valores e intereses predominantes en el conjunto de la “comunidad internacional”¹⁷³⁷. En consecuencia, se compone un Derecho internacional “a la carta” (aprovechando también los aspectos de indeterminación en sus normas¹⁷³⁸) para reflejar los elementos sustantivos predominantes en tal perspectiva, contribuyendo así a su promoción¹⁷³⁹. En este sentido, es de destacar que, respecto al ámbito económico, se impulsan políticas de garantía de la propiedad privada y de fomento de la actividad empresarial también privada¹⁷⁴⁰; igualmente, se defiende la necesidad de proteger los procesos de liberalización en materia comercial y de inversiones¹⁷⁴¹. Tales opciones se presentan,

“*democracia tradicional*”, frente a las pretendidas “*democracias populistas*”, RISSO FERRAND, M., *op. cit.*, pp. 407-408.

¹⁷³⁵ DONNELLY, J., *Universal Human Rights...*, *op. cit.*, pp. 195-196. Afirmando que “[...] tanto la finalidad como el contenido del DIDH [Derecho internacional de los derechos humanos] es amplio e incluso potencialmente ilimitado [...]”, en un desarrollo que se vincula a la formulación de un consenso en el seno de la “comunidad internacional”, VILLÁN DURÁN, C., *op. cit.*, p. 89.

¹⁷³⁶ Ver (en general) ONUMA, Y., *op. cit.*, pp. 255 y 262-263. En un contexto más genérico y expresado en términos positivos (explicando la significación de los apoyos locales en la aplicación de las normas internacionales en cada país), se puede hallar un eco de esta idea en ABRAMOVICH, V., *op. cit.*, pp. 118-119; respecto a la movilización de grupos sociales a favor de transformaciones políticas “liberales”, ver BROUSSEAU, E., SGARD, J. y SCHEMEIL, Y., *op. cit.*, p. 470.

¹⁷³⁷ BUCHAN, R., *op. cit.*, p. 338. Para la enunciación de los distintos “*consensos liberales fundamentales*” existentes en los ámbitos económico e institucional, SANTOS, B. DE S., *Sociología jurídica crítica...*, *op. cit.*, pp. 455-459.

¹⁷³⁸ Ver DOUZINAS, C., *op. cit.*, pp. 188-189 y SCHWÖBEL, C. E. J., *op. cit.*, pp. 127-128; respecto a esta realidad, trasladada al ámbito constitucional interno, *ibidem*, p. 129. En términos más generales, ver también (siguiendo a Ulrich Fastenrath) CARRILLO SALCEDO, J. A., *Soberanía de los...*, *op. cit.*, p. 77.

¹⁷³⁹ BUCHAN, R., *op. cit.*, pp. 340 y 342. Sin embargo, advirtiendo contra la *exigencia* de transformación de todas las sociedades en la línea de los fundamentos políticos liberales, RAWLS, J., *op. cit.*, pp. 74-75.

¹⁷⁴⁰ En este sentido, por ejemplo, ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS, *Declaración de la reunión...*, *op. cit.*, punto 8; ver, en el ámbito interamericano, ASAMBLEA GENERAL DE LA ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS, «Carta Social de...», *op. cit.*, arts. 9 y 11.

¹⁷⁴¹ Ver PETERSMANN, E.-U., «Human Rights, International...», *op. cit.*, p. 796.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

entre otras cosas, como expresiones propias del respeto a las “libertades” inherentes a los sujetos privados y al *Estado de Derecho*¹⁷⁴².

B) La intervención directa de actores exteriores: dimensiones, manifestaciones y consecuencias.

En el apartado anterior, se ha podido estudiar el alcance propio del Derecho internacional de los derechos humanos sobre los distintos fenómenos constituyentes. De entrada, las posibilidades de afirmar su observancia jurídica automática son precarias, a lo sumo, al sostenerse sobre fundamentos positivos tanto escasos como sumamente ambiguos. Naturalmente, de poco sirve aseverar de forma repetida la capacidad de supervisión de los procesos constituyentes por parte de los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos si estos no disponen de los medios precisos para que el ejercicio de dicha función sea eficaz, esto es, que posibiliten que se hagan cumplir en cada país los mandatos correspondientes. De ahí que se opere el concepto de *intervención*, cuya nota fundamental es su carácter *coactivo* y *coercitivo*, de forma que la actuación de terceros Estados (sea singularmente o de manera concertada entre varios de ellos) en el país, susceptible de ser desarrollada por distintas vías, sirva para anular o torcer la voluntad de las instituciones estatales locales en el sentido deseado por los actuantes¹⁷⁴³.

Sin embargo, por su misma naturaleza, la imposición de mandatos a otros Estados entra en colisión con uno de los principios inherentes al concepto de *soberanía*, como es el de *no intervención*¹⁷⁴⁴: este dispone la existencia de una esfera de asuntos relativos a la vida de un país que se halla vedada a la acción no autorizada de Estados distintos al reconocido en el mismo¹⁷⁴⁵. Por ello, la injerencia *exterior* no solo ha de ser verificada

¹⁷⁴² Ver HERDEGEN, M., *op. cit.*, pp. 72-73 y 78-79 y PETERSMANN, E.-U., «Human Rights Require...», *op. cit.*, p. 4. En un sentido más general, ver también *idem*, «State Sovereignty, Popular...», *op. cit.*, pp. 23-24.

¹⁷⁴³ Ver BUCHAN, R., *op. cit.*, p. 337, DONNELLY, J., *Universal Human Rights...*, *op. cit.*, pp. 254-255 y SÁNCHEZ RUBIO, D., «Reflexiones E (Im)Precisiones...», *op. cit.*, pp. 231 y 238-240.

¹⁷⁴⁴ BUCHAN, R., *op. cit.*, p. 337, DONNELLY, J., *Universal Human Rights...*, *op. cit.*, p. 255, REMIRO BROTONS, A., ... [et al.], *op. cit.*, p. 98 y STERIO, M., *op. cit.*, p. 50.

¹⁷⁴⁵ Para la enunciación clásica de este principio, ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS, *Declaración sobre los principios...*, *op. cit.*, p. 131; ver también CORRAL SUÁREZ, M., *op. cit.*, p. 104, DÍEZ-PICAZO, L. M., *op. cit.*, pp. 12-13, INTERNATIONAL COMMISSION ON INTERVENTION AND STATE

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

como un hecho, sino que también debe procurarse su justificación normativa, fundamentalmente a partir de los objetivos que persiga¹⁷⁴⁶. Es en este punto donde el estándar general acerca de los derechos humanos vuelve a mostrarse como un elemento argumentativo clave, al señalarse que la conformidad de un Estado con el mismo constituye el criterio que ha de marcar el umbral de “tolerancia” del resto de ellos hacia el primero¹⁷⁴⁷. Ello sería posible, entre otros factores, porque el conjunto de pronunciamientos de los órganos internacionales de protección de los derechos humanos daría expresión, en términos normativos, al consenso político general existente acerca de los mismos entre los “Estados democráticos”¹⁷⁴⁸: la interpretación de los órganos jurisdiccionales acerca de los derechos no sería, en esencia, una obra exclusivamente “propia”, sino “compartida”. En consecuencia, la conducta de un determinado Estado respecto a los derechos humanos puede ser objeto de examen por otros Estados, y ser utilizada como factor en el desarrollo de las relaciones interestatales¹⁷⁴⁹. Tal tendencia redundaría, en dicho contexto, en la consolidación progresiva de un “derecho” de intervención (también comprensible como deber), que es ejercido por los principales Estados en protección de los “valores universales”¹⁷⁵⁰. Así

SOVEREIGNTY, *op. cit.*, p. 12, ONUMA, Y., *op. cit.*, pp. 91-92 y PASTOR RIDRUEJO, J. A., *Curso de Derecho...*, *op. cit.*, pp. 304-305.

¹⁷⁴⁶ Para la necesidad de justificar la intervención exterior (especialmente la de carácter militar), ver BARNETT, M. N., «International paternalism and humanitarian governance», *op. cit.*, pp. 514-515. Por su parte, describiendo la idea de que las facultades “soberanas” locales están sometidas a “condicionalidad” jurídica, ver MACKLEM, P., *op. cit.*, pp. 37-38 y STERIO, M., *op. cit.*, p. 52; similarmente, afirmando la existencia de límites al principio de *no intervención* en materia constitucional, DíEZ-PICAZO, L. M., *op. cit.*, p. 13. Estas afirmaciones implican también, en términos generales, la “flexibilización” en el tiempo del mismo concepto de soberanía: esta idea, en DONNELLY, J., *Universal Human Rights...*, *op. cit.*, p. 255 y EUROPEAN COMMISSION FOR DEMOCRACY THROUGH LAW (VENICE COMMISSION), *Report on constitutional...*, *op. cit.*, párr. 179; ver también BECK, U., *op. cit.*, p. 190.

¹⁷⁴⁷ Ver HESSLER, K., *op. cit.*, pp. 134-135, SCHAFFER, J. K., FØLLESDAL, A., y ULFSTEIN, G., *op. cit.*, p. 18 y (siguiendo a Joseph Raz) WHEATLEY, S., *op. cit.*, pp. 96-97; en este sentido, también BECK, U., *op. cit.*, pp. 69-70 y 196-197, DUEÑAS MUÑOZ, J. C., *op. cit.*, p. 747 y RAWLS, J., *op. cit.*, pp. 93 y 94.

¹⁷⁴⁸ Afirmando esta idea, WHEATLEY, S., *op. cit.*, pp. 108-109 y 113.

¹⁷⁴⁹ En este sentido, BROWN, G. (ed.), *op. cit.*, pp. 100-101 y GARDBAUM, S., *op. cit.*, p. 766; ver también DONNELLY, J., *Universal Human Rights...*, *op. cit.*, pp. 205-206, ONUMA, Y., *op. cit.*, pp. 392-393 y PETERS, A., *op. cit.*, p. 227. Por su parte, en referencia concreta al interés de los Estados parte en el cumplimiento del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos por todos ellos, COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS, *Observación general N° 31...*, *op. cit.*, párr. 2. Aplicando esta postura en el caso concreto de la Unión Europea, CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, *Derechos humanos y...*, *op. cit.*, pp. 4-5 y 7.

¹⁷⁵⁰ Describiendo esta idea, HARDT, M. y NEGRI, A., *Empire*, p. 18; en este sentido, ver también BECK, U., *op. cit.*, pp. 198-200, CARRILLO SALCEDO, J. A., *Soberanía de los...*, *op. cit.*, pp. 165-166 y 179, DONNELLY, J., *Universal Human Rights...*, *op. cit.*, p. 213, MUÑOZ MACHADO, S., *op. cit.*, p. 263 y (al respecto de la decisión de “intervención humanitaria” por parte de la “comunidad internacional”)

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

pues, la relativización (y consiguiente reducción) del principio de *no intervención* no se verificaría sólo como una propuesta doctrinal, sino también como una “*realidad positiva*” (con mayor intensidad a partir de la década de 1990¹⁷⁵¹)¹⁷⁵².

Todo lo anterior presenta una gran significación respecto a los fenómenos constituyentes, debido a una realidad insoslayable, como es la destacada participación internacional en los mismos, con múltiples ejemplos especialmente en las últimas décadas¹⁷⁵³. Las acciones exteriores en los procesos constituyentes pueden tener distintos grados de intensidad, que van desde la simple participación en actividades auxiliares (desarrollando labores administrativas, consultivas o promocionales, entre otras) hasta la asunción del control completo sobre su desarrollo (incluyendo la decisión política sobre su mismo inicio, según el caso)¹⁷⁵⁴. Naturalmente, tales actuaciones presentan una estrecha relación con los medios que los correspondientes actores exteriores hayan dispuesto para materializar dicha participación: de ahí que resulte necesaria una distinción conceptual entre *intervención* e *influencia*, denotando la existencia de un amplio espectro de iniciativas, cuya medida se encuentra en el grado de enfrentamiento con la voluntad de los sujetos políticos locales¹⁷⁵⁵. Sin embargo, en la práctica es difícil la categorización de una determinada acción como resultado de una u

SELEME, H. O., *op. cit.*, pp. 354-355. Análogamente, ver RAWLS, J., *op. cit.*, p. 111 (también nota 6) y (haciendo asimismo referencia al ámbito regional) HÄBERLE, P., *El Estado constitucional...*, *op. cit.*, pp. 71-72.

¹⁷⁵¹ BUCHAN, R., *op. cit.*, pp. 337-338.

¹⁷⁵² CASTRO-RIAL GARRONE, F., *op. cit.*, p. 81; ver también CARRILLO SALCEDO, J. A., *Soberanía de los...*, *op. cit.*, pp. 39-40 y ONUMA, Y., *op. cit.*, pp. 93-95.

¹⁷⁵³ Ver BRANDT, M., COTTRELL, J., GHAI, Y. y REGAN, A., *op. cit.*, p. 228, DANN, P. y AL-ALI, Z., *op. cit.*, pp. 424 y 427-428 y THORNHILL, C., «Contemporary constitutionalism and...», *op. cit.*, pp. 370-371. Respecto a diversos ejemplos de procesos de elaboración constitucional que han contado con una participación internacional relevante, ver BRANDT, M., COTTRELL, J., GHAI, Y. y REGAN, A., *op. cit.*, p. 207.

¹⁷⁵⁴ Ver DANN, P. y AL-ALI, Z., *op. cit.*, pp. 428-430; siguiendo a los anteriores, también GONZÁLEZ CADENAS, D., *Teoría y práctica...*, *op. cit.*, pp. 256-257. En este sentido, enunciando distintos casos de control internacional directo del proceso correspondiente, BRANDT, M., COTTRELL, J., GHAI, Y. y REGAN, A., *op. cit.*, p. 321.

¹⁷⁵⁵ Distinguiendo asimismo entre múltiples modalidades de *intervención*, obedeciendo tanto a su naturaleza como a los ámbitos sociales en los que incide, TOMUSCHAT, C., *Human Rights...*, *op. cit.*, pp. 266-280 y (siguiendo a Mario Bettati y Emma Bonino) SÁNCHEZ RUBIO, D., «Reflexiones E (Im)Precisiones...», *op. cit.*, p. 240; ver también BROWN, G. (ed.), *op. cit.*, pp. 101-102 y DONNELLY, J., *Universal Human Rights...*, *op. cit.*, p. 201.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

otra¹⁷⁵⁶: ello se verifica especialmente cuando se trata de injerencias y presiones de carácter no militar provenientes de grandes potencias hacia un país perteneciente a la misma esfera de influencia de estas¹⁷⁵⁷.

En pocos casos se denota mejor tal ambigüedad como en las iniciativas de asistencia internacional a procesos de elaboración constitucional. Estas suelen ser, en lo inmediato, de naturaleza instrumental o “técnica”¹⁷⁵⁸; sin embargo, su significación política es un hecho que no conviene perder de vista¹⁷⁵⁹. A este respecto, la primera cuestión reside en el diferencial de capacidades que genera la aparición de personal especializado foráneo (sea en el ámbito teórico-doctrinal o en el administrativo), lo cual contribuye a que este pueda influir sustancialmente en la adopción de determinaciones de orden constitucional, así como en su contenido¹⁷⁶⁰. En segundo lugar, la labor de asistencia, especialmente la desarrollada por organismos del sistema de las Naciones Unidas, presenta como uno de los objetivos más importantes la implantación de los estándares jurídicos internacionales en el ordenamiento constitucional del país, con especial atención a los instrumentos convencionales sobre derechos humanos¹⁷⁶¹: a tal fin, se preconiza no tanto la presión directa (para evitar acusaciones de interferencia)

¹⁷⁵⁶ En este sentido, REMIRO BROTONS, A., ... [et al.], *op. cit.*, p. 102. Respecto a la indefinición normativa existente respecto a las conductas que constituyen una intervención, SÁNCHEZ RUBIO, D., «Reflexiones E (Im)Precisiones...», *op. cit.*, p. 231; sin embargo, distinguiendo tajantemente ambas nociones, DONNELLY, J., *Universal Human Rights...*, *op. cit.*, p. 255.

¹⁷⁵⁷ Para esta situación, REMIRO BROTONS, A., ... [et al.], *op. cit.*, pp. 98 y 103-104. En sentido contrario, negando la existencia de Estados hegemónicos, DE GUSMÃO, H. C. A., *op. cit.*, pp. 178-179; por su parte, relativizando el “poder hegemónico” global de los actores mencionados, CALDUCH CERVERA, R., *op. cit.*, pp. 33-34.

¹⁷⁵⁸ BRANDT, M., COTTRELL, J., GHAI, Y. y REGAN, A., *op. cit.*, p. 325 y DíEZ-PICAZO, L. M., *op. cit.*, p. 29; ver también DANN, P. y AL-ALI, Z., *op. cit.*, p. 455.

¹⁷⁵⁹ KEULEERS, P., PIZA-LOPEZ, E. y CHAUVEL, C. (dirs.), *op. cit.*, p. 43; para el reconocimiento del riesgo de que las labores de asistencia puedan disminuir la capacidad local de dirección de un proceso de elaboración constitucional, ver *United Nations Assistance to Constitution-making Processes*, p. 4.

¹⁷⁶⁰ En un sentido general, BARNETT, M. N., *op. cit.*, p. 506. Para una descripción de distintas áreas y funciones en las que es aplicable la asistencia exterior, ver BRANDT, M., COTTRELL, J., GHAI, Y. y REGAN, A., *op. cit.*, p. 162 y KEULEERS, P., PIZA-LOPEZ, E. y CHAUVEL, C. (dirs.), *op. cit.*, pp. 23-42. Respecto a los “sesgos” existentes en los materiales divulgativos (habitualmente editados por gobiernos occidentales) generalmente utilizados en las iniciativas de participación pública integradas en los procesos de elaboración constitucional de distintos países, ver BRANDT, M., COTTRELL, J., GHAI, Y. y REGAN, A., *op. cit.*, p. 88.

¹⁷⁶¹ KEULEERS, P., PIZA-LOPEZ, E. y CHAUVEL, C. (dirs.), *op. cit.*, p. 31 y *United Nations Assistance...*, *op. cit.*, pp. 4 y 6; ver también BRANDT, M., COTTRELL, J., GHAI, Y. y REGAN, A., *op. cit.*, p. 192.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

como la búsqueda de aliados “internos” que apoyen dicha orientación normativa¹⁷⁶². En general, la asistencia internacional tiende a privilegiar el logro de *consensos*, más que a verificar, simplemente, la expresión de la voluntad de las mayorías en el país¹⁷⁶³. Por último, es preciso tener en cuenta que, a pesar de que la aceptación de la asistencia internacional tiene un carácter formalmente voluntario (esto es, no cabe calificar esta, de entrada, como fruto de una intervención externa), en función del contexto concreto en el que se desarrolle el proceso en cuestión, la anterior puede llegar a erigirse en una condición implícitamente “obligatoria” para el reconocimiento y avance de este¹⁷⁶⁴.

En cualquier caso, toda actuación de un Estado (u organismo internacional) dirigida hacia un país extranjero y realizada contra la voluntad de las autoridades imperantes en este se califica como *intervención*, independientemente a su naturaleza e intensidad. No obstante, según lo descrito anteriormente, la justificación de esta determinación presenta una importancia destacada (fundamentalmente frente al resto de la “comunidad internacional”): en este punto, la idea de la *responsabilidad internacional* del Estado, como *causa* de la imposición a este de una determinada acción o comportamiento, presenta toda su virtualidad¹⁷⁶⁵. En tal caso, la intervención asumiría la tarea de asegurar el cumplimiento de las obligaciones que (real o supuestamente) el Estado en cuestión habría contraído en el plano internacional en función del incumplimiento de las pertinentes disposiciones jurídicas: tal es lo que se conoce como *aplicación coactiva* del Derecho internacional¹⁷⁶⁶.

¹⁷⁶² KEULEERS, P., PIZA-LOPEZ, E. y CHAUVEL, C. (dirs.), *op. cit.*, p. 44; en términos más generales, ver BRANDT, M., COTTRELL, J., GHAI, Y. y REGAN, A., *op. cit.*, p. 327.

¹⁷⁶³ En este sentido, RÍOS, M. (dir.), *op. cit.*, p. 47 y SANTONJA, P. y MORALES, G. (autores), *op. cit.*, p. 25; comentando el uso de la regla del consenso (así como su concreción) en distintos procesos de elaboración constitucional, BRANDT, M., COTTRELL, J., GHAI, Y. y REGAN, A., *op. cit.*, pp. 197-198.

¹⁷⁶⁴ En este sentido, Díez-PICAZO, L. M., *op. cit.*, p. 29; crucialmente (en el marco del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo), para la posibilidad de rechazo de una petición de asistencia internacional (o la retirada posterior de esta) como indicador de la voluntad de no legitimar un proceso determinado, KEULEERS, P., PIZA-LOPEZ, E. y CHAUVEL, C. (dirs.), *op. cit.*, pp. 43-44.

¹⁷⁶⁵ Definiendo este concepto, CODIFICATION DIVISION OF THE OFFICE OF LEGAL AFFAIRS OF THE SECRETARIAT OF THE UNITED NATIONS, *op. cit.*, pp. 7-9.

¹⁷⁶⁶ REMIRO BROTONS, A., ... [*et al.*], *op. cit.*, pp. 440 y 441; ver también SELEME, H. O., *op. cit.*, pp. 344 y 345. Para la afirmación de la existencia concreta de obligaciones respecto a toda la “comunidad internacional”, ver CODIFICATION DIVISION OF THE OFFICE OF LEGAL AFFAIRS OF THE SECRETARIAT OF THE UNITED NATIONS, *op. cit.*, p. 218.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

En consecuencia, concurriendo las circunstancias anteriores, la intervención de los Estados en terceros países se erige en una “reacción” (sea en la forma de medidas diplomáticas, de retorsión o de represalias), acorde con el Derecho internacional, frente al Estado que haya incurrido en responsabilidad y no haya dispuesto los remedios que correspondiesen¹⁷⁶⁷. Ello resulta particularmente relevante en el contexto de la exigencia de respeto a las normas imperativas, cuya protección por el resto de los sujetos jurídicos internacionales se denotaría con mayor intensidad¹⁷⁶⁸. Así, se ha afirmado la posibilidad jurídica de la intervención internacional para restablecer el respeto a los derechos humanos, justificándose la consiguiente limitación de soberanía¹⁷⁶⁹. En determinadas situaciones, podría llegar a retirarse el reconocimiento exterior al gobierno de un país (negando toda legitimidad al ejercicio de facultades “soberanas” estatales por parte de este), favoreciendo a fuerzas políticas opositoras¹⁷⁷⁰; en casos extremos, podrían llegar a desencadenarse acciones militares para detener la

¹⁷⁶⁷ En referencia a las denominadas “*contramedidas*”, HILLGRUBER, C., «The Right of Third States to Take Countermeasures», pp. 265-266, 268, 277 y 287 y (distinguiendo también entre estas y las “*sanciones*”) VILLÁN DURÁN, C., *op. cit.*, pp. 239, 844-846 y 853; ver también CARRILLO SALCEDO, J. A., *Soberanía de los...*, *op. cit.*, pp. 165 y 167, (definiendo las medidas anteriores) PASTOR RIDRUEJO, J. A., *Curso de Derecho...*, *op. cit.*, pp. 607-609, (en referencia concreta al contexto de la protección de los derechos humanos) TOMUSCHAT, C., *Human Rights...*, *op. cit.*, pp. 273 y 281 y (en referencia concreta a las *contramedidas* “*pacíficas*”) ZICCARDI CAPALDO, G., *op. cit.*, p. 72. Sin embargo, en referencia a la carencia de un pronunciamiento en el Derecho internacional positivo que sea inequívocamente favorable a la adopción de *contramedidas* en defensa del interés colectivo por parte de un Estado no perjudicado, CODIFICATION DIVISION OF THE OFFICE OF LEGAL AFFAIRS OF THE SECRETARIAT OF THE UNITED NATIONS, *op. cit.*, p. 337; en cualquier caso, la calificación de las actuaciones anteriores como “*sanciones*” frente a un *ilícito* internacional sería conceptualmente incorrecta (dado que no suponen el ejercicio de potestad punitiva alguna), ver en REMIRO BROTONS, A., ... [*et al.*], *op. cit.*, pp. 446-447.

¹⁷⁶⁸ Ver ZICCARDI CAPALDO, G., *op. cit.*, pp. 6-7 y 49. Respecto al “agravamiento” de la responsabilidad internacional del Estado por la infracción de normas imperativas, ver RODRIGO HERNÁNDEZ, A. J., *op. cit.*, p. 77; no obstante, las normas imperativas de Derecho internacional también pueden limitar las posibilidades de intervención en el plano regional, ver REMIRO BROTONS, A., ... [*et al.*], *op. cit.*, pp. 62-63.

¹⁷⁶⁹ Ver BROWN, G. (ed.), *op. cit.*, p. 100, BUCHAN, R., *op. cit.*, p. 339, DUEÑAS MUÑOZ, J. C., *op. cit.*, pp. 748 y 749, PETERS, A., *op. cit.*, p. 220, RAWLS, J., *op. cit.*, pp. 94 y 95, TORRES DEL MORAL, A., *op. cit.*, p. 36 y ZICCARDI CAPALDO, G., *op. cit.*, p. 157; ver también (en un sentido crítico) GÜNTHER, K., *op. cit.*, pp. 36-37.

¹⁷⁷⁰ En este sentido, BUCHAN, R., *op. cit.*, p. 339 y (siguiendo a Schmitt) OKLOPCIC, Z., «Constitutional (Re)Vision: Sovereign...», *op. cit.*, p. 92; ver también BARNETT, M. N., *op. cit.*, pp. 500-501, SELEME, H. O., *op. cit.*, p. 356, STERIO, M., *op. cit.*, p. 52 y (en referencia crítica a las propuestas de intervención internacional para defender el denominado “derecho a la democracia”) REMIRO BROTONS, A., ... [*et al.*], *op. cit.*, p. 138. Por otra parte, en referencia a los fundamentos y evolución de la práctica internacional en materia de reconocimiento de Estados y gobiernos (dando cada vez más peso a criterios de *legitimidad*), ver PETERS, A., *op. cit.*, pp. 225-227, PUREZA, J. M., «¿Derecho cosmopolita o...», *op. cit.*, pp. 132-133, STERIO, M., *op. cit.*, pp. 49-50 y ZICCARDI CAPALDO, G., *op. cit.*, pp. 140, 151 y 169; en todo caso, el reconocimiento consiste en un acto *político* en manos de cada Estado, ver DONNELLY, J., *Universal Human Rights...*, *op. cit.*, pp. 261-262, PASTOR RIDRUEJO, J. A., *Curso de Derecho...*, *op. cit.*, pp. 319-320 y 324-327 y STERIO, M., *op. cit.*, p. 48.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

comisión de crímenes de genocidio, de guerra o de lesa humanidad, de acuerdo con la doctrina de la “*responsabilidad de proteger*”¹⁷⁷¹.

Las determinaciones descritas acerca de la intervención internacional serían aplicables a los escenarios de procesos de elaboración constitucional, a pesar de su carencia de fundamentación en un régimen jurídico internacional propiamente consolidado al respecto¹⁷⁷². Así pues, de acuerdo con el esquema descrito, los actos provenientes de autoridades constituyentes (aun fácticas) también pueden generar la responsabilidad internacional del “Estado”¹⁷⁷³. Igualmente, el proceso constituyente estaría sujeto a un posible no reconocimiento por parte de la “comunidad internacional”, en el caso de quebrantamiento de principios y valores propios de esta¹⁷⁷⁴.

En la doctrina, se tiende a reconocer genéricamente la posibilidad de intervención en los asuntos de un país por parte de un Estado en particular, para la defensa del “interés general”¹⁷⁷⁵. Sin embargo, no es esta la línea de actuación primordial que se preconiza a nivel internacional: la eficacia de los distintos acervos jurídicos de derechos humanos descansa, primariamente, en la actuación coordinada de los Estados entre sí. En consecuencia, la acción unilateral (sea o no consentida por el resto de los Estados) solo se admite, en la práctica, como opción de último recurso, siendo que se denote la

¹⁷⁷¹ Ver BROWN, G. (ed.), *op. cit.*, pp. 102-104, INTERNATIONAL COMMISSION ON INTERVENTION AND STATE SOVEREIGNTY, *op. cit.*, pp. 29-37 y (en un sentido descriptivo) PASTOR RIDRUEJO, J. A., *Curso de Derecho...*, *op. cit.*, pp. 308-309; en un sentido crítico, ver DOUZINAS, C., *op. cit.*, pp. 253-254. En referencia a las condiciones y límites al respecto, ver CARRILLO SALCEDO, J. A., *Soberanía de los...*, *op. cit.*, pp. 169-171.

¹⁷⁷² En este sentido, DANN, P. y AL-ALI, Z., *op. cit.*, pp. 450-451, 454 y 460 y (siguiendo también a los anteriores) GONZÁLEZ CADENAS, D., *Teoría y práctica...*, *op. cit.*, p. 258.

¹⁷⁷³ Respecto a las posibles indicaciones al respecto, ver CODIFICATION DIVISION OF THE OFFICE OF LEGAL AFFAIRS OF THE SECRETARIAT OF THE UNITED NATIONS, *op. cit.*, pp. 31 y 82-83, GARCÍA RAMÍREZ, S., *op. cit.*, p. 253 y SAGÜÉS, N. P., *op. cit.*, pp. 153 y 156-157; ver también (en el ámbito interamericano) CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso Velásquez Rodríguez...*, *op. cit.*, párr. 172.

¹⁷⁷⁴ Ver (siguiendo a Rainer Wahl) GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, I., *op. cit.*, p. 87.

¹⁷⁷⁵ En términos teóricos, se verifica la imposibilidad de separar tajantemente las funciones de creación, aplicación, supervisión y tutela del Derecho en el ámbito internacional, de forma que las mismas quedan de manera indistinta en manos de los Estados, ver REMIRO BROTONS, A., ... [*et al.*], *op. cit.*, p. 38; para la idea de los Estados como “representantes” de la “comunidad internacional”, MARTÍN ARRIBAS, J. J., *op. cit.*, p. 643. No obstante, rechazando, como opción ordinaria, la intervención humanitaria *unilateral* mediante el uso de la fuerza, ver PASTOR RIDRUEJO, J. A., *Curso de Derecho...*, *op. cit.*, pp. 306 y 663-665.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

imposibilidad de emprender una actuación colectiva¹⁷⁷⁶. Esta determinación se basa en la propia estructuración del sistema de relaciones internacionales, en el cual, como instancias finales que aseguran la efectividad de todos los sistemas significativos de protección de los derechos humanos, se encuentran siempre organizaciones internacionales compuestas por Estados, en cuyo seno se adoptan decisiones en nombre de la “comunidad internacional” (o de partes regionalizadas de la misma)¹⁷⁷⁷. Así pues, las organizaciones internacionales son las entidades que, cada vez más, dirigen la aplicación coactiva del Derecho internacional¹⁷⁷⁸.

En este contexto, en el plano general se destaca el papel de la ONU¹⁷⁷⁹. De acuerdo con la doctrina, la obligatoriedad, para los Estados, de los mandatos de las Naciones Unidas en materia de protección de los derechos humanos (en especial de la Declaración Universal) se justificaría por la pertenencia de estos a la misma (hecho que supondría, en sí, una cesión voluntaria de soberanía¹⁷⁸⁰)¹⁷⁸¹. Así, una de las consecuencias del incumplimiento de las normas imperativas internacionales sobre derechos humanos podría ser la suspensión de la participación o la expulsión de la

¹⁷⁷⁶ CARRILLO SALCEDO, J. A., *Soberanía de los...*, *op. cit.*, p. 173, FASSBENDER, B., «La protección de...», *op. cit.*, pp. 169-170, PASTOR RIDRUEJO, J. A., *Curso de Derecho...*, *op. cit.*, pp. 307-308, TOMUSCHAT, C., «La Comunidad internacional», pp. 111-112 y ZICCARDI CAPALDO, G., *op. cit.*, pp. 82-83, 160-161 y 168; ver también MARTÍN ARRIBAS, J. J., *op. cit.*, p. 663. En contraste, para el rechazo de esta opción (ejercitada en ausencia de autorización del Consejo de Seguridad de la ONU), ver VILLÁN DURÁN, C., *op. cit.*, pp. 897-898 y 900.

¹⁷⁷⁷ En este sentido, PASTOR RIDRUEJO, J. A., *Curso de Derecho...*, *op. cit.*, p. 213; ver también CARRILLO SALCEDO, J. A., *Soberanía de los...*, *op. cit.*, pp. 109-110.

¹⁷⁷⁸ Ver REMIRO BROTONS, A., ... [*et al.*], *op. cit.*, p. 443 y ZICCARDI CAPALDO, G., *op. cit.*, pp. 3, 39 y 86; admitiendo la posibilidad de intervención *material* en un país por parte de la “comunidad internacional organizada” en caso de una violación “grave, masiva, persistente y sistemática” de los derechos humanos, PASTOR RIDRUEJO, J. A., *Curso de Derecho...*, *op. cit.*, p. 307. En el marco de los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos que cuentan con mecanismos de cumplimiento de sus determinaciones (tales como los sistemas regionales) se excluye la posibilidad de que los Estados parte puedan adoptar autónomamente represalias contra otro miembro, ver HILLGRUBER, C., *op. cit.*, pp. 274-275.

¹⁷⁷⁹ CARRILLO SALCEDO, J. A., *Soberanía de los...*, *op. cit.*, p. 173 y ZICCARDI CAPALDO, G., *op. cit.*, pp. 39-40, 61-62 y 86-87. Respecto a la contradicción entre la misma existencia de las Naciones Unidas y la preservación del principio de *no intervención*, TOMUSCHAT, C., «La Comunidad internacional», pp. 115-116.

¹⁷⁸⁰ BOTHE, M. y MARAUHN, T., «UN Administration of Kosovo and East Timor: Concept, Legality and Limitations of Security Council-Mandated Trusteeship Administration», p. 235. Por otra parte, la Unión Europea también cuenta con un mecanismo similar de disciplinamiento interno, basado en la aplicación del artículo 7 del Tratado de la Unión Europea, ver REMIRO BROTONS, A., ... [*et al.*], *op. cit.*, p. 441 y VON BOGDANDY, A. y VON BERNSTORFF, J., *op. cit.*, p. 200.

¹⁷⁸¹ MARÍN-ORTIZ, I., *op. cit.*, p. 309.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

organización¹⁷⁸². Sin embargo, las posibilidades no se limitan a este único punto, tomando como referencia las determinaciones específicas del órgano fundamental al respecto, el Consejo de Seguridad (es preciso recordar que el Consejo es un órgano que no está sometido a control jurídico alguno sobre sus decisiones¹⁷⁸³): las intervenciones autorizadas desde esta instancia por la presencia de violaciones graves a los derechos humanos se han justificado como respuestas a situaciones de “amenaza” para la paz y seguridad internacionales¹⁷⁸⁴.

Igualmente, en sus distintas dimensiones regionales, resulta obligada la referencia al Consejo de Europa, la Organización de los Estados Americanos y la Unión Africana¹⁷⁸⁵. Respecto al primero, la garantía última del cumplimiento de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos se encuentra en la actuación de los Estados parte del sistema europeo, de manera colectiva¹⁷⁸⁶; en este sentido, y de acuerdo con el artículo 46 del Convenio Europeo, el Comité de Ministros (compuesto por los correspondientes representantes de cada uno de los miembros del Consejo de Europa) es el órgano encargado de velar por la ejecución de las sentencias, estando capacitado para adoptar las medidas oportunas al respecto (que pueden llegar a incluir, entre otras, la

¹⁷⁸² *Ibidem*, pp. 330-331; ver también PASTOR RIDRUEJO, J. A., *Curso de Derecho...*, *op. cit.*, pp. 756-757 y REMIRO BROTONS, A., ... [et al.], *op. cit.*, p. 447.

¹⁷⁸³ TOMUSCHAT, C., «La Comunidad internacional», p. 114; ver también (describiendo esta cuestión) ONUMA, Y., *op. cit.*, pp. 141-142 (también nota 70). Aun así, se ha afirmado que las decisiones del Consejo están limitadas sustancialmente por las determinaciones contenidas en las normas imperativas del Derecho internacional, ver en SIVAKUMARAN, S., *op. cit.*, pp. 148-149 y ZICCARDI CAPALDO, G., *op. cit.*, pp. 14 y 77.

¹⁷⁸⁴ Ver CARRILLO SALCEDO, J. A., *Soberanía de los...*, *op. cit.*, pp. 173 y 174, FASSBENDER, B., «La protección de...», *op. cit.*, pp. 141-142, HABERMAS, J., *El Occidente escindido...*, *op. cit.*, pp. 157-158, MUÑOZ MACHADO, S., *op. cit.*, p. 257, REMIRO BROTONS, A., ... [et al.], *op. cit.*, pp. 140 y 688, TARDIF, E., *op. cit.*, p. 314, TOMUSCHAT, C., *Human Rights...*, *op. cit.*, pp. 154-157 y VILLÁN DURÁN, C., *op. cit.*, pp. 174-175, 859-860, 861-862, 875-876 y 900 y ZICCARDI CAPALDO, G., *op. cit.*, pp. 30-31; no obstante, hay que recordar las limitaciones competenciales del Consejo de Seguridad de la ONU en el ejercicio efectivo de tales funciones, ver CANÇADO TRINDADE, A. A., «Separate opinion of...», *op. cit.*, párr. 223, CARRILLO SALCEDO, J. A., *Soberanía de los...*, *op. cit.*, p. 175, FERRAJOLI, L., *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia. 2...*, *op. cit.*, p. 558 y REMIRO BROTONS, A., ... [et al.], *op. cit.*, pp. 440-441. Defendiendo, en general, la capacidad de actuación de las Naciones Unidas en estos escenarios, CANÇADO TRINDADE, A. A., «Separate opinion of...», *op. cit.*, párr. 207.

¹⁷⁸⁵ En general, respecto a la posibilidad de impulsar intervenciones colectivas desde organizaciones regionales, ver INTERNATIONAL COMMISSION ON INTERVENTION AND STATE SOVEREIGNTY, *op. cit.*, p. 53 y REMIRO BROTONS, A., ... [et al.], *op. cit.*, p. 688.

¹⁷⁸⁶ QUERALT JIMÉNEZ, A., *op. cit.*, p. 88; ver también HARRIS, D. J., O'BOYLE, M., BATES, E. P. y BUCKLEY, C. M., *op. cit.*, p. 200.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

suspensión o expulsión de la organización¹⁷⁸⁷)¹⁷⁸⁸. Por su parte, la Asamblea General de la OEA toma conocimiento de los casos en los que las sentencias de la Corte Interamericana sean incumplidas por los Estados (siguiendo el artículo 65 de la Convención Americana)¹⁷⁸⁹; adicionalmente, y en casos de alteraciones graves del orden constitucional, la Carta Democrática Interamericana, en sus artículos 19 y 20, contempla la posibilidad de adopción de medidas por la misma Asamblea, incluyendo la suspensión de la participación del gobierno afectado en los órganos de la OEA. Finalmente, es preciso señalar que, en el sistema africano, el Consejo de Ministros de la Unión Africana se encarga de supervisar la ejecución de las sentencias del Tribunal Africano de Derechos Humanos y de los Pueblos¹⁷⁹⁰.

En última instancia, son los órganos de decisión política de las organizaciones internacionales (esto es, que no son instancias, fundamentalmente, para la aplicación de normas jurídicas, sino para la adopción de decisiones de acuerdo con el principio de discrecionalidad) los encargados de hacer valer las normas sustantivas de los sistemas de protección de los derechos humanos en su ámbito: en este contexto, la postura de los miembros con una posición hegemónica en su seno resulta crucial¹⁷⁹¹. Así pues, los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos hacen de la actividad de denuncia y “sanción” de las violaciones de los derechos humanos una potestad sujeta al arbitrio de los actores globales más poderosos (reunidos como “comunidad internacional” en las organizaciones internacionales)¹⁷⁹²: estos gozan de una notable

¹⁷⁸⁷ Díez-PICAZO, L. M., *op. cit.*, p. 26 y HARRIS, D. J., O'BOYLE, M., BATES, E. P. y BUCKLEY, C. M., *op. cit.*, pp. 197 y 200.

¹⁷⁸⁸ Ver CARRILLO SALCEDO, J. A., «The European Convention...», *op. cit.*, p. 659, HARRIS, D. J., O'BOYLE, M., BATES, E. P. y BUCKLEY, C. M., *op. cit.*, p. 183, QUERALT JIMÉNEZ, A., *op. cit.*, pp. 45-46 y TOMUSCHAT, C., *Human Rights...*, *op. cit.*, p. 254; respecto a la presencia de límites en la actuación del Comité de Ministros, REMIRO BROTONS, A., ... [*et al.*], *op. cit.*, p. 759. Es de destacar que la ejecución tanto de las sentencias piloto como de aquellas que muestran la existencia de problemas estructurales o sistémicos recibe una atención preferente por parte del Comité de Ministros, ver HARRIS, D. J., O'BOYLE, M., BATES, E. P. y BUCKLEY, C. M., *op. cit.*, pp. 186 y 200.

¹⁷⁸⁹ VIO GROSSI, E., *op. cit.*, p. 125.

¹⁷⁹⁰ Ver *Protocol to the African Charter on Human and Peoples' Rights on the Establishment of an African Court on Human and Peoples' Rights*, art. 29.

¹⁷⁹¹ En este sentido, REMIRO BROTONS, A., ... [*et al.*], *op. cit.*, pp. 104-105 y STERIO, M., *op. cit.*, p. 58; para la función de las organizaciones internacionales como “aparatos de hegemonía”, MEDICI, A. M., «La Globalización como Trama Jerárquica: ¿“Gobernanza” sin Gobierno o Hegemonía? El Nuevo Contexto de los Derechos Humanos», pp. 199-200.

¹⁷⁹² Ver STERIO, M., *op. cit.*, pp. 51 y 58; para un reconocimiento (aunque limitado) de esta realidad, HABERMAS, J., *La constitución de...*, *op. cit.*, pp. 32 y 34. Recordando que las capacidades de un Estado

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

capacidad para ajustar a voluntad los criterios a utilizar para la evaluación de las situaciones concretas (y su aplicación a los posibles infractores), llegando también a tener la capacidad de determinar qué *no* es una “infracción”, sino una manifestación del alcance propio de los respectivos derechos¹⁷⁹³. Desde luego, en los distintos foros internacionales relevantes (muy especialmente en aquellos vinculados a los sistemas de integración regional), apenas se halla una oposición *política* de fondo frente al “estándar” imperante¹⁷⁹⁴: las intervenciones internacionales tienen un efecto general de refuerzo de la disciplina en el conjunto global, induciendo paulatinamente al cumplimiento “voluntario” de las disposiciones del Derecho internacional de los derechos humanos¹⁷⁹⁵. En síntesis, a través de las determinaciones de los principales organismos internacionales (plasmadas posteriormente a través de las acciones de las grandes potencias, sobre todo) se pueden impulsar hacia países concretos toda una serie de proyectos materialmente constituyentes que, en realidad, no se encuentran amparados sustantivamente en la normatividad “positiva” del Derecho internacional de los derechos humanos.

Un ejemplo notable de proceso constituyente regido fácticamente desde el exterior es el referido a Kosovo¹⁷⁹⁶. Esta intervención abarcó momentos previos tales como la asunción por parte de las Naciones Unidas de todas las competencias normativas anteriormente en manos de las autoridades yugoslavas (que fueron ejercidas por un

en la esfera internacional aumentan en función del “poder” que este tenga, REMIRO BROTONS, A., ... [et al.], *op. cit.*, pp. 44 y 97; singularmente, haciendo referencia a la posición privilegiada de los miembros permanentes del Consejo de Seguridad de la ONU en el seno de las Naciones Unidas, *ibidem*, pp. 97-98.

¹⁷⁹³ Ver GÜNTHER, K., *op. cit.*, p. 36 y REMIRO BROTONS, A., ... [et al.], *op. cit.*, pp. 106-107 y 142. A la postre, es la denominada “*sociedad internacional*” quien determina “qué” y “cómo” son los *derechos humanos* en su conjunto: en este sentido, DONNELLY, J., «La construcción social...», *op. cit.*, p. 167.

¹⁷⁹⁴ Ver DOUZINAS, C., *op. cit.*, p. 177 y HABERMAS, J., *El Occidente escindido...*, *op. cit.*, p. 169; no obstante, respecto a las críticas de Bolivia, Ecuador y Venezuela al rumbo seguido en el sistema interamericano, ver COLÓN-RÍOS, J. I., «Constituent Power, the...», *op. cit.*, p. 153. Por otra parte, respecto a la naturaleza *política* del proceso de creación de las normas internacionales sobre derechos humanos, MACKLEM, P., *op. cit.*, pp. 20 y 24.

¹⁷⁹⁵ Ver DONNELLY, J., *Universal Human Rights...*, *op. cit.*, p. 205 y (en un sentido más general) DOUZINAS, C., *op. cit.*, p. 32, ELKINS, Z., GINSBURG, T. y SIMMONS, B., *op. cit.*, p. 83 y REMIRO BROTONS, A., ... [et al.], *op. cit.*, pp. 41-42; recordando que la intervención solo es realmente factible cuando existe una situación de desigualdad efectiva entre países, *ibidem*, p. 100. Por otra parte, señalando la significación de las resoluciones de la Corte Interamericana en la modulación de las relaciones entre Estados Unidos y el resto de los países americanos, LANDA, C., *op. cit.*, p. 336.

¹⁷⁹⁶ Ver BRANDT, M., COTTRELL, J., GHAI, Y. y REGAN, A., *op. cit.*, pp. 20 y 282 y OKLOPCIC, Z., «Constitutional (Re)Vision: Sovereign...», *op. cit.*, pp. 85-86 y 90. Para la consideración de Kosovo como un país “dependiente” de las grandes potencias, ver STERIO, M., *op. cit.*, pp. 181-183.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

organismo creado específicamente por la misma ONU para gobernar el territorio, el cual llegó a aprobar un documento constitucional provisional)¹⁷⁹⁷ o el abierto beneplácito brindado a la declaración de independencia por las principales potencias occidentales¹⁷⁹⁸. La culminación jurídica final del proceso descrito se halla en la elaboración y aprobación, bajo una significativa influencia externa, de un texto constitucional por las nuevas autoridades locales¹⁷⁹⁹. El documento constitucional kosovar consagra la orientación específicamente *socioliberal* que informa las actuales tendencias dominantes en la configuración del orden político global¹⁸⁰⁰. En cuanto a la arquitectura normativa general, se garantiza la sumisión del orden jurídico local al Derecho internacional, garantizando la integración de las disposiciones convencionales en aquel, la superioridad de estas sobre la legislación local y su aplicabilidad directa como regla general (art. 19). En este sentido, se pone especial énfasis en la prevalencia de los acuerdos y tratados sobre derechos humanos, destacándose, entre otros, la Declaración Universal, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Convenio Europeo de Derechos Humanos (art. 22); igualmente, la interpretación de las disposiciones constitucionales sobre derechos humanos y libertades fundamentales deberán ser conformes con la jurisprudencia del TEDH (art. 53). En el ámbito económico, se dispone un orden basado en el sistema de economía de mercado con libre competencia, con protección a la propiedad privada, la libertad de empresa y las inversiones extranjeras (arts. 10, 119 y 121). Por otra parte, derechos sociales tales como los relativos a la salud y la seguridad social se remiten simplemente a una regulación legislativa posterior (art. 51): también es destacable la ausencia de menciones al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales o a la Carta Social Europea.

¹⁷⁹⁷ BOTHE, M. y MARAUHN, T., *op. cit.*, pp. 224-227 y 228-229 y (siguiendo a Michael Ioannidis) KENNEDY, M., *op. cit.*, pp. 1231-1232; ver también CANÇADO TRINDADE, A. A., «Separate opinion of...», *op. cit.*, párrs. 186-188 y VILLÁN DURÁN, C., *op. cit.*, pp. 879-880.

¹⁷⁹⁸ REMIRO BROTONS, A., ... [*et al.*], *op. cit.*, p. 128 y STERIO, M., *op. cit.*, p. 119; en general, respecto a la decidida apuesta de estas a favor de la independencia kosovar, ver *ibidem*, pp. 123-126.

¹⁷⁹⁹ Ver BARTOLINI, G., *op. cit.*, pp. 1291-1292 y STERIO, M., *op. cit.*, p. 182. El caso de Kosovo no tiene, empero, un carácter excepcional: realizando comentarios similares acerca del proceso de elaboración constitucional en Iraq, ver DANN, P. y AL-ALI, Z., *op. cit.*, pp. 434-442 y SCHWÖBEL, C. E. J., *op. cit.*, p. 176.

¹⁸⁰⁰ El contenido del documento, en *Constitution of the Republic of Kosovo (with amendments I-XXVI)*.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

La creciente aceptación de la idea de que la “comunidad internacional” es el sujeto rector en general del Derecho internacional (en lugar de los Estados) y está encargada de la imposición de este a países concretos (en la manera que se ha estudiado en las páginas anteriores), no representa otra cosa sino una dimensión concreta del proceso de disolución de los fundamentos políticos e ideológicos que cimentaron la coalición vencedora de la Segunda Guerra Mundial¹⁸⁰¹. En el plano de las relaciones internacionales, el sistema posterior a 1945 se sustentaba en la preservación de ciertos factores de equilibrio entre los países independientes más poderosos y aquellos relativamente más débiles (lo cual, como mínimo, se reflejaba en distintos aspectos jurídicos¹⁸⁰²)¹⁸⁰³; ello era así, aun sin llegar a ponerse en cuestión, de hecho, el carácter esencialmente jerarquizado de los órdenes hemisféricos formados tras la contienda, en una realidad que se refleja en la arquitectura institucional de las Naciones Unidas¹⁸⁰⁴. En este sentido, lo que verdaderamente se rechaza en la doctrina mayoritaria, al respecto de la actual configuración de la ONU (en especial, acerca de la composición y procedimientos del Consejo de Seguridad), es que esta siga manteniendo una correspondencia orgánica con la correlación básica de fuerzas en el plano internacional derivada de la victoria de las Naciones Unidas frente al Eje, actualizada en las décadas de 1950 y 1960 con los procesos de descolonización¹⁸⁰⁵. Solamente entonces, fruto de una coyuntura histórica singular, el principio de *igualdad soberana* de los Estados (que, en el fondo, sirve de blindaje protector del ejercicio de autodeterminación de los distintos “pueblos”) dejó de ser una mera “regla” interna del restringido club de potencias colonialistas (ampliado a unos pocos países más, fundamentalmente

¹⁸⁰¹ En general, la anterior evolución se ha afirmado como expresión de una transformación esencial del orden internacional, ver CARRILLO SALCEDO, J. A., *Soberanía de los...*, *op. cit.*, p. 181.

¹⁸⁰² De ahí deriva la importancia de la positivación del Derecho internacional para los segundos: en este sentido, REMIRO BROTONS, A., ... [*et al.*], *op. cit.*, p. 44.

¹⁸⁰³ Ver BUCHAN, R., *op. cit.*, p. 321; ello se refleja en el orden normativo internacional de posguerra, cuyo máximo exponente institucional es la ONU, ver *ibidem*, pp. 322 y 337.

¹⁸⁰⁴ Ver REMIRO BROTONS, A., ... [*et al.*], *op. cit.*, p. 51.

¹⁸⁰⁵ Una expresión de esta idea: “*De todos modos, la legitimidad del Consejo de Seguridad en su actual composición, que en lo esencial refleja el reparto de poder mundial al terminar la segunda guerra mundial, es puesta en cuestión desde diferentes perspectivas, [...]*” (el subrayado es añadido), en FASSBENDER, B., «La protección de...», *op. cit.*, p. 142; en un sentido similar, HABERMAS, J., *El Occidente escindido...*, *op. cit.*, p. 168, HELD, D., *op. cit.*, p. 163, PETERS, A., *op. cit.*, p. 244 y VILLÁN DURÁN, C., *op. cit.*, p. 900. Por otra parte, caracterizando los rasgos básicos de la “sociedad internacional” surgida de la Segunda Guerra Mundial, REMIRO BROTONS, A., ... [*et al.*], *op. cit.*, p. 49.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

Europeos¹⁸⁰⁶) para convertirse en una norma del Derecho internacional dotada de *validez* (si bien solo relativamente *eficaz*)¹⁸⁰⁷.

Así pues, el desarrollo, ya francamente irrestricto, del orden capitalista global a partir de 1989 conlleva la necesidad de derribar completamente los entendimientos preexistentes en el plano internacional, removiendo toda traba al cumplimiento de la estrategia *neoliberal* (especialmente, las provenientes de los procesos políticos internos en países periféricos y dependientes)¹⁸⁰⁸. El creciente cuestionamiento de la “soberanía estatal” en la doctrina internacionalista se enmarca en la misma tendencia que el progresivo desmantelamiento del discurso del “constitucionalismo social” en cada país: la retirada *de facto* del reconocimiento de la condición *plena* de *sujetos jurídicos* a aquellos actores colectivos que puedan obstaculizar la implementación de la anterior orientación estratégica, como son la clase trabajadora (en el plano interno) y los Estados nacidos de los antiguos territorios coloniales y semicoloniales (en el ámbito internacional). En este sentido, la acción global de las principales potencias que rigen la “comunidad internacional” plantea una diferenciación clara entre Estados “legítimos” e “ilegítimos”, siendo estos últimos los objetos de las intervenciones de los primeros con

¹⁸⁰⁶ Es necesario recordar, por ejemplo, que el artículo 21 del Pacto de la Sociedad de Naciones permitía expresamente el mantenimiento de la célebre *Doctrina Monroe*, ver en «Covenant of the League of Nations Adopted by the Peace Conference at Plenary Session, April 28, 1919», p. 136; respecto al papel de esta doctrina, afirmada unilateralmente por EE. UU. para justificar su intervencionismo en el hemisferio americano, y su quiebra, REMIRO BROTONS, A., ... [et al.], *op. cit.*, pp. 98-99.

¹⁸⁰⁷ El entendimiento “canónico” del principio de la *igualdad soberana* de los Estados, en el contexto de la ONU, se puede hallar en la Resolución 2625 (XXV) de la Asamblea General, en ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS, *Declaración sobre los principios...*, *op. cit.*, p. 132; ver también INTERNATIONAL COMMISSION ON INTERVENTION AND STATE SOVEREIGNTY, *op. cit.*, p. 12, MACKLEM, P., *op. cit.*, pp. 49-50, PASTOR RIDRUEJO, J. A., *Curso de Derecho...*, *op. cit.*, pp. 302-303, REMIRO BROTONS, A., ... [et al.], *op. cit.*, p. 94 y TOMUSCHAT, C., «La Comunidad internacional», pp. 103-104. En general, esta realidad ha servido para justificar la concesión del calificativo de “*democrático*” al Derecho internacional contemporáneo (esto es, en su formación posterior a la Segunda Guerra Mundial), especialmente en comparación con la etapa inmediatamente anterior, ver PASTOR RIDRUEJO, J. A., *Curso de Derecho...*, *op. cit.*, pp. 63 y 64; sin embargo, es importante no pasar por alto que la igualdad jurídica “formal” no excluye la existencia de desigualdades reales entre los países, consentidas por los mismos Estados, ver en *ibidem*, p. 303 y REMIRO BROTONS, A., ... [et al.], *op. cit.*, p. 94. Por otra parte, respecto al carácter “ambivalente” que presenta el Derecho internacional en la configuración de las relaciones entre los distintos Estados, PUREZA, J. M., «Defensive and oppositional counter-hegemonic uses of international law: from the International Criminal Court to the common heritage of humankind», p. 279.

¹⁸⁰⁸ En un sentido general, SCHNEIDERMAN, D., «Constitutional Approaches to Privatization: An Inquiry into the Magnitude of Neo-Liberal Constitutionalism», p. 85; ver también (respecto al sentido de la “mundialización”) REMIRO BROTONS, A., ... [et al.], *op. cit.*, pp. 53-55. Siguiendo la línea anterior, resulta instructiva la afirmación de que el “*deber de asistencia*” a otros pueblos no incluye como objetivo el sacar a estos de la pobreza, sino simplemente asentar instituciones “*justas*”, *liberales*” o “*decentes*” en los mismos, ver en RAWLS, J., *op. cit.*, pp. 126, 130, 133 y 137-139.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

el fin de transformarlos o “reformularlos”¹⁸⁰⁹: no cabe esperar que tales actuaciones no persigan la satisfacción de los intereses particulares de estos actores mundiales¹⁸¹⁰.

El planteamiento de fondo en las tendencias generales que se van abriendo paso paulatinamente en el Derecho internacional consiste en la superación de la estrategia *neocolonial* sostenida desde los centros rectores occidentales (basada en el mantenimiento de un estado de dependencia económica real bajo la cobertura de instrumentos convencionales aparentemente respetuosos con la igualdad *formal*¹⁸¹¹), para impulsar la implantación de un modelo *imperial* remozado (sedicentemente “filantrópico”, al tenor de la doctrina¹⁸¹²) que someta con mayor firmeza a los países más débiles a las orientaciones estratégicas de los grandes bloques de potencias globales que correspondan, a través de la imposición a los primeros de vinculaciones jurídicas directas respecto a los segundos¹⁸¹³. Se avanza, por tanto, hacia la quiebra general del

¹⁸⁰⁹ Desarrollando esta postura, BUCHAN, R., *op. cit.*, pp. 336 y 342, RAWLS, J., *op. cit.*, pp. 95-96, 110 y 125, ZICCARDI CAPALDO, G., *op. cit.*, pp. 11 y 167-168 y (en referencia a la existencia de “*Estados enemigos de la paz y no civilizados*” a los que no sería aplicable el principio de *no intervención*) CARRILLO SALCEDO, J. A., *Soberanía de los...*, *op. cit.*, p. 180; en un sentido descriptivo, ver también (siguiendo a Gaetano Silvestri) PINTO, L. M. DA S. C., *op. cit.*, p. 331 y (criticando dicha postura) LOSURDO, D., «Lenin y la *Herrenvolk* democracia», p. 238. En el contexto de las intervenciones “en interés” de una población, la “comunidad internacional” vendría a reclamar la representación del “pueblo” concernido (desplazando al Estado en cuestión), ver BARNETT, M. N., *op. cit.*, pp. 501-502.

¹⁸¹⁰ Ver BECK, U., *op. cit.*, pp. 200-202, DOUZINAS, C., *op. cit.*, p. 270 y STERIO, M., *op. cit.*, p. 67; en concreto, respecto a procesos de elaboración constitucional, BRANDT, M., COTTRELL, J., GHAI, Y. y REGAN, A., *op. cit.*, p. 84 y 176-177 y GONZÁLEZ CADENAS, D., *Teoría y práctica...*, *op. cit.*, p. 254. En general, advirtiendo acerca de los peligros de manipulación inherentes a la facultad unilateral de intervención por parte de las grandes potencias (especialmente si esta se desencadena “en defensa de los derechos humanos”) CARRILLO SALCEDO, J. A., *Soberanía de los...*, *op. cit.*, p. 172 (siguiendo a Pierre-Marie Dupuy) y PASTOR RIDRUEJO, J. A., *Curso de Derecho...*, *op. cit.*, pp. 305-307.

¹⁸¹¹ En referencia a los instrumentos del neocolonialismo, ver CRISTESCU, A., *op. cit.*, párr. 687.

¹⁸¹² Así, adquieren una significación plena los elogios de Cançado Trindade a los sistemas de mandatos de la Sociedad de Naciones y de fideicomisos de la ONU, en CANÇADO TRINDADE, A. A., «Separate opinion of...», *op. cit.*, párrs. 54-61, 88-96 y 129; para la consideración de estos sistemas como expresiones concretas de “paternalismo internacional”, BARNETT, M. N., *op. cit.*, p. 514 (respecto al significado de esta calificación, *ibidem*, pp. 500 y 517) y (en un sentido más general) RAJAGOPAL, B., *op. cit.*, pp. 171-172. Por otra parte, calificando de “*idea civilizadora*”, “[...] *la existencia de obligaciones positivas de los Estados respecto de la comunidad internacional en su conjunto* [...]”, CARRILLO SALCEDO, J. A., *Soberanía de los...*, *op. cit.*, p. 185, aludiendo también a la “*comunidad internacional*” como “*noción civilizadora*” en *ibidem*, p. 182; sin embargo, para la advertencia acerca la función del concepto de “civilización” (frente a lo “bárbaro”, lo “salvaje” o, en general, lo “no civilizado”), utilizado en el siglo XIX en la justificación del proceso de expansión imperialista europeo, DOUZINAS, C., *op. cit.*, pp. 82-83, MIGNOLO, W., *op. cit.*, p. 54, RAJAGOPAL, B., *op. cit.*, p. 83, REMIRO BROTONS, A., ... [*et al.*], *op. cit.*, pp. 47-48 y TULLY, J., *op. cit.*, pp. 330-332. En un sentido crítico, ver también ŽIŽEK, S., *op. cit.*, pp. 96-97.

¹⁸¹³ Calificando el orden global actual como “imperialismo informal”, TULLY, J., *op. cit.*, pp. 333-334. Ver también DOUZINAS, C., *op. cit.*, pp. 149 y 235 y LOSURDO, D., *op. cit.*, p. 238; por su parte, respecto a la funcionalidad potencial de los sistemas jurisdiccionales internacionales en su conjunto en la legitimación de la dinámica “imperial”, ver HARDT, M. y NEGRI, A., *Empire*, p. 38.

principio de *igualdad soberana*¹⁸¹⁴: este camino desemboca en la reducción estructural del principio de *soberanía*, que queda efectivamente circunscrito a un mero ejercicio de *autonomía*, de manera que las instituciones políticas de cada país han de cumplir el papel de agentes al servicio de las determinaciones fundamentales de un orden global “superior”¹⁸¹⁵. En este marco, la intervención de potencias exteriores en los procesos constituyentes de terceros países inviste a aquellas de la condición efectiva de *sujetos constituyentes*¹⁸¹⁶.

3.2. Tendencias teóricas en la relación entre derechos humanos y proceso constituyente: críticas y soluciones.

En el apartado anterior se ha podido observar la realidad ambigua existente en la relación entre el Derecho internacional de los derechos humanos y el proceso constituyente. Sin embargo, en buena parte de la doctrina al respecto, esta situación no encuentra aceptación, sino que, bien al contrario, se mantiene una línea coherente de negación efectiva de la función jurídica de los fenómenos constituyentes. Los esfuerzos llevados a cabo en este ámbito presentan una naturaleza fundamentalmente propositiva, tratando de garantizar que las normas internacionales (sean positivas o fruto de una conveniente “interpretación”) se impongan incondicionalmente a las determinaciones de los distintos desarrollos constituyentes, en aras a la consecución de un pretendido proyecto normativo “universal” (sea expresa o implícitamente). Una vez más, las fronteras entre los hechos y las ideas se desdibujan con el fin de avanzar programas políticos con orientaciones diversas, supuestamente amparados en reglas y acuerdos

¹⁸¹⁴ Ver CALDUCH CERVERA, R., *op. cit.*, p. 38 y RODRIGO HERNÁNDEZ, A. J., *op. cit.*, pp. 72-73; ello se ha justificado también en supuestas consideraciones “realistas”, ver MARTÍN ARRIBAS, J. J., *op. cit.*, pp. 646-647.

¹⁸¹⁵ Defendiendo esta postura, HABERMAS, J., *La constitución de...*, *op. cit.*, p. 81 (nota 80) y HELD, D., *op. cit.*, p. 102; ver también CARRILLO SALCEDO, J. A., *Soberanía de los...*, *op. cit.*, pp. 184-185, DE VERGOTTINI, G., «Garantía de la...», *op. cit.*, p. 144, DUEÑAS MUÑOZ, J. C., *op. cit.*, pp. 749-750, FASSBENDER, B., «La protección de...», *op. cit.*, p. 135, GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, I., *op. cit.*, p. 87, HERDEGEN, M., *op. cit.*, pp. 80 y 81, MARTÍN ARRIBAS, J. J., *op. cit.*, p. 646, MUÑOZ MACHADO, S., *op. cit.*, p. 275 y REMIRO BROTONS, A., ... [et al.], *op. cit.*, p. 143. Para la posibilidad de existencia de un “derecho de gentes” que esté “razonablemente completo” (y que, así, pueda tener alcance político a todos los países), RAWLS, J., *op. cit.*, pp. 101-102.

¹⁸¹⁶ OKLOPCIC, Z., «Constitutional (Re)Vision: Sovereign...», *op. cit.*, pp. 92-93 e *idem*, «Three arenas of...», *op. cit.*, pp. 223-224.

“ya” omnicomprendidos, arrumbando principios del Derecho internacional ya establecidos, tales como el de *autodeterminación* de los pueblos.

Dos son las principales tendencias doctrinales al respecto. La primera de ellas, vinculada a las corrientes teóricas dominantes, se muestra favorable a reforzar las capacidades intervencionistas sobre los diferentes países, existentes en el actual orden global. La segunda, si bien propone una respuesta contrahegemónica a dicho orden, igualmente asume como propia la voluntad de cuestionamiento general de la idea de *soberanía* en sí. Ambas corrientes presentan un nexo esencial en común: la apuesta por un programa político *cosmopolita*. El análisis concreto de estas propuestas se desarrollará a continuación: adicionalmente, y en contraste con las anteriores, se abordará finalmente un estudio de las condiciones propias de un proceso constituyente de sentido político netamente emancipador, indicando sus condiciones de avance y éxito en el contexto internacional presente.

3.2.1. Las propuestas de construcción de un “constitucionalismo global” trascendente a la soberanía “estatal”.

A) Los argumentos principales de las propuestas cosmopolitas hegemónicas.

Las corrientes cosmopolitas con mayor significación en el ámbito doctrinal justifican sus principales propuestas como el resultado necesario de la operación de una serie de “tendencias” y “realidades” pretendidamente incontestables que se observarían en el plano internacional¹⁸¹⁷.

El primer factor que se destaca, con particular insistencia, es la supuesta evolución de las interrelaciones entre las distintas sociedades a lo largo y ancho del planeta, en un sentido progresivo hasta desembocar en la formación de una genuina sociedad “mundial” o “global”¹⁸¹⁸. No es que se afirme tanto que dicho proceso esté efectivamente completo, sino que, al menos, sus elementos esenciales comenzarían ya a

¹⁸¹⁷ BECK, U., *op. cit.*, pp. 10 y 19.

¹⁸¹⁸ Ver GIDDENS, A., *op. cit.*, pp. 162, 165 y 166, HÄBERLE, P., *El Estado constitucional...*, *op. cit.*, pp. 173-174, HABERMAS, J., *El Occidente escindido...*, *op. cit.*, pp. 114 y 171. PETERSMANN, E.-U., «State Sovereignty, Popular...», *op. cit.*, p. 6 y TORRES DEL MORAL, A., *op. cit.*, p. 27.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

ser perceptibles en distintas dinámicas económicas, políticas o jurídicas¹⁸¹⁹. Naturalmente, ello no significa, en lo inmediato, la disolución de las estructuras e instituciones políticas de los distintos países (en especial, de los propios Estados), sino la creciente articulación de su desarrollo en torno a la atención de las necesidades globales¹⁸²⁰: dicha progresión podría ser entendida como fruto de un proceso general de “apertura” de cada país hacia el exterior, que se plasmaría en el refuerzo de los elementos de cooperación entre los Estados¹⁸²¹.

El segundo aspecto planteado por buena parte de los autores consiste en la idea de que los cambios hacia la formación de un *orden cosmopolita* ya son *hechos* (esto es, no representan meras propuestas teóricas sin asidero en la práctica) que, además, serían irreversibles (al menos, en condiciones “normales”¹⁸²²)¹⁸²³. Así, se ha destacado el debilitamiento progresivo del carácter *territorial* del ejercicio de la *soberanía*¹⁸²⁴; también, la merma de la capacidad de los Estados respecto a la ordenación y gestión de

¹⁸¹⁹ Destacando, directa o indirectamente, el peso de factores *ideológicos* (en un sentido amplio) en el avance de dicho proceso, ver BECK, U., *op. cit.*, pp. 134-135, TARDIF, E., *op. cit.*, p. 317 y (si bien desde una perspectiva crítica) HARDT, M. y NEGRI, A., *Empire*, p. 33. Ver también ONUMA, Y., *op. cit.*, pp. 69-70 y (respecto a la aceptación general de “estándares internacionales” en múltiples ámbitos) ZICCARDI CAPALDO, G., *op. cit.*, p. 211.

¹⁸²⁰ En este sentido (siguiendo a Habermas) DE JULIOS-CAMPUZANO, A., *La globalización ilustrada...*, *op. cit.*, pp. 154-155; ver también BROUSSEAU, E., SGARD, J. y SCHEMEIL, Y., *op. cit.*, pp. 470-471, FERRAJOLI, L., *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia. 2...*, *op. cit.*, p. 539 y (en referencia a la creciente “apertura” de los sistemas jurídicos locales hacia la recepción del Derecho internacional) ZICCARDI CAPALDO, G., *op. cit.*, pp. 209-211.

¹⁸²¹ HÄBERLE, P., *El Estado constitucional...*, *op. cit.*, p. 65 y PETERS, A., *op. cit.*, p. 209 y (siguiendo a Habermas) DE JULIOS-CAMPUZANO, A., *La globalización ilustrada...*, *op. cit.*, p. 155.

¹⁸²² Ver HELD, D., *op. cit.*, p. 44.

¹⁸²³ DE JULIOS-CAMPUZANO, A., *La globalización ilustrada...*, *op. cit.*, p. 147; más en general, ver también (en un sentido descriptivo) BALIBAR, É., *op. cit.*, p. 13, RAJAGOPAL, B., *op. cit.*, p. 306 y SCHWÖBEL, C. E. J., *op. cit.*, p. 82. En este contexto, en referencia a una crisis general del “*modelo estatal*”, DE JULIOS-CAMPUZANO, A., *La globalización ilustrada...*, *op. cit.*, p. 143 e *idem*, *La transición paradigmática de la teoría jurídica. El derecho ante la globalización*, p. 222. En un sentido crítico, ver RUIPÉREZ ALAMILLO, J., «¿La Constitución en...», *op. cit.*, p. 145.

¹⁸²⁴ HELD, D., *op. cit.*, pp. 43 y 44-45; ver también CARROZZA, P., «Constitutionalism's Post-Modern Opening», p. 169 y PALOMBELLA, G., *op. cit.*, p. 345. En relación con un pretendido proceso de “*debilitamiento de las fronteras*” (que no propiamente su desaparición), ver BECK, U., *op. cit.*, pp. 36, 55 y 153, GIDDENS, A., *op. cit.*, p. 154 y (en un sentido descriptivo) DOUZINAS, C., *op. cit.*, pp. 183-184; similarmente, también (siguiendo a René-Jean Dupuy) CARRILLO SALCEDO, J. A., *Soberanía de los...*, *op. cit.*, p. 25. Más en general, describiendo la postura relativa a la “crisis” de la soberanía estatal en su conjunto, TORRES DEL MORAL, A., *op. cit.*, pp. 27-28; distintos ejemplos de dicha postura, en DUEÑAS MUÑOZ, J. C., *op. cit.*, pp. 743-744 y NOGUEIRA ALCALÁ, H., «Constitución y derecho...», *op. cit.*, p. 642.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

las materias que afectan a la vida de los países¹⁸²⁵. Naturalmente, la orientación de tales transformaciones no obedecería a motivos de carácter estratégico (tales como el avance de agendas o programas políticos generales), sino que esta vendría determinada por la lógica intrínseca de dichos cambios: de tal forma se mostraría, por ejemplo, con el desarrollo de los sistemas jurídicos transnacionales, lo cual conllevaría, necesariamente, una creciente autonomía de los procesos de creación y aplicación normativa respecto de las determinaciones y objetivos de los ordenamientos locales¹⁸²⁶.

De todas formas, las anteriores evoluciones no son consideradas esencialmente como una fuente colectiva de problemas: al contrario, son bienvenidas en general, siguiendo el entendimiento de que constituyen oportunidades para superar los múltiples aspectos negativos inherentes (según esta perspectiva teórica) a los órdenes jurídicos estatales y al *internacional*. En el centro de los anteriores se encontraría la soberanía “estatal”¹⁸²⁷, especialmente en dos dimensiones: por una parte, constituiría un elemento que obstaculiza el desarrollo de las sociedades en el mundo globalizado¹⁸²⁸; por otra, se erigiría en factor eminente de las violaciones a los derechos y libertades individuales¹⁸²⁹. La solución *política* a esta situación sería clara, desde la visión

¹⁸²⁵ DE JULIOS-CAMPUZANO, A., *La transición paradigmática...*, *op. cit.*, p. 200, FERRAJOLI, L., *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia. 2...*, *op. cit.*, p. 471, (describiendo la postura del anterior autor) ZOLO, D., *op. cit.*, p. 98, HABERMAS, J., *El Occidente escindido...*, *op. cit.*, pp. 170-171, *idem*, *La constitución de...*, *op. cit.*, p. 49, PANIAGUA CORAZAO, V., «Estado de derecho, política y democracia en la sociedad globalizada», p. 112, PÉREZ LUÑO, A. E., *Derechos humanos...*, *op. cit.*, p. 649, PETERS, A., *op. cit.*, p. 228 y (en un sentido descriptivo) COLÓN-RÍOS, J. I., «Constituent Power, the...», *op. cit.*, p. 156; en este sentido, también CARRILLO SALCEDO, J. A., *Soberanía de los...*, *op. cit.*, pp. 18-19 y 25 y NOGUEIRA ALCALÁ, H., «Constitución y derecho...», *op. cit.*, p. 654.

¹⁸²⁶ Ver THORNHILL, C., «Contemporary constitutionalism and...», *op. cit.*, pp. 394 y 398-399; ver también (describiendo esta postura) DOUZINAS, C., *op. cit.*, pp. 125 y 249 y PETERS, A., *op. cit.*, pp. 218-219.

¹⁸²⁷ En este sentido, FERRAJOLI, L., *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia. 2...*, *op. cit.*, pp. 480 y 481; ver (en un sentido descriptivo) DOUZINAS, C., *op. cit.*, p. 269, KALYVAS, A., *op. cit.*, p. 92 y NOGUERA FERNÁNDEZ, A. y CRIADO DE DIEGO, M., *op. cit.*, p. 19 (nota 7).

¹⁸²⁸ Siguiendo esta línea argumental, ver FERRAJOLI, L., *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia. 2...*, *op. cit.*, p. 555 y (en referencia específica a la insuficiencia del plano constitucional local) PETERS, A., *op. cit.*, p. 209; describiendo tal razonamiento, TORRES DEL MORAL, A., *op. cit.*, pp. 29-30.

¹⁸²⁹ En un sentido descriptivo, ver DE VERGOTTINI, G., «La persistente soberanía», p. 84, DOUZINAS, C., *op. cit.*, pp. 100-101 y (en referencia a las argumentaciones de Ferrajoli) ZOLO, D., *op. cit.*, p. 98.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

cosmopolita: redimensionar y transformar la significación y función de los Estados, a favor de un orden *global* que integre a los distintos actores internacionales¹⁸³⁰.

En su específica dimensión jurídica, la anterior propuesta se concreta en la idea de construcción progresiva de un Derecho “global”, cuya principal diferencia con el Derecho internacional existente reside en que su enunciación y desarrollo trascendería la voluntad de los Estados¹⁸³¹. Este marco normativo se definiría concretamente por la presencia de varios rasgos característicos. En primer lugar, se destaca la naturaleza diversa de los sujetos que (pretendidamente) participarían en su fundación: ya no serían exclusivamente (o con carácter primordial) los Estados, sino que esta consideración se extendería a los distintos integrantes de la sociedad “global” (también los individuos, por tanto)¹⁸³². En segundo lugar, este orden se fundamenta sobre la observancia de una serie de principios diferentes del solo reconocimiento de la voluntad de un colectivo social (así, por ejemplo, la de un “pueblo”): entre los anteriores se destacaría, crucialmente, el respeto a los *derechos humanos*¹⁸³³. Igualmente, la consolidación de dicho orden no conllevaría la extinción de los ordenamientos locales, sino su

¹⁸³⁰ Ver FERRAJOLI, L., *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia. 2...*, *op. cit.*, p. 539 y HELD, D., *op. cit.*, pp. 30-31, 73 y 107-109; ver también (en un sentido descriptivo) DOUZINAS, C., *op. cit.*, p. 142 y RAJAGOPAL, B., *op. cit.*, p. 305. Con una aproximación similar, en referencia a la interrelación entre los “Estados constitucionales” europeos, HÄBERLE, P., «Derecho Constitucional Común...», *op. cit.*, pp. 12-13.

¹⁸³¹ Ver CARRILLO SALCEDO, J. A., *Soberanía de los...*, *op. cit.*, p. 183, HELD, D., *op. cit.*, pp. 30, 95-96, 99-102 y 106-107, PALOMBELLA, G., *op. cit.*, pp. 341 y 342 y TAPIA VALDÉS, J., *op. cit.*, p. 140; también HABERMAS, J., *La constitución de...*, *op. cit.*, p. 83 y PÉREZ LUÑO, A. E., *Derechos humanos...*, *op. cit.*, p. 649. En términos generales, distinguiendo los términos de “*internacional*” y “*cosmopolita*” entre sí, BECK, U., *op. cit.*, pp. 50 y 56-57. Por otra parte, aseverando el retraso del Derecho internacional a la hora de integrar las nuevas “realidades” globales, FASSBENDER, B., «La protección de...», *op. cit.*, p. 172.

¹⁸³² En este sentido, HABERMAS, J., *El Occidente escindido...*, *op. cit.*, p. 132, *idem*, *La constitución de...*, *op. cit.*, pp. 81-82, TARDIF, E., *op. cit.*, p. 311 y (haciendo referencia al aspecto concreto de la garantía global de los *derechos fundamentales*) HÄBERLE, P., *El Estado constitucional...*, *op. cit.*, p. 174; ver también BECK, U., *op. cit.*, p. 170 y ZICCARDI CAPALDO, G., *op. cit.*, pp. 305 y 306-307.

¹⁸³³ DE VERGOTTINI, G., «La persistente soberanía», p. 84, DELLAVALLE, S., *op. cit.*, pp. 105-106, HABERMAS, J., *La constitución de...*, *op. cit.*, p. 83 y NOGUEIRA ALCALÁ, H., «Constitución y derecho...», *op. cit.*, p. 654; ver también BECK, U., *op. cit.*, pp. 168-169 y 171 y (en una perspectiva esencialmente coincidente) RAWLS, J., *op. cit.*, p. 50 y ZICCARDI CAPALDO, G., *op. cit.*, pp. 8-9. Describiendo esta postura, COLÓN-RÍOS, J. I., «Constituent Power, the...», *op. cit.*, p. 156 y KALYVAS, A., *op. cit.*, p. 92; ver también MOYN, S., *op. cit.*, p. 41 y PETERS, A., *op. cit.*, p. 219. Por otra parte, considerando los derechos humanos como uno de los pilares principales de una “ética global” que informa el desarrollo del Derecho internacional, BROWN, G. (ed.), *op. cit.*, pp. 105-106; ver también DE JULIOS-CAMPUZANO, A., *La globalización ilustrada...*, *op. cit.*, p. 156.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

integración como partes de un mismo sistema con distintos niveles de operación, sirviendo a los principios que informarían aquel en conjunto¹⁸³⁴.

En el mismo núcleo de este programa jurídico se encuentra la propuesta de formulación de un orden *constitucional* de ámbito *global*, que incluiría las normas jurídicas esenciales para la existencia y funcionamiento de una “comunidad jurídica universal”¹⁸³⁵. Para el conjunto de sus defensores (agrupables en torno a la idea de *constitucionalismo global*¹⁸³⁶), este proyecto constituye la proyección de los fundamentos y principios de la doctrina *constitucionalista* dominante en el proceso de reconfiguración del orden jurídico internacional¹⁸³⁷. La justificación de la necesidad *política* de consecución de una “constitución global” se encuentra en la afirmación de que esta representaría el único medio para garantizar la salvación de la propia idea de “Derecho” (entendiendo este como una supuesta alternativa al simple uso de la fuerza en las relaciones tanto internas como internacionales) en el mundo actual¹⁸³⁸. Siguiendo esta determinación, la doctrina jurídica cosmopolita se vincula al modelo sustancial encarnado en el concepto de *democracia constitucional*¹⁸³⁹. En este sentido, se propugna el desarrollo de instituciones mundiales que cuenten con legitimidad propia (y

¹⁸³⁴ FERRAJOLI, L., *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia. 2...*, *op. cit.*, pp. 540 y 542-543, HELD, D., *op. cit.*, pp. 102-103, ZICCARDI CAPALDO, G., *op. cit.*, p. 212 y (en referencia específica al ámbito constitucional) CARROZZA, P., *op. cit.*, pp. 184-185 y HABERMAS, J., *El Occidente escindido...*, *op. cit.*, pp. 132-133; en este sentido, también DE JULIOS-CAMPUZANO, A., *La globalización ilustrada...*, *op. cit.*, p. 145. Ver también (en una dimensión más específicamente *constitucional*) FASSBENDER, B., «‘We the Peoples...’», *op. cit.*, p. 275 y RODRIGO HERNÁNDEZ, A. J., *op. cit.*, pp. 51-52; en referencia directa a la función de protección de los derechos humanos, ver DELLAVALLE, S., *op. cit.*, pp. 109-111. Destacando la situación de “*pluralismo normativo*” concurrente al orden jurídico pretendidamente en formación, DE JULIOS-CAMPUZANO, A., *La transición paradigmática...*, *op. cit.*, pp. 200-201.

¹⁸³⁵ HABERMAS, J., *El Occidente escindido...*, *op. cit.*, p. 130, *idem*, *La constitución de...*, *op. cit.*, p. 79, PETERS, A., *op. cit.*, pp. 211-212 y (describiendo las tesis de Habermas al respecto) FASSBENDER, B., «‘We the Peoples...’», *op. cit.*, pp. 275-276; ver también SCHWÖBEL, C. E. J., *op. cit.*, p. 83 y (respecto a la existencia de una *constitución* con dinámica propia, correspondiente a la “sociedad global”) THORNHILL, C., «The global legal...», *op. cit.*, pp. 421-422.

¹⁸³⁶ Sin embargo, para la dificultad de definir en términos precisos esta propuesta doctrinal, SCHWÖBEL, C. E. J., *op. cit.*, pp. 8-9; enumerando las distintas escuelas de pensamiento en este sentido, existentes dentro del ámbito jurídico internacional, FASSBENDER, B., «‘We the Peoples...’», *op. cit.*, pp. 272-273.

¹⁸³⁷ PETERS, A., *op. cit.*, pp. 214-215 (siguiendo también a Richard Falk); ver también FASSBENDER, B., «‘We the Peoples...’», *op. cit.*, p. 273, SCHWÖBEL, C. E. J., *op. cit.*, p. 2, ZICCARDI CAPALDO, G., *op. cit.*, p. 8 y (en un sentido descriptivo) MACKLEM, P., *op. cit.*, p. 38. Respecto a los principales temas de interés en esta visión (entre ellos, la protección de los derechos individuales), SCHWÖBEL, C. E. J., *op. cit.*, pp. 4 y 85.

¹⁸³⁸ En este sentido, DE JULIOS-CAMPUZANO, A., *La transición paradigmática...*, *op. cit.*, p. 222 y FERRAJOLI, L., *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia. 2...*, *op. cit.*, pp. 83-84 y 585.

¹⁸³⁹ Para la caracterización de dicho concepto, ver *ibidem*, pp. 24-26.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

que, por lo tanto, estén relativamente separadas de la existencia de sistemas institucionales democráticos en los distintos países¹⁸⁴⁰)¹⁸⁴¹.

Las propuestas doctrinales de sentido cosmopolita también alcanzan a la ordenación jurídica de la vida económica global. Siguiendo esta línea, se preconiza la formulación de un derecho económico “global” que trasciende los meros acuerdos (aun multilaterales) entre Estados para regular los procesos y transformaciones derivados de la denominada “globalización”¹⁸⁴². Así pues, la orientación sustantiva dominante consiste, primordialmente, en la promoción de los principios básicos pertenecientes al modelo de “*economía social de mercado*”, que pasarían a formar parte del orden constitucional global planteado¹⁸⁴³: en su mismo núcleo, se hallaría el fomento de la protección del derecho de propiedad, así como de las denominadas “libertades económicas”¹⁸⁴⁴.

El cosmopolitismo jurídico topa, en su visión acerca del fenómeno constitucional “global”, con el problema fundamental de determinar si este existe ya como parte integrante del actual Derecho internacional, o bien se trata de un proyecto normativo

¹⁸⁴⁰ En un sentido descriptivo, ver (siguiendo también a Daniele Archibugi) PINTO, L. M. DA S. C., *op. cit.*, p. 457; con una opinión contraria, HABERMAS, J., *El Occidente escindido...*, *op. cit.*, pp. 136-138.

¹⁸⁴¹ Ver BECK, U., *op. cit.*, p. 134, DE JULIOS-CAMPUZANO, A., *La transición paradigmática...*, *op. cit.*, pp. 222-223 y 234-235, DELLAVALLE, S., *op. cit.*, p. 112, FERRAJOLI, L., *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia. 2...*, *op. cit.*, p. 584, GIDDENS, A., *op. cit.*, pp. 170-172, HABERMAS, J., *La constitución de...*, *op. cit.*, pp. 87-88, HELD, D., *op. cit.*, pp. 29-30, PETERS, A., *op. cit.*, pp. 228-229 y SCHAFFER, J. K., *op. cit.*, pp. 214-215; respecto a la idea de *democracia global*, BESSON, S., «The legitimate authority...», *op. cit.*, p. 65. También se ha propugnado la ampliación de las potestades de varios de los organismos internacionales ya existentes: así, por ejemplo, en referencia concreta al Consejo de Seguridad de la ONU, HABERMAS, J., *El Occidente escindido...*, *op. cit.*, p. 168 y HELD, D., *op. cit.*, pp. 163-164.

¹⁸⁴² Ver HÄBERLE, P., *El Estado constitucional...*, *op. cit.*, pp. 65 y 69 y TAPIA VALDÉS, J., *op. cit.*, p. 133. En referencia a las propuestas de constitucionalización de reglas económicas de carácter *neoliberal*, con la finalidad de limitar la intervención de los Estados en el funcionamiento de los “mercados”, ver SCHNEIDERMAN, D., *op. cit.*, pp. 85-86.

¹⁸⁴³ En este sentido, HÄBERLE, P., *El Estado constitucional...*, *op. cit.*, pp. 243-245, *idem*, «Derecho Constitucional Común...», *op. cit.*, pp. 33-34 y PETERSMANN, E.-U., «State Sovereignty, Popular...», *op. cit.*, p. 19; en referencia concreta al ámbito europeo, ver HÄBERLE, P., «Derecho Constitucional Común...», *op. cit.*, p. 36.

¹⁸⁴⁴ Ver *idem*, *El Estado constitucional...*, *op. cit.*, p. 246, PETERSMANN, E.-U., «Human Rights Require...», *op. cit.*, pp. 4, 14 y 19 e *idem*, «State Sovereignty, Popular...», *op. cit.*, pp. 5-6 y 15-16; con una orientación similar, ver también EUROPEAN COMMISSION FOR DEMOCRACY THROUGH LAW (VENICE COMMISSION), *Report on constitutional...*, *op. cit.*, párrs. 76-77. Por su parte, para una visión del derecho de propiedad como un *derecho humano* destacado, también RAWLS, J., *op. cit.*, p. 79.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

aún por desarrollar¹⁸⁴⁵. En esta encrucijada, las opiniones se dividen. Por una parte, distintos autores afirman que hay distintos instrumentos jurídicos internacionales dotados de un carácter constitucional sustantivo¹⁸⁴⁶: de entre estos, se destacarían especialmente la Carta de las Naciones Unidas y los principales tratados internacionales sobre derechos humanos (sean con vocación universal o de dimensión regional)¹⁸⁴⁷. En su conjunto, el orden resultante se solaparía con los ya existentes, dando lugar a un sistema constitucional con múltiples niveles (local, regional y global), en el cual se destacaría la presencia de múltiples fuentes textuales¹⁸⁴⁸. Así, la sujeción de los Estados a los dictados de la “*Constitución de la Comunidad internacional*” devendría de la propia realidad jurídica existente¹⁸⁴⁹.

Sin embargo, desde otras perspectivas se ha sostenido que la idea de *constitución global* representa más bien un *proyecto* normativo¹⁸⁵⁰. En tal consideración se parte de la constatación del hecho de que dicho orden no existe aún como una “realidad” integral en el ámbito jurídico internacional¹⁸⁵¹. Por ello, lo que se visualizaría sería, más bien, la presencia de distintos elementos sustantivamente constitucionales (entre los cuales, cabría destacar el Derecho internacional de los derechos humanos¹⁸⁵²), enmarcados en

¹⁸⁴⁵ SCHWÖBEL, C. E. J., *op. cit.*, p. 12.

¹⁸⁴⁶ En referencia a la existencia de normas pertenecientes a la “*constitución material de la comunidad internacional*”, ver RODRIGO HERNÁNDEZ, A. J., *op. cit.*, pp. 53-54.

¹⁸⁴⁷ FASSBENDER, B., «‘We the Peoples...’», *op. cit.*, pp. 281-284, FERRAJOLI, L., *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia. 2...*, *op. cit.*, pp. 83, 475 y 581, HABERMAS, J., *El Occidente escindido...*, *op. cit.*, p. 156 y (en un sentido descriptivo) DOUZINAS, C., *op. cit.*, pp. 226-227 y THORNHILL, C., «Contemporary constitutionalism and...», *op. cit.*, p. 373. Ver (con opiniones críticas acerca de esta postura) PASTOR RIDRUEJO, J. A., *Curso de Derecho...*, *op. cit.*, pp. 30-31 y PETERS, A., *op. cit.*, p. 239; con matices acerca del carácter concreto de la Carta, ZICCARDI CAPALDO, G., *op. cit.*, p. 87.

¹⁸⁴⁸ MUÑOZ MACHADO, S., *op. cit.*, p. 14.

¹⁸⁴⁹ Ver FASSBENDER, B., «La protección de...», *op. cit.*, pp. 134 y 135, THORNHILL, C., «The global legal...», *op. cit.*, pp. 414-415 y ZICCARDI CAPALDO, G., *op. cit.*, pp. 41 y 86; aludiendo al progreso de la “[...] *constitucionalización del derecho internacional* [...]”, HABERMAS, J., *El Occidente escindido...*, *op. cit.*, pp. 113 y 115.

¹⁸⁵⁰ En este sentido, PETERS, A., *op. cit.*, pp. 208-209 y (afirmando que “*Global law is in an embryonic phase*”) ZICCARDI CAPALDO, G., *op. cit.*, p. 305; ver también HÄBERLE, P., *El Estado constitucional...*, *op. cit.*, p. 296.

¹⁸⁵¹ Ver PETERS, A., *op. cit.*, p. 253 y ZICCARDI CAPALDO, G., *op. cit.*, p. 8. No obstante, también se destaca la presencia de algunas propuestas intermedias: así, en referencia al carácter “*invisible*”, “*fragmentario*”, “*disperso*”, “*acumulativo*” y “*dinámico*” de dicho conjunto constitucional, RODRIGO HERNÁNDEZ, A. J., *op. cit.*, pp. 61-65.

¹⁸⁵² Ver GARDBAUM, S., *op. cit.*, pp. 761-762 y PETERS, A., *op. cit.*, p. 245. Para la afirmación de que, entre las normas internacionales de naturaleza constitucional, se encontrarían las pertenecientes al *ius*

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

“procesos de constitucionalización” a nivel universal¹⁸⁵³; sin embargo, estos aún estarían carentes de un horizonte definido de culminación en su conjunto¹⁸⁵⁴. En dicho contexto, la opinión doctrinal se erigiría en un factor destacado en la labor de fomento de dicha evolución¹⁸⁵⁵.

Desde luego, cabe señalar la existencia de múltiples vertientes específicas dentro de la propuesta general de *constitucionalismo global*, que se distinguen entre sí por la atención reforzada que dan a unos aspectos concretos en la misma (tales como los procesos de creación normativa, los contenidos sustantivos, el diseño institucional o la integración del conjunto normativo en un sistema) frente a otros¹⁸⁵⁶. No obstante, ello no excluye la existencia de una orientación teórica general común. Así pues, las tesis sostenidas por la corriente doctrinal cosmopolita mayoritaria se fundamentan en una visión teórica *iusnaturalista*, que trata de sobreponer inexorable e incondicionalmente la supremacía de un conjunto normativo, que pretendidamente constituiría el “Derecho natural”, frente a las determinaciones positivas contenidas en los sistemas jurídicos específicos de los distintos países¹⁸⁵⁷. En esta línea, el constitucionalismo global afirma orientarse hacia el “*bien común*”, no circunscrito ya al ámbito estrecho de cada país, sino que abarcaría al conjunto de la humanidad¹⁸⁵⁸: en su mismo núcleo,

cogens, así como las obligaciones *erga omnes*, (en un sentido descriptivo) FASSBENDER, B., «We the Peoples...», *op. cit.*, pp. 276-279; ver también RODRIGO HERNÁNDEZ, A. J., *op. cit.*, pp. 60 y 73 y ZICCARDI CAPALDO, G., *op. cit.*, p. 45.

¹⁸⁵³ GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, I., *op. cit.*, p. 90; ver también HABERMAS, J., *El Occidente escindido...*, *op. cit.*, pp. 140-141, RODRIGO HERNÁNDEZ, A. J., *op. cit.*, pp. 84-85, SCHWÖBEL, C. E. J., *op. cit.*, p. 12 y (desde una perspectiva empírica) GONZÁLEZ CADENAS, D., *Teoría y práctica...*, *op. cit.*, p. 23 (nota 11). Señalando, en este contexto, la significación de los denominados “tratados normativos generales”, PETERS, A., *op. cit.*, pp. 223-225.

¹⁸⁵⁴ Respecto a las dificultades de realización de dicho propósito (que requiere la integración efectiva en un mismo sistema jurídico de múltiples órdenes constitucionales separados), ver CARROZZA, P., *op. cit.*, pp. 169-170.

¹⁸⁵⁵ En este sentido, DE JULIOS-CAMPUZANO, A., *La transición paradigmática...*, *op. cit.*, p. 225; afirmando que “*La lectura constitucionalista del Derecho internacional actual es en cierta medida una invención académica*”, PETERS, A., *op. cit.*, p. 252. De forma análoga, destacando la relevancia de la jurisprudencia internacional en el reconocimiento del carácter constitucional de diversas normas del Derecho internacional, RODRIGO HERNÁNDEZ, A. J., *op. cit.*, p. 58.

¹⁸⁵⁶ Para una aproximación a la caracterización de tales corrientes, ver SCHWÖBEL, C. E. J., *op. cit.*, pp. 3-4, 12-13, 21, 34, 42-43 y 48.

¹⁸⁵⁷ Afirmando dicha perspectiva, FASSBENDER, B., «La protección de...», *op. cit.*, pp. 134 y 158; ver también CARRILLO SALCEDO, J. A., *Soberanía de los...*, *op. cit.*, p. 147.

¹⁸⁵⁸ Ver FASSBENDER, B., «La protección de...», *op. cit.*, pp. 146 y 148 y (en un sentido análogo) PALOMBELLA, G., *op. cit.*, p. 345.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

inevitablemente, se encontraría la garantía de los derechos de los individuos¹⁸⁵⁹. El corolario de la tesis favorable al reconocimiento (o, en su defecto, establecimiento) de una “constitución global” consiste en la negación de la *necesidad* de procesos constituyentes en el ámbito de cada país¹⁸⁶⁰: el orden configurado por los derechos humanos vendría a asumir las funciones políticas y jurídicas que los anteriores habrían estado llevando a cabo hasta la actualidad¹⁸⁶¹.

B) La labor de justificación de la Unión Europea.

Desde la perspectiva doctrinal cosmopolita, se ha destacado con frecuencia el papel de aquellos procesos políticos que, en el ámbito internacional, son (o parecen ser) expresión de tendencias favorables a la conformación de un orden global: en este sentido, el proceso de integración regional europeo, representado por la Unión Europea, ha suscitado un interés destacado, llegando a ser considerado poco menos que como un patrón de referencia en dicha evolución¹⁸⁶². En este contexto, la principal visión acerca de la naturaleza de la UE se centra en su pretendido carácter “federal”, que se habría desarrollado en virtud de la superación pacífica de los particularismos locales tradicionalmente imperantes en la mayor parte del continente (si bien no requeriría la desaparición de los Estados en sí¹⁸⁶³)¹⁸⁶⁴. Siguiendo esta línea, la Unión ha sido repetidamente ensalzada como ejemplo de realización internacional al servicio del

¹⁸⁵⁹ Ver DE JULIOS-CAMPUZANO, A., *La globalización ilustrada...*, *op. cit.*, p. 145 y (en un sentido descriptivo) SCHWÖBEL, C. E. J., *op. cit.*, p. 125; ver también FØLLESDAL, A., *op. cit.*, pp. 279-280. Para la comprensión de los sistemas de protección de los derechos humanos como parte del desarrollo del constitucionalismo a nivel global, GARDBAUM, S., *op. cit.*, pp. 766-767; ver también CARROZZA, P., *op. cit.*, pp. 183-184.

¹⁸⁶⁰ Respecto a la limitación sustancial de las posibles determinaciones constituyentes en dicho contexto, ver MUÑOZ MACHADO, S., *op. cit.*, pp. 14, 152, 217 y 245.

¹⁸⁶¹ Ver (en referencia al “poder constituyente”) THORNHILL, C., «Rights and constituent...», *op. cit.*, pp. 369-370 y 385.

¹⁸⁶² En este sentido, BECK, U., *op. cit.*, p. 159, FERRAJOLI, L., *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia. 2...*, *op. cit.*, pp. 544 y 547, GIDDENS, A., *op. cit.*, p. 167, HABERMAS, J., *La constitución de...*, *op. cit.*, pp. 40 y 81 y PETERSMANN, E.-U., «Human Rights Require...», *op. cit.*, p. 4. En general, indicando la importancia de la “*regionalización política*” en el avance del proyecto cosmopolita, HELD, D., *op. cit.*, p. 109 y (en un sentido descriptivo) DOUZINAS, C., *op. cit.*, p. 142; ver también ZICCARDI CAPALDO, G., *op. cit.*, p. 12.

¹⁸⁶³ Ver HABERMAS, J., *La constitución de...*, *op. cit.*, pp. 48 y 66-70.

¹⁸⁶⁴ Ver FERRAJOLI, L., *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia. 2...*, *op. cit.*, pp. 544 y 547; caracterizando su evolución en la década de 1990 como un “*proceso de unificación europea*” que habría disuelto la soberanía nacional de cada Estado, EUROPEAN COMMISSION FOR DEMOCRACY THROUGH LAW (VENICE COMMISSION), *Self-determination and secession in constitutional law*, p. 2.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

respeto a los *derechos humanos*, el *Estado de Derecho* y la *democracia*¹⁸⁶⁵; en este sentido, se erigiría específicamente en un modelo *alternativo* frente a otras propuestas posibles de orden *político*¹⁸⁶⁶.

Siguiendo la perspectiva doctrinal descrita, el desarrollo de la UE se habría de plasmar en la conformación de un orden constitucional específico. En este sentido, se ha afirmado la existencia de funciones “constitucionales” en el sistema jurídico de la UE¹⁸⁶⁷: ello representa, ente otras cosas, la correlativa (y permanente) reducción de la significación de los fenómenos constituyentes en cada uno de los países miembros en el futuro¹⁸⁶⁸. De acuerdo con esta visión, el Derecho de la Unión se impondría sobre las determinaciones relativas a la transformación de los distintos órdenes constitucionales locales (al menos, si los Estados concernidos quieren seguir perteneciendo a la anterior)¹⁸⁶⁹; no obstante, tampoco entrañaría el desarrollo de un proceso constituyente “europeo” al estilo de como estos han sido caracterizados habitualmente, desde un punto de vista teórico, en la doctrina dominante¹⁸⁷⁰.

¹⁸⁶⁵ Ver FERRAJOLI, L., *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia. 2...*, *op. cit.*, pp. 544 y 547; en algún momento, se llega a hablar incluso del “*papel civilizador de la unificación europea*”, ver en HABERMAS, J., *La constitución de...*, *op. cit.*, p. 47. Destacando, en este sentido, la importancia de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea como un jalón sustancial de la “*construcción europea*”, en el camino hacia la consecución de una unión política, DE JULIOS-CAMPUZANO, A., *La globalización ilustrada...*, *op. cit.*, p. 150; ver también PETERSMANN, E.-U., «Human Rights Require...», *op. cit.*, pp. 4 y 5 y PÉREZ LUÑO, A. E., *Derechos humanos...*, *op. cit.*, pp. 621 y 627.

¹⁸⁶⁶ FERRAJOLI, L., *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia. 2...*, *op. cit.*, pp. 547-548; ver también (al menos, planteando esta idea como posibilidad) HABERMAS, J., *El Occidente escindido...*, *op. cit.*, p. 56.

¹⁸⁶⁷ En este sentido, DE GUSMÃO, H. C. A., *op. cit.*, pp. 440-442, GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, I., *op. cit.*, p. 67 y (siguiendo a Dieter Grimm) HABERMAS, J., *El Occidente escindido...*, *op. cit.*, p. 82; ver también FASSBENDER, B., «‘We the Peoples...’», *op. cit.*, p. 274 y (en un sentido crítico) DE CABO MARTÍN, C., *Conflicto y constitución...*, *op. cit.*, p. 282.

¹⁸⁶⁸ En este sentido, THORNHILL, C., «Contemporary constitutionalism and...», *op. cit.*, pp. 371-372; ver también (describiendo esta idea) PINTO, L. M. DA S. C., *op. cit.*, p. 299.

¹⁸⁶⁹ Ver MUÑOZ MACHADO, S., *op. cit.*, pp. 153-154 y (si bien con algún matiz formal) HABERMAS, J., *El Occidente escindido...*, *op. cit.*, p. 82 e *idem*, *La constitución de...*, *op. cit.*, pp. 58-59; calificando, tanto al Consejo de Europa como a la UE, de “*constituyente mediato*”, HÄBERLE, P., *El Estado constitucional...*, *op. cit.*, pp. 271-272.

¹⁸⁷⁰ Ver FERRAJOLI, L., *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia. 2...*, *op. cit.*, p. 552 y STAIANO, S., «The Crisis of State Sovereignty and Social Rights», pp. 30-31; en referencia a la existencia de un pretendido “*poder constituyente europeo*” *dividido*, HABERMAS, J., *La constitución de...*, *op. cit.*, pp. 59-61 y 64-65. Ver también, al respecto de las distintas posturas doctrinales en este tema, WALKER, N., «Post-Constituent Constitutionalism? The Case of the European Union», pp. 251-264.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

No obstante, también hay que denotar que la UE constituye un proyecto que es cualquier cosa menos “neutral”: el sentido último que integra sus decisiones fundamentales consiste en la implementación de una orientación política *socioliberal*¹⁸⁷¹. Ello se muestra, en el ámbito concreto de los derechos fundamentales, a raíz de la promoción de las “libertades económicas” al mismo nivel que el conjunto de los “derechos sociales”¹⁸⁷². Así, el desarrollo de la dimensión “constitucional” de la Unión redundaría en la reducción efectiva de los derechos sociales reconocidos en los distintos países miembros¹⁸⁷³.

C) Crítica a las tesis del “constitucionalismo global”.

Tal y como se ha podido observar, la corriente cosmopolita, en su tendencia dominante, se asienta sobre diversas ideas de partida que pretenden reflejar los cambios en marcha que afectan a la vida mundial. Del mismo modo, sus propuestas se referencian a la construcción y consolidación de un proyecto normativo determinado que, supuestamente, respondería a las necesidades y aspiraciones del conjunto de miembros de la especie humana. El principal elemento que hay que considerar, en este contexto, se halla en el riesgo de confusión entre el análisis de los hechos (que expone *realidades*) y la enunciación de propuestas (que, en el mejor de los casos, solo sugiere *posibilidades*)¹⁸⁷⁴. Así, se hace necesario delimitar el dominio propio de cada una de tales actuaciones.

En este sentido, el primer aspecto que ha de abordarse es el relativo a la existencia *material* (esto es, no afirmada meramente como un *ideal*) de una sociedad global que se erija en fundamento para la formulación de un orden jurídico correlativo, cuestión que en la corriente cosmopolita se responde afirmativamente. El principal escollo que encuentra esta apreciación reside en que no se detiene a mostrar cuáles son los

¹⁸⁷¹ Ver AMIN, S., *Escritos para la transición*, p. 130; para las tendencias estratégicas de carácter específicamente *neoliberal* insertas en el desarrollo general de la UE, PISARELLO PRADOS, G., «¿Constitucionalismo sin constitución...», *op. cit.*, pp. 263-264.

¹⁸⁷² En referencia al contenido de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, PINTO, L. M. DA S. C., *op. cit.*, p. 436 y PISARELLO PRADOS, G., «¿Constitucionalismo sin constitución...», *op. cit.*, pp. 267-270. En un sentido más general, ver también PETERSMANN, E.-U., «State Sovereignty, Popular...», *op. cit.*, p. 18.

¹⁸⁷³ Ver PINTO, L. M. DA S. C., *op. cit.*, pp. 430-431.

¹⁸⁷⁴ En referencia a esta situación (en el contexto concreto del *constitucionalismo global*), ver SCHWÖBEL, C. E. J., *op. cit.*, p. 103.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

elementos sustantivos *concretos* que permiten sostener la misma¹⁸⁷⁵. Ciertamente, en esta visión se da un peso preponderante a factores tales como el incremento del volumen de intercambios económicos transnacionales y de los flujos financieros o el desarrollo mundial de las redes de comunicación electrónica; sin embargo, las distintas sociedades siguen manteniendo dentro de sí unas interrelaciones más intensas, que siguen generando necesariamente órdenes políticos “locales” esencialmente singularizados unos de otros (lo que no ha supuesto nunca, ni tampoco representa actualmente, la existencia aislada de cada uno de ellos)¹⁸⁷⁶.

Otro elemento destacado, tal y como se expuso anteriormente, se encuentra en la declaración de la progresiva irrelevancia general de los Estados en la vida mundial y en la de sus respectivos países. Sin embargo, tampoco se ha evidenciado en modo alguno que ello sea cierto (o cuando menos, tampoco parece que esté claramente demostrado)¹⁸⁷⁷. Ello resulta especialmente patente respecto a aquellos asuntos relativos al cumplimiento de las funciones de regulación interna de la vida social de cada país, en los cuales las organizaciones estatales siguen teniendo el principal protagonismo¹⁸⁷⁸: así se recuerda, en buena parte de la doctrina, con relación a la labor de garantía de los derechos humanos reconocidos internacionalmente¹⁸⁷⁹. No obstante, también se comprueba de cara al exterior, puesto que sigue siendo crucial el papel de los Estados en la observancia y el desarrollo del Derecho internacional existente¹⁸⁸⁰.

¹⁸⁷⁵ Caracterizando la idea de “*sociedad civil universal*” como “difusa”, RUIPÉREZ ALAMILLO, J., «¿La Constitución en...», *op. cit.*, p. 158.

¹⁸⁷⁶ Ver (siguiendo también a Paul Hirst) ZOLO, D., *op. cit.*, p. 103. Negando la existencia de un “*demos*” a nivel mundial, DOUZINAS, C., *op. cit.*, p. 233; por otra parte, afirmando la inexistencia actual de “[...] *una cultura o civilización auténticamente universal* [...]”, CALDUCH CERVERA, R., *op. cit.*, p. 46.

¹⁸⁷⁷ En general, para la continuidad de la importancia de la noción de Estado (en ausencia de otro modelo que efectivamente sustituya a este), DE CABO MARTÍN, C., *Contra el consenso...*, *op. cit.*, p. 342, DE VERGOTTINI, G., «La persistente soberanía», pp. 71, 73-74, 76 y 78-79, *idem*, «Garantía de la...», *op. cit.*, p. 133 y ZOLO, D., *op. cit.*, pp. 102-103; ver también ONUMA, Y., *op. cit.*, pp. 41, 53 y 66 y TORRES DEL MORAL, A., *op. cit.*, pp. 27 y 29. Por su parte, negando la emergencia efectiva de una pretendida “constitución global”, DOUZINAS, C., *op. cit.*, pp. 170 y 232.

¹⁸⁷⁸ Ver DE VEGA GARCÍA, P., «Mundialización y Derecho...», *op. cit.*, p. 14 y RAJAGOPAL, B., *op. cit.*, pp. 225-226.

¹⁸⁷⁹ Defendiendo esta idea (al respecto de la función de la denominada “soberanía estatal”), BESSON, S., «The legitimate authority...», *op. cit.*, pp. 73-74.

¹⁸⁸⁰ DOUZINAS, C., *op. cit.*, pp. 230-232 y TORRES DEL MORAL, A., *op. cit.*, p. 29.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

La promesa cosmopolita resulta no ser políticamente “inocente”¹⁸⁸¹. A partir de la afirmación de una determinada configuración de la supuesta “sociedad global” (que se quiere caracterizar por la preeminencia, en su seno, de la actividad económica globalizada a partir del modelo de “libre mercado”), se intenta justificar la implantación de un sistema normativo que sería “reflejo” de la anterior: a una sociedad “de mercado” le habría de corresponder un orden jurídico de raíz *liberal*¹⁸⁸². En esencia, la tendencia jurídica cosmopolita dominante encarna la expresión jurídica de un proyecto *político*, cuya fundamentación ideológica es *socioliberal* (tal y como esta concepción ha sido caracterizada en el capítulo primero)¹⁸⁸³. Esta realidad se evidencia en el enfoque *individualista* que informa su postura política en general, lo cual resulta particularmente patente al respecto de su concepción sobre los derechos humanos (que entronca con la tradición liberal), caracterizada por el reconocimiento limitado de una serie de derechos sociales con una posición materialmente subordinada respecto a los distintos derechos civiles y políticos¹⁸⁸⁴.

El ideal político propuesto alcanza, naturalmente, tanto a la redefinición del orden interno de los países como, crucialmente, a la configuración sustantiva del orden global que se promueve. En el fondo, lo que defienden las principales propuestas cosmopolitas no es solo que la voluntad de la “comunidad internacional” es *Derecho* (por cuanto que su determinación afecte al conjunto mundial y sea irresistible, esto es, globalmente *eficaz*), sino que *debe ser Derecho* (que ha de ser aceptada y acatada de antemano,

¹⁸⁸¹ Calificando el cosmopolitismo como “[...] *globalisation with a human face* [...]”, DOUZINAS, C., *op. cit.*, pp. 134-135. Por su parte, criticando el “*neutralismo*” e “*idealismo*” de la propuesta cosmopolita, en función de sus consecuencias prácticas, DE CABO MARTÍN, C., *Conflicto y constitución...*, *op. cit.*, pp. 280-281.

¹⁸⁸² Describiendo esta postura, DE VEGA GARCÍA, P., «Mundialización y Derecho...», *op. cit.*, pp. 17 y 52-53, PUREZA, J. M., «Defensive and oppositional...», *op. cit.*, p. 272 y RUIPÉREZ ALAMILLO, J., «¿La Constitución en...», *op. cit.*, pp. 146, 149 y 150; ver también DOUZINAS, C., *op. cit.*, p. 293 y LANDA, C., *op. cit.*, p. 319.

¹⁸⁸³ Ver DOUZINAS, C., *op. cit.*, pp. 141-142. Sin embargo, Michael Hardt y Antonio Negri caracterizan las aportaciones de autores tales como Ulrich Beck, Anthony Giddens o David Held como “socialdemócratas” (así como las de Habermas, como se indicó anteriormente), cuando precisamente estarían describiendo una perspectiva distinta: ver en HARDT, M. y NEGRI, A., *Commonwealth*, pp. 17-19.

¹⁸⁸⁴ En este sentido, HELD, D., *op. cit.*, pp. 51-53, 87-88 y 160-161 (curiosamente, calificando también su propia propuesta como “socialdemócrata”); un ejemplo destacado de programa *socioliberal* (que evite la aparición de “*excesivas desigualdades sociales y económicas*”), destinado a asegurar la estabilidad del régimen político democrático constitucional, en RAWLS, J., *op. cit.*, pp. 62-63. Ver también DE CABO MARTÍN, C., *Conflicto y constitución...*, *op. cit.*, pp. 279-280, DE JULIOS-CAMPUZANO, A., *La globalización ilustrada...*, *op. cit.*, p. 166 y SCHWÖBEL, C. E. J., *op. cit.*, p. 118.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

como una fuente de normatividad intrínsecamente legítima). De esta manera, la sucesiva reducción de las distintas funciones estatales, lejos de ser fruto de procesos “naturales”, obedece a decisiones de carácter político: siguiendo esta perspectiva, el objetivo último sería garantizar la subordinación de las actuaciones en cada país a los intereses económicos globales predominantes¹⁸⁸⁵. En consecuencia, la pretendida “crisis” de la soberanía tendría un carácter netamente *asimétrico*: la capacidad de actuación de los Estados más poderosos no se ve significativamente mermada (también debido a su capacidad de regir las decisiones de las principales organizaciones internacionales), mientras que los países más débiles están aún más constreñidos y “tutelados” por los primeros, si cabe¹⁸⁸⁶.

No cabe confundir, por tanto, la afirmación de la *relatividad* de la soberanía con la operación de las ideas acerca de la soberanía “*compartida*” o “*diluida*”¹⁸⁸⁷, que sirven para justificar la injerencia y dominación sobre un país determinado por parte de sujetos *exteriores* a este¹⁸⁸⁸. Hay que entender las propuestas de los principales autores cosmopolitas pertenecientes a la tendencia dominante, como proyectos prototípicos (solo relativamente velados) de “*pacificación imperial*”, destinados a facilitar que los grandes centros políticos rectores en el bloque occidental puedan ejercer su autoridad directamente (esto es, sin necesidad de mediaciones institucionales¹⁸⁸⁹) y sin resistencias (excluyendo, por tanto, la necesidad de utilización de medios de coerción) en el conjunto de su esfera de influencia¹⁸⁹⁰.

¹⁸⁸⁵ Siguiendo esta línea, DE VEGA GARCÍA, P., «Mundialización y Derecho...», *op. cit.*, pp. 15 y 17-18 y (más en general, en referencia al sentido de los procesos actuales de “constitucionalización de derechos”) HIRSCHL, R., *op. cit.*, pp. 93-95 y 104-105; ver también DELLAVALLE, S., *op. cit.*, pp. 101-102 y (en un sentido descriptivo) THORNHILL, C., «Rights and constituent...», *op. cit.*, p. 371.

¹⁸⁸⁶ En este sentido, DOUZINAS, C., *op. cit.*, p. 230 y TORRES DEL MORAL, A., *op. cit.*, pp. 30, 35-36 y 41; ver también STERIO, M., *op. cit.*, pp. 58-59. Complementariamente, para una aproximación a la caracterización de los distintos actores dentro de un orden mundial con una estructura jerárquica “*piramidal*”, ver HARDT, M. y NEGRI, A., *Empire*, pp. 309-312.

¹⁸⁸⁷ Ver tales expresiones (en un sentido descriptivo) en TORRES DEL MORAL, A., *op. cit.*, p. 35.

¹⁸⁸⁸ Reconociendo que “[...] *la soberanía estatal continúa siendo importante como una defensa al intervencionismo de las grandes potencias* [...]”, PETERS, A., *op. cit.*, p. 219.

¹⁸⁸⁹ Respecto al papel de los Estados en este contexto, ver DE CABO MARTÍN, C., *Contra el consenso...*, *op. cit.*, pp. 336-338 y HARDT, M. y NEGRI, A., *Empire*, p. 310.

¹⁸⁹⁰ Ver DOUZINAS, C., *op. cit.*, pp. 174 y 189. Para la descripción de distintos elementos contenidos en esta perspectiva, ver SCHWÖBEL, C. E. J., *op. cit.*, pp. 94-95, 99-101 y 120.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

El orden jurídico cosmopolita preconizado viene a suponer, en general, el refuerzo de la posición hegemónica de los principales grupos sociales que ya dirigen la vida económica de la mayor parte de los países, al dificultar aun más, si cabe, la operación de transformaciones sociales generales¹⁸⁹¹. Ello solamente puede asegurarse, en última instancia, mediante la profundización del denominado “déficit democrático” en los procesos de toma de decisiones políticas en cada país¹⁸⁹². Esta situación ha sido justificada mediante su consideración como una suerte de inconveniente a soportar, previo a la construcción de una “democracia mundial”, sin importar mucho que tal construcción intelectual carezca de una definición sólida, ni que su operación concreta no esté determinada de ningún modo. Siguiendo esta línea de pensamiento, no resulta extraño que la cuestión relativa al fenómeno constituyente (incluyendo la tesis acerca del “poder constituyente popular”) sea dejada de lado desde planteamientos *liberales*, a pesar de los potenciales efectos antidemocráticos de tal postura¹⁸⁹³. Ahora bien, tampoco se verifica, en la práctica, que las autoridades que ejercen potestades “constituyentes” estén constreñidas por “*modelo constitucional universal*” alguno, sea cual sea el momento y lugar¹⁸⁹⁴.

Los razonamientos expuestos arrojan no pocas dudas sobre el realismo y la “asepsia” ideológica de las tesis cosmopolitas más en boga. No obstante, ello no significa que, frente a estas, únicamente quepa la afirmación rígida de las teorías jurídicas “tradicionales” en el ámbito constitucional e internacional¹⁸⁹⁵. Resulta necesario, por tanto, ampliar el campo de estudio a otras propuestas que se presentan a sí mismas como *alternativas* a las tendencias doctrinales mayoritarias.

¹⁸⁹¹ En este sentido, BRUNKHORST, H., «Gloomy prospects – seven theories on the future of democracy within a world society», pp. 122 y 123 y (describiendo esta postura) PETERS, A., *op. cit.*, p. 259; ver también ŽIŽEK, S., *op. cit.*, p. 95. En general, para la definición de este planteamiento estratégico *contramayoritario* en el plano constitucional (siguiendo la noción de “*preservación hegemónica*”), ver HIRSCHL, R., *op. cit.*, pp. 90-91 y 107-108.

¹⁸⁹² BRUNKHORST, H., *op. cit.*, pp. 122-123; en un sentido más general, ver también DE VEGA GARCÍA, P., «Mundialización y Derecho...», *op. cit.*, p. 35 y RAJAGOPAL, B., *op. cit.*, pp. 168-169.

¹⁸⁹³ En un sentido descriptivo (siguiendo también a David Dyzenhaus), ver OKLOPCIC, Z., «Three arenas of...», *op. cit.*, pp. 225 y 226; ver también RUIPÉREZ ALAMILLO, J., «¿La Constitución en...», *op. cit.*, p. 159.

¹⁸⁹⁴ GONZÁLEZ CADENAS, D., *Teoría y práctica...*, *op. cit.*, p. 113.

¹⁸⁹⁵ En este sentido, DE VEGA GARCÍA, P., «Mundialización y Derecho...», *op. cit.*, p. 54.

3.2.2. La visión defensora del “cosmopolitismo emancipador”: propuestas e incógnitas.

A) Las orientaciones e ideas principales de la corriente cosmopolita *contrahegemónica*.

Aparte de la corriente general anteriormente descrita, otras posturas intelectuales más cercanas al pensamiento *crítico* también plantean la adopción de una orientación estratégica de naturaleza esencialmente *cosmopolita*¹⁸⁹⁶. Desde luego, tales posturas, que cabría calificar como “contrahegemónicas”, se destacan, de entrada, por su oposición a la corriente teórica dominante, caracterizada por su compromiso general con el orden *occidental*: la razón de ser de las visiones cosmopolitas críticas se hallaría en el propósito de avanzar procesos de transformación social con un sentido *emancipador* o *liberador*¹⁸⁹⁷.

Sin perjuicio de las diferencias sustantivas entre los objetivos de una y otra, lo cierto es que las premisas que fundamentan las propuestas de ambas tendencias son, en esencia, idénticas. En primer lugar, esta visión cosmopolita “alternativa” asume también, como un hecho, la erosión general del poder de los Estados con la creciente consolidación de una realidad social mundial “globalizada”, lo cual se plasmaría especialmente con el impacto de los cambios económicos sobre las distintas capacidades estatales: así, se tendería, irremediablemente, hacia una “desterritorialización” de las relaciones de dominación que pone en cuestión la posibilidad del ejercicio de potestades soberanas exclusivas en un país determinado¹⁸⁹⁸. En paralelo, esta evolución se enlazaría con la formación progresiva de un “poder global”, que vendría a suprimir la noción de soberanía tal y como es entendida

¹⁸⁹⁶ Ver SANTOS, B. DE S., *Sociología jurídica crítica...*, *op. cit.*, pp. 409-410 y SANTOS, B. DE S. y RODRÍGUEZ-GARAVITO, C. A., «Law, politics, and the subaltern in counter-hegemonic globalization», pp. 9 y 14.

¹⁸⁹⁷ Describiendo la noción de “cosmopolitismo subalterno”, SANTOS, B. DE S., *Sociología jurídica crítica...*, *op. cit.*, pp. 51 y 311-315. Ver también PINTO, L. M. DA S. C., *op. cit.*, p. 446 y RAJAGOPAL, B., *op. cit.*, pp. 186-187; para la voluntad de consecución de una “democracia global”, HARDT, M. y NEGRI, A., *Commonwealth*, pp. vii-viii.

¹⁸⁹⁸ En este sentido, BALIBAR, É., *op. cit.*, p. 200, HARDT, M. y NEGRI, A., *Empire*, pp. 332 y 336 y (describiendo esta postura) AMIN, S., *op. cit.*, p. 128; respecto a las “nuevas” líneas territoriales de división social, no determinadas ya por las fronteras estatales, HARDT, M. y NEGRI, A., *Empire*, pp. 334-335.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

usualmente¹⁸⁹⁹. En consecuencia, con la afirmación del novedoso carácter global de la política y la sociedad, lo cual sería fruto de la culminación de la unificación mundial de las economías capitalistas, se afirmaría la tendencia al final efectivo del “imperialismo” (al menos, en su entendimiento tradicional como dominación de unos centros “de poder” individualizables territorialmente sobre otros países concretos): las relaciones mundiales de dominación no desaparecerían, sino que se difuminarían, de forma que devendría inviable toda iniciativa política transformadora que plantee al *país* como nivel básico de actuación política¹⁹⁰⁰.

No solo se asevera, desde esta perspectiva, la creciente irrelevancia sustancial de la idea de *soberanía*: igualmente, se sostiene que la defensa de esta es contradictoria con la progresión del proyecto emancipador, dado el carácter eminentemente represivo que sería consustancial al concepto de “Estado-nación”¹⁹⁰¹. Más concretamente, se sostiene que la afirmación de la soberanía sirve para dificultar el efectivo cumplimiento, en cada uno de los países, de los derechos humanos proclamados internacionalmente: con la protección de las potestades estatales en el ámbito interno, se primarían los intereses de los grupos dominantes locales (especialmente, si afectan a asuntos económicos) frente a las necesidades y aspiraciones generales de la sociedad¹⁹⁰².

B) La cuestión de la articulación jurídica del “cosmopolitismo emancipador”.

La corriente cosmopolita “contrahegemónica” no se erige únicamente en oposición al orden global existente, en pos de su transformación: también se afirma

¹⁸⁹⁹ NEGRI, A., *El poder constituyente...*, *op. cit.*, pp. 25-26; ver también HARDT, M. y NEGRI, A., *Empire*, pp. 17 y 19 y (describiendo esta posición) OKLOPCIC, Z., «Three arenas of...», *op. cit.*, p. 229. En contraste, afirmando el debilitamiento de la soberanía “estatal”, pero no su desaparición, DOUZINAS, C., *op. cit.*, p. 149.

¹⁹⁰⁰ En este sentido, HARDT, M. y NEGRI, A., *Empire*, pp. 45-46, 332-333 y 384 y (describiendo la postura de estos autores) CARROZZA, P., *op. cit.*, pp. 177-178 (también nota 32) y DOUZINAS, C., *op. cit.*, p. 183. Sin embargo, matizando parcialmente este punto de vista (al plantear como necesidad “[...] *la rehabilitación del Estado al servicio del constitucionalismo social y democrático* [...]”, dada la importancia que este aún tiene), PISARELLO PRADOS, G., «Globalización, constitucionalismo y...», *op. cit.*, pp. 34-35; ver también BALIBAR, É., *op. cit.*, p. 18 y RAJAGOPAL, B., *op. cit.*, p. 309.

¹⁹⁰¹ Ver HARDT, M. y NEGRI, A., *Empire*, p. 336; de forma adicional, considerando que el Estado ya no representaría una barrena frente a las imposiciones del “orden global del capital”, *ibidem*, pp. 133 y 134.

¹⁹⁰² En este sentido, SANTOS, B. DE S., *Sociología jurídica crítica...*, *op. cit.*, pp. 420-421 y 422-423. Aseverando la existencia de una contradicción entre la garantía de los derechos humanos y la proclamación del principio de no intervención, situación ya evidente en el momento de su formulación simultánea en el contexto de la creación de la ONU, DOUZINAS, C., *op. cit.*, pp. 27-28.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

frente a los distintos “poderes” estatales, con la finalidad de lograr su superación futura¹⁹⁰³. Necesariamente, tales propósitos habrían de incorporar una dimensión normativa general que daría lugar a la conformación de un orden alternativo. Sin embargo, en términos efectivos, esta tendencia no llega a desarrollar planes tan ambiciosos: circunscrito a un ámbito más definido, el objetivo principal es establecer un control efectivo de las acciones de los principales actores supranacionales y estatales existentes, lo cual se plasma en una propuesta de naturaleza *jurídica*¹⁹⁰⁴.

Tal y como también se verifica en el pensamiento cosmopolita dominante, la corriente “alternativa” apuesta por garantizar los derechos humanos reconocidos internacionalmente (aun a pesar de que se afirme la existencia de un significativo sesgo *occidental y estatalista* en su formulación esencial¹⁹⁰⁵)¹⁹⁰⁶. En este sentido, la crítica vertida a los sistemas de protección incide principalmente en los desequilibrios que existen en la aplicación de los derechos, en función de que los destinatarios de sus mandatos sean Estados ricos o pobres, poderosos o débiles: la propuesta contrahegemónica al respecto consiste, fundamentalmente, en asegurar la efectividad del Derecho internacional de los derechos humanos en todas partes, mediante su incorporación al Derecho interno, lo cual supone la limitación efectiva de la *soberanía* a nivel local¹⁹⁰⁷. No deja de ser llamativo que, aun cuando se reconoce que los *derechos*

¹⁹⁰³ Ver, entre otros, PISARELLO PRADOS, G., «Globalización, constitucionalismo y...», *op. cit.*, p. 35 y SANTOS, B. DE S., *Sociología jurídica crítica...*, *op. cit.*, pp. 423-424.

¹⁹⁰⁴ En este sentido (y al respecto de la idea de “legalidad cosmopolita subalterna”) SANTOS, B. DE S. y RODRÍGUEZ-GARAVITO, C. A., *op. cit.*, pp. 15 y 18; afirmando la posibilidad del uso, en un sentido *contrahegemónico*, de los instrumentos jurídicos existentes en el plano internacional, PUREZA, J. M., «Defensive and oppositional...», *op. cit.*, p. 279. Más en general, haciendo referencia a la formulación de un “*Derecho cosmopolita*”, PISARELLO PRADOS, G., «Globalización, constitucionalismo y...», *op. cit.*, p. 53.

¹⁹⁰⁵ Ver SANTOS, B. DE S. y RODRÍGUEZ-GARAVITO, C. A., *op. cit.*, p. 20 y WALL, I. R., *op. cit.*, pp. 34-36; no obstante, rechazando que deba abandonarse la noción de *derechos humanos*, *ibidem*, pp. 2 y 34 (nota 33).

¹⁹⁰⁶ Afirmando “[...] *el potencial emancipatorio de la política de los derechos humanos* [...]” en un plano global, ver SANTOS, B. DE S., *Sociología jurídica crítica...*, *op. cit.*, p. 512; para el papel de los derechos humanos en un “*proyecto cosmopolita insurgente*”, *ibidem*, p. 516. Ver también PINTO, L. M. DA S. C., *op. cit.*, p. 450 y SANTOS, B. DE S. y RODRÍGUEZ-GARAVITO, C. A., *op. cit.*, pp. 18 y 20-21; igualmente, se pone especial énfasis en la consecución de la garantía de los “derechos sociales”, ver FERRAJOLI, L., *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia. 2...*, *op. cit.*, p. 588 y PISARELLO PRADOS, G., «Globalización, constitucionalismo y...», *op. cit.*, pp. 38-39.

¹⁹⁰⁷ *Ibidem*, p. 44 y (abogando por el reconocimiento de la aplicación directa y prevalente de los tratados internacionales sobre derechos humanos en el ordenamiento constitucional de cada país) NOGUERA FERNÁNDEZ, A., *El sujeto constituyente...*, *op. cit.*, pp. 196-197; ver también PUREZA, J. M., «¿Derecho cosmopolita o...», *op. cit.*, p. 127. Poniendo especial énfasis en los procesos de movilización social para el

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

humanos son un reflejo del orden político imperante (que, en principio, busca ser impugnado desde esta visión), se siga aceptando la continuidad de su vigencia, así como la legitimidad esencial de la acción de sus intérpretes formales en el plano internacional¹⁹⁰⁸.

El elemento que desarrolla, crucialmente, la visión descrita se encuentra en la propuesta de construcción de un “constitucionalismo mundial” que garantice la protección de los derechos humanos internacionales frente a los principales actores internacionales y las tendencias seguidas en el proceso de globalización, tomando como referencia las disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas, la Declaración Universal o los Pactos Internacionales¹⁹⁰⁹. Se trataría, de todas formas, de un proyecto de integración constitucional “suave”, centrado en la formulación de reformas normativas que no supondrían el desmantelamiento directo de los órdenes constitucionales locales, sino la coordinación de estos y su sujeción a controles (especialmente en aquellos asuntos de mayor significación internacional)¹⁹¹⁰. La clave, en este asunto, se halla en la apuesta continuada por el modelo hegemónico de “Estado constitucional”, el cual sigue siendo tomado como referencia institucional básica para el desarrollo del proyecto cosmopolita “contrahegemónico”¹⁹¹¹. Complementariamente, la voluntad de consecución de una genuina “ciudadanía global” (destinada, desde esta

avance de los derechos, SANTOS, B. DE S. y RODRÍGUEZ-GARAVITO, C. A., *op. cit.*, pp. 15-16 y 20; ver también (desarrollando, en este punto, una postura cercana a la tendencia *crítica*) FERRAJOLI, L., *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia. 2...*, *op. cit.*, pp. 587-588.

¹⁹⁰⁸ En especial, se mantiene un significativo apoyo a la función desarrollada por los órganos jurisdiccionales de los distintos sistemas regionales: un ejemplo de esta postura (en referencia a la Corte Interamericana), en SANTOS, B. DE S., *La difícil democracia...*, *op. cit.*, pp. 299-301.

¹⁹⁰⁹ PISARELLO PRADOS, G., «Globalización, constitucionalismo y...», *op. cit.*, p. 38. En términos más generales, uniendo la universalización de los derechos humanos a la labor de un “*poder constituyente mundial*” (a partir de la consideración de la humanidad como “*un solo pueblo*”), PINTO, L. M. DA S. C., *op. cit.*, p. 448.

¹⁹¹⁰ Ver PISARELLO PRADOS, G., «Globalización, constitucionalismo y...», *op. cit.*, pp. 37-38; haciéndose eco, concretamente, de la propuesta de Gerardo Pisarello al respecto, ver también PINTO, L. M. DA S. C., *op. cit.*, pp. 459-460.

¹⁹¹¹ Ver PISARELLO PRADOS, G., «¿Constitucionalismo sin constitución...», *op. cit.*, pp. 246-247; otro ejemplo de esta idea (desde una posición cercana a múltiples planteamientos del *pensamiento crítico*), en PINTO, L. M. DA S. C., *op. cit.*, p. 460.

visión, a derribar las “fronteras” que limitan y condicionan los derechos de las personas) se erige en un elemento programático fundamental¹⁹¹².

C) El problema de la convalidación implícita del orden global en el pensamiento cosmopolita “alternativo”.

Las ideas planteadas por la corriente cosmopolita contrahegemónica aparentan representar una ruptura con el orden de cosas existente (tales como rechazo de la preponderancia de los Estados o del sistema económico “neoliberal”). Sin embargo, resulta llamativo que sus propuestas concretas parten más de la apertura de reformas en el orden global que, propiamente, de la conformación progresiva de “otro” orden político mundial *frente* al actualmente imperante. Ello se muestra en aspectos tales como la aceptación básica de la idea de “apertura económica” (evidenciada en el rechazo al proteccionismo comercial) o la voluntad de “democratización” de la ONU (unida a la creación de nuevas instituciones mundiales relacionadas)¹⁹¹³.

Otra dimensión destacada en dicha perspectiva es la apuesta decidida por el desarrollo de los procesos regionales de integración política (con sus correspondientes correlatos jurídicos)¹⁹¹⁴. Por consiguiente, no es de extrañar que la defensa de la idea “europeísta” sea una de las señas distintivas del cosmopolitismo “alternativo” en Europa¹⁹¹⁵, bajo el argumento de que únicamente mediante la conformación de una unidad política europea se puede avanzar un proceso de emancipación social en la región¹⁹¹⁶. Esta postura no representa la impugnación del proyecto encarnado en la Unión Europea: por el contrario, el planteamiento principal en este ámbito consiste en la “reforma” o “corrección” de aquellos elementos o factores que se entienden que son

¹⁹¹² Ver HARDT, M. y NEGRI, A., *Empire*, p. 400 y (más en general, respecto a la idea de “*identidad jurídica cosmopolita*”) PISARELLO PRADOS, G., «Globalización, constitucionalismo y...», *op. cit.*, pp. 48-49; aludiendo a la necesidad adicional de reforzar las capacidades democráticas inherentes a la ciudadanía “*nacional*”, PINTO, L. M. DA S. C., *op. cit.*, p. 460.

¹⁹¹³ Ver PISARELLO PRADOS, G., «Globalización, constitucionalismo y...», *op. cit.*, pp. 35-36 y 44.

¹⁹¹⁴ Ver *ibidem*, pp. 43 y 49.

¹⁹¹⁵ Sintetizando esta idea en la necesidad de “[...] *articular un proyecto social y económico común* [...]” en Europa, FARIÑAS DULCE, M. J., «Ajustes neoliberales al...», *op. cit.*, p. 120; ver también AMIN, S., *op. cit.*, p. 130. Para una variación de esta idea, con la apuesta por la consecución de una “alianza” entre los pueblos radicados en el “sur” de Europa, ver NOGUERA FERNÁNDEZ, A., *El sujeto constituyente...*, *op. cit.*, pp. 182-191.

¹⁹¹⁶ Ver BALIBAR, É., *op. cit.*, p. 134 y NEGRI, A., *Europa y el Imperio. Reflexiones sobre un proceso constituyente*, pp. 25-34 y 83.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

desviaciones o derivas introducidas en el desarrollo de la UE, que desvirtúan su concepción pretendidamente “original”¹⁹¹⁷. La apuesta de esta corriente resulta firme: la otra posibilidad efectivamente existente, como es el refuerzo de la autonomía política de cada país frente al conjunto regional (incluyendo, en su caso, la salida de la Unión), es tachada como “nacionalista”, siendo así objeto de un rechazo tajante¹⁹¹⁸. Sin embargo, hay ciertos interrogantes ausentes en esta perspectiva, como son las relativas a la propia naturaleza de la UE (en especial, acerca de su función al servicio del mantenimiento del orden económico capitalista), o las que cuestionan que su orientación *socioliberal* sea genuinamente reformable¹⁹¹⁹.

Las consideraciones anteriores se reflejan en el tratamiento dispensado en la perspectiva cosmopolita “alternativa” a la cuestión del desarrollo de los procesos constituyentes. Así, se acepta con claridad la subordinación de estos últimos al marco general de los derechos humanos, mediante el reconocimiento de la necesidad de su respeto¹⁹²⁰. Ello representa, concretamente, una postura favorable a la recepción, en el Derecho interno, tanto de los principales instrumentos convencionales como de las interpretaciones sobre los mismos emanadas de los distintos sistemas internacionales de protección. Desde luego, tal visión no hace más que asumir, de manera *acrítica*, el contenido sustantivo del Derecho internacional de los derechos humanos. Al admitir la recepción de sus determinaciones “en bloque”, se muestra un significativo silencio con respecto a la significación *política* inherente a la función interpretativa de los sistemas

¹⁹¹⁷ Ver PISARELLO PRADOS, G., «¿Constitucionalismo sin constitución...», *op. cit.*, pp. 272-273. Para la apuesta por una reconducción de este proyecto, en un sentido “federalista”, *idem*, «Globalización, constitucionalismo y...», *op. cit.*, p. 43; ver también PINTO, L. M. DA S. C., *op. cit.*, p. 445. Sin embargo, afirmando la imposibilidad práctica de la reforma de la UE mediante los procedimientos jurídicos internos a la misma, ver DE CABO MARTÍN, C., *Conflicto y constitución...*, *op. cit.*, pp. 277 y 282; en un sentido más general, ver AMIN, S., *op. cit.*, p. 130.

¹⁹¹⁸ En este sentido, DE CABO MARTÍN, C., *Conflicto y constitución...*, *op. cit.*, pp. 286-287 y FARIÑAS DULCE, M. J., «Ajustes neoliberales al...», *op. cit.*, pp. 120 y 136. Considerando la aplicación de una suerte de “*reformismo constituyente*” en la UE como la única opción aceptable, DE CABO MARTÍN, C., *Conflicto y constitución...*, *op. cit.*, pp. 284 y 288-290; en una línea similar, ver también NEGRI, A., *Europa y el...*, *op. cit.*, pp. 84-89.

¹⁹¹⁹ No obstante, un sentido crítico con la postura “europeísta”, AMIN, S., *op. cit.*, pp. 130 y 133. En general, respecto a la necesidad de tener en cuenta la perspectiva “nacional” en el análisis de la situación internacional, GRAMSCI, A., *op. cit.*, p. 203; por su parte, poniendo en duda la posibilidad de avances emancipadores exclusivamente mundiales o regionales (esto es, sin tener en cuenta la necesidad de transformaciones en cada país), AMIN, S., *op. cit.*, p. 128.

¹⁹²⁰ Ver COLÓN-RÍOS, J. I., «Constituent Power, the...», *op. cit.*, p. 154; complementariamente, para la necesidad de conformación de los sistemas estatales al “modelo” de *Estado de Derecho*, PUREZA, J. M., «¿Derecho cosmopolita o...», *op. cit.*, pp. 123-124.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

de protección, en especial de aquellos de dimensión regional (tal y como se ha analizado anteriormente).

Con la aceptación efectiva de la supremacía de los derechos humanos “internacionales” sobre los procesos constituyentes, se consiente también, implícitamente, la necesidad de la supervisión exterior de estos (aún conociéndose las realidades políticas que conforman el actual sistema de relaciones internacionales). En concreto, se sostiene que la Declaración Universal y los Pactos Internacionales contendrían actualmente los únicos estándares jurídicos internacionales generales que pueden regir formalmente las distintas fases de los procesos de transformación del orden constitucional de un país¹⁹²¹. En todo caso, este representaría un marco normativo insuficiente, por exiguo: de ahí que se haya llegado a plantear, sin ambages, la necesidad de conformar, a partir de las determinaciones básicas de los textos anteriores, “[...] una normativa internacional de mínimos que regule los procesos de cambio constitucional [...]”¹⁹²². Sin embargo, no existe una noción definida acerca de quién habría de llevar a cabo la formación de dicho estándar, esto es, si debiera ser fruto de un acuerdo convencional entre Estados, de una disposición de una organización internacional “universal” o de la pretendida voluntad “general” de la “comunidad internacional”; en consecuencia, tampoco queda claro hasta qué punto dicha normativa podría ser impuesta contra la voluntad de las instituciones estatales existentes en un país determinado.

Sin embargo, no es este el principal corolario del compromiso básico de la tendencia cosmopolita “alternativa” con la protección de los derechos humanos internacionales: sí lo es la ausencia de un rechazo esencial a la idea misma de *intervención internacional* en la vida política de países concretos (por más que, desde esta visión, tal actuación haya de quedar sujeta al cumplimiento de múltiples condicionantes y límites¹⁹²³), pudiendo llegar a considerarse como aceptable el impulso exterior de procesos de transformación del orden constitucional si ello viene acordado

¹⁹²¹ GONZÁLEZ CADENAS, D., *Teoría y práctica...*, op. cit., pp. 135-136.

¹⁹²² Dicha propuesta, en *ibidem*, pp. 545-547.

¹⁹²³ En este sentido (y en referencia a la denominada “intervención humanitaria”), PISARELLO PRADOS, G., «Globalización, constitucionalismo y...», op. cit., p. 45.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

por parte de la “comunidad internacional”, llegado el caso¹⁹²⁴. Sin embargo, esta postura obvia el problema de la *legitimidad* en sí del sistema de relaciones internacionales existente¹⁹²⁵. Desde un plano más operativo, tampoco se plantean reservas sustantivas a la participación de expertos internacionales en los procesos de elaboración constitucional (si bien se propugna que ésta tenga un carácter “regulado”): desde este punto de vista, las potencialidades “técnicas” de dicha asistencia serían de particular valía jurídica (e incluso política), minimizándose el peligro de que esta práctica pueda servir como un mecanismo de injerencia exterior en la conformación de los contenidos de las disposiciones constituyentes¹⁹²⁶.

Así pues, no puede dejar de advertirse la semejanza sustancial de pensamiento entre las distintas tendencias cosmopolitas. Si hay una realidad que queda patente tras el análisis de los elementos argumentales anteriores es que la corriente cosmopolita “contrahegemónica” renuncia a cuestionar efectivamente los principios ideológicos utilizados en la tendencia doctrinal dominante para justificar fundamentalmente el orden *político* internacional (lo cual se debe, entre otros motivos, a la utilización de un marco conceptual común¹⁹²⁷)¹⁹²⁸. La “alternativa” general que esta plantea no supone, por tanto, otra cosa sino una variante *reformista* del cosmopolitismo *socioliberal* en general, sin que llegue a cuestionarse seriamente si esta visión admite unos cambios esenciales tales que posibiliten que forme parte de una matriz conceptual inspiradora y orientadora de procesos de transformación social en sentido *emancipador*¹⁹²⁹.

¹⁹²⁴ GONZÁLEZ CADENAS, D., *Teoría y práctica...*, *op. cit.*, pp. 254-255 y (respecto a la llamada “intervención democrática”) PUREZA, J. M., «¿Derecho cosmopolita o...», *op. cit.*, p. 133; haciendo mención a los criterios que habría de cumplir cualquier acción de influencia exterior en estos procesos para que pueda ser considerada como *legítima* (siguiendo a Philipp Dann y Zaid Al-Ali), GONZÁLEZ CADENAS, D., *Teoría y práctica...*, *op. cit.*, pp. 258-259.

¹⁹²⁵ Ver PUREZA, J. M., «¿Derecho cosmopolita o...», *op. cit.*, p. 134.

¹⁹²⁶ Un ejemplo de esta postura, en GONZÁLEZ CADENAS, D., *Teoría y práctica...*, *op. cit.*, pp. 249-254.

¹⁹²⁷ Para el problema de la “apropiación” de diversas ideas de sentido originalmente *contrahegemónico* por parte de las principales instituciones internacionales, así como su utilización para justificar las actuaciones de estas, MEDICI, A. M., «La Globalización como...», *op. cit.*, p. 200.

¹⁹²⁸ Para la idea de que la profundización en los *derechos humanos*, así como su ampliación (también en un sentido universal), representan el sentido último del proceso *emancipador* seguido por el “poder constituyente”, ver PINTO, L. M. DA S. C., *op. cit.*, p. 415.

¹⁹²⁹ En general, respecto a la “pasividad” práctica inherente al pensamiento político de carácter exclusivamente “internacionalista”, ver GRAMSCI, A., *op. cit.*, p. 204.

3.2.3. *El proceso constituyente, como fenómeno integral de la autodeterminación de una sociedad.*

A) Los rasgos esenciales del derecho de libre determinación de los pueblos en el Derecho internacional.

Hemos podido observar cómo las principales corrientes defensoras del ideal cosmopolita fundamentan su rechazo general a la idea de soberanía al afirmar, como horizonte necesario y primordial de los procesos de transformación política, la promoción y garantía de los derechos humanos. Sin embargo, tal y como se vio en el capítulo primero, entre estos hay uno que viene precisamente a defender el ejercicio de potestades propiamente *soberanas* por parte de grupos humanos concretos (esto es, no englobando en sí a la humanidad en su conjunto): no es otro sino el derecho de *libre determinación de los pueblos*.

En el dominio del Derecho internacional, la idea de *autodeterminación* de los pueblos se recoge en dos figuras complementarias. Por una parte, tal y como se ha visto, esta noción forma parte del catálogo propio de derechos humanos originado en el sistema de las Naciones Unidas, merced, sobre todo (aunque no únicamente), a su enunciación en el artículo primero de los dos Pactos Internacionales¹⁹³⁰. En este marco, siguiendo la comprensión doctrinal al respecto, el rasgo distintivo de la *libre determinación* frente a otros derechos sería su carácter *colectivo*: así, su ejercicio no se verificaría como resultado de la actuación separada de cada individuo en un país, sino que únicamente la conjunción de ellas da lugar a su materialización¹⁹³¹. Por otra parte, la formulación de la *libre determinación* como derecho humano representa una

¹⁹³⁰ CRISTESCU, A., *op. cit.*, párrs. 215-216 y 223-225.

¹⁹³¹ Ver *ibidem*, párrs. 214 y 691 y FERRAJOLI, L., *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia*. 2..., *op. cit.*, p. 554. Para la relación del derecho de libre determinación con otros derechos humanos, estos sí propiamente individuales, ver CRISTESCU, A., *op. cit.*, párrs. 220 y 692; respecto a la idea de que el ejercicio del derecho de libre determinación supone también la expresión de la voluntad de cada individuo acerca de su pertenencia a una *comunidad política* en concreto, ver (siguiendo la opinión del Comité de Arbitraje establecido acerca de Yugoslavia en 1991, presidido por Robert Badinter) PELLET, A., *op. cit.*, pp. 179 y 184.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

evolución respecto a su formulación más general (y antecedente en el tiempo) como *principio*¹⁹³².

Los *sujetos* del derecho de libre determinación, de acuerdo con lo establecido en los distintos instrumentos convencionales, son *todos* los pueblos¹⁹³³. El principal problema, sin embargo, es la virtual ausencia de una definición *positiva* de *pueblo* (de forma que pudiera caracterizarse, inequívocamente, a grupos humanos concretos como tales)¹⁹³⁴: ello ha dejado, en términos prácticos, la apreciación de los elementos constitutivos de esta noción a la práctica de los Estados o al criterio de la jurisprudencia internacional¹⁹³⁵. Ahora bien, en términos generales, se observa la presencia de dos tendencias contrapuestas en su identificación¹⁹³⁶. Así, por una parte, este es vinculado al concepto de *población*, de manera que se reconoce el correspondiente derecho al conjunto de habitantes de un territorio determinado (delimitado por fronteras, sean internacionales o intraestatales), independientemente a que este se halle sujeto a la administración de un Estado “local” o “extranjero”¹⁹³⁷. Sin embargo, también se ha plantado que, además de su ligazón con un territorio, para que un grupo humano sea considerado como *pueblo*, aquel ha de contar con otros rasgos distintivos, tanto

¹⁹³² Ver CRISTESCU, A., *op. cit.*, párrs. 136 y 228, MACKLEM, P., *op. cit.*, pp. 175 y 182, PARK, J., *Minority Rights Constraints on a State's Power to Regulate Citizenship under International Law*, p. 218 y (descrito como “*principio imperativo*”) REMIRO BROTONS, A., ... [et al.], *op. cit.*, p. 111; para su consideración como uno de los “*principios básicos constituyentes de la comunidad internacional*”, HERDEGEN, M., *op. cit.*, p. 74. La formulación más acabada de este *principio* en el marco de la ONU se halla en ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS, *Declaración sobre los principios...*, *op. cit.*, p. 132; ver también PASTOR RIDRUEJO, J. A., *Curso de Derecho...*, *op. cit.*, pp. 279-280. Afirmando, con carácter complementario, la naturaleza de este derecho como norma consuetudinaria internacional, *ibidem*, p. 286.

¹⁹³³ CRISTESCU, A., *op. cit.*, párr. 268; en referencia concreta a la Carta de las Naciones Unidas, PELLET, A., *op. cit.*, p. 179. Ver también (en el marco de la regulación de la libre determinación como principio) PASTOR RIDRUEJO, J. A., *Curso de Derecho...*, *op. cit.*, pp. 281 y 284.

¹⁹³⁴ CANÇADO TRINDADE, A. A., «Separate opinion of...», *op. cit.*, párr. 228, CASSESE, A., *op. cit.*, p. 326, CRISTESCU, A., *op. cit.*, párr. 269, MACKLEM, P., *op. cit.*, p. 178, ONUMA, Y., *op. cit.*, p. 443, PARK, J., *op. cit.*, pp. 218-219 y PELLET, A., *op. cit.*, p. 179.

¹⁹³⁵ En este sentido, SEIDEL, G., «A New Dimension of the Right of Self-Determination in Kosovo?», p. 204-205.

¹⁹³⁶ En general, respecto a las múltiples opiniones acerca de la definición de este concepto, CRISTESCU, A., *op. cit.*, párrs. 270-279.

¹⁹³⁷ Hay una aproximación, aun indirecta, a este punto de vista por parte de la Corte Internacional de Justicia, en INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE, «Western Sahara. Advisory Opinion of 16 October 1975», párr. 59; siguiendo esta perspectiva, también CASSESE, A., *op. cit.*, pp. 59 y 327, PARK, J., *op. cit.*, pp. 223-224 y REMIRO BROTONS, A., ... [et al.], *op. cit.*, p. 126. Sin embargo, rechazando explícitamente la identificación entre *pueblo* y *población*, PELLET, A., *op. cit.*, p. 179.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

objetivos como *subjetivos*¹⁹³⁸: ello acercaría el concepto de *pueblo* al de *nación* (ya tratado en el capítulo segundo)¹⁹³⁹.

Otro elemento destacado se encuentra en el alcance del contenido del derecho de libre determinación. Este consiste en la posibilidad de la adopción y materialización de determinaciones *fundamentales* respecto a todos los aspectos generales de la vida de un país (y su traslación a un orden jurídico)¹⁹⁴⁰: no supone, por tanto, el mero ejercicio de un derecho de autonomía limitado en cuanto a las materias que trate. Así pues, en lo inmediato, la realización de la *libre determinación* se revela en la facultad de establecer un orden *institucional* (destacadamente, a través de la definición, organización y funciones de un *Estado* con autoridad propia sobre el país¹⁹⁴¹)¹⁹⁴². Ello refleja la relación natural entre el derecho de libre determinación y el principio de “soberanía popular”, tal y como ambos elementos son comúnmente definidos en la doctrina jurídica¹⁹⁴³: el *proceso constituyente* adquiriría, así, una importancia crucial como expresión de la realización de la libre determinación de un *pueblo*¹⁹⁴⁴. Igualmente, su actuación se extiende al ámbito *económico*: en especial, se ha destacado en los instrumentos convencionales relevantes la capacidad de decisión sobre la voluntad y modos de explotación de la riqueza y los recursos existentes en el territorio del país¹⁹⁴⁵.

¹⁹³⁸ CANÇADO TRINDADE, A. A., «Separate opinion of...», *op. cit.*, párr. 228, PASTOR RIDRUEJO, J. A., *Curso de Derecho...*, *op. cit.*, pp. 274-275, STERIO, M., *op. cit.*, p. 16 y (a partir de la interpretación de la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia) PELLET, A., *op. cit.*, p. 179; también cercano a esta postura, CRISTESCU, A., *op. cit.*, párr. 279.

¹⁹³⁹ Afirmando la identidad sustantiva de ambas nociones (siguiendo a Eloy Ruiloba Santana), PASTOR RIDRUEJO, J. A., *Curso de Derecho...*, *op. cit.*, p. 274.

¹⁹⁴⁰ En este sentido, ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS, *Declaración sobre los principios...*, *op. cit.*, p. 132; ver también CRISTESCU, A., *op. cit.*, párr. 299 y REMIRO BROTONS, A., ... [*et al.*], *op. cit.*, pp. 137-138.

¹⁹⁴¹ Ver CRISTESCU, A., *op. cit.*, párrs. 170-171.

¹⁹⁴² La fórmula característica en este ámbito es la creación de un Estado independiente, ver en *ibidem*, párr. 307.

¹⁹⁴³ PASTOR RIDRUEJO, J. A., *Curso de Derecho...*, *op. cit.*, p. 294 y REMIRO BROTONS, A., ... [*et al.*], *op. cit.*, pp. 111 y 138; ver también COLÓN-RÍOS, J. I., «Constituent Power, the...», *op. cit.*, pp. 131 y 164-165 y FERRAJOLI, L., *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia. 2...*, *op. cit.*, p. 554.

¹⁹⁴⁴ Ver COLÓN-RÍOS, J. I., «Constituent Power, the...», *op. cit.*, p. 165.

¹⁹⁴⁵ Ver BARRETO, J.-M., «Imperialism and Decolonization...», *op. cit.*, p. 161, CASSESE, A., *op. cit.*, pp. 99-100, CRISTESCU, A., *op. cit.*, párrs. 462-468 y 701 y PASTOR RIDRUEJO, J. A., *Curso de Derecho...*, *op. cit.*, pp. 295-296; ver también (en el contexto regional africano) «African Charter on Human and Peoples' Rights», arts. 20 y 21. En general, respecto a la significación del Derecho internacional en la “*distribución global de la riqueza y los recursos*”, a través del reconocimiento de facultades soberanas a los Estados sobre el territorio de cada país, MACKLEM, P., *op. cit.*, p. 50.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

Por último, también integra la facultad de adoptar decisiones en la esfera cultural¹⁹⁴⁶. El derecho de libre determinación no se agota con su operación puntual en un proceso determinado: bien por el contrario, se trata de un derecho que subsiste con carácter permanente¹⁹⁴⁷.

En su conjunto, el “haz” de facultades contenidas en el derecho de libre determinación permite la distinción de dos dimensiones generales en la realización de este¹⁹⁴⁸. En primer lugar, se denota la vertiente *externa*: esta indica la potestad de un pueblo para configurar el marco esencial de sus relaciones con otros sujetos vinculados a países distintos, esto es, para consentir el establecimiento, modulación o ruptura de una posición de sujeción o dependencia respecto de estos últimos (dando lugar a múltiples opciones, tales como la independencia, la asociación, la autonomía o la integración completa¹⁹⁴⁹)¹⁹⁵⁰. El otro aspecto es el *interno*: con el ejercicio de la libre determinación, se establece el conjunto de relaciones *generales* entre sujetos radicados dentro de un mismo país, dando lugar a un determinado *orden político* (con todas las manifestaciones institucionales, económicas o culturales anteriormente expuestas)¹⁹⁵¹.

El derecho de libre determinación no contiene, únicamente, facultades para sus distintos titulares: también supone la imposición de deberes para todos los Estados, no

¹⁹⁴⁶ BARRETO, J.-M., «Imperialism and Decolonization...», *op. cit.*, p. 161 y CRISTESCU, A., *op. cit.*, párr. 584.

¹⁹⁴⁷ Ver COLÓN-RÍOS, J. I., «Constituent Power, the...», *op. cit.*, p. 168 y (parcialmente) CASSESE, A., *op. cit.*, p. 101.

¹⁹⁴⁸ CRISTESCU, A., *op. cit.*, párr. 303 y FERRAJOLI, L., *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia. 2...*, *op. cit.*, p. 554; en realidad, tal diferenciación tiene un origen doctrinal, no propiamente *positivo*, ver en ÁLVAREZ MOLINERO, N., *op. cit.*, p. 135.

¹⁹⁴⁹ Respecto a la existencia de distintas modalidades, ver ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS, *Declaración sobre los principios...*, *op. cit.*, p. 132; también en ÁLVAREZ MOLINERO, N., *op. cit.*, pp. 135-136 y STERIO, M., *op. cit.*, p. 18.

¹⁹⁵⁰ Ver ÁLVAREZ MOLINERO, N., *op. cit.*, p. 135, CRISTESCU, A., *op. cit.*, párr. 303, EUROPEAN COMMISSION FOR DEMOCRACY THROUGH LAW (VENICE COMMISSION), *Self-determination and secession...*, *op. cit.*, p. 10, FERRAJOLI, L., *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia. 2...*, *op. cit.*, p. 554, MUÑOZ MACHADO, S., *op. cit.*, p. 256 y PASTOR RIDRUEJO, J. A., *Curso de Derecho...*, *op. cit.*, p. 281.

¹⁹⁵¹ Ver ÁLVAREZ MOLINERO, N., *op. cit.*, p. 135, CASSESE, A., *op. cit.*, p. 101, CRISTESCU, A., *op. cit.*, párr. 303, EUROPEAN COMMISSION FOR DEMOCRACY THROUGH LAW (VENICE COMMISSION), *Self-determination and secession...*, *op. cit.*, p. 10, FERRAJOLI, L., *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia. 2...*, *op. cit.*, p. 554, MUÑOZ MACHADO, S., *op. cit.*, p. 256 y PASTOR RIDRUEJO, J. A., *Curso de Derecho...*, *op. cit.*, p. 281.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

solo con respecto al pueblo “propio” sino también en un plano general¹⁹⁵². En primer lugar, el respeto de la libre determinación conlleva la garantía concreta de diversos derechos fundamentales que sirven de condición necesaria para el ejercicio del primero (tales como el derecho de participación política o la libertad de expresión, entre otros)¹⁹⁵³: en este sentido, se afirma la existencia un nexo lógico entre el derecho de libre determinación y el carácter democrático del orden institucional del país¹⁹⁵⁴. Igualmente, se verifica la prohibición de que un Estado interfiera en el ejercicio de este derecho en un tercer país (independientemente al medio que se utilice), al objeto de imponer determinaciones políticas distintas a las que se adopten en virtud del mismo: así, se establece una vinculación sustantiva entre este derecho y el principio de *no intervención*¹⁹⁵⁵. Por último, no solo existen obligaciones referentes al respeto y garantía del ejercicio de este derecho, sino que también se conforman deberes positivos de *promoción* de la aplicación del principio de libre determinación, en el plano internacional, por parte de los Estados¹⁹⁵⁶. Sin embargo, el desarrollo de tales deberes presenta una condición sustantiva: los Estados no podrán utilizar la defensa de dicho principio como pretexto para proceder a “*quebrantar o menoscabar*” la unidad o integridad territorial de otro Estado independiente en el cual este se encuentre ya en aplicación (lo cual se mostraría por la existencia de un gobierno representativo del *pueblo*, sin exclusiones nacionales, raciales o religiosas, en el país correspondiente)¹⁹⁵⁷.

¹⁹⁵² Ver CRISTESCU, A., *op. cit.*, párr. 95 y PASTOR RIDRUEJO, J. A., *Curso de Derecho...*, *op. cit.*, pp. 280 y 281; considerando el derecho de libre determinación como una obligación *erga omnes*, DIEZ-PICAZO, L. M., *op. cit.*, p. 23 y (siguiendo la interpretación de la Corte Internacional de Justicia) FASSBENDER, B., «We the Peoples...», *op. cit.*, p. 279.

¹⁹⁵³ COLÓN-RÍOS, J. I., «Constituent Power, the...», *op. cit.*, p. 168, CRISTESCU, A., *op. cit.*, párrs. 256-258 y 320-326; ver también CASSESE, A., *op. cit.*, p. 337, PARK, J., *op. cit.*, pp. 228-230.

¹⁹⁵⁴ Para la vinculación entre *democracia y libre determinación*, ver ÁLVAREZ MOLINERO, N., *op. cit.*, p. 136, FERRAJOLI, L., *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia. 2...*, *op. cit.*, p. 554, MACKLEM, P., *op. cit.*, pp. 174-175, PARK, J., *op. cit.*, pp. 214 y 227, REMIRO BROTONS, A., ... [et al.], *op. cit.*, pp. 111 y 138 y STERIO, M., *op. cit.*, p. 13. No obstante, denotando la falta de concreción al respecto en la normativa internacional sobre la libre determinación, CASSESE, A., *op. cit.*, p. 332.

¹⁹⁵⁵ En relación con la prohibición de la “*injerencia externa*” en el ejercicio de la libre determinación, ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS, *Declaración sobre los principios...*, *op. cit.*, p. 132; ver también CRISTESCU, A., *op. cit.*, párrs. 179, 182 y 188-191.

¹⁹⁵⁶ Así se expresa en ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS, *Declaración sobre los principios...*, *op. cit.*, p. 132.

¹⁹⁵⁷ *Ibidem*, p. 132; ver también CRISTESCU, A., *op. cit.*, párr. 181, 275 y 692.

B) La negación efectiva del derecho de libre determinación en la doctrina jurídica hegemónica.

Tal y como se ha podido observar, el derecho de libre determinación de los pueblos representa una figura jurídica definida en el Derecho internacional, cuyo asentamiento normativo a través de instrumentos convencionales es firme¹⁹⁵⁸. Sin embargo, en el plano doctrinal, esta realidad ha sido activamente *combatida*¹⁹⁵⁹.

Integrada en la perspectiva descrita, una de las posturas más extremas consiste en la afirmación de que el derecho de libre determinación no puede ser caracterizado como un *derecho humano*, a tenor de la (pretendida) naturaleza de estos últimos¹⁹⁶⁰. Esta opinión es reforzada también, de forma implícita, mediante la idea de que la realización de la facultad de libre determinación ha de respetar *los* derechos humanos (que, en este contexto, son presentados rotundamente como derechos *individuales*)¹⁹⁶¹. Es de notar que dicha observación obvia la existencia del artículo primero de cada uno de los Pactos Internacionales *de* derechos humanos, dispensando a estos preceptos, por la vía de los hechos, el tratamiento de “cuerpo extraño” en el catálogo internacional de derechos humanos¹⁹⁶².

No obstante, la vía teórica más seguida consiste en la reinterpretación de cada uno de los elementos definitorios del principio de autodeterminación, transformando así su comprensión general: en última instancia, se ha tratado de generar un derecho sustancialmente distinto al reconocido efectivamente (y, naturalmente, con unas potencialidades prácticas sumamente recortadas). En este sentido, la primera línea de actuación se centra en la reducción del alcance subjetivo de este derecho, mediante una

¹⁹⁵⁸ En un sentido más general, DONNELLY, J., *Universal Human Rights...*, *op. cit.*, p. 48. No ocurre así, empero, en el ámbito del Derecho constitucional de los distintos países, ver EUROPEAN COMMISSION FOR DEMOCRACY THROUGH LAW (VENICE COMMISSION), *Self-determination and secession...*, *op. cit.*, 13.

¹⁹⁵⁹ Describiendo la hostilidad con que se recibió la enunciación del derecho de libre determinación por buena parte de la doctrina internacionalista, MOYN, S., *op. cit.*, pp. 196-199.

¹⁹⁶⁰ En este sentido, PÉREZ LUÑO, A. E., *La tercera generación...*, *op. cit.*, pp. 233, 235 y 236-237 y (aludiendo a los “*derechos fundamentales*”) FERRAJOLI, L., *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia. 2...*, *op. cit.*, p. 556. Ver también MACKLEM, P., *op. cit.*, p. 175 y ONUMA, Y., *op. cit.*, p. 443.

¹⁹⁶¹ Ver BESSON, S., «The legitimate authority...», *op. cit.*, p. 55 y PETERSMANN, E.-U., «State Sovereignty, Popular...», *op. cit.*, pp. 4 y 5; también se afirma esta perspectiva en CRISTESCU, A., *op. cit.*, párr. 319 y HERDEGEN, M., *op. cit.*, p. 80.

¹⁹⁶² O bien se desnaturaliza hasta el extremo la presencia de estos artículos en los Pactos: un ejemplo destacado, en PÉREZ LUÑO, A. E., *La tercera generación...*, *op. cit.*, pp. 234-235.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

revisión restrictiva de sus posibles titulares. En consecuencia, se ha afirmado, en diversas ocasiones, que el derecho de libre determinación únicamente se extiende a aquellos pueblos que se hallen sujetos a una dominación colonial por un Estado “extranjero”¹⁹⁶³. Desde un punto de vista práctico, esta proposición significaría que el ejercicio “externo” del derecho de libre determinación estaría cerca de su agotamiento en la actualidad, al haberse ya completado (al menos, formalmente) la gran mayoría de los procesos de descolonización a lo largo y ancho del planeta.

Sin embargo, ello abre, naturalmente, un gran interrogante al respecto de qué facultades dispondrían los pueblos que se hallen integrados en países independientes (pretendidamente, la mayoría), sin que concurra una situación de abierta dominación *colonial* u opresión *nacional*. Es en este punto donde la apuesta por la diferenciación teórica entre las dimensiones *interna* y *externa* de la autodeterminación alcanza su máxima expresión. Así, en un supuesto *ordinario* (que, tal y como es planteado, representaría la situación de buena parte de los países *democráticos* existentes), la autodeterminación se identifica con la facultad de *autogobierno*, esto es, con la garantía de participación colectiva en el gobierno del Estado ya constituido, sea en solitario (si se tratase de un único pueblo en el territorio) o desde un plano general de equiparación política con otros pueblos en el mismo país¹⁹⁶⁴. En este sentido, las demandas de singularización del estatus político de un pueblo determinado se orientarían hacia la formulación de regímenes de *autonomía interna* (esto es, no alterándose la posición sustantiva del Estado correspondiente en el contexto jurídico internacional)¹⁹⁶⁵: con ello, se produciría el cumplimiento del derecho de libre determinación¹⁹⁶⁶.

¹⁹⁶³ En este sentido, DONNELLY, J., *Universal Human Rights...*, *op. cit.*, p. 48 (nota 10) y PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., «Pasado y futuro...», *op. cit.*, p. 394; discrepando respecto de esta postura, ÁLVAREZ MOLINERO, N., *op. cit.*, pp. 132-133 y CASSESE, A., *op. cit.*, pp. 325-326.

¹⁹⁶⁴ En este sentido, FERRAJOLI, L., *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia. 2...*, *op. cit.*, p. 556, MACKLEM, P., *op. cit.*, pp. 176 y 180, MUÑOZ MACHADO, S., *op. cit.*, p. 256 y STERIO, M., *op. cit.*, pp. 11, 13 y 18.

¹⁹⁶⁵ Ver EUROPEAN COMMISSION FOR DEMOCRACY THROUGH LAW (VENICE COMMISSION), *Self-determination and secession...*, *op. cit.*, p. 13, MACKLEM, P., *op. cit.*, pp. 176-177 y REMIRO BROTONS, A., ... [et al.], *op. cit.*, p. 126; considerando el desarrollo de sistemas *federales* de organización estatal como la expresión más adecuada de esta determinación, FERRAJOLI, L., *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia. 2...*, *op. cit.*, p. 557.

¹⁹⁶⁶ En este sentido, CASSESE, A., *op. cit.*, pp. 352 y 359 y STERIO, M., *op. cit.*, p. 19.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

La línea de pensamiento descrita exalta la dimensión *interna* hasta convertirla en el contenido “típico” del derecho de libre determinación en su conjunto; paralelamente, la vertiente *externa* es desgajada conceptualmente del resto del contenido del derecho, siendo reducida a un derecho a la *secesión* respecto a un país existente¹⁹⁶⁷. Este “otro” derecho de libre determinación (exclusivamente identificable por su naturaleza *externa*) se materializaría únicamente con la concurrencia de diversos supuestos *extraordinarios*, tales como la no descolonización de un territorio determinado, la existencia de una situación de discriminación hacia grupos raciales, étnicos o religiosos o la denegación de la facultad de participación política a pueblos radicados en el mismo país por parte de un Estado¹⁹⁶⁸. Conforme a esta concepción, la secesión constituiría una solución de carácter simplemente “remedial”¹⁹⁶⁹. Los motivos que se aducen, principalmente, para denegar jurídicamente el derecho de secesión a la inmensa mayoría de *pueblos* (más o menos reconocidos como tales) no se corresponden, empero, con el contenido de mandatos positivos concretos recogidos en disposiciones convencionales del Derecho internacional¹⁹⁷⁰: se asevera, como justificación principal, la necesidad de conservación de la paz, la seguridad o la estabilidad internacionales (para lo cual se requiere el mantenimiento de la integridad territorial de los Estados existentes¹⁹⁷¹)¹⁹⁷². Ciertamente, se esgrime el contenido de la Resolución 2625 (XXV) de la Asamblea General de las

¹⁹⁶⁷ En este sentido, CASSESE, A., *op. cit.*, p. 350, MACKLEM, P., *op. cit.*, p. 180, SEIDEL, G., *op. cit.*, pp. 206-207 y STERIO, M., *op. cit.*, pp. 18-19; igualmente, en referencia al tratamiento de esta cuestión en el ámbito del Derecho constitucional, EUROPEAN COMMISSION FOR DEMOCRACY THROUGH LAW (VENICE COMMISSION), *Self-determination and secession...*, *op. cit.*, p. 13. En contraste, rechazando la separación entre estas dos dimensiones, PARK, J., *op. cit.*, p. 214.

¹⁹⁶⁸ En este sentido, PASTOR RIDRUEJO, J. A., *Curso de Derecho...*, *op. cit.*, pp. 283 y 284, REMIRO BROTONS, A., ... [et al.], *op. cit.*, pp. 127 y 131, SEIDEL, G., *op. cit.*, pp. 208-209 y STERIO, M., *op. cit.*, pp. 16, 21 y 22; ver también CASSESE, A., *op. cit.*, pp. 359-360, (en un sentido más genérico) CANÇADO TRINDADE, A. A., «Separate opinion of...», *op. cit.*, párrs. 184 y 208 y (siguiendo a Fernando M. Mariño Menéndez) VILLÁN DURÁN, C., *op. cit.*, pp. 122-123. Por otra parte, afirmando que “[...] *Se trata de excepciones que han de ser interpretadas estrictamente* [...]”, REMIRO BROTONS, A., ... [et al.], *op. cit.*, p. 127.

¹⁹⁶⁹ Ver FERRAJOLI, L., *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia. 2...*, *op. cit.*, pp. 556-557, MACKLEM, P., *op. cit.*, p. 180, SEIDEL, G., *op. cit.*, p. 210 y (siguiendo a Diane Orenlichter) STERIO, M., *op. cit.*, pp. 12-13; afirmando que “[...] *ningún pueblo tiene derecho de autodeterminación o de secesión a expensas de otro pueblo* [...]”, RAWLS, J., *op. cit.*, p. 51.

¹⁹⁷⁰ Como máximo, se hacen menciones genéricas a la Carta de las Naciones Unidas, ver, por ejemplo, FERRAJOLI, L., *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia. 2...*, *op. cit.*, p. 555; complementariamente, negando que en los Pactos internacionales se contenga un “[...] *derecho de un pueblo a convertirse en Estado* [...]”, *ibidem*, p. 555.

¹⁹⁷¹ REMIRO BROTONS, A., ... [et al.], *op. cit.*, p. 126.

¹⁹⁷² PASTOR RIDRUEJO, J. A., *Curso de Derecho...*, *op. cit.*, p. 282 y SEIDEL, G., *op. cit.*, pp. 207-208.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

Naciones Unidas como fundamento *normativo* para la imposición de exclusiones al ejercicio de esta facultad *por parte de los pueblos*, en favor del mantenimiento de la integridad estatal¹⁹⁷³: sin embargo, se olvida que dicha resolución tiene como objeto la definición de los “*principios de Derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados*”¹⁹⁷⁴, por lo cual sus disposiciones no están dirigidas a sujetos de Derecho internacional distintos de los mismos Estados.

Las anteriores afirmaciones no provienen únicamente de autores vinculados a las distintas tendencias dominantes: igualmente, tales tesis han hallado una amplia acogida en buena parte de las aportaciones recogidas en el marco de la *teoría crítica*. En este sentido, resulta más que destacada la exaltación de la dimensión interna de la autodeterminación (que se vincula, indefectiblemente, a la realización de planteamientos democráticos), unida a una poco disimulada hostilidad hacia la operación de su vertiente externa en la forma de constitución de nuevos Estados independientes (posibilidad que es considerada como potencialmente contradictoria con la línea anterior)¹⁹⁷⁵. Una aplicación destacada de esta visión se encuentra en el tratamiento teórico dispensado al derecho de libre determinación en referencia a la situación de los pueblos indígenas. En este contexto, la *autodeterminación* se ha planteado fundamentalmente en un sentido *interno*, entendida como un esfuerzo de afirmación de los derechos políticos, sociales y culturales, de manera que garantice la pervivencia y desarrollo de las distintas colectividades étnicas dentro del marco de los Estados existentes (cuya integridad básica se mantiene incólume)¹⁹⁷⁶: siguiendo esta

¹⁹⁷³ CASSESE, A., *op. cit.*, pp. 109-115, MUÑOZ MACHADO, S., *op. cit.*, p. 256, PASTOR RIDRUEJO, J. A., *Curso de Derecho...*, *op. cit.*, p. 282, REMIRO BROTONS, A., ... [*et al.*], *op. cit.*, p. 127 y VILLÁN DURÁN, C., *op. cit.*, p. 123; el texto aludido, en ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS, *Declaración sobre los principios...*, *op. cit.*, p. 132.

¹⁹⁷⁴ Ver en *ibidem*, p. 130 (el subrayado es añadido).

¹⁹⁷⁵ Una de las formulaciones más contundentes al respecto, en SANTOS, B. DE S., *Sociología jurídica crítica...*, *op. cit.*, p. 538; ver también PUREZA, J. M., «¿Derecho cosmopolita o...», *op. cit.*, p. 132. Planteando la sustitución efectiva del derecho de libre determinación por el concepto de “*ecosoberanía*” (en esencia, la concesión de potestades soberanas limitadas a materias económicas y ecológicas), ver RODRÍGUEZ AÑUEZ, M., «El derecho a la libre autodeterminación de los pueblos y el caso fallido del Sahara Occidental. Los límites del cosmopolitismo y la ecosoberanía como propuesta alternativa», pp. 386-388.

¹⁹⁷⁶ Esta visión encuentra un asidero, desde luego, en las determinaciones contenidas en el texto de la Declaración de la ONU referente al derecho de los pueblos indígenas a la libre determinación, en ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS, *Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas*, arts. 3, 4, 5 y 46; en este sentido, haciendo referencia a la significación de dicho texto, SANTOS, B. DE S., «Human Rights...», *op. cit.*, p. 22.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

perspectiva, la solución jurídica que confiere mayores potestades políticas a los pueblos indígenas se basa en la afirmación constitucional de la “plurinacionalidad” estatal, como punto de partida para la formulación de estatutos políticos autónomos (en principio, protegidos frente a procesos ordinarios de reforma constitucional)¹⁹⁷⁷.

El principal problema a la hora de dar por válido el énfasis dispuesto en la “autodeterminación interna” (que llega a ser considerada como expresión de la superación histórica de la pretendida variante “externa”¹⁹⁷⁸) estriba en que es una vía más que idónea para vaciar de toda efectividad al derecho de libre determinación *en su conjunto*. Las razones son varias: en primer lugar, porque mantiene a toda costa la sujeción básica de grupos poblacionales a los Estados que se hallan “contestados” por aquellos, puesto que solo se permite paliar las consecuencias derivadas de las relaciones de dominación existentes entre sociedades distintas dentro de un país (esto es, en el mejor de los casos, solamente es posible hacerlas “tolerables”), pero no cercenar estas de raíz (que es, precisamente, lo que se puede lograr con la secesión). Por otro lado, la exclusión general de la opción de independencia estatal sirve, indirectamente, para mantener la eficacia de las determinaciones normativas internacionales establecidas sobre el conjunto del país, a través del ordenamiento jurídico que sigue siendo aplicado por el Estado que subsiste: este se convierte, así, en “correa de transmisión” de los mandatos del orden internacional hegemónico frente a los distintos sujetos políticos “autónomos” (naturalmente limitados en la extensión de sus facultades normativas).

Reducido y deformado sustancialmente el derecho de libre determinación más allá de toda reconocibilidad, únicamente cabe adaptar las condiciones concretas de su “ejercicio”. En este sentido, el derecho de secesión “remedial” de una parte del territorio de un país, concebido con un carácter autónomo respecto del principio de autodeterminación, presenta una naturaleza eminentemente casuística, especialmente susceptible de apreciaciones arbitrarias, que queda bajo el control de los actores internacionales dominantes (lo cual se hará patente con mayor intensidad en los

¹⁹⁷⁷ Describiendo la determinación a este respecto en el caso de Bolivia, CLAVERO SALVADOR, B., «Bolivia entre constitucionalismo colonial y constitucionalismo emancipatorio», pp. 98-101.

¹⁹⁷⁸ Ver CANÇADO TRINDADE, A. A., «Separate opinion of...», *op. cit.*, párr. 174; en un sentido crítico (comentando la postura de Cassese al respecto), MOYN, S., *op. cit.*, p. 208.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

distintos ámbitos regionales)¹⁹⁷⁹. En consecuencia, la formulación de tal derecho (separada de la comprensión general de la figura de la autodeterminación), con los condicionantes antes expuestos, se erige en una herramienta de presión política “a la carta”, en manos de la “comunidad internacional”, frente a países “díscolos” que estén aquejados de problemas de integración de sus distintos grupos nacionales.

Es preciso hacer notar que la denegación general del derecho de libre determinación apareja la reducción de la funcionalidad del proceso constituyente, también en camino hacia la negación directa de este. El sentido es claro: con la neutralización del principio de autodeterminación, se tiende a “petrificar” el catálogo de Estados existentes, con lo que también se reconoce una cierta intangibilidad de algunos de los elementos básicos de los ordenamientos jurídicos locales (en especial, de aquellos que afectan más directamente a la inserción del país en el orden global). Ello, por una parte, representa una cierta garantía de estabilidad para los grupos políticamente hegemónicos en cada país (puesto que no se niega su existencia y preponderancia, sino que se condiciona el alcance de su dominio); al mismo tiempo, también limita su capacidad de afirmación normativa del conjunto del país frente a los dictados del orden internacional (que se encuentran en continua evolución, como se ha podido estudiar, exigiendo los correspondientes ajustes a las partes subordinadas al mismo). En consecuencia, la merma efectiva del derecho de libre determinación arrastra también en el mismo sentido al principio de *no intervención*¹⁹⁸⁰.

C) Fundamentación emancipadora del principio de autodeterminación: proceso constituyente y transformación social.

A la vista de lo expuesto en los epígrafes anteriores, es posible formular una conclusión general: las principales propuestas doctrinales que tratan de caracterizar la relación entre los conceptos de *derecho humano* y *proceso constituyente* no están a la altura de las promesas que suscitan, sustanciadas (al menos, en sus vertientes más *progresistas*) en la afirmación del propósito *emancipador* de las mismas¹⁹⁸¹. La brecha

¹⁹⁷⁹ En este sentido, STERIO, M., *op. cit.*, pp. 63, 67, 179 y 180; ver también OKLOPCIC, Z., «Constitutional (Re)Vision: Sovereign...», *op. cit.*, p. 95.

¹⁹⁸⁰ Ver STERIO, M., *op. cit.*, p. 67.

¹⁹⁸¹ Así, por ejemplo, en el marco de la teoría *democrática* dominante, aseverando el carácter inherentemente emancipador del “poder constituyente”, PINTO, L. M. DA S. C., *op. cit.*, pp. 466-471.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

entre los fines que afirman perseguir y las realizaciones prácticas que pueden llegar a alcanzar es demasiado amplia como para poder ser cerrada mediante el solo ejercicio de la voluntad.

No obstante, son diferentes los motivos que concurren para este resultado en cada una de las tendencias principales estudiadas, así como su significación. Es preciso señalar que, en el caso de las propuestas doctrinales hegemónicas, la distancia entre teoría y práctica es más aparente que efectiva, puesto que no existen grandes disonancias entre los objetivos *reales* (fácilmente discernibles detrás de las proclamaciones retóricas de buenos propósitos) y las transformaciones políticas propugnadas: al fin y al cabo, la función *efectiva* principal del cosmopolitismo *socioliberal* es proporcionar una cobertura *ideológica* a los procesos de reconfiguración y desarrollo de bloques de dominación imperialista occidental en los planos global y regional. Ahora bien, en cuanto a la aportación *crítica* que se ha ocupado directamente de esta cuestión, sí se advierte, en general, la presencia de múltiples problemas tanto conceptuales como metodológicos, en lo cual operan distintos factores intelectuales. Así, se destacan, en el plano teórico, la carencia de un análisis integral de los fenómenos sociales complejos (apostando, usualmente, por la simple formulación de explicaciones inmediatistas a hechos y procesos aislados), así como el mantenimiento de opiniones preconcebidas (tales como la consideración del “cosmopolitismo” como panacea universal frente a los grandes males sociales); en términos de posición política sustantiva, se denota la ausencia de una voluntad firme para realizar un cuestionamiento político serio de instituciones locales e internacionales que pueden incidir en el desarrollo del fenómeno constituyente (en especial, los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos), y que son consideradas como expresión de unos pretendidos “grandes consensos” en el ámbito correspondiente.

Desde luego, si se quiere establecer cuál es el fin que se busca lograr con el desarrollo de un determinado modelo teórico, también resulta necesario precisar los términos concretos en los que este se expone, en vista a su realización práctica. Ello se pone de relieve, especialmente, con el propio concepto de *emancipación*, que requiere una diferenciación primaria respecto del término *liberación*. La noción de *liberación* sugiere un horizonte de transformación completa de la sociedad, desechando la pervivencia de cualquier tipo de relación de poder en su seno (independientemente a las

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

formas en las que estas se encarnen), a la par que se remueve cualquier otro impedimento para el pleno desarrollo de la personalidad humana¹⁹⁸². Sin embargo, por muy rotunda que sea tal formulación en abstracto, igualmente presenta un importante grado de indeterminación en su traducción práctica, marcando la virtual imposibilidad de su plasmación en un programa de actuaciones materiales articuladas entre sí. En consecuencia, ante la imposibilidad de alcanzar el horizonte liberador de una vez, este queda reducido a la condición de un *ideal*, lo cual lleva a su sustitución efectiva por la operación de cambios limitados, esto es, de reformas parciales en el orden existente. Por su parte, la idea de *emancipación* indica la erradicación de las relaciones *políticas* de *dominación* existentes (en especial de aquellas vinculadas a procesos de explotación), superando aquellas contradicciones sociales antagónicas que obstaculizan el despliegue de las potencialidades particulares y colectivas de las distintas sociedades¹⁹⁸³. La *emancipación* es *posible* (parte del conocimiento de la realidad concreta¹⁹⁸⁴), pero para ello requiere una ruptura concreta y efectiva con el orden imperante. A una teoría *crítica* ha de corresponder una práctica plasmada en procesos *emancipadores*, esto es, con vocación de cambio social sustantivo en todos sus planos.

En función de lo descrito, parece evidente que la caracterización general del fenómeno constituyente emancipador ha de partir necesariamente de la identificación de los elementos *reales* que concurren en su desarrollo (esto es, atendiendo a la formulación de estos como procesos sociales efectivos), dejando a un lado diversas figuras propiamente *ideológicas*, acuñadas por las corrientes teóricas dominantes. Esta exigencia se revela particularmente evidente en la identificación concreta de los sujetos que intervienen en su formación (y que, en el capítulo segundo, fueron descritos generalmente como *partidos*), los cuales no operan independientemente entre sí y fuera de todo contexto, sino que provienen y se incardinan en la dinámica vital de cada país. De tal manera, una vez más, el punto de referencia se establece no ya respecto a la noción de *pueblo*, sino a la de *sociedad*: la primera condición necesaria para la

¹⁹⁸² Ver (siguiendo a Ignacio Ellacuría) GÁNDARA CARBALLIDO, M. E., *op. cit.*, p. 300.

¹⁹⁸³ Considerando que este concepto es más limitado que el de *liberación*, ver HARDT, M. y NEGRI, A., *Commonwealth*, pp. 331-332; no obstante, para una concepción diferente de *emancipación social*, ver SANTOS, B. DE S., *La difícil democracia...*, *op. cit.*, p. 234.

¹⁹⁸⁴ Para el concepto de *emancipación*, desde un plano teórico, ver (siguiendo a Celso Nunes) WOLKMER, A. C., *Teoría crítica del...*, *op. cit.*, pp. 21-22.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

emergencia de fenómenos constituyentes es la existencia de una vida *social*. Este enfoque se ha revelado con particular claridad, por ejemplo, en la modulación efectiva del ejercicio del derecho de libre determinación desde el propio sistema de las Naciones Unidas. En este sentido, se afirma que la determinación del cuerpo de votantes para la realización de consultas sobre la independencia de un territorio se asienta fundamentalmente no sobre estatutos jurídicos positivos prefigurados (tales como la *ciudadanía*) o en la verificación de ligazones culturales pretendidamente “objetivas” (indicando en la adscripción a un grupo “nacional” determinado), sino en la efectiva “*vinculación con el territorio*” de los distintos individuos presentes en este (utilizando criterios tales como el tiempo de duración de su residencia)¹⁹⁸⁵. Así como los *partidos* (cuyas dinámicas son la causa eficiente de los procesos constituyentes) surgen de las contradicciones sociales internas, las contradicciones entre *países* fundamentan los procesos de autodeterminación tal y como estos son genéricamente contemplados, desembocando en la formación de nuevos órdenes políticos (así como de sus realidades estatales correspondientes). En uno y otro aspecto, deviene en condición esencial e imprescindible la conjunción de las voluntades de distintos sujetos políticos.

El *sentido real* del proceso de transformación política de un país se plasma siempre en un *programa constituyente*. Este no consiste una mera colección de reivindicaciones agrupadas en una lista sin coherencia interna alguna: necesariamente, representa un proyecto de *orden social*. Por su contenido, el programa constituyente se refiere, naturalmente, a la delimitación de las principales relaciones de poder en la sociedad (lo cual conlleva, crucialmente, la opción por un sistema económico determinado incluyendo, históricamente, la decisión acerca de la división sexual del trabajo), sea para reafirmarlas (expresa o tácitamente) o para alterarlas; por su forma, comprende la estructuración de las organizaciones públicas que conforman colectivamente el Estado, la ordenación de relaciones entre los distintos grupos sociales “nacionales” y el marco básico de las relaciones *exteriores*. En el plano jurídico, dicha orientación no se plasma únicamente en la redacción de los textos constitucionales adoptados formalmente, sino que se extiende a lo largo del ordenamiento constitucional

¹⁹⁸⁵ Así, para el caso concreto de las consultas sobre la independencia de Nueva Caledonia, ver COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS, *Dictamen. Comunicación N° 932/2000*, párrs. 13.7, 13.8, 14.6 y 14.7. Desde una perspectiva teórica general, ver también PARK, J., *op. cit.*, pp. 223-224.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

y de cualesquiera otras determinaciones materialmente constituyentes, sean previas o concurrentes.

De lo indicado en este punto se deriva una cautela: el análisis del catálogo de los *derechos fundamentales* reconocidos constitucionalmente representa una parte necesaria, pero no suficiente, en el estudio del programa aplicado en el proceso constituyente. El olvido de este toque de atención conlleva el riesgo de asumir el postulado de que el proceso constituyente con vocación emancipadora ha de cumplir, principalmente, la función de vehículo para la plasmación jurídica de los derechos humanos *internacionales* en la vida social de cada país, de manera directa (mediante su integración formal en el ordenamiento jurídico del país) o indirecta (sirviendo de inspiración normativa en la labor de transformación del Derecho positivo)¹⁹⁸⁶. En consecuencia, siguiendo tal línea de pensamiento, el carácter emancipador de un fenómeno constituyente determinado se verificaría únicamente por la adecuación de sus resultados a las disposiciones de los catálogos de derechos humanos contemplados en el Derecho internacional, tanto en el plano de las Naciones Unidas como en el regional (a los cuales siempre hay que unir las interpretaciones autorizadas de las instituciones internacionales que correspondan). De esta forma, en términos globales, se estaría aceptando, implícitamente, el modelo político *socioliberal* como referencia programática *única y permanente*: ello representaría, en esencia, el mantenimiento de las líneas básicas del orden ya existente, descartándose categóricamente su superación. En consecuencia, la subordinación de la acción constituyente a los estándares internacionales sobre derechos humanos conllevaría la aceptación anticipada de límites sustanciales a las transformaciones constitucionales *emancipadoras*, esto es, su propia negación esencial¹⁹⁸⁷.

El carácter *emancipador* de un *programa* determinado depende únicamente de su contenido sustantivo, no de la fuente de la que proceda¹⁹⁸⁸. En el capítulo segundo, ya se analizó por qué un proceso constituyente democrático no podía ser considerado como

¹⁹⁸⁶ Siguiendo la postura descrita, por ejemplo, PINTO, L. M. DA S. C., *op. cit.*, pp. 384-385 y 412.

¹⁹⁸⁷ Una expresión eminente de ello se encuentra en la afirmación de los mecanismos de protección de la propiedad privada, impidiendo la expansión del control de la clase trabajadora sobre los medios de producción, ver WRIGHT, E. O., *op. cit.*, pp. 262-264; ver también HIRSCHL, R., *op. cit.*, p. 94.

¹⁹⁸⁸ Ver un ejemplo acerca de tales contenidos programáticos, en DE CABO MARTÍN, C., *Contra el consenso...*, *op. cit.*, pp. 194-195.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

emancipador en virtud de esta sola característica; sin embargo, también se ha afirmado que el proceso constituyente emancipador *es* (o sólo *puede ser*) *democrático*. Ciertamente, desde un punto de vista empírico, se verifica que, en las sociedades clasistas, una clase social numéricamente minoritaria domina a otra que constituye la mayor parte de la población del país: así, resulta lógico que se afirme que, de la materialización del proceso de emancipación ha de derivarse la aplicación coherente de la regla de la mayoría en la adopción de las decisiones políticas fundamentales. Sin embargo, ello no resulta ser indefectiblemente cierto: las medidas *formales* y *parciales* de “democracia” (limitadas, usualmente, al ámbito *institucional*) no aseguran el sentido emancipador de dicho proceso, sobre todo (aunque no sólo) cuando se entrecruzan con otras contradicciones sociales existentes, tales como las nacionales o la sexual, y entran en acción, además, las posibles influencias exteriores. Desde luego, del desconocimiento general de principios y métodos democráticos no resultan procesos emancipadores: estos no pueden ser *antidemocráticos*. No obstante, no hay una relación *necesaria* de *identidad* entre el fenómeno constituyente emancipador y la “democracia”¹⁹⁸⁹, sino una relación de *causalidad*: es la emancipación la que permite la democratización de un orden político concreto. En este sentido, el avance del proceso de emancipación de los grupos sociales oprimidos no tiene que estar condicionado a su coincidencia o integración en una supuesta “opinión general” predeterminada (recordando que esta es moldeada, en sus trazos fundamentales, de conformidad con el orden social ya existente). Por consiguiente, es la necesidad de consecución del programa constituyente emancipador la que ha de dictar cuáles son los participantes, modos, ritmos, tiempos y mecanismos concretos del proceso correspondiente: únicamente su resultado *real* (y no el procedimiento desarrollado formalmente) determina si las realizaciones alcanzadas responden o no a los fines perseguidos.

Es preciso recordar, una vez más, que las determinaciones constituyentes son *políticas*. Todos los derechos humanos (sean considerados cada uno en concreto o en su conjunto) son derechos *colectivos*¹⁹⁹⁰: representan garantías de unos grupos sociales respecto a otros (no solo de los “débiles” frente a los “fuertes”, necesariamente, sino

¹⁹⁸⁹ En sentido contrario, ver SÁNCHEZ RUBIO, D., *Derechos humanos instituyentes...*, *op. cit.*, pp. 122-125.

¹⁹⁹⁰ Una aproximación a esta idea, en WALL, I. R., *op. cit.*, pp. 2 y 141.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

también en sentido contrario) al fijar o condicionar relaciones de poder, de forma que se invaliden aquellos cambios en las acciones sociales que no correspondan con el orden político constituido (o, en su caso, que se proyecte). En este contexto, la perspectiva teórica acerca del sujeto individual resulta irrelevante: en términos de *praxis* de los derechos humanos, lo que efectivamente ha importado (e importa) es que la violación de estos en una persona concreta no se convierta en un *precedente*, esto es, que abra el camino a una mutación *tácita* del ordenamiento jurídico (aunque, en realidad, esta *siempre* deja una significativa traza normativa formal) que desemboque en una modificación real del orden político existente.

De tal forma, la cuestión crucial en la infracción, singular o repetida, de derechos fundamentales en un país concreto es *para qué*. Ha de partirse del hecho de que la violación de un derecho humano puede servir para alterar el comportamiento de individuos y grupos, facilitando la acción de factores de poder (como medios propios de este): ello se lleva a cabo siguiendo un propósito que es necesario dilucidar. Así, lo que realmente “preocupa” acerca de los quebrantamientos de derechos humanos que no sean propiamente *sistémicos* (porque, si así lo fueran, habrá de concluirse que las normas correspondientes han sido *derogadas* implícitamente) es su potencial para abrir un proceso de alteración de la correlación de fuerzas políticas en un determinado orden social. Ello puede manifestarse, por ejemplo, en la posible aparición o el fortalecimiento de “camarillas” reducidas en los escalafones directivos o intermedios de las organizaciones del Estado, que puedan llegar a utilizar de manera intensiva las capacidades de las mismas para reforzar su influencia en la dirección política de la sociedad en su propio favor: esta situación afectaría no solo a los sectores sociales directamente perjudicados, sino que también pondría en peligro la pervivencia de la propia hegemonía colectiva del conjunto de grupos dominantes sobre la sociedad entera. Del mismo modo ocurre con aquellas violaciones de derechos susceptibles de tener repercusión internacional. En este sentido, la centralidad de determinadas normas de *ius cogens* en el Derecho internacional de los derechos humanos no viene determinada por su referencia esencial a una *naturaleza humana* “universal”, sino al hecho de que el orden político internacional existente se asienta en la victoria de la coalición de las Naciones Unidas en 1945, cuyo fundamento ideológico primordial es la negación de las principales prácticas del *fascismo* (muy en especial, de aquellas originadas de su

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

variante *nazi*). Por tanto, ni siquiera las principales potencias rectoras de dicho orden están en condiciones de negar pública y formalmente tales normas (sus quebrantamientos efectivos de estas habrán de ser lo menos notorios posibles).

En consecuencia, la protección *general* del catálogo *efectivo* de derechos fundamentales, establecido como plasmación del programa constituyente en el cual se incardinan, se erige en expresión de la defensa del orden político imperante. La única forma de determinar la presencia de un sentido emancipador en los *derechos humanos* es analizar exhaustivamente su contenido y significación reales en cada momento y lugar, en especial la correspondencia de sus enunciados con los procesos sociales a los que pretendidamente responden. Se trata, por tanto, de indagar acerca de la “verdad” de cada propuesta normativa (no solo en cuanto a su expresión positiva escueta, sino al respecto de sus desarrollos necesarios y del sentido general de su interpretación) estudiando su correspondencia con la práctica, que alcanza necesariamente a toda la vida social. No hay catálogo de derechos desligado del orden político, del mismo modo que no puede haber orden político desligado de la realidad social¹⁹⁹¹: en el funcionamiento real, como conjunto, de los derechos establecidos reside la clave para mostrar la potencialidad emancipadora (si la hubiere) de cada propuesta normativa.

Por el contrario, el discurso de los *derechos humanos* internacionales en el marco de los fenómenos constituyentes sirve, en general, para apartar del debate público el sentido profundo del proyecto real de sociedad (que no puede nunca dejar de ser *político*) defendido por cada *partido*. Se trata, por tanto, de ocultar la orientación efectiva de las propuestas en cuestión (sean, por ejemplo, socialdemócratas o propiamente liberales) mediante su pretendida adhesión a una corriente de opinión supuestamente “universal” (y, así, incontrovertible) acerca de los elementos básicos de ordenación de las sociedades: los derechos humanos se constituyen, en este contexto, en una “pantalla” que proyecta las aspiraciones más genéricas de los distintos grupos sociales (una especie de “lista de deseos”), velando la genuina agenda que aguarda entre bastidores¹⁹⁹². Por supuesto, solo cuando tal propuesta alternativa ya se ha impuesto como determinación básica en la culminación del proceso constituyente (en buena

¹⁹⁹¹ En este sentido, SÁNCHEZ RUBIO, D., «Reflexiones E (Im)Precisiones...», *op. cit.*, pp. 220-221.

¹⁹⁹² Ver DOUZINAS, C., *op. cit.*, pp. 196-197.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

medida, con apoyo de las potencias exteriores “patrocinadoras” del proyecto finalmente en aplicación), comienzan entonces a expresarse sus verdaderos rasgos. Así pues, para la consideración de un proceso constituyente como emancipador, no resulta ser una condición *necesaria* ni *suficiente* su subordinación a catálogo internacional alguno sobre derechos humanos (incluyendo necesariamente sus múltiples interpretaciones “autorizadas”) ni, en general, al propio paradigma de los derechos humanos: lo que realmente importa es el modelo de sociedad que se impone, en el cual se incluye una visión detallada de las distintas clases de relaciones intersubjetivas con trascendencia *política*.

Por tanto, si un sujeto político (o una conjunción de varios de estos) emprende la transformación del orden social del país en el que se asienta, necesitará disponer las medidas organizativas precisas para hacer respetar sus decisiones tanto internamente (frente a las posibles fuerzas políticas contrarias) como externamente (respecto a potencias exteriores). Por la aplicación del principio general de división del trabajo (que opera en toda sociedad humana compleja), ello lleva a la transformación (incluyendo la posible sustitución) de las organizaciones especializadas en el sostenimiento y defensa del orden político, esto es, aquellas que se agrupan bajo el rótulo común de “Estado”¹⁹⁹³. Por consiguiente, el desarrollo del proceso constituyente emancipador, en cuanto que supone la ruptura con el orden global establecido, está vinculado *esencialmente* con el ejercicio de una facultad concreta, como es la de *autodeterminación*. Desde luego, esta no se justifica por sí misma (esto es, por contener, pretendidamente, una serie de bondades intrínsecas¹⁹⁹⁴) o, menos aún, por el solo hecho de que haya sido recogida como un elemento normativo destacado en el Derecho internacional (en el derecho de libre determinación, tal y como vimos anteriormente). Su importancia, capital a todas luces, resulta del hecho de que brinda al proceso de transformación social la misma posibilidad de su culminación, nada menos. El ejercicio de la autodeterminación permite, en el plano jurídico, la activación de la respuesta política frente a injerencias de poderes exteriores (sea respecto a terceros países o a la

¹⁹⁹³ Respecto a la importancia del Estado en la consecución del desarrollo general de cada país, ver CRISTESCU, A., *op. cit.*, párr. 282. Más en general, para la función de la *soberanía* en este mismo contexto, ver MACKLEM, P., *op. cit.*, p. 174 y (siguiendo a Jacques Derrida) DOUZINAS, C., *op. cit.*, p. 270.

¹⁹⁹⁴ Así, en determinados casos, el principio de autodeterminación también puede ser utilizado como una herramienta al servicio de estrategias imperialistas, ver LOSURDO, D., *op. cit.*, pp. 239-240.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

misma “comunidad internacional”) destinadas a neutralizar, reducir o directamente revertir las determinaciones alcanzadas en el proceso constituyente¹⁹⁹⁵: de ahí que no proceda, ni en el plano teórico ni (menos aún) en el práctico, la habitual escisión, artificial e interesada, entre sus dimensiones externa o interna (tal y como se expuso anteriormente). La asunción del derecho de libre determinación ha de ser integral, *con todas sus consecuencias*¹⁹⁹⁶.

En resumen, la relación entre el proceso constituyente y los derechos humanos *internacionales* no es de naturaleza *jurídica*: no viene determinada por exigencias lógicas que deriven de pertenencia común alguna a un sistema normativo concreto (esto es, no responde a una necesidad *objetiva*, la cual se presenta esencialmente desligada de propósito particular alguno). En este sentido, hay dos elementos que afianzan la realidad de esta tesis, como son la ausencia de cualquier disposición de la cual se pueda concluir lo contrario en el Derecho internacional *existente*, así como el propio carácter de la gran mayoría de las construcciones doctrinales al respecto, las cuales no van más allá de ser expresiones de *proyectos normativos* (su sentido último no es la descripción y esclarecimiento de hechos y procesos). La interrelación fundamental entre ambos campos conceptuales es de carácter *político*. Concretamente, la subordinación de las determinaciones emanadas de los fenómenos constituyentes a las líneas pretendidamente provenientes del Derecho internacional de los derechos humanos obedece a la operación de relaciones de poder en el plano internacional: así, en su conjunto, se impulsa la aplicación de programas constituyentes específicos en cada caso, destinados a favorecer la aplicación de la estrategia de ordenación de los distintos países dominante en el ámbito regional correspondiente. *Juridificar* esta relación *política* supone, ni más ni menos, *naturalizar* su existencia para justificar la imperatividad de sus determinaciones en cada país, en especial frente al desarrollo de procesos de transformación social con sentido emancipador.

¹⁹⁹⁵ En un sentido más general, DOUZINAS, C., *op. cit.*, p. 295; ver también (reconociéndose su potencialidad, al menos en ciertos casos) HARDT, M. y NEGRI, A., *Empire*, pp. 106 y 132.

¹⁹⁹⁶ Ver CRISTESCU, A., *op. cit.*, párrs. 286 y 303.

CONCLUSIONES

La finalidad de un estudio como el llevado a cabo en estas páginas ha de enmarcarse siempre en una orientación intelectual de carácter más general. En este sentido, se trata de contribuir al desarrollo de la teoría crítica, precisamente en dos de los puntos de conexión más notorios entre la ciencia política y la jurídica como son los derechos humanos y los procesos constituyentes. La necesidad que se muestra es alcanzar un punto de inflexión, a partir del cual se pueda comenzar a superar el actual estado de marasmo conceptual presente en la teoría jurídica en torno a las nociones anteriores, el cual representa un terreno abonado para la proliferación de concepciones que solo presentan una relación circunstancial con la realidad social que afirman explicar. Así pues, en la presente disertación se ha buscado clarificar, desde un punto de vista *materialista* (esto es, científico) tales interconexiones, con un fin práctico: contribuir a la formulación de una praxis relativa al desarrollo de procesos de transformación social *emancipadores*. Del estudio realizado surgen las conclusiones que a continuación se exponen:

1. Los *derechos humanos* representan determinaciones normativas de carácter *político* que forman parte de propuestas generales acerca del ordenamiento de la vida social.

Los distintos sistemas de derechos humanos vigentes (sean de ámbito universal o regional) tienen siempre una naturaleza *política*, en cuanto que son la expresión de propuestas integrales de ordenamiento general de las sociedades existentes. Es decir, los distintos proyectos históricos sobre derechos humanos no suponen más que la síntesis de los programas de fuerzas políticas (o de la concertación de varias de estas) que han sido decisivos en un ámbito particular o general. Así, la plasmación jurídica de los derechos humanos como *derechos fundamentales* no significa su despolitización sino, al contrario, la victoria de las fuerzas que sustentan una formulación específica acerca de los mismos, la cual deviene hegemónica. Todos los intentos de “naturalizar” una visión concreta acerca de los derechos humanos tienen como objetivo último la promoción de

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

una interpretación particular de los mismos en la sociedad, como parte de una propuesta política más amplia, destinada a establecer y consolidar un orden determinado. En este sentido, la concepción teórica dominante acerca de los derechos humanos no guarda otra finalidad esencial sino garantizar la pervivencia y desarrollo del modelo *socioliberal*, modulado en distintos países en función de la posición de estos dentro del bloque occidental.

2. La comprensión científica del *fenómeno constituyente* se fundamenta esencialmente en su carácter *político*, no en la plasmación jurídica *positiva* de este.

Lo “jurídico” es una traducción operativa de lo “político”: ningún Derecho puede dejar de ser *político* (no representa plasmación alguna de una “razón” o “ética” abstractas, contrariamente a lo que sostienen las posturas doctrinales *iusnaturalistas*, sean abiertas o veladas). Así pues, no cabe una interpretación jurídica “independiente” acerca del fenómeno constituyente, que esté disociada de los procesos generales de transformación social en un país. Ello se fundamenta en varios elementos. En primer lugar, se verifica el hecho de que el objetivo inmediato del proceso constituyente es fijar los aspectos esenciales, *generales*, del orden jurídico (esto es, de un orden propiamente *constitucional*), siguiendo un fin político más amplio. Igualmente, son las interacciones entre sujetos políticos las que determinan el sentido y resultado finales de cada proceso (no la actuación de un pretendido “poder constituyente” unitario). Y, finalmente, el orden jurídico resultante tampoco acaba siendo un producto estático, sino que continúa sujeto a las dinámicas de transformación provenientes de la misma sociedad a lo largo del tiempo: los distintos sistemas normativos no tienen una existencia autónoma de la realidad concreta en la que se incardinan (al contrario de lo que propugna, en esencia, la perspectiva *positivista*).

3. Los conceptos de *dignidad humana* y *pueblo* no explican la naturaleza de los derechos humanos y el proceso constituyente.

La doctrina jurídica dominante en el mundo occidental gravita, más allá de sus distintas y particulares corrientes, en torno a dos conceptos fundamentales que determinan su visión del orden *social* y *político*: estos son la *dignidad humana* y el *pueblo*. Sin embargo, la aplicación de estas ideas en el estudio científico de la realidad

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

jurídica en general se ha destacado por la virtual carencia de resultados efectivos, hasta la fecha. Así pues, tales conceptos han sido integrados en las dinámicas de estudio de los derechos humanos y los fenómenos constituyentes como auténticas “cajas negras” (siguiendo, en la práctica, nociones propias de la teoría de sistemas), vedados a todo análisis o cuestionamiento en cuanto a sus rasgos y naturaleza en los distintos esquemas teóricos pergeñados. En consecuencia, tanto la *dignidad* como el *pueblo* no pueden dejar de devenir sino en proposiciones *ideológicas*, en cuanto que se erigen en vigas maestras de las interpretaciones y proposiciones hegemónicas acerca de la realidad social (en especial, en lo relativo a su orden político), resultando en un conocimiento deformado de esta. Una comprensión *crítica* acerca del fenómeno constituyente y de su relación con los derechos humanos no puede asentarse, por tanto, sobre tales concepciones (u otras similares). Por el contrario, son otras las categorías analíticas que sí sirven para caracterizar la naturaleza y sentido de estos procesos, como son las de *sociedad*, *poder*, *clase* (social), *partido* y *constitución*. En este sentido, los contenidos concretos relativos a los distintos derechos humanos han de relacionarse por su correspondencia con el contenido general del *programa* propuesto o efectivamente desarrollado en el proceso constituyente.

4. El desarrollo del Derecho internacional de los derechos humanos es un instrumento más de encuadramiento general de los órdenes políticos locales a los dictados emanados del orden internacional imperante.

Las tendencias fundamentales presentes en el Derecho internacional son reflejo de la evolución de las relaciones generales de dominación que conforman el orden político internacional. En consecuencia, el camino hacia la sujeción estrecha de los órdenes jurídicos locales al Derecho internacional no es fruto inexorable de una lógica intrínseca a la misma idea de *Derecho*, sino que obedece a orientaciones políticas generales basadas en la evolución de las correlaciones de fuerzas entre las grandes potencias mundiales. En lo que respecta a la relación fundamental entre los fenómenos constituyentes y el Derecho internacional de los derechos humanos, se denota que esta es de naturaleza concretamente *política*: los posibles puntos de conexión *jurídica* entre estos dos campos son de carácter accidental, no son necesarios ni intrínsecos a la naturaleza de ambos. Los desarrollos descritos son resultado concreto de la articulación

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

de orientaciones estratégicas de fondo, plasmadas en determinaciones jurídicas de amplio calado: una de sus líneas principales se halla en la consolidación de bloques políticos regionales que refuercen los lazos de subordinación de los países periféricos respecto a los centros rectores existentes dentro de los mismos (con el caso europeo como ejemplo eminente). En este contexto, los sistemas de protección de los derechos humanos cumplen una función clave de homologación y disciplinamiento de los distintos órdenes locales respecto a los estándares normativos imperantes en las respectivas áreas, asegurando la reducción de las posibles disfunciones o de la contestación política (independientemente al sentido de estas) frente al orden imperante.

5. Las principales propuestas del *cosmopolitismo jurídico* son funcionales a la actual tendencia estratégica dominante en la configuración de las relaciones internacionales.

El análisis teórico desarrollado desde las principales vertientes de la doctrina jurídica acerca de las distintas dimensiones en la evolución del orden internacional (y, por ende, del Derecho internacional en su conjunto), tiene un sentido más ideológico que propiamente científico: las distintas posiciones muestran más interés en amparar y defender los cambios en marcha (sean reales o supuestos) que en caracterizar exhaustivamente sus consecuencias reales. En pocos ámbitos se muestra esta situación con mayor crudeza que en la propuesta relativa al *constitucionalismo global*, la cual constituye una de las principales claves para asegurar el alineamiento de los órdenes constitucionales locales a los dictados de centros rectores supraestatales. En esta línea, la perspectiva general *cosmopolita* desemboca en la negación práctica de la *necesidad* de los fenómenos constituyentes en cada país (al menos, tal y como estos se han desarrollado histórica y actualmente), para asumir, sea expresa o tácitamente, que su función básica sea asumida por otros procesos con una significación análoga a escala global o regional. Así pues, en función a su vinculación a las tesis cosmopolitas, la corriente jurídica *crítica* (en su actual estado de desarrollo) aún muestra, en general, importantes insuficiencias en la labor de fundamentar una concepción teórica sólida acerca de la interrelación entre proceso constituyente y derechos humanos, de manera que las tesis resultantes sean realmente útiles para el avance de procesos emancipadores.

6. Los procesos constituyentes de sentido *emancipador* no requieren de supervisión alguna por parte de los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos.

La emancipación de las clases y grupos sociales oprimidos solo puede ser llevada a cabo mediante amplios procesos de transformación social, cuyo ámbito de desarrollo se sigue centrando en cada país. Una de las plasmaciones eminentes de tal realidad se halla en el desarrollo de procesos constituyentes emancipadores, cuyo sentido no proviene de su proclamación formal como tales, sino de su orientación y resultados prácticos, esto es, del cumplimiento real del *programa constituyente*. Para alcanzar el éxito, estos procesos han de poder ser defendidos efectivamente frente a cualesquiera otros sujetos políticos, sean internos o exteriores, que procuren frustrar sus propósitos: ello incluye la remoción de toda traba, sea fáctica o normativa, dispuesta frente a las determinaciones fundamentales que se impulsen. Así pues, estos fenómenos constituyentes han de asociarse necesariamente al ejercicio *integral* del principio de autodeterminación, que se relaciona con el derecho de libre determinación contemplado en los Pactos Internacionales sobre derechos humanos (si bien no está subsumido en este). A tenor de la naturaleza y funciones reales de los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos, la intervención de estos en los procesos constituyentes emancipadores solamente tiene el sentido de limitar sus potencialidades transformadoras, dividir a los sujetos políticos favorables al proceso en marcha y justificar la injerencia de organismos exteriores, todo ello bajo el pretexto de asegurar la aplicación de un cuerpo jurídico “supremo”. Así pues, desde una perspectiva *crítica*, la defensa de la “soberanía” de una determinada *comunidad política* no tiene un carácter inmanente sino contextual, puesto que se vincula siempre a la necesidad de avance de un proceso general de emancipación *social*.

BIBLIOGRAFÍA

ABRAMOVICH, V., «De las violaciones masivas a los patrones estructurales: nuevos enfoques y clásicas tensiones en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos» en *Derecho PUCP*, ISSN 0251-3420, Núm. 63, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2009, pp. 95-138.

«Acuerdo sobre el Programa de actuación jurídica y política, aprobado el 27 de octubre de 1977» en *Los Pactos de la Moncloa. Texto completo del acuerdo económico y del acuerdo político*, Servicio Central de Publicaciones / Secretaría General Técnica, Presidencia del Gobierno, Madrid, 1977, ISBN 84-500-2323-8, pp. 28-34.

«Acuerdo sobre el Programa de saneamiento y reforma de la economía» en *Los Pactos de la Moncloa. Texto completo del acuerdo económico y del acuerdo político*, Servicio Central de Publicaciones / Secretaría General Técnica, Presidencia del Gobierno, Madrid, 1977, ISBN 84-500-2323-8, pp. 6-27.

«African Charter on Human and Peoples' Rights», *Treaty Series*, Volume 1520, United Nations, New York, 1997, pp. 245-258.

ÁGH, A., «Politics and Policy in East-Central Europe in the Early 21st Century: Synergies and Conflicts Between Policy Regimes and Political Systems» en *The NISPACEE Journal of Public Administration and Policy*, ISSN 1337-9038, Vol. II, No. 1 (Summer 2009), Network of Institutes and Schools of Public Administration in Central and Eastern Europe, Bratislava, 2009, pp. 25-39.

ALÁEZ CORRAL, B., *Los límites materiales a la reforma de la Constitución Española de 1978*, Boletín Oficial del Estado y Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000, ISBN 84-340-1234-0.

ALBERNAZ, R. O. y WOLKMER, A. C., «As questões delimitativas do direito no Pluralismo Jurídico» en *Revista Sequência*, ISSN 2177-7055, Vol. 29, Nº 57 (Dezembro de 2008), Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, Brasil, 2008, pp. 67-94.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

- ALTERIO, A. M., «Una mirada política al ius-constitucionalismo de Luigi Ferrajoli: problemas desde los puntos de vista interno y externo» en *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, ISSN 1138-9877, Núm. 26 (Diciembre 2012), Institut de Drets Humans, Universitat de València, Valencia, 2012, pp. 1-22.
- ÁLVAREZ MOLINERO, N., «La evolución de los derechos humanos a partir de 1948: hitos más relevantes» en VV.AA., *La Declaración Universal de Derechos Humanos en su cincuenta aniversario. Un estudio interdisciplinar*, Universidad de Deusto, Bilbao, 1999, ISBN 84-7485-586-1, pp. 93-178.
- ALZAGA VILLAAMIL, O., GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, I., REVIRIEGO PICÓN, F., SALVADOR MARTÍNEZ, M. y ALGUACIL GONZÁLEZ-AURIOLES, J., *Derecho político español. Según la Constitución de 1978. I. Constitución y fuentes del derecho* (6ª ed.), Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2016, ISBN 978-84-9961-235-5.
- AMIN, S., *Escritos para la transición*, Vicepresidencia del Estado Plurinacional de Bolivia y Oxfam, La Paz, 2010, ISBN 978-99954-735-7-0.
- ANSUÁTEGUI ROIG, F. J., «La cuestión de la universalidad de los derechos: de las intuiciones a los problemas» en PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., FERNÁNDEZ GARCÍA, E., DE ASÍS ROIG, R., ANSUÁTEGUI ROIG, F. J. y FERNÁNDEZ LIESA, C. R. (dirs.), *Historia de los derechos fundamentales. Tomo IV. Siglo XX. Volumen IV. Valores, principios y derechos humanos*, Editorial Dykinson, Madrid, 2014, ISBN 978-84-9031-384-8, pp. 73-122.
- APARICIO WILHELMI, M., «La apertura de una brecha constituyente como respuesta a la crisis. El tiempo de los sujetos (o tomando los sujetos en serio)» en MARTÍNEZ DALMAU, R. (ed.), *Teoría y práctica del poder constituyente*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, ISBN 978-84-9053-706-0, pp. 347-377.
- ARAGÓN REYES, M., «Dos problemas falsos y uno verdadero: "neoconstitucionalismo", "garantismo" y aplicación judicial de la Constitución» en *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, ISSN 1405-9193, Núm. 29 (Julio-Diciembre 2013), Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, Ciudad de México, 2013, pp. 3-25.
- _____, «Significado de la Constitución española de 1978» en VV.AA., *Congreso Internacional Constitucional. Palacio del Senado, 4 y 5 de octubre de 2018*, Cortes

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

Generales y Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2020, ISBN 978-84-7943-547-9, pp. 33-38.

ARATO, A., «Redeeming the Still Redeemable: Post Sovereign Constitution Making» en *International Journal of Politics, Culture, and Society*, ISSN 0891-4486, Vol. 22, Issue 4, Springer Science & Business Media, 2009, pp. 427-443.

ARATO, A. y MIKLÓSI, Z., «Constitutional Making and Transitional Politics in Hungary» en MILLER, L. E. (ed.) y AUCOIN, L., *Framing the State in Times of Transition. Case Studies in Constitution Making*, United States Institute of Peace Press, Washington, D.C., 2010, ISBN 978-1-60127-055-9, pp. 350-390.

ARIAS MARÍN, J. A., *Filosofía y política de los derechos humanos. Contribución a una teoría crítica de los derechos humanos*, tesis doctoral dirigida por Raúl Sanz Burgos, Departamento de Historia del Derecho y de las Instituciones, Facultad de Derecho, UNED, 2015.

ARRIGHI, G., «The world economy and the Cold War, 1970–1990» en LEFFLER, M. P. y WESTAD, O. A. (eds.), *The Cambridge History of the Cold War. Volume 3: Endings*, Cambridge University Press, Cambridge, United Kingdom, 2010, ISBN 978-0-521-83721-7, pp. 23-44.

ASAMBLEA GENERAL DE LA ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS, «Carta Democrática Interamericana» en COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Documentos básicos en materia de derechos humanos en el sistema interamericano (actualizado a 24 de enero de 2020)*, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2020, ISBN 978-0-8270-6983-1, pp. 259-267.

_____, «Carta Social de las Américas» en COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Documentos básicos en materia de derechos humanos en el sistema interamericano (actualizado a 24 de enero de 2020)*, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2020, ISBN 978-0-8270-6983-1, pp. 271-281.

ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS, *Acción concertada en pro del desarrollo económico de los países económicamente poco desarrollados*, Resolución 1515 (XV), de 15 de diciembre de 1960.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

_____, *Adopción en español del término “derechos humanos” en vez del término “derechos del hombre”*, Resolución 548 (VI), de 5 de febrero de 1952.

_____, *Declaración de la reunión de alto nivel de la Asamblea General sobre el estado de derecho en los planos nacional e internacional*, Resolución 67/1, de 24 de septiembre de 2012.

_____, *Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas*, Resolución 61/295, de 13 de septiembre de 2007.

_____, *Declaración del Milenio*, Resolución 55/2, de 8 de septiembre de 2000.

_____, *Declaración sobre el derecho y el deber de los individuos, los grupos y las instituciones de promover y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales universalmente reconocidos*, Resolución 53/144, de 9 de diciembre de 1998.

_____, *Declaración sobre la concesión de la independencia a los países y pueblos coloniales*, Resolución 1514 (XV), de 14 de diciembre de 1960.

_____, *Declaración sobre los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas*, Resolución 2625 (XXV), de 24 de octubre de 1970.

_____, *Declaración Universal de Derechos Humanos*, Resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948.

_____, *Distintos criterios y medios posibles dentro del sistema de las Naciones Unidas para mejorar el goce efectivo de los derechos humanos y las libertades fundamentales*, Resolución 32/130, de 16 de diciembre de 1977.

_____, *Documento Final de la Cumbre Mundial 2005*, Resolución 60/1, de 16 de septiembre de 2005.

_____, *Inclusión en el pacto o los pactos internacionales de derechos del hombre de un artículo sobre el derecho de libre determinación de los pueblos*, Resolución 545 (VI), de 5 de febrero de 1952.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

_____, *Proyecto de Pacto Internacional de Derechos del Hombre y medidas de aplicación: labor futura de la Comisión de Derechos del Hombre*, Resolución 421 (V), de 4 de diciembre de 1950.

_____, *Proyectos de pactos internacionales de derechos humanos*, Resolución 833 (IX), de 4 de diciembre de 1954.

_____, *Proyectos de pactos internacionales de derechos humanos*, Resolución 1843 (XVII), de 19 de diciembre de 1962.

_____, *Redacción de dos proyectos de pactos internacionales de derechos del hombre*, Resolución 543 (VI), de 5 de febrero de 1952.

_____, *Soberanía permanente sobre los recursos naturales*, Resolución 1803 (XVII), de 14 de diciembre de 1962.

_____, *Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible*, Resolución 70/1, de 25 de septiembre de 2015.

ASSEMBLEIA DA REPÚBLICA, «Lei Constitucional n.º 1/82», *Diário da República*, I Série – Número 227, de 30 de septiembre de 1982, Lisboa, pp. 3135-3206.

_____, «Lei Constitucional n.º 1/89», *Diário da República*, I Série – Número 155, Suplemento, de 8 de julio de 1989, Lisboa, pp. 2734(2)-2734(68).

ASTUDILLO, C., «Algunas reflexiones sobre el proceso constituyente de América Latina con especial referencia a Ecuador» en SERNA DE LA GARZA, J. A. (coord.), *Procesos constituyentes contemporáneos en América Latina. Tendencias y perspectivas*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, Ciudad de México, 2009, ISBN 978-607-02-1141-6, pp. 285-329.

AYALA CORAO, C. M., «La jerarquía constitucional de los tratados relativos a derechos humanos y sus consecuencias» en MÉNDEZ SILVA, R. (coord.), *Derecho internacional de los derechos humanos. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, Ciudad de México, 2002, ISBN 970-32-0002-8, pp. 37-90.

_____, «Venezuela: de la constituyente de 1999 a la reforma constitucional de 2007» en SERNA DE LA GARZA, J. A. (coord.), *Procesos constituyentes*

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

contemporáneos en América Latina. Tendencias y perspectivas, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, Ciudad de México, 2009, ISBN 978-607-02-1141-6, pp. 333-405.

AZPITARTE SÁNCHEZ, M., «Sobre la utilidad contemporánea del concepto de poder constituyente» en GARCÍA HERRERA, M. A., ASENSI SABATER, J. y BALAGUER CALLEJÓN, F. (coords.), *Constitucionalismo Crítico. Liber amicorum Carlos de Cabo Martín. Tomo II* (2ª ed.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, ISBN 978-84-9119-926-7, pp. 833-858.

BACHO, P., «U.S.-Philippine Relations in Transition. The Issue of the Bases» en *Asian Survey*, ISSN 0004-4687, Vol. XXVIII, No. 6 (June 1988), University of California Press, Berkeley, United States of America, 1988, pp. 650-660.

BAGNI, S. (trad. por SABATÉ, Y.), «Procesos constituyentes participados y forma del estado» en *Revista General de Derecho Público Comparado*, ISSN 1988-5091, Núm. 13 (Julio 2013), Iustel, 2013, pp. 1-37.

BALIBAR, É. (trad. por SWENSON, J.), *We, the People of Europe? Reflections on Transnational Citizenship*, Princeton University Press, Princeton, United States of America, 2003, ISBN 0-691-08990-6.

BANK, R., «Tratados internacionales de derechos humanos bajo el ordenamiento jurídico alemán» en *Anuario de derecho constitucional latinoamericano*, ISSN 1510-4974, Edición 2004, Tomo II, Konrad-Adenauer-Stiftung A.C., Montevideo, 2004, pp. 721-734.

BANOVIĆ, D., «Montenegro» en FRUHSTORFER, A. y HEIN, M. (eds.), *Constitutional Politics in Central and Eastern Europe. From Post-Socialist Transition to the Reform of Political Systems*, Springer VS, Wiesbaden, Germany, 2016, ISBN 978-3-658-13761-8, pp. 289-306.

_____, «Serbia» en FRUHSTORFER, A. y HEIN, M. (eds.), *Constitutional Politics in Central and Eastern Europe. From Post-Socialist Transition to the Reform of Political Systems*, Springer VS, Wiesbaden, Germany, 2016, ISBN 978-3-658-13761-8, pp. 267-287.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

- BARBOSA DE SÁ, A. P., «O Poder Constituinte Originário e sua limitação material pelos tratados internacionais de direitos humanos» en *Revista da Faculdade de Direito da UERJ*, ISSN 2236-3475, n. 18, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2010, disponible en <https://doi.org/10.12957/rfd.2010.1351> (último acceso: 10 de diciembre de 2021).
- BARNETT, M. N., «International paternalism and humanitarian governance» en *Global Constitutionalism*, ISSN 2045-3817, Vol. 1, Issue 3 (November 2012), Cambridge University Press, Cambridge, United Kingdom, 2012, pp. 485-521.
- BARRETO, J.-M., «Imperialism and Decolonization as Scenarios of Human Rights History» en BARRETO, J.-M. (ed.), *Human Rights from a Third World Perspective. Critique, History and International Law*, Cambridge Scholars Publisher, Newcastle upon Tyne, United Kingdom, 2013, ISBN 978-1-4438-4058-3, pp. 140-171.
- _____, «Introduction. Decolonial Strategies and Dialogue in the Human Rights Field» en BARRETO, J.-M. (ed.), *Human Rights from a Third World Perspective. Critique, History and International Law*, Cambridge Scholars Publisher, Newcastle upon Tyne, United Kingdom, 2013, ISBN 978-1-4438-4058-3, pp. 1-42.
- BARTOLINI, G., «A Universal Approach to International Law in Contemporary Constitutions: does it exist?» en *Cambridge Journal of International and Comparative Law*, ISSN 2050-1706, Vol. 3, Issue 4 (2014), Faculty of Law, University of Cambridge, Cambridge, United Kingdom, 2014, pp. 1287-1320.
- «Basic Law of the Federal Republic of Germany (1949/ Amendments 1956)» en BERGHahn, V. y POIGER, U. (eds.), *German History in Documents and Images. Volume 8. Occupation and the Emergence of Two States, 1945-1961*, German Historical Institute, Washington, D.C., s. f., disponible en <http://germanhistorydocs.ghi-dc.org/pdf/eng/Founding%209%20ENG%20Basic%20Law.pdf> (último acceso: 10 de diciembre de 2021).
- BECK, U. (trad. por MORENO CARRILLO, B.), *La mirada cosmopolita o la guerra es la paz*, Ediciones Paidós Ibérica, Barcelona, 2005, ISBN 84-493-1762-2.
- BECKMAN, L., «Democratic legitimacy does not require constitutional referendum. On ‘the constitution’ in theories of constituent power» en *European Constitutional Law*

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

Review, ISSN 1574-0196, Vol. 14, Issue 3 (September 2018), Cambridge University Press, Cambridge, United Kingdom, 2018, pp. 567-583.

BELDA PÉREZ-PEDRERO, E., «Los límites a la reforma constitucional ante propuestas más propias de una revolución» en *Teoría y Realidad Constitucional*, ISSN 1139-5583, Núm. 29, Departamento de Derecho Político, Facultad de Derecho, UNED, Madrid, 2012, pp. 261-288.

BELLAMY, R., «The democratic constitution» en VV.AA., *Definition and development of human rights and popular sovereignty in Europe*, Council of Europe Publishing, Strasbourg, 2011, ISBN 978-92-871-7134-4, pp. 77-89.

BELLO, W., «Aquino's elite populism: initial reflections» en *Third World Quarterly*, ISSN 0143-6597, Vol. 8, No. 3 (July 1986), Third World Foundation for Social and Economic Studies, London, 1986, pp. 1020-1030.

BENAVIDES ORDÓÑEZ, J., *Reforma constitucional y límites en la Constitución ecuatoriana de 2008*, tesis doctoral dirigida por Javier Pérez Royo y Manuel Carrasco Durán, Programa de Doctorado en Derecho Constitucional, Universidad de Sevilla, Sevilla, 2016.

BERNALES BALLESTEROS, E., «El desarrollo de la Constitución de 1993 desde su promulgación a la fecha» en *Pensamiento Constitucional*, ISSN 1027-6769, N° 18, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2013, pp. 35-46.

BESSON, S., «The human right to democracy – a moral defence with a legal nuance» en VV.AA., *Definition and development of human rights and popular sovereignty in Europe*, Council of Europe Publishing, Strasbourg, 2011, ISBN 978-92-871-7134-4, pp. 47-75.

_____, «The legitimate authority of international human rights» en FØLLESDAL, A., SCHAFFER, J. K. y ULFSTEIN, G. (eds.), *The Legitimacy of International Human Rights Regimes. Legal, Political and Philosophical Perspectives*, Cambridge University Press, Cambridge, United Kingdom, 2014, ISBN 978-1-107-03460-0, pp. 32-83.

BIGLINO CAMPOS, M. P., «Acerca del significado jurídico de la Declaración Universal de Derechos Humanos» en BALADO RUIZ-GALLEGOS, M. y GARCÍA REGUEIRO, J.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

- A. (dirs.), *La Declaración Universal de los Derechos Humanos en su 50 aniversario*, Editorial Bosch, Barcelona, 1998, ISBN 84-7676-483-9, pp. 69-76.
- BOBBIO, N. (trad. por DE ASÍS ROIG, R.), *El tiempo de los derechos*, Editorial Sistema, Madrid, 1991, ISBN 84-86497-15-9.
- BON TEMPO, C. J., «Human Rights and the U.S. Republican Party in the Late 1970s» en ECKEL, J. y MOYN, S. (eds.), *The Breakthrough. Human Rights in the 1970s*, University of Pennsylvania Press, Philadelphia, United States of America, 2014, ISBN 978-0-8122-4550-9, pp. 146-165.
- BONDIA GARCÍA, D., «The Emerging Human Rights Revolution: The Beginning of the Fifth Historical Process in the Consolidation of Human Rights» en *The Age of Human Rights Journal*, ISSN 2340-9592, No. 3 (December 2014), Universidad de Jaén, Jaén, 2014, pp. 63-101.
- BONET PÉREZ, J., «The European Social Charter» en GÓMEZ ISA, F. y DE FEYTER, K. (eds.), *International Human Rights Law in a Global Context*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2009, ISBN 978-84-9830-813-6, pp. 689-744.
- BONILLA HERNÁNDEZ, P., «Breves apuntes jurisprudenciales y de derecho comparado en torno al control de constitucionalidad de los tratados internacionales» en *Anuario de derecho constitucional latinoamericano*, ISSN 1510-4974, Año XVII, Anuario 2011, Konrad-Adenauer-Stiftung e.V., Montevideo, 2011, pp. 15-27.
- BORGWARDT, E., *A New Deal for the World. America's Vision for Human Rights*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, United States of America, 2005, ISBN 0-674-01874-5.
- BOTHA, H., «Instituting Public Freedom or Extinguishing Constituent Power? Reflections on South Africa's Constitution-Making Experiment» en *South African Journal on Human Rights*, ISSN 0258-7203, Vol. 26, Issue 1, Centre for Applied Legal Studies, University of the Witwatersrand, Johannesburg, 2010, pp. 66-84.
- BOTHE, M. y MARAUHN, T., «UN Administration of Kosovo and East Timor: Concept, Legality and Limitations of Security Council-Mandated Trusteeship Administration» en TOMUSCHAT, C. (ed.), *Kosovo and the International*

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

Community. A Legal Assessment, Kluwer Law International, The Hague, 2002, ISBN 90-411-1704-0, pp. 217-242.

BRANDT, M., COTTRELL, J., GHAI, Y., y REGAN, A., *Constitution-making and Reform. Options for the Process*, Interpeace, Geneva, 2011, ISBN 978-2-8399-0871-9.

BREWER-CARÍAS, A. R., «El inicio del proceso constituyente en Ecuador en 2007 y las lecciones de la experiencia venezolana de 1999» en SERNA DE LA GARZA, J. A. (coord.), *Procesos constituyentes contemporáneos en América Latina. Tendencias y perspectivas*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, Ciudad de México, 2009, ISBN 978-607-02-1141-6, pp. 451-505.

_____, *Golpe de Estado y proceso constituyente en Venezuela*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, Ciudad de México, 2001, ISBN 968-36-9735-6.

BROUSSEAU, E., SGARD, J. y SCHEMEIL, Y., «Delegation without borders: On individual rights, constitutions and the global order» en *Global Constitutionalism*, ISSN 2045-3817, Vol. 1, Issue 3 (November 2012), Cambridge University Press, Cambridge, United Kingdom, 2012, pp. 455-484.

BROWN, G. (ed.), *The Universal Declaration of Human Rights in the 21st Century. A Living Document in a Changing World*, Open Book Publishers, Cambridge, United Kingdom, 2016, ISBN 978-1-78374-219-6.

BRUNKHORST, H., «Gloomy prospects – seven theories on the future of democracy within a world society» en VV.AA., *Definition and development of human rights and popular sovereignty in Europe*, Council of Europe Publishing, Strasbourg, 2011, ISBN 978-92-871-7134-4, pp. 115-127.

BUCHAN, R., «Developing Democracy through Liberal International Law» en *Cambridge Journal of International and Comparative Law*, ISSN 2050-1706, Vol. 4, Issue 2 (2016), Faculty of Law, University of Cambridge, Cambridge, United Kingdom, 2016, pp. 319-343.

BUERGENTHAL, T., «The Normative and Institutional Evolution of International Human Rights» en *Human Rights Quarterly*, ISSN 0275-0392, Vol. 19, No. 4 (November

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

1997), The Johns Hopkins University Press, Baltimore, United States of America, 1997, pp. 703-723.

BURKE, R., «‘How Time Flies’: Celebrating the Universal Declaration of Human Rights in the 1960s» en *The International History Review*, ISSN 0707-5332, Vol. 38, Issue 3, Routledge, Abingdon, United Kingdom, 2016, pp. 394-420.

BUTLER, I. DE J., *The European Union and International Human Rights Law*, Regional Office for Europe, UN High Commissioner for Human Rights, s. f., disponible en https://europe.ohchr.org/Documents/Publications/EU_and_International_Law.pdf (último acceso: 10 de diciembre de 2021).

CAHILL, M., «Ever Closer Remoteness of the Peoples of Europe? Limits on the Power of Amendment and National Constituent Power» en *The Cambridge Law Journal*, ISSN 0008-1973, Vol. 75, Issue 2 (July 2016), Cambridge University Press, Cambridge, United Kingdom, 2016, pp. 245-270.

CALDUCH CERVERA, R., «La transición entre sociedades internacionales y el Derecho Internacional Público» en *Anuario Español de Derecho Internacional*, ISSN 0212-0747, Vol. 34 (2018), Universidad de Navarra, Pamplona, 2018, pp. 29-50.

CANÇADO TRINDADE, A. A., «Balanço dos resultados da Conferência Mundial de Direitos Humanos: Viena, 1993» en *Revista IIDH*, ISSN 1015-5074, Núm. 18 (Julio-Diciembre 1993), Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 1993, pp. 11-28.

_____, «O legado da Declaração Universal dos Direitos Humanos e o futuro da proteção internacional dos direitos humanos» en *Revista IIDH*, ISSN 1015-5074, Núm. 26 (Julio-Diciembre 1997), Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 1997, pp. 11-46.

_____, «Separate opinion of Judge Cançado Trindade [*Accordance with International Law of the Unilateral Declaration of Independence in Respect of Kosovo, Advisory Opinion*]» en *Reports of judgements, advisory opinions and orders (=Recueil des arrêts, avis consultatifs et ordonnances)*, ISSN 0074-4441, International Court of Justice, The Hague, 2010, pp. 523-617.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

- _____, «The Historical Recovery of the Human Person as Subject of the Law Of Nations» en *Cambridge Journal of International and Comparative Law*, ISSN 2050-1706, Vol. 1, Issue 3 (2012), Faculty of Law, University of Cambridge, Cambridge, United Kingdom, 2012, pp. 8-59.
- CÁRDENAS GRACIA, J., «El constituyente como restricción y como radicalidad democrática» en SERNA DE LA GARZA, J. A. (coord.), *Procesos constituyentes contemporáneos en América Latina. Tendencias y perspectivas*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, Ciudad de México, 2009, ISBN 978-607-02-1141-6, pp. 165-196.
- CARDWELL, C. M., *NSC 68 and the Foreign Policy of Postwar Prosperity: Political Economy, Consumer Culture, and the Cold War*, Dissertation submitted to the Graduate School-New Brunswick Rutgers, The State University of New Jersey in partial fulfillment of the requirements for the degree of Doctor of Philosophy Graduate Program in History written under the direction of Lloyd C. Gardner, New Brunswick, United States of America, 2006, disponible en ProQuest Dissertations & Theses Global (último acceso: 10 de diciembre de 2021).
- CARLSON, S. N., «The Drafting Process for the 1998 Albanian Constitution» en MILLER, L. E. (ed.) y AUCOIN, L., *Framing the State in Times of Transition. Case Studies in Constitution Making*, United States Institute of Peace Press, Washington, D.C., 2010, ISBN 978-1-60127-055-9, pp. 311-331.
- CARRASCO ALURRALDE, I. V. y ALBÓ, X., «Cronología de la Asamblea Constituyente» en *T'inkazos*, ISSN 1990-7451, Año 11, Núm. 23-24 (Marzo 2008), Programa de Investigación Estratégica en Bolivia (PIEB), La Paz, 2008, pp. 101-128.
- CARRILLO SALCEDO, J. A., «El proceso de internacionalización de los derechos humanos. El fin del mito de la soberanía nacional (II). Plano regional: El sistema de protección instituido en el Convenio Europeo de Derechos Humanos» en VV.AA., *Consolidación de derechos y garantías. Los grandes retos de los derechos humanos en el siglo XXI. Seminario conmemorativo del 50 aniversario de la Declaración Universal de los Derechos Humanos*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999, ISBN 84-89324-58-1, pp. 47-76.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

- _____, *Soberanía de los Estados y derechos humanos en Derecho internacional contemporáneo* (2ª ed., reimp.), Editorial Tecnos, Madrid, 2004, ISBN 84-309-3741-2.
- _____, «The European Convention on Human Rights» en GÓMEZ ISA, F. y DE FEYTER, K. (eds.), *International Human Rights Law in a Global Context*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2009, ISBN 978-84-9830-813-6, pp. 631-687.
- CARROZZA, P., «Constitutionalism's Post-Modern Opening» en LOUGHLIN, M. y WALKER, N. (eds.), *The Paradox of Constitutionalism. Constituent Power and Constitutional Form*, Oxford University Press, Oxford, United Kingdom, 2007, ISBN 978-0-19-920496-0, pp. 169-187.
- Carta de las Naciones Unidas*, Naciones Unidas, San Francisco, 1945, disponible en <https://treaties.un.org/doc/Publication/CTC/uncharter-all-lang.pdf> (último acceso: 10 de diciembre de 2021).
- «Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea», *Diario Oficial de la Unión Europea*, Serie C, Número 202, de 7 de junio de 2016, pp. 389-405.
- CASAL, J. M., «Proceso constituyente, Constitución y justicia constitucional» en *Anuario de derecho constitucional latinoamericano*, ISSN 1510-4974, Año XVI, Anuario 2010, Konrad-Adenauer-Stiftung e.V., Montevideo, 2010, pp. 401-424.
- CASSESE, A., *Self-Determination of Peoples. A Legal Reappraisal*, Cambridge University Press, Cambridge, United Kingdom, 1995, ISBN 0-521-48187-2.
- CASTRO PADILLA, F., *El Derecho Internacional de los Derechos Humanos como factor condicionante de la reforma y la mutación constitucional*, tesis doctoral dirigida por Francisco Javier Díaz Revorio, Departamento de Ciencia Jurídica y Derecho Público, Universidad de Castilla – La Mancha, 2016.
- CASTRO-RIAL GARRONE, F., «La Declaración Universal como elemento básico del orden internacional» en BALADO RUIZ-GALLEGOS, M. y GARCÍA REGUEIRO, J. A. (dirs.), *La Declaración Universal de los Derechos Humanos en su 50 aniversario*, Editorial Bosch, Barcelona, 1998, ISBN 84-7676-483-9, pp. 77-101.
- CAVAROZZI, M., «Transitions: Argentina, Bolivia, Chile, Uruguay» en GARRETÓN MERINO, M. A. y NEWMAN, E. (eds.), *Democracy in Latin America*.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

(Re)constructing political society, United Nations University Press, New York, 2001, ISBN 92-808-1068-5, pp. 45-65.

CHENOY A. M. y KUMAR, R., *Re-emerging Russia. Structures, Institutions and Processes*, Palgrave Macmillan, Singapore, 2017, ISBN 978-981-10-5298-9.

CHESTERMAN, S., *You, the People. The United Nations, Transitional Administration, and State-Building*, Oxford University Press, Oxford, United Kingdom, 2004, ISBN 978-0-19-926348-6.

CHRISTOFFERSEN, J., «Impact on General Principles of Treaty Interpretation» en KAMMINGA, M. T. y SCHEININ, M. (eds.), *The Impact of Human Rights Law on General International Law*, Oxford University Press, Oxford, United Kingdom, 2009, ISBN 978-0-19-956522-1, pp. 37-61.

CLAVERO SALVADOR, B., «Bolivia entre constitucionalismo colonial y constitucionalismo emancipatorio» en CHIVI VARGAS, I. M. (coord.), *Bolivia. Nueva Constitución Política del Estado. Conceptos elementales para su desarrollo normativo*, Vicepresidencia del Estado Plurinacional de Bolivia, La Paz, 2010, pp. 97-108.

_____, *Derecho global. Por una historia verosímil de los derechos humanos*, Editorial Trotta, Madrid, 2014, ISBN 978-84-9879-503-5.

_____, *España, 1978. La amnesia constituyente*, Marcial Pons, Ediciones de Historia, Madrid, 2014, ISBN 978-84-15963-16-5.

CODIFICATION DIVISION OF THE OFFICE OF LEGAL AFFAIRS OF THE SECRETARIAT OF THE UNITED NATIONS, *Materials on the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*, Document ST/LEG/SER.B/25, United Nations, New York, 2012.

COLE, D. H., «Poland's 1997 Constitution in Its Historical Context» en *Saint Louis-Warsaw Transatlantic Law Journal*, ISBN 1085-2425, Vol. 1998, St. Louis University School of Law, St. Louis, United States of America, 1998, disponible en <https://www.repository.law.indiana.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1592&context=facpub> (último acceso: 10 de diciembre de 2021).

COLÓN-RÍOS, J. I., «Carl Schmitt and Constituent Power in Latin American Courts: The Cases of Venezuela and Colombia» en *Constellations. An International Journal of*

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

Critical and Democratic Theory, ISSN 1351-0487, Vol. 18, Issue 3 (September 2011), Wiley-Blackwell, Oxford, United Kingdom, 2011, pp. 365-388.

_____, «Constituent Power, the Rights of Nature, and Universal Jurisdiction» en *McGill Law Journal — Revue de droit de McGill*, ISSN 0024-9041, Vol. 60, No. 1, McGill Law Journal, Montreal, 2014, pp. 127-172.

COMISIÓN EUROPEA, *Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo. "La Unión Europea y los aspectos exteriores de la política de derechos humanos: de Roma a Maastricht y en adelante"*, Documento COM(95) 567 final, Bruselas, 22 de noviembre de 1995.

COMISIÓN PARA EL EMPODERAMIENTO LEGAL DE LOS POBRES, *La Ley: La Clave para el Desarrollo sin Exclusiones. Volumen I. Informe de la Comisión para el Empoderamiento Legal de los Pobres*, Comisión para el Empoderamiento Legal de los Pobres y Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, New York, 2008, ISBN 978-92-1-126219-3.

COMISSÃO NACIONAL DE ELEIÇÕES, *Resultados Eleitorais. Assembleia da República - 25/04/1975. Informação Detalhada - Resultados Nacionais*, 2007, disponible en <http://eleicoes.cne.pt/raster/detalhe.cfm?eleicao=ar&dia=25&mes=04&ano=1975&codreg=0&local=0> (último acceso: 10 de diciembre de 2021).

COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS, *Comentario general N° 26. Comentario general sobre cuestiones relacionadas con la continuidad de las obligaciones del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, Documento CCPR/C/21/Rev.1/Add.8/Rev.1, Naciones Unidas, 8 de diciembre de 1997.

_____, *Dictamen. Comunicación N° 932/2000*, Documento CCPR/C/75/D/932/2000, Naciones Unidas, 26 de julio de 2002.

_____, *Observación general N° 31. Naturaleza de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Partes en el Pacto*, Documento CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, Naciones Unidas, 26 de mayo de 2004.

COMMISSION NATIONALE, «Proclamation des résultats des votes émis par le peuple français à l'occasion de sa consultation par voie de référendum, le 28 septembre

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

1958», *Journal officiel de la République française*, N° 234, de 5 de octubre de 1958, pp. 9177-9179.

Commission on Human Rights. Report of the Tenth Session. 26 February—16 April 1954, Document E/CN.4/705, Economic and Social Council Official Records: Eighteenth Session, Supplement No. 7, United Nations, New York, 1954.

Comprender las políticas de la Unión Europea. Educación, formación, juventud y deporte, Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, Luxemburgo, 2014, ISBN 978-92-79-42097-9.

CONFERENCIA MUNDIAL DE DERECHOS HUMANOS, *Declaración y Programa de Acción de Viena*, Documento A/CONF.157/23, Naciones Unidas, 12 de julio de 1993.

CONFERENCIA SOBRE LA SEGURIDAD Y LA COOPERACIÓN EN EUROPA, *Acta Final*, Helsinki, 1 de agosto de 1975, disponible en <http://www.osce.org/es/mc/39506> (último acceso: 10 de diciembre de 2021).

_____, *Carta de París para una Nueva Europa*, París, 21 de noviembre de 1990, disponible en <http://www.osce.org/es/mc/39521> (último acceso: 10 de diciembre de 2021).

_____, *Documento de Helsinki 1992. El Desafío del Cambio*, Helsinki, 10 de julio de 1992, disponible en <http://www.osce.org/es/mc/39535> (último acceso: 10 de diciembre de 2021).

CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, «Conclusiones del Consejo de 12 de mayo de 2009 sobre un marco estratégico para la cooperación europea en el ámbito de la educación y la formación («ET 2020»)», *Diario Oficial de la Unión Europea*, Serie C, Número 119, de 28 de mayo de 2009, pp. 2-10.

_____, *Derechos humanos y democracia: Marco estratégico y Plan de acción de la UE*, Documento ST 11855/12, Bruselas, 25 de junio de 2012, disponible en <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-11855-2012-INIT/es/pdf> (último acceso: 10 de diciembre de 2021).

CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL DE LAS NACIONES UNIDAS, *Comisión de Derechos del Hombre y Subcomisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer*, Documento E/RES/5(I), Consejo Económico y Social, Naciones Unidas, 16 de febrero de 1946.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

Consejo Europeo. 23 y 24 de junio de 2011. Conclusiones, Documento EUCO 23/1/11 REV 1, Bruselas, 2011, disponible en <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-23-2011-REV-1/es/pdf> (último acceso: 10 de diciembre de 2021).

Consejo Europeo de Bruselas. 16 y 17 de diciembre de 2004. Conclusiones de la Presidencia, Documento 16238/1/04 REV 1, Bruselas, 2005, disponible en <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-16238-2004-REV-1/es/pdf> (último acceso: 10 de diciembre de 2021).

Consejo Europeo de Copenhague. 12 y 13 de diciembre de 2002. Conclusiones de la Presidencia, Documento 15917/02, Bruselas, 2003, disponible en <https://www.consilium.europa.eu/media/20900/73843.pdf> (último acceso: 10 de diciembre de 2021).

Consejo Europeo de Copenhague. 21-22 de junio de 1993. Conclusiones de la Presidencia, Documento SN 180/1/93 REV 1, s. f., disponible en <http://www.consilium.europa.eu/media/21221/72925.pdf> (último acceso: 10 de diciembre de 2021).

Consejo Europeo de Luxemburgo. 12 y 13 de diciembre de 1997. Conclusiones de la Presidencia, disponible en <http://www.consilium.europa.eu/media/21108/luxemburgo-consejo-europeo.pdf> (último acceso: 10 de diciembre de 2021).

CONSELHO DA REVOLUÇÃO, *Plano de Acção Política do MFA*, 19 de Junio de 1975, disponible en http://app.parlamento.pt/LivrosOnLine/Vozes_Constituente/med01130347j.html (último acceso: 10 de diciembre de 2021).

CONSTANTINO, V. R., «EDSA Revisited» en *Journal of Contemporary Asia*, ISSN 0047-2336, Vol. 30, No. 3, Journal of Contemporary Asia, London, 2000, pp. 425-427.

_____, «The Opposite of Marcos?» en *Journal of Contemporary Asia*, ISSN 0047-2336, Vol. 30, No. 3, Journal of Contemporary Asia, London, 2000, pp. 416-417.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

«Constitución de la República Bolivariana de Venezuela», *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela*, N° 5.453 Extraordinario, de 24 de marzo de 2000, pp. 16-45.

Constitución de la República del Ecuador [Incluye las reformas aprobadas en el Referéndum y Consulta Popular de 7 de mayo de 2011 y las Enmiendas Constitucionales publicadas en el Registro Oficial No. 653 del 21 de diciembre de 2015], Asamblea Nacional, Ecuador, s. f., disponible en <https://www.asambleanacional.gob.ec/sites/default/files/private/asambleanacional/files/lesasambleanacionalnameuid-20/transparencia-2015/literal-a/a2/Const-Enmienda-2015.pdf> (último acceso: 10 de diciembre de 2021).

«Constitución de la República del Paraguay», Asunción, 1992, disponible en https://www.bacn.gov.py/CONSTITUCION_ORIGINAL_FIRMADA.pdf (último acceso: 10 de diciembre de 2021).

«Constitución Española», *Boletín Oficial del Estado*, Núm. 311, de 29 de diciembre de 1978, pp. 29313-29424.

Constitución Política de Colombia 1991. Actualizada con los Actos Legislativos a 2016, Corte Constitucional, Consejo Superior de la Judicatura, Centro de Documentación Judicial - CENDOJ y Biblioteca Enrique Low Murtra - BELM, Bogotá, 2016, disponible en <https://www.cijc.org/es/NuestrasConstituciones/COLOMBIA-Constitucion.pdf> (último acceso: 10 de diciembre de 2021).

«Constitución Política de la República de Chile [de 1980]» en *Constituciones Políticas de la República de Chile 1810 - 2015* (2ª ed.), Diario Oficial de la República de Chile, ISBN 956-7570-18-3, pp. 392-447, disponible en <http://www.diariooficial.interior.gob.cl/assets/modal/Constituciones1810-2015.pdf> (último acceso: 10 de diciembre de 2021).

«Constitución Política del Estado», *Gaceta Oficial del Estado Plurinacional de Bolivia*, Edición CPE_2009, 7 de diciembre de 2016.

«Constitución Política del Perú», Presidencia de la República del Perú, 2018, disponible en https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/198518/Constitucion_Politica_del_Peru_1993.pdf (último acceso: 10 de diciembre de 2021).

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, Presidência da República, Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos, 2021, disponible en http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm (último acceso: 10 de diciembre de 2021).

Constituição da República Portuguesa [Legislação Consolidada], disponible en <https://dre.pt/web/guest/legislacao-consolidada/-/lc/34520775/view> (último acceso: 10 de diciembre de 2021).

«Constitution du 4 octobre 1958», *Journal officiel de la République française*, N° 234, de 5 de octubre de 1958, pp. 9151-9173.

Constitution of October 4, 1958 [Constitución francesa], disponible en https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/2018-10/constitution_anglais.pdf (último acceso: 10 de diciembre de 2021).

Constitution of the Republic of Kosovo (with amendments I-XXVI), Pristina, 2020, disponible en https://www.assembly-kosova.org/Uploads/Data/Files/5/ConstitutionoftheRepublicofKosovovithamend.I-XXV_rwWEfAUpgP.pdf (último acceso: 10 de diciembre de 2021).

Constitution of the Republic of South Africa, 1996 [as amended up to the Constitution Seventeenth Amendment Act of 2012], ISBN 978-0-621-39063-6, disponible en <https://www.justice.gov.za/legislation/constitution/saconstitution-web-eng.pdf> (último acceso: 10 de diciembre de 2021).

Constitution of the Republic of Turkey, disponible en https://global.tbmm.gov.tr/docs/constitution_en.pdf (último acceso: 10 de diciembre de 2021).

CONSTITUTIONAL COURT OF SOUTH AFRICA, *Certification of the Constitution of the Republic of South Africa, 1996*, Judgment, Case CCT 23/96, 6 September 1996, disponible en [https://collections.concourt.org.za/bitstream/handle/20.500.12144/2015/Full%20judgment%20\(502%20Kb\)-3626.pdf?sequence=3&isAllowed=y](https://collections.concourt.org.za/bitstream/handle/20.500.12144/2015/Full%20judgment%20(502%20Kb)-3626.pdf?sequence=3&isAllowed=y) (último acceso: 10 de diciembre de 2021).

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

Continuación de los debates sobre el proyecto de Declaración Universal de Derechos del Hombre: informe de la Tercera Comisión (A/777), Documento A/PV.183, 183a sesión plenaria, 3er periodo de sesiones, Asamblea General, Naciones Unidas, 10 de diciembre de 1948.

«Convención Americana sobre Derechos Humanos: “Pacto de San José de Costa Rica”», *Treaty Series*, Volume 1144, United Nations, New York, 1987, pp. 124-143.

«Convención de Viena sobre el derecho de los tratados», *Treaty Series*, Volume 1155, United Nations, New York, 1987, pp. 443-466.

«Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms [= Convenio Europeo de Derechos Humanos]», *Treaty Series*, Volume 213, United Nations, New York, 1955, pp. 222-256.

COOK, D., *Adorno, Habermas, and the Search for a Rational Society*, Routledge, London y New York, 2004, ISBN 0-415-33479-9.

CORDUWENER, P., «Democracy as a Contested Concept in Post-War Western Europe: A Comparative Study of Political Debates in France, West Germany, and Italy» en *The Historical Journal*, ISSN 0018-246X, Vol. 59, Issue 1 (March 2016), Cambridge University Press, Cambridge, United Kingdom, 2016, pp. 197-220.

CORRAL SUÁREZ, M., «Democracia y orden internacional» en BALADO RUIZ-GALLEGOS, M. y GARCÍA REGUEIRO, J. A. (dirs.), *La Declaración Universal de los Derechos Humanos en su 50 aniversario*, Editorial Bosch, Barcelona, 1998, ISBN 84-7676-483-9, pp. 103-116.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile*, Sentencia de 26 de septiembre de 2006 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C No. 154.

_____, *Caso Argüelles y otros Vs. Argentina*, Sentencia de 20 de noviembre de 2014 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C No. 288.

_____, *Caso Castañeda Gutman Vs. Estados Unidos Mexicanos*, Sentencia de 6 de agosto de 2008 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C No. 184.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

- _____, *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua*, Sentencia de 31 de agosto de 2001 (Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C No. 79.
- _____, *Caso de la Corte Suprema de Justicia (Quintana Coello y otros) Vs. Ecuador*, Sentencia de 23 de agosto de 2013 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C No. 266.
- _____, *Caso del Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros) Vs. Ecuador*, Sentencia de 28 de agosto de 2013 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C No. 268.
- _____, *Caso Gelman Vs. Uruguay*, Sentencia de 24 de febrero de 2011 (Fondo y Reparaciones), Serie C No. 221.
- _____, *Caso Godínez Cruz Vs. Honduras*, Sentencia de 20 de enero de 1989 (Fondo), Serie C No. 5.
- _____, *Caso Lagos del Campo Vs. Perú*, Sentencia de 31 de agosto de 2017 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C No. 340.
- _____, *Caso Petro Urrego Vs. Colombia*, Sentencia de 8 de julio de 2020 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C No. 406.
- _____, *Caso Pueblo Indígena Xucuru y sus miembros Vs. Brasil*, Sentencia de 5 de febrero de 2018 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C No. 346.
- _____, *Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde Vs. Brasil*, Sentencia de 20 de octubre de 2016 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C No. 318.
- _____, *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*, Sentencia de 29 de julio de 1988 (Fondo), Serie C No. 4.
- _____, *Caso Yatama Vs. Nicaragua*, Sentencia de 23 de junio de 2005 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C No. 127.
- _____, *Ciertas atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Arts. 41, 42, 44, 46, 47, 50 y 51 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Opinión Consultiva OC-13/93 de 16 de julio de 1993, Serie A No. 13.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

_____, *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*, Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999, Serie A No. 16.

_____, *Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención (Arts. 1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Opinión Consultiva OC-14/94 de 9 de diciembre de 1994, Serie A No. 14.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA PLENA, «Sentencia Número 59», *Gaceta Especial. Sala Constitucional*, La Reforma Constitucional de 1991, Tomo I, Imprenta Nacional de Colombia, Santafé de Bogotá, 1993, pp. 9-20, disponible en [http://www.cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/subpage/GJ/Gaceta%20Especial%20Sala%20Constitucional/GJ%20I%20\(1991\).pdf](http://www.cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/subpage/GJ/Gaceta%20Especial%20Sala%20Constitucional/GJ%20I%20(1991).pdf) (último acceso: 10 de diciembre de 2021).

_____, «Sentencia Número 138», *Gaceta Especial. Sala Constitucional*, La Reforma Constitucional de 1991, Tomo I, Imprenta Nacional de Colombia, Santafé de Bogotá, 1993, pp. 37-107, disponible en [http://www.cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/subpage/GJ/Gaceta%20Especial%20Sala%20Constitucional/GJ%20I%20\(1991\).pdf](http://www.cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/subpage/GJ/Gaceta%20Especial%20Sala%20Constitucional/GJ%20I%20(1991).pdf) (último acceso: 10 de diciembre de 2021).

«Covenant of the League of Nations Adopted by the Peace Conference at Plenary Session, April 28, 1919» en *The American Journal of International Law*, Vol. 13, No. 2, Supplement: Official Documents (April 1919), Cambridge University Press, 1919, pp. 128-140.

CRAVEN, M. C. R., *The International Covenant on Economic, Social, and Cultural Rights. A Perspective on its Development*, Oxford University Press, Oxford, United Kingdom, 1995, ISBN 0-19-825874-7.

CRIADO DE DIEGO, M., «Algunas consideraciones sobre el poder constituyente en el Estado constitucional contemporáneo» en MARTÍNEZ DALMAU, R. (ed.), *Teoría y práctica del poder constituyente*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, ISBN 978-84-9053-706-0, pp. 121-157.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

- CRISTESCU, A., *The Right to Self-Determination. Historical and Current Development on the Basis of United Nations Instruments*, Document E/CN.4/Sub.2/404/Rev.1, United Nations, New York, 1981.
- CRISTI, R., «La génesis de la Constitución de 1980: una lectura de las Actas de la Honorable Junta de Gobierno» en *Revista Ciencia Política*, ISSN 0718-090X, Vol. 19, Núm. 2, Instituto de Ciencia Política, Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago, 1998, pp. 208-228.
- _____, «La noción de poder constituyente en Carl Schmitt y la génesis de la Constitución chilena de 1980» en *Revista Chilena de Derecho*, ISSN 0716-0747, Vol. 20, No. 2/3, XXIV Jornadas Chilenas de Derecho Público: Tomo 1 (Mayo-Diciembre 1993), Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago, 1993, pp. 229-250.
- CRUZ VILLALÓN, P., *La curiosidad del jurista persa, y otros estudios sobre la Constitución*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1999, ISBN 84-259-1100-1.
- _____, «La Ley Fundamental y la unidad de Alemania. Una conversación con Konrad Hesse (Freiburg, mayo de 1991)» en *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario*, ISSN 1130-4243, Núm. 3, Asamblea Regional de la Comunidad Autónoma de Murcia y Universidad de Murcia, Murcia, 1991, pp. 7-28.
- D'OLIVEIRA MARTINS, A., «La Constitución española de 1978 en el contexto ibérico» en VV.AA., *Congreso Internacional Constitucional. Palacio del Senado, 4 y 5 de octubre de 2018*, Cortes Generales y Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2020, ISBN 978-84-7943-547-9, pp. 131-137.
- DANN, P. y AL-ALI, Z., «The Internationalized *Pouvoir Constituant* – Constitution-Making Under External Influence in Iraq, Sudan and East Timor» en VON BOGDANDY, A. y WOLFRUM, R. (eds.), *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, Volume 10, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, The Netherlands, 2006, ISBN 90-04-15511-2, pp. 423-463.
- DE CABO MARTÍN, C., «Capitalismo, democracia y poder constituyente» en MARTÍNEZ DALMAU, R. (ed.), *Teoría y práctica del poder constituyente*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, ISBN 978-84-9053-706-0, pp. 13-29.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

- _____, *Conflicto y constitución desde el constitucionalismo crítico. La potencialidad constituyente del conflicto: historia y actualidad*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2019, ISBN 978-84-259-1810-0.
- _____, *Contra el consenso. Estudios sobre el Estado constitucional y el constitucionalismo del Estado social*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, Ciudad de México, 1997, ISBN 968-36-5890-3.
- _____, *Dialéctica del sujeto, dialéctica de la Constitución*, Editorial Trotta, Madrid, 2010, ISBN 978-84-9879-121-1.
- _____, «Propuesta para un constitucionalismo crítico» en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, ISSN 1697-7890, Núm. 19 (Enero-Junio de 2013), Instituto Andaluz de Administración Pública, Junta de Andalucía y Departamento de Derecho Constitucional, Universidad de Granada, Granada, 2006, pp. 387-399.
- _____, *Teoría Histórica del Estado y del Derecho Constitucional. Volumen I. Formas precapitalistas y Estado moderno*, PPU, Barcelona, 1988, ISBN 84-7665-374-3.
- _____, *Teoría Histórica del Estado y del Derecho Constitucional. Volumen II. Estado y Derecho en la transición al capitalismo y en su evolución: el desarrollo constitucional*, PPU, Barcelona, 1993, ISBN 84-477-0064-X.
- DE CARVALHO HERNANDEZ, M., «The Rise of Human Rights Issue in the Post-Cold War World: The Vienna Conference (1993)» en *The Age of Human Rights Journal*, ISSN 2340-9592, No. 2 (June 2014), Universidad de Jaén, Jaén, 2014, pp. 86-108.
- DE CERVANTES SAAVEDRA, M., «Al túmulo del rey Felipe II de Sevilla» en LÓPEZ DEL CASTILLO, D. (ed.), *Antología poética del Siglo de Oro*, Castalia Ediciones, Barcelona, 2012, ISBN 978-84-9740-465-5, pp. 129-130.
- DE FEYTER, K., «Globalisation and human rights» en GÓMEZ ISA, F. y DE FEYTER, K. (eds.), *International Human Rights Law in a Global Context*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2009, ISBN 978-84-9830-813-6, pp. 51-96.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

- DE GUSMÃO, H. C. A., *Reforma constitucional e integración europea*, tesis doctoral dirigida por Francisco Balaguer Callejón, Departamento de Derecho Constitucional, Universidad de Granada, Granada, 2008.
- DE JULIOS-CAMPUZANO, A., *La globalización ilustrada. Ciudadanía, derechos humanos y constitucionalismo*, Editorial Dykinson, Madrid, 2003, ISBN 84-9772-161-6.
- _____, *La transición paradigmática de la teoría jurídica. El derecho ante la globalización*, Editorial Dykinson, Madrid, 2009, ISBN 978-84-9849-791-5.
- DE LUCAS, J., «La lucha contra la discriminación» en VV.AA., *Consolidación de derechos y garantías. Los grandes retos de los derechos humanos en el siglo XXI. Seminario conmemorativo del 50 aniversario de la Declaración Universal de los Derechos Humanos*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999, ISBN 84-89324-58-1, pp. 141-162.
- DE OTTO Y PARDO, I. (ed. y pres. por PUNSET BLANCO, R., BASTIDA FREIJEDO, F. J. y VARELA SUANZES-CARPEGNA, J.; coord. por FERNÁNDEZ SARASOLA, I.), *Obras completas*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Oviedo, Oviedo y Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2010, ISBN 978-84-259-1481-2.
- DE PEÑARANDA Y ALGAR, J. M., *Desde el corazón del CESID*, Editorial Espasa Libros, Barcelona, 2012, ISBN 978-84-670-3685-5.
- DE SCHUTTER, O., *The European Social Charter in the context of implementation of the EU Charter of Fundamental Rights*, Document PE 536.488, Policy Department C: Citizens' Rights and Constitutional Affairs, Directorate General for Internal Policies, European Parliament, Brussels, 2016, disponible en [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/536488/IPOL_STU\(2016\)536488_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/536488/IPOL_STU(2016)536488_EN.pdf) (último acceso: 10 de diciembre de 2021).
- DE VEGA GARCÍA, P., *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente (7ª reimp.)*, Editorial Tecnos, Madrid, 2011, ISBN 978-84-309-1217-9.
- _____, «Mundialización y Derecho Constitucional: la crisis del principio democrático en el constitucionalismo actual» en *Revista de Estudios Políticos*

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

(*Nueva Época*), ISSN 0048-7694, Núm. 100 (Abril/Junio 1998), Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998, pp. 13-56.

DE VERGOTTINI, G. (trad. por EXPÓSITO, E.), «Garantía de la identidad de los ordenamientos estatales y límites de la globalización» en *Teoría y Realidad Constitucional*, ISSN 1139-5583, Núm. 18, Departamento de Derecho Político, Facultad de Derecho, UNED, Madrid, 2006, pp. 131-145.

_____ (trad. por GÓMEZ LUGO, Y.), «La persistente soberanía» en *Teoría y Realidad Constitucional*, ISSN 1139-5583, Núm. 36, Departamento de Derecho Político, Facultad de Derecho, UNED, Madrid, 2015, pp. 67-91.

«Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre» en COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Documentos básicos en materia de derechos humanos en el sistema interamericano (actualizado a 24 de enero de 2020)*, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2020, ISBN 978-0-8270-6983-1, pp. 29-36.

«Declaration Regarding the Defeat of Germany and the Assumption of Supreme Authority with Respect to Germany and Supplementary Statements» en *The American Journal of International Law*, ISSN 0002-9300, Vol. 39, No. 3, Supplement: Official Documents (July 1945), Cambridge University Press, pp. 171-178.

DEHNERT, G., «The Polish Opposition, the Crisis of the Gierek Era, and the Helsinki Process» en ECKEL, J. y MOYN, S. (eds.), *The Breakthrough. Human Rights in the 1970s*, University of Pennsylvania Press, Philadelphia, United States of America, 2014, ISBN 978-0-8122-4550-9, pp. 166-185.

DELLAVALLE, S., «“From above” or “from the bottom up”? The protection of human rights between descending and ascending interpretations» en VV.AA., *Definition and development of human rights and popular sovereignty in Europe*, Council of Europe Publishing, Strasbourg, 2011, ISBN 978-92-871-7134-4, pp. 91-113.

DÍEZ-PICAZO, L. M., «Límites internacionales al poder constituyente» en *Revista Española de Derecho Constitucional*, ISSN 0211-5743, Núm. 76 (enero-abril 2006), Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2006, pp. 9-32.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

«Discurso de S. M. el Rey» en *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, Núm. 3, de 22 de julio de 1977, Madrid, pp. 38-41.

DOBSON, L., «Legitimacy, institutional power, and international human rights institutions: a conceptual enquiry» en FØLLESDAL, A., SCHAFFER, J. K. y ULFSTEIN, G. (eds.), *The Legitimacy of International Human Rights Regimes. Legal, Political and Philosophical Perspectives*, Cambridge University Press, Cambridge, United Kingdom, 2014, ISBN 978-1-107-03460-0, pp. 190-211.

DONNELLY, J. (trad. por RODRÍGUEZ, V.), «La construcción social de los derechos humanos internacionales» en *Relaciones Internacionales*, ISSN 1699-3950, Núm. 17 (Junio de 2011), Grupo de Estudios de Relaciones Internacionales (GERI), Facultad de Derecho, Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, 2011, pp. 153-184.

_____, *Universal Human Rights in Theory and Practice* (3rd ed.), Cornell University Press, Ithaca, United States of America, 2013, ISBN 978-0-8014-5095-2.

DOTHAN, S., «In Defence of Expansive Interpretation in the European Court of Human Rights» en *Cambridge Journal of International and Comparative Law*, ISSN 2050-1706, Vol. 3, Issue 2 (2014), Faculty of Law, University of Cambridge, Cambridge, United Kingdom, 2014, pp. 508-531.

DOUZINAS, C., *Human Rights and Empire. The political philosophy of cosmopolitanism*, Routledge-Cavendish, Abingdon, United Kingdom, 2007, ISBN 978-0-415-42758-6.

Draft International Covenants on Human Rights. Annotation prepared by the Secretary-General, Document A/2929, General Assembly, United Nations, 1 July 1955.

Draft international declaration of human rights (E/800) (continued), Document A/C.3/SR.163, Records of the 163rd Meeting, Third Committee, General Assembly, 3rd session, United Nations, 29 November 1948.

Draft International Declaration of Human Rights. Union of Soviet Socialist Republics: Amendments to the draft Declaration proposed by the Third Committee (A/777), Document A/784, General Assembly, United Nations, 8 December 1948.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

Draft International Declaration of Human Rights. United Kingdom: Amendment to article 3 of the draft Declaration proposed by the Third Committee (A/777), Document A/778, General Assembly, United Nations, 7 December 1948.

Draft Report of Sub-Committee 4 of the Third Committee, Document A/C.3/400, General Assembly, United Nations, 4 December 1948.

Draft universal declaration of human rights (E/800): report of Sub-Committee 4 (A/C.3/400 and A/C.3/400/Rev.1) (continued), Document A/C.3/SR.176, Records of the 176rd Meeting, Third Committee, General Assembly, 3rd session, United Nations, 6 December 1948.

DUEÑAS MUÑOZ, J. C., «Soberanía y Estado constitucional: su importancia en la integración y en el derecho comunitario» en *Anuario de derecho constitucional latinoamericano*, ISSN 1510-4974, Año 13, Anuario 2007, Tomo II, Konrad-Adenauer-Stiftung e.V., Montevideo, 2007, pp. 741-760.

EBRAHIM, H. y MILLER, L. E., «Creating the Birth Certificate of a New South Africa. Constitution Making after Apartheid» en MILLER, L. E. (ed.) y AUCOIN, L., *Framing the State in Times of Transition. Case Studies in Constitution Making*, United States Institute of Peace Press, Washington, D.C., 2010, ISBN 978-1-60127-055-9, pp. 111-157.

ECKEL, J., «The Rebirth of Politics from the Spirit of Morality: Explaining the Human Rights Revolution of the 1970s» en ECKEL, J. y MOYN, S. (eds.), *The Breakthrough. Human Rights in the 1970s*, University of Pennsylvania Press, Philadelphia, United States of America, 2014, ISBN 978-0-8122-4550-9, pp. 226-260.

EKIERT, G., «Dilemmas of Europeanisation: Eastern and Central Europe after the EU Enlargement» en GÓRA, M. y ZIELIŃSKA, K. (eds.), *Democracy, State and Society. European Integration in Central and Eastern Europe*, Jagiellonian University Press, Kraków, Polonia, 2011, ISBN 978-83-233-3208-4, pp. 37-61.

ELKINS, Z., GINSBURG, T. y MELTON, J., «Baghdad, Tokyo, Kabul ...: Constitution Making in Occupied States» en *William and Mary Law Review*, ISSN 0043-5589, Vol. 49, Issue 4 (March 2008), William & Mary Law School, Williamsburg, United States of America, 2008, pp. 1139-1178.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

ELKINS, Z., GINSBURG, T. y SIMMONS, B., «Getting to Rights: Treaty Ratification, Constitutional Convergence, and Human Rights Practice» en *Harvard International Law Journal*, ISSN 0017-8063, Vol. 54, No. 1 (Winter 2013), Harvard Law School, Cambridge, United States of America, 2013, pp. 61-95.

ELSTER, J., «Forces and Mechanisms in the Constitution-Making Process» en *Duke Law Journal*, ISSN 0012-7086, Vol. 45, No. 2 (November 1995), Duke University School of Law, Durham, United States of America, 1995, pp. 364-396.

_____, «Régimen de mayorías y derechos individuales» en SHUTE, S. y HURLEY, S. (eds.) (trad. por VALENCIA VILLA, H.), *De los derechos humanos. Las conferencias Oxford Amnesty de 1993*, Editorial Trotta, Madrid, 1998, ISBN 84-8164-221-5, pp. 165-199.

ESCARRÁ MALAVÉ, C., «Modelo de Estado establecido en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (implicaciones)» en CARBONELL, M., CARPIZO, J. y ZOVATTO, D. (coords.), *Tendencias del constitucionalismo en Iberoamérica*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, Ciudad de México, 2015, ISBN 968-607-02-0799-0, pp. 809-875.

Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, Naciones Unidas, San Francisco, 1945, disponible en <https://treaties.un.org/doc/Publication/CTC/uncharter-all-lang.pdf> (último acceso: 10 de diciembre de 2021).

ETXEBERRÍA MAULEON, X., «El debate sobre la universalidad de los derechos humanos» en VV.AA., *La Declaración Universal de Derechos Humanos en su cincuenta aniversario. Un estudio interdisciplinar*, Universidad de Deusto, Bilbao, 1999, ISBN 84-7485-586-1, pp. 309-393.

EUROPEAN COMMISSION FOR DEMOCRACY THROUGH LAW (VENICE COMMISSION), *Opinion on the new Constitution of Hungary*, Opinion No. 621 / 2011, Strasbourg, 20 June 2011.

_____, *Report on constitutional amendment*, Study no. 469 / 2008, Strasbourg, 19 January 2010.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

_____, *Revised guidelines on the holding of referendums*, Document CDL-AD(2020)031, Strasbourg, 8 October 2020.

_____, *Rule of Law Checklist*, Study No. 711 / 2013, Strasbourg, 18 March 2016.

_____, *Self-determination and secession in constitutional law*, Document CDL-INF (2000) 2, Strasbourg, 12 January 2000.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS (CHAMBER), *Case of Piermont v. France*, Judgment, Applications no. 15773/89 and 15774/89, Strasbourg, 27 April 1995.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS (GRAND CHAMBER), *Case of Béláné Nagy v. Hungary*, Judgment, Application no. 53080/13, Strasbourg, 13 December 2016.

_____, *Case of Broniowski v. Poland*, Judgment, Application no. 31443/96, Strasbourg, 22 June 2004.

_____, *Case of Lekić v. Slovenia*, Judgment, Application no. 36480/07, Strasbourg, 11 December 2018.

_____, *Case of Loizidou v. Turkey (Preliminary Objections)*, Judgment, Application no. 15318/89, Strasbourg, 23 March 1995.

_____, *Case of Mihalache v. Romania*, Judgment, Application no. 54012/10, Strasbourg, 8 July 2019.

_____, *Case of Perinçek v. Switzerland*, Judgment, Application no. 27510/08, Strasbourg, 15 October 2015.

_____, *Case of the former King of Greece and Others v. Greece*, Judgment, Application no. 25701/94, Strasbourg, 23 November 2000.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS (PLENARY), *Case of James and Others v. the United Kingdom*, Judgment, Application no. 8793/79, Strasbourg, 21 February 1986.

«European Social Charter», *Treaty Series*, Volume 529, United Nations, New York, 1966, pp. 90-133.

EUROPEAN UNION ELECTION OBSERVATION MISSION BOLIVIA 2006, *Final Report. Constituent Assembly Election and Referendum on Regional Autonomy 2 July 2006*, La Paz, September 2006, disponible en

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

http://eeas.europa.eu/archives/eucom/missions/2006/bolivia/pdf/eucom_bolivia_2006_final_report_en.pdf (último acceso: 10 de diciembre de 2021).

EUROPEAN UNION ELECTION OBSERVATION MISSION TO NEPAL 2008, *Final Report. Constituent Assembly Election 10 April 2008*, September 2008, disponible en http://eeas.europa.eu/archives/eucom/pdf/missions/nepal_eu_eom_final_report_en.pdf (último acceso: 10 de diciembre de 2021).

EUROPEAN UNION ELECTION OBSERVATION MISSION TO NEPAL 2013, *Final Report. Constituent Assembly Elections 19 November 2013*, s. f., disponible en http://eeas.europa.eu/archives/eucom/missions/2013/nepal/pdf/final-report-eucom-nepal_en.pdf (último acceso: 10 de diciembre de 2021).

EVANS, T., *The Politics of Human Rights. A Global Perspective* (2nd ed.), Pluto Press, London, 2005, ISBN 0-7453-2373-1.

«Explicaciones de voto sobre los proyectos de pactos internacionales de derechos humanos» en *Documentos Oficiales. Asamblea General. Vigésimo Primer Periodo de Sesiones*, Documento A/C.3/SR.1455, Tercera Comisión, 1455ª Sesión, Nueva York, 12 de diciembre de 1966, pp. 506-511.

FARIA, J. E. (trad. por LEMA AÑÓN, C.), *El derecho en la economía globalizada*, Editorial Trotta, Madrid, 2001, ISBN 84-8164-464-1.

FARIÑAS DULCE, M. J., «Ajustes neoliberales al constitucionalismo social» en RIBOTTA, S. y ROSSETTI, A. (eds.), *Los derechos sociales y su exigibilidad. Libres de temor y miseria*, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III de Madrid y Editorial Dykinson, Madrid, 2015, ISBN 978-84-9085-444-0, pp. 119-136.

_____, *Globalización, ciudadanía y derechos humanos*, Editorial Dykinson, Madrid, 2000, ISBN 84-8155-685-8.

_____, *Mercado sin ciudadanía. Las falacias de la globalización neoliberal*, Editorial Biblioteca Nueva, Madrid, 2005, ISBN 84-9742-444-1.

FASSBENDER, B. (trad. por GUTIÉRREZ, I.), «La protección de los derechos humanos como contenido central del bien común internacional» en PETERS, A., AZNAR GÓMEZ, M. J. y GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, I. (eds.), *La constitucionalización de la*

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

Comunidad internacional, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, ISBN 978-84-9876-704-9, pp. 121-172.

_____, «‘We the Peoples of the United Nations’: Constituent Power and Constitutional Form in International Law» en LOUGHLIN, M. y WALKER, N. (eds.), *The Paradox of Constitutionalism. Constituent Power and Constitutional Form*, Oxford University Press, Oxford, United Kingdom, 2007, ISBN 978-0-19-920496-0, pp. 269-290.

FERNÁNDEZ, B. S. y PUENTE, F., «Configuración y demandas de los movimientos sociales hacia la Asamblea Constituyente en Bolivia y Ecuador» en *Íconos*, ISSN 1390-1249, Núm. 44 (Septiembre 2012), Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, Sede Académica de Ecuador, Quito, 2012, pp. 49-65.

FERNÁNDEZ SEGADO, F., «El nuevo ordenamiento constitucional del Perú: Aproximación a la Constitución de 1993» en *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, ISSN 0048-7694, Núm. 84 (Abril/Junio 1994), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994, pp. 27-68.

FERRAJOLI, L. (trad. por BAYÓN MOHINO, J. C., GASCÓN ABELLÁN, M. y PRIETO SANCHÍS, L.), *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia. 1. Teoría del derecho*, Editorial Trotta, Madrid, 2011, ISBN 978-84-9879-176-1.

_____, (trad. por ANDRÉS IBÁÑEZ, P. y RUIZ MIGUEL, A.), *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia. 2. Teoría de la democracia*, Editorial Trotta, Madrid, 2011, ISBN 978-84-9879-177-8.

FIGUEROA GARCÍA-HERREROS, N., «Counter-Hegemonic Constitutionalism: The Case of Colombia» en *Constellations*, ISSN 1351-0487, Vol. 19, Issue 2 (June 2012), Wiley-Blackwell, Oxford, United Kingdom, 2012, pp. 235-247.

FIX-ZAMUDIO, H., «Introducción a la protección internacional de los derechos humanos» en VV.AA., *Entre la ética, la política y el derecho. Estudios en homenaje al profesor Gregorio Peces-Barba. Volumen I*, Editorial Dykinson, Madrid, 2008, ISBN 978-84-9849-239-2, pp. 485-567.

FLESSENKEMPER, T., «Bosnia and Herzegovina» en FRUHSTORFER, A. y HEIN, M. (eds.), *Constitutional Politics in Central and Eastern Europe. From Post-Socialist*

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

Transition to the Reform of Political Systems, Springer VS, Wiesbaden, Germany, 2016, ISBN 978-3-658-13761-8, pp. 243-266.

FONDEVILA MARÓN, M., «Los límites a la reforma de la Constitución» en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, ISSN 1138-039X, Núm. 19, Facultade de Dereito. Universidade da Coruña, A Coruña, 2015, pp. 249-259.

FONTAINE, R. W., «The Philippines: After Aquino» en *Asian Affairs*, ISSN 0092-7678, Vol. 19, Issue 3 (Fall 1992), American-Asian Educational Exchange, New York, 1992, pp. 170-190.

FONTANA LÁZARO, J., *Por el bien del imperio. Una historia del mundo desde 1945*, Ediciones de Pasado y Presente, Barcelona, 2011, ISBN 978-84-939143-4-9.

FOOT, R., «The Cold War and human rights» en LEFFLER, M. P. y WESTAD, O. A. (eds.), *The Cambridge History of the Cold War. Volume 3: Endings*, Cambridge University Press, Cambridge, United Kingdom, 2010, ISBN 978-0-521-83721-7, pp. 445-465.

FOUCAULT, M., «Afterword. The Subject and Power» en DREYFUS, H. L. y RABINOW, P., *Michel Foucault: Beyond Structuralism and Hermeneutics* (2nd ed.), The University of Chicago Press, Chicago, 1983, ISBN 0-226-16312-1, pp. 208-226.

_____ (dir. por EWALD, F. y FONTANA, A.; ed. por BERTANI, M. y FONTANA, A. y trad. por PONS, H.), *Hay que defender la sociedad. Curso del Collège de France (1975-1976)*, Ediciones Akal, Tres Cantos, 2003, ISBN 84-460-1274-X.

_____ (trad. y ed. por VARELA, J. y ALVAREZ-URÍA, F.), *Microfísica del poder* (3ª ed.), Las Ediciones de La Piqueta, Madrid, 1992, ISBN 84-7731-102-1.

FOX, D. T., GALLÓN-GIRALDO, G. y STETSON, A., «Lessons of the Colombian Constitutional Reform of 1991. Toward the Securing of Peace and Reconciliation?» en MILLER, L. E. (ed.) y AUCOIN, L., *Framing the State in Times of Transition. Case Studies in Constitution Making*, United States Institute of Peace Press, Washington, D.C., 2010, ISBN 978-1-60127-055-9, pp. 467-482.

FØLLESDAL, A., «Much ado about nothing? International judicial review of human rights in well-functioning democracies» en FØLLESDAL, A., SCHAFFER, J. K. y ULFSTEIN, G. (eds.), *The Legitimacy of International Human Rights Regimes*.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

Legal, Political and Philosophical Perspectives, Cambridge University Press, Cambridge, United Kingdom, 2014, ISBN 978-1-107-03460-0, pp. 272-299.

FRANCK, T. M. y THIRUVENGADAM, A. K., «Norms of International Law Relating to the Constitution-Making Process» en MILLER, L. E. (ed.) y AUCOIN, L., *Framing the State in Times of Transition. Case Studies in Constitution Making*, United States Institute of Peace Press, Washington, D.C., 2010, ISBN 978-1-60127-055-9, pp. 3-19.

FREIXES, T., «La proyección e influencia de la Constitución española de 1978» en VV.AA., *Congreso Internacional Constitucional. Palacio del Senado, 4 y 5 de octubre de 2018*, Cortes Generales y Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2020, ISBN 978-84-7943-547-9, pp. 139-146.

FRETES CARRERAS, L. A., «La consolidación democrática en Paraguay» en *América Latina Hoy*, ISSN 1130-2887, Vol. 60 (Abril 2012), Instituto de Iberoamérica y Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 2012, pp. 67-82.

FRITZ, P., «Imposing Democracy to Ensure the Peace: The Role of Coercive Socialization» en *Foreign Policy Analysis*, ISSN 1743-8586, Vol. 11, Issue 4 (October 2015), International Studies Association, 2015, pp. 377-396.

FRUHSTORFER, A. y HEIN, M., «From Post-socialist Transition to the Reform of Political Systems?» en FRUHSTORFER, A. y HEIN, M. (eds.), *Constitutional Politics in Central and Eastern Europe. From Post-Socialist Transition to the Reform of Political Systems*, Springer VS, Wiesbaden, Germany, 2016, ISBN 978-3-658-13761-8, pp. 547-576.

FRUHSTORFER, A. y MOORMANN-KIMÁKOVÁ, B., «Czech Republic» en FRUHSTORFER, A. y HEIN, M. (eds.), *Constitutional Politics in Central and Eastern Europe. From Post-Socialist Transition to the Reform of Political Systems*, Springer VS, Wiesbaden, Germany, 2016, ISBN 978-3-658-13761-8, pp. 39-63.

FUENTES, C., «Chile: Democratization through Constitutional Reforms» en NOLTE, D. y SCHILLING-VACAFLOR, A. (eds.), *New Constitutionalism in Latin America. Promises and Practices*, Ashgate Publishing Limited, Farnham, United Kingdom, 2012, ISBN 978-1-4094-3498-6, pp. 243-264.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

- FUENTES QUINTANA, E., «De los Pactos de la Moncloa a la entrada en la Comunidad Económica Europea (1977-1986)» en *Información Comercial Española, ICE: Revista de economía*, ISSN 0019-977X, Núm. 826, (Noviembre 2005), Secretaría de Estado de Comercio, Ministerio de Economía y Competitividad, Madrid, 2005, pp. 39-71.
- GALLEGO, F., *El mito de la transición. La crisis del franquismo y los orígenes de la democracia (1973-1977)*, Crítica, Barcelona, 2008, ISBN 978-84-8432-764-6.
- GÁNDARA CARBALLIDO, M. E., *Hacia un pensamiento crítico en derechos humanos: aportes en diálogo con la teoría de Joaquín Herrera Flores*, tesis doctoral dirigida por Franz Josef Hinkelammert y tutorizada por Rosario Valpuesta Fernández, Programa de Doctorado en Derechos Humanos y Desarrollo, Universidad Pablo de Olavide, Sevilla, 2013.
- GARCÍA ÁLVAREZ, M. B., «La nueva Constitución rusa de 12 de diciembre de 1993» en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, ISSN 0214-6185, Núm. 17 (Enero/Abril 1994), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994, pp. 71-136.
- GARCÍA BELAÜNDE, D. y EGUIGUREN PRAELI, F. J., «La evolución político-constitucional del Perú 1976-2005» en *Estudios Constitucionales*, ISSN 0718-0195, Año 6, Núm. 2, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, Santiago, 2008, pp. 371-398.
- GARCÍA FERNÁNDEZ, M. B., *El modelo constitucional del general de Gaulle. Su concepción del poder*, tesis doctoral dirigida por Eloy García López y Carlos Miguel Pimentel, Instituto de Derecho Parlamentario, Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2017.
- GARCÍA LINERA, A., *Democracia Estado Nación*, Vicepresidencia del Estado Plurinacional y Presidencia de la Asamblea Legislativa Plurinacional, La Paz, 2013, disponible en <https://www.vicepresidencia.gob.bo/IMG/pdf/democracia-estado-nacion-web-2.pdf> (último acceso: 10 de diciembre de 2021).
- GARCÍA ORELLANA, A. y GARCÍA YAPUR, F. L. (coords.), *Atlas Electoral de Bolivia. Tomo I. Elecciones Generales 1979 - 2009. Asamblea Constituyente 2006* (2ª ed.), Tribunal Supremo Electoral, Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

(PNUD) - Bolivia e Instituto Internacional para la Democracia y la Asistencia Electoral, La Paz, 2012, ISBN 978-99905-928-1-8.

_____, *Atlas Electoral de Bolivia. Tomo II. Referendums 2004 - 2009*, Tribunal Supremo Electoral y Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) Bolivia, La Paz, 2012.

GARCÍA RAMÍREZ, S., «Relación entre la Jurisdicción interamericana y los Estados (sistemas nacionales). Algunas cuestiones relevantes» en *Anuario iberoamericano de justicia constitucional*, ISSN 1138-4824, Núm. 18 (Enero/Diciembre 2014), Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2014, pp. 231-273.

GARCÍA ROCA, F. J., «El diálogo entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los tribunales constitucionales en la construcción de un orden público europeo» en *Teoría y Realidad Constitucional*, ISSN 1139-5583, Núm. 30, Departamento de Derecho Político, Facultad de Derecho, UNED, Madrid, 2012, pp. 183-224.

GARCÍA-LÓPEZ, E., «La transición política española como expresión de la acción de un poder constituyente evolutivo» en *Vniversitas*, ISSN 0041-9060, Núm. 130 (enero-junio de 2015), Facultad de Ciencias Jurídicas, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2015, pp. 135-178.

GARCÍA-SAYÁN LARRABURE, D., «Sistema Interamericano de Derechos Humanos: efectos de las decisiones de la CIDH» en *Diálogo Político*, ISSN 1667-314, Año XXV, Núm. 4 (Diciembre 2008), Konrad-Adenauer-Stiftung A.C., Buenos Aires, 2008, pp. 11-35.

GARDBAUM, S., «Human Rights as International Constitutional Rights» en *European Journal of International Law*, ISSN 0938-5428, Vol. 19, No. 4, Oxford University Press, Oxford, United Kingdom, 2008, pp. 749-768.

GARGARELLA, R., «Democracy and Rights in *Gelman v. Uruguay*» en *AJIL Unbound*, ISSN 2398-7723, Volume 109 (July 2015-May 2016), Cambridge University Press, 2015, pp. 115-119.

GARLICKI, L. y GARLICKA, Z. A., «Constitution Making, Peace Building, and National Reconciliation. The Experience of Poland» en MILLER, L. E. (ed.) y AUCOIN, L., *Framing the State in Times of Transition. Case Studies in Constitution Making*,

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

United States Institute of Peace Press, Washington, D.C., 2010, ISBN 978-1-60127-055-9, pp. 391-416.

GHERGHINA, S. y HEIN, M., «Romania» en FRUHSTORFER, A. y HEIN, M. (eds.), *Constitutional Politics in Central and Eastern Europe. From Post-Socialist Transition to the Reform of Political Systems*, Springer VS, Wiesbaden, Germany, 2016, ISBN 978-3-658-13761-8, pp. 173-197.

GIDDENS, A. (trad. por CIFUENTES HUERTAS, P.), *La tercera vía. La renovación de la socialdemocracia*, Taurus, Madrid, 1999, ISBN 84-306-0347-6.

GIEGERICH, T., «Do Damages Claims Arising from Jus Cogens Violations Override State Immunity from the Jurisdiction of Foreign Courts?» en TOMUSCHAT, C. y THOUVENIN J.-M. (eds.), *The Fundamental Rules of the International Legal Order. Jus Cogens and Obligations Erga Omnes*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, The Netherlands, 2006, ISBN 90-04-149813, pp. 203-237.

GILDERHUS, M. T., *The Second Century. U.S.-Latin American Relations since 1889*, Scholarly Resources, Wilmington, United States of America, 2000, ISBN 0-8420-2413-1.

GOBIERNO PROVISIONAL DE LA REPÚBLICA. MINISTERIO DE ECONOMÍA NACIONAL, «Decreto disponiendo que las Comisiones municipales de Policía rural procedan a averiguar cuáles fincas ya roturadas, del respectivo término municipal, no se laboran, según a cada época y cultivo corresponda», *Gaceta de Madrid*, Año CCLXX–Tomo II, Núm. 128, de 8 de mayo de 1931, pp. 594-595.

GOBIERNO PROVISIONAL DE LA REPÚBLICA. MINISTERIO DE INSTRUCCIÓN PÚBLICA Y BELLAS ARTES, «Decreto derogando todas las disposiciones dictadas contra el uso del catalán en las Escuelas primarias; disponiendo que en la Escuelas maternas y de párvulos la enseñanza se dé exclusivamente en lengua materna, castellana o catalana, e igualmente en las Escuelas primarias, y que en éstas se enseñe a los alumnos catalanes, a partir de los ocho años, el conocimiento y práctica de la lengua española», *Gaceta de Madrid*, Año CCLXX–Tomo II, Núm. 120, de 30 de abril de 1931, pp. 413-414.

_____, «Decreto disponiendo que la instrucción religiosa no será obligatoria en las Escuelas primarias ni en ninguno de los demás Centros dependientes de este

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

Ministerio», *Gaceta de Madrid*, Año CCLXX–Tomo II, Núm. 129, de 9 de mayo de 1931, pp. 619-620.

GOBIERNO PROVISIONAL DE LA REPÚBLICA. MINISTERIO DE TRABAJO Y PREVISIÓN, «Decreto disponiendo que en todos los trabajos agrícolas los patronos vendrán obligados a emplear preferentemente a los braceros que sean vecinos del Municipio en que aquéllos hayan de verificarse», *Gaceta de Madrid*, Año CCLXX–Tomo II, Núm. 120, de 30 de abril de 1931, pp. 414-415.

_____, «Decreto sobre organización de los Jurados mixtos agrarios», *Gaceta de Madrid*, Año CCLXX–Tomo II, Núm. 128, de 8 de mayo de 1931, pp. 590-594.

GOBIERNO PROVISIONAL DE LA REPÚBLICA. PRESIDENCIA, «Decreto sobre las relaciones del Poder Central con la Generalidad de Cataluña», *Gaceta de Madrid*, Año CCLXX–Tomo II, Núm. 130, de 10 de mayo de 1931, pp. 638-639.

GÓMEZ FORTES, B., *O Controlo Político dos Processos Constituintes. Os casos de Espanha e Portugal*, Imprensa de Ciências Sociais, Instituto de Ciências Sociais, Lisboa, 2009, ISBN 978-972-671-245-9.

GÓMEZ ISA, F., «International protection of human rights» en GÓMEZ ISA, F. y DE FEYTER, K. (eds.), *International Human Rights Law in a Global Context*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2009, ISBN 978-84-9830-813-6, pp. 21-48.

_____, «La Declaración Universal de Derechos Humanos: Algunas reflexiones en torno a su génesis y a su contenido» en VV.AA., *La Declaración Universal de Derechos Humanos en su cincuenta aniversario. Un estudio interdisciplinar*, Universidad de Deusto, Bilbao, 1999, ISBN 84-7485-586-1, pp. 17-92.

GÓMEZ PÉREZ, M., «La protección internacional de los derechos humanos y la soberanía nacional» en *Anuario de derecho constitucional latinoamericano*, ISSN 1510-4974, Edición 2002, Konrad-Adenauer-Stiftung A.C., Montevideo, 2002, pp. 361-374.

GONZÁLEZ CADENAS, D., «Lecciones desde Islandia: poder constituyente y hegemonía» en MARTÍNEZ DALMAU, R. (ed.), *Teoría y práctica del poder constituyente*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, ISBN 978-84-9053-706-0, pp. 459-495.

_____, *Teoría y práctica jurídico-política de los procesos constituyentes. Estudio de caso de Venezuela*, tesis doctoral dirigida por Roberto Viciano Pastor, Programa de

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

Doctorado en Derechos Humanos, Democracia y Justicia Internacional, Universitat de València, Valencia, 2016.

GONZÁLEZ CASANOVA, J. A., *Teoría del Estado y Derecho Constitucional* (3ª ed., 2ª reed.), Ediciones Vicens-Vives, Barcelona, 1987, ISBN 84-316-1887-6.

GONZÁLEZ CASANOVA, P., *Sociología de la explotación* (Nueva edición, corregida), CLACSO, Buenos Aires, 2006, ISBN 978-987-1183-54-8, disponible en <http://biblioteca.clacso.edu.ar/gsd/collect/clacso/index/assoc/D8778.dir/gonzalez.pdf> (último acceso: 10 de diciembre de 2021).

GONZÁLEZ ENCINAR, J. J., MIRANDA, J., LAMOUNIER, B. y NOHLEN, D., «El proceso constituyente. Deducciones de cuatro casos recientes: España, Portugal, Brasil y Chile» en *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, ISSN 0048-7694, Núm. 76 (Abril-Junio 1992), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992, pp. 7-27.

GONZÁLEZ GONZÁLEZ, M. Á., *El Perú bajo Fujimori: alumbramiento, auge y ocaso de una dictadura peruana*, tesis doctoral dirigida por Secundino González Marrero, Departamento de Ciencia Política III, Facultad de Ciencias Políticas y Sociología, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2004, ISBN 84-669-2639-9.

GONZÁLEZ NAVARRO, F., *La nueva Ley Fundamental para la Reforma Política*, Servicio Central de Publicaciones / Secretaría General Técnica, Presidencia del Gobierno, Madrid, 1977, ISBN 84-500-1885-4.

GOZAÍNI, O. A., *El derecho procesal constitucional y los derechos humanos (Vínculos y autonomías)*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, Ciudad de México, 1995, ISBN 968-36-4679-4.

GRABBE, H., «European Union Conditionality and the *Acquis Communautaire*» en *International Political Science Review*, ISSN 0192-5121, Vol. 23, No. 3 (July 2002), International Political Science Association, Canberra, Australia, 2002, pp. 249-268.

GRAMSCI, A. (trad. por SOLÉ TURA, J.), *La política y el Estado moderno*, Diario Público, Barcelona, 2009.

GROS ESPIELL, H., «Los derechos humanos: derecho constitucional y derecho internacional» en VV.AA., *Problemas actuales del derecho constitucional*.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

Estudios en homenaje a Jorge Carpizo, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, Ciudad de México, 1994, ISBN 968-36-3881-3, pp. 169-186.

GÜNTHER, K., «From a gubernative to a deliberative human rights policy definition, and further development of human rights as an act of collective self-determination» en VV.AA., *Definition and development of human rights and popular sovereignty in Europe*, Council of Europe Publishing, Strasbourg, 2011, ISBN 978-92-871-7134-4, pp. 35-45.

GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, I., «De la Constitución del Estado al Derecho constitucional para la Comunidad internacional» en PETERS, A., AZNAR GÓMEZ, M. J. y GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, I. (eds.), *La constitucionalización de la Comunidad internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, ISBN 978-84-9876-704-9, pp. 15-91.

GUTIÉRREZ SANÍN, F., «Colombia: The Re-structuring of Violence» en GUTIÉRREZ, F. y SCHÖNWÄLDER, G. (eds.), *Economic Liberalization and Political Violence. Utopia or dystopia?*, Pluto Press, London, 2010, ISBN 978-0-7453-3064-8, pp. 209-244.

HÄBERLE, P. (trad. por MIKUNDA FRANCO, E.), «Derecho Constitucional Común Europeo» en *Revista de Estudios Políticos* (Nueva Época), ISSN 0048-7694, Núm. 79 (Enero-Marzo 1993), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, pp. 7-46.

_____ (trad. por FIX-FIERRO, H.), *El Estado constitucional* (2ª ed.), Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, Ciudad de México, 2016, ISBN 978-607-02-8556-1.

HABERMAS, J. (trad. por LÓPEZ DE LIZAGA, J. L.), *El Occidente escindido. Pequeños escritos políticos X*, Editorial Trotta, Madrid, 2006, ISBN 84-8164-823-X.

_____ (trad. por JIMÉNEZ REDONDO, M.), *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso* (2ª ed.), Editorial Trotta, Madrid, 2000, ISBN 84-8164-151-0.

_____ (trad. por VV.AA.), *La constitución de Europa*, Editorial Trotta, Madrid, 2012, ISBN 978-84-9879-313-0.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

HARDT, M. y NEGRI, A., *Commonwealth*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, United States of America, 2009, ISBN 978-0-674-03511-9.

_____ (trad. por SÁNCHEZ CEDILLO, R.), *Declaración*, Ediciones Akal, Tres Cantos, 2012, ISBN 978-84-460-3726-2.

_____, *Empire*, Harvard University Press, Cambridge, United States of America, 2001, ISBN 0-674-00671-2.

HARRIS, D. J., O'BOYLE, M., BATES, E. P. y BUCKLEY, C. M., *Law of the European Convention on Human Rights* (4th ed.), Oxford University Press, Oxford, United Kingdom, 2018, ISBN 978-0-19-878516-3.

HEIN, M., «Bulgaria» en FRUHSTORFER, A. y HEIN, M. (eds.), *Constitutional Politics in Central and Eastern Europe. From Post-Socialist Transition to the Reform of Political Systems*, Springer VS, Wiesbaden, Germany, 2016, ISBN 978-3-658-13761-8, pp. 145-171.

HELD, D. (trad. por FERNÁNDEZ BOBROVSKI, D.), *Cosmopolitismo. Ideales y Realidades*, Alianza Editorial, Madrid, 2012, ISBN 978-84-206-6963-2.

HELLENIC PARLIAMENT, *Election Results. Election Nov.17, 1974, 1st Parliamentary Term, 5th Revisionary: Nov. 17, 1974 through Oct. 22, 1977*, disponible en <https://www.hellenicparliament.gr/en/Vouli-ton-Ellinon/To-Politevma/Ekloges/Eklogika-apotelesmata-New/#Per-1> (último acceso: 10 de diciembre de 2021).

HENDERSON, H., «Los tratados internacionales de derechos humanos en el orden interno: la importancia del principio *pro homine*» en *Revista IIDH*, ISSN 1015-5074, Núm. 39 (Enero-Junio 2004), Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 2004, pp. 71-99.

HENRÍQUEZ VIÑAS, M. L., «Jerarquía de los tratados de derechos humanos: análisis jurisprudencial desde el método de casos» en *Estudios Constitucionales*, ISSN 0718-0195, Año 6, Núm. 2, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, Santiago, 2008, pp. 73-119.

HERDEGEN, M. (trad. por VERGARA PEÑA, L. F.), «La internacionalización del orden constitucional» en *Anuario de derecho constitucional latinoamericano*, ISSN 1510-

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

4974, Año XVI, Anuario 2010, Konrad-Adenauer-Stiftung e.V., Montevideo, 2010, pp. 71-81.

HERNANDEZ, C. G., «The Philippines in 1987. Challenges of Redemocratization» en *Asian Survey*, ISSN 0004-4687, Vol. XXVIII, No. 2 (February 1988), University of California Press, Berkeley, United States of America, 1988, pp. 229-241.

HERNÁNDEZ, M. DEL P., «Los procesos constituyentes latinoamericanos. Una retrospectiva histórica de Colombia a Bolivia» en SERNA DE LA GARZA, J. A. (coord.), *Procesos constituyentes contemporáneos en América Latina. Tendencias y perspectivas*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, Ciudad de México, 2009, ISBN 978-607-02-1141-6, pp. 197-218.

HERNÁNDEZ CAMARGO, L., *El Proceso Constituyente Venezolano de 1999*, tesis doctoral dirigida por Ascensión Elvira Perales, Departamento de Derecho Constitucional, Área de Derecho Constitucional, Universidad Carlos III de Madrid, Getafe, 2007.

HERRERA FLORES, J., *La reinención de los derechos humanos*, Atrapasueños, Sevilla, 2008, ISBN 978-84-612-2958-1.

_____, *Los derechos humanos como productos culturales. Crítica del humanismo abstracto*, Los Libros de la Catarata, Madrid, 2005, ISBN 84-8319-239-X.

HERRERO DE MIÑÓN, M., *El valor de la Constitución*, Crítica, Barcelona, 2003, ISBN 84-8432-383-8.

HESSLER, K., «Equality, human rights, and political legitimacy» en FØLLESDAL, A., SCHAFFER, J. K. y ULFSTEIN, G. (eds.), *The Legitimacy of International Human Rights Regimes. Legal, Political and Philosophical Perspectives*, Cambridge University Press, Cambridge, United Kingdom, 2014, ISBN 978-1-107-03460-0, pp. 117-140.

HEYNS, C. y KILLANDER, M., «The African Regional Human Rights System» en GÓMEZ ISA, F. y DE FEYTER, K. (eds.), *International Human Rights Law in a Global Context*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2009, ISBN 978-84-9830-813-6, pp. 855-898.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

- HIERRO SÁNCHEZ-PESCADOR, L. L., *La eficacia de las normas jurídicas*, Editorial Ariel, Barcelona, 2003, ISBN 84-344-3233-1.
- HIGGINS, R., «Democracy and the United Nations» en *Cambridge Journal of International and Comparative Law*, ISSN 2050-1706, Vol. 4, Issue 2 (2016), Faculty of Law, University of Cambridge, Cambridge, United Kingdom, 2016, pp. 215-225.
- HILLGRUBER, C., «The Right of Third States to Take Countermeasures» en TOMUSCHAT, C. y THOUVENIN J.-M. (eds.), *The Fundamental Rules of the International Legal Order. Jus Cogens and Obligations Erga Omnes*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, The Netherlands, 2006, ISBN 90-04-149813, pp. 265-293.
- HINKELAMMERT, F. J., «El proceso actual de globalización y los derechos humanos» en HERRERA FLORES, J. (ed.), *El vuelo de Anteo. Derechos Humanos y Crítica de la Razón Liberal*, Editorial Desclée De Brouwer, Bilbao, 2000, ISBN 978-84-330-1541-9, pp. 117-127.
- HIRSCHL, R., «The Political Origins of the New Constitutionalism» en *Indiana Journal of Global Legal Studies*, ISSN 1080-0727, Vol. 11, Issue 1 (Winter 2004), Indiana University Press, Bloomington, United States of America, 2004, pp. 71-108.
- HOLMES, S., «Constitutionalism, Democracy, and State Decay» en KOH, H. H. y SLYE, R. C. (eds.), *Deliberative Democracy and Human Rights*, Yale University Press, New Haven y London, 1999, ISBN 0-300-07583-9, pp. 116-135.
- HOPGOOD, S., *The Endtimes of Human Rights*, Cornell University Press, Ithaca, United States of America, 2013, ISBN 978-0-8014-5237-6.
- HUNEEUS MADGE, C., *El régimen de Pinochet* (2ª ed.), Editorial Sudamericana, Santiago de Chile, 2002, ISBN 956-262-126-X.
- HUNTINGTON, S. P. (trad. por DELGADO, J.), *La tercera ola. La democratización a finales del siglo XX*, Ediciones Paidós Ibérica, Barcelona, 1994, ISBN 84-7509-960-2.
- HURTADO, M., «Proceso de reforma constitucional y resolución de conflictos en Colombia: El Frente Nacional de 1957 y la Constituyente de 1991» en *Revista de*

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

Estudios Sociales, ISSN 0123-885X, Núm. 23 (Abril 2006), Facultad de Ciencias Sociales, Universidad de los Andes, Bogotá, 2006, pp. 97-104.

Informe del Secretario General sobre la solicitud de Nepal relativa a la asistencia de las Naciones Unidas a su proceso de paz, Documento S/2007/7, Consejo de Seguridad, Naciones Unidas, 2007.

INTERNATIONAL COMMISSION ON INTERVENTION AND STATE SOVEREIGNTY, *The Responsibility to Protect. Report of the International Commission on Intervention and State Sovereignty*, International Development Research Centre, Ottawa, 2001, ISBN 0-88936-960-7.

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE, «Case concerning the Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (New Application: 1962). Second Phase. Judgment of 5 February 1970» en *Reports of judgments, advisory opinions and orders* (=Recueil des arrêts, avis consultatifs et ordonnances), ISSN 0074-4441, International Court of Justice, The Hague, 1970, pp. 3-53.

_____, «Western Sahara. Advisory Opinion of 16 October 1975» en *Reports of judgments, advisory opinions and orders* (=Recueil des arrêts, avis consultatifs et ordonnances), ISSN 0074-4441, International Court of Justice, The Hague, 1975, pp. 12-82.

JACKSON, J. H., «Constitutional Treaties: Institutional Necessity and Challenge to International Law Fundamentals» en CREMONA, M., HILPOLD, P., LAVRANOS, N., SCHNEIDER, S. S. y ZIEGLER, A. R. (eds.), *Reflections on the Constitutionalisation of International Economic Law. Liber Amicorum for Ernst-Ulrich Petersmann*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, The Netherlands, 2014, ISBN 978-90-04-22882-5, pp. 193-200.

JARAMILLO PÉREZ, J. F. (trad. por BETTHÄUSER, B.), «Colombia's 1991 Constitution: A Rights Revolution» en NOLTE, D. y SCHILLING-VACAFLOR, A. (eds.), *New Constitutionalism in Latin America. Promises and Practices*, Ashgate Publishing Limited, Farnham, United Kingdom, 2012, ISBN 978-1-4094-3498-6, pp. 313-331.

JARAMILLO PÉREZ, J. F. y FRANCO CUERVO, B., «Colombia» en NOHLEN, D. (ed.), *Elections in the Americas. A Data Handbook. Volume II. South America*, Oxford

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

University Press, Oxford, United Kingdom, 2005, ISBN 0-19-928358-3, pp. 295-364.

JEFATURA DEL ESTADO, «Ley 1/1977, de 4 de enero, para la Reforma Política», *Boletín Oficial del Estado*, Núm. 4, de 5 de enero de 1977, pp. 170-171.

_____, «Ley 48/1967, de 22 de julio, Orgánica del Consejo del Reino», *Boletín Oficial del Estado*, Núm. 175, de 24 de julio de 1967, pp. 10462-10464.

_____, «Ley 51/1977, de 14 de noviembre, sobre regulación provisional de las relaciones entre las Cortes y el Gobierno a efectos de la moción de censura y la cuestión de confianza», *Boletín Oficial del Estado*, Núm. 274, de 16 de noviembre de 1977, p. 24951.

_____, «Real Decreto-ley 20/1977, de 18 de marzo, sobre Normas Electorales», *Boletín Oficial del Estado*, Núm. 70, de 23 de marzo de 1977, pp. 6584-6600.

_____, «Real Decreto-ley 41/1977, de 29 septiembre, sobre restablecimiento provisional de la Generalidad de Cataluña», *Boletín Oficial del Estado*, Núm. 238, de 5 de octubre de 1977, pp. 22047-22048.

JOSE, V. R., «Philippine External Debt Problem: The Marcos Years» en *Journal of Contemporary Asia*, ISSN 0047-2336, Vol. 21, No. 2, Journal of Contemporary Asia, London, 1991, pp. 222-245.

JUNG, M.-K., «Constituting the U.S. Empire-State and White Supremacy: The Early Years» en JUNG, M.-K., VARGAS, J. H. C. y BONILLA-SILVA, E. (eds.), *State of White Supremacy. Racism, Governance, and the United States*, Stanford University Press, Stanford, United States of America, 2011, ISBN 978-0-8047-7218-1, pp. 1-23.

JUNTA DE GOBIERNO DE LA REPÚBLICA DE CHILE, «Decreto ley N° 1.- Acta de constitución de la Junta de Gobierno», *Diario Oficial de la República de Chile*, Núm. 28.653, de 18 de septiembre de 1973, p. 3229.

_____, «Decreto ley N° 128.- Aclara el sentido y alcance del artículo 1° del decreto ley N° 1, de 1973», *Diario Oficial de la República de Chile*, Núm. 28.703, de 16 de noviembre de 1973, p. 3765.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

JUNTA DE SALVAÇÃO NACIONAL, «Lei n.º 1/74», *Diário do Governo*, I Série – Número 97, Suplemento, de 25 de abril de 1974, Lisboa, p. 582(1).

_____, «Lei n.º 2/74», *Diário do Governo*, I Série – Número 112, de 14 de mayo de 1974, Lisboa, p. 617.

_____, «Lei n.º 3/74», *Diário do Governo*, I Série – Número 112, de 14 de mayo de 1974, Lisboa, pp. 617-620.

JUNTA ELECTORAL CENTRAL, «Acuerdo de la Junta Electoral Central por el que se hace público el resumen de la votación en el Referéndum Constitucional», *Boletín Oficial del Estado*, Núm. 305, de 22 de diciembre de 1978, p. 28934.

_____, *Elecciones Generales. 15 de junio de 1977. Resultados*, Madrid, s. f., disponible en http://www.juntaelectoralcentral.es/cs/jec/documentos/GENERALES_1977_Resultados.pdf (último acceso: 10 de diciembre de 2021).

_____, *Referéndum sobre el Proyecto de Ley para la Reforma Política. 15 de diciembre de 1976. Resultados*, s. f., disponible en http://www.juntaelectoralcentral.es/cs/jec/documentos/Referendum_1976_Resultados.pdf (último acceso: 10 de diciembre de 2021).

JUNTA MILITAR, «Acta fijando el propósito y los objetivos básicos para el Proceso de Reorganización Nacional», *Boletín Oficial de la República Argentina*, Número 23.373, de 29 de marzo de 1976, p. 2.

_____, «Acta para el Proceso de Reorganización Nacional», *Boletín Oficial de la República Argentina*, Número 23.373, de 29 de marzo de 1976, p. 2.

_____, «Anexo I. Bases Políticas de las Fuerzas Armadas para el Proceso de Reorganización Nacional» en JUNTA MILITAR, *Documentos básicos y bases políticas de las Fuerzas Armadas para el Proceso de Reorganización Nacional*, Imprenta del Congreso de la Nación, Buenos Aires, 1980, disponible en <http://www.bnm.me.gov.ar/giga1/documentos/EL000162.pdf> (último acceso: 10 de diciembre de 2021), pp. 43-62.

_____, «Bases para la intervención de las Fuerzas Armadas en el proceso nacional» en JUNTA MILITAR, *Documentos básicos y bases políticas de las Fuerzas Armadas*

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

para el Proceso de Reorganización Nacional, Imprenta del Congreso de la Nación, Buenos Aires, 1980, disponible en <http://www.bnm.me.gov.ar/giga1/documentos/EL000162.pdf> (último acceso: 10 de diciembre de 2021), pp. 13-24.

_____, «Estatuto para el Proceso de Reorganización Nacional», *Boletín Oficial de la República Argentina*, Número 23.375, de 31 de marzo de 1976, p. 2.

_____, «Reglamento para el funcionamiento de la Junta Militar, Poder Ejecutivo Nacional y Comisión de Asesoramiento Legislativo», *Boletín Oficial de la República Argentina*, Número 23.372, de 26 de marzo de 1976, p. 2.

KALYVAS, A. (trad. por MORENO PARADA, S.), «Soberanía popular, democracia y el poder constituyente» en *Política y gobierno*, ISSN 1405-1060, Vol. XII, Núm. 1 (Primer Semestre de 2005), División de Estudios Políticos, Centro de Investigación y Docencia Económicas (CIDE), Ciudad de México, 2005, pp. 91-124.

KAMMINGA, M. T., «Final Report on the Impact of International Human Rights Law on General International Law» en KAMMINGA, M. T. y SCHEININ, M. (eds.), *The Impact of Human Rights Law on General International Law*, Oxford University Press, Oxford, United Kingdom, 2009, ISBN 978-0-19-956522-1, pp. 1-22.

KANTHA, P. K., «Nepal and Bhutan in 2012. Uncertain Democratic Consolidation» en *Asian Survey*, ISSN 0004-4687, Vol. 53, No. 1 (January/February 2013), University of California Press, Oakland, United States of America, 2013, pp. 84-92.

KARADAG, R., «Neoliberal Restructuring in Turkey. From State to Oligarchic Capitalism» en *MPIfG Discussion Paper*, ISSN 0944-2073, No. 10/7, Max-Planck-Institut für Gesellschaftsforschung, Köln, Germany, 2010.

KARATASLI, S. S., «The Origins of Turkey's "Heterodox" Transition to Neoliberalism: The Özal Decade and Beyond» en *Journal of World-Systems Research*, ISSN 1076-156X, Vol. 21, Issue 2, University Library System, University of Pittsburgh, Pittsburgh, United States of America, 2015, pp. 387-416.

KASRILS, R., «Cuito Cuanavale, Angola. 25th Anniversary of a Historic African Battle» en *Monthly Review*, ISSN 0027-0520, Vol. 64, No. 11 (April 2013), Monthly Review Foundation, New York, 2013, pp. 44-51.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

- KAY, R. S., «Constituent Authority» en *The American Journal of Comparative Law*, ISSN 0002-919X, Vol. 59, No. 3 (Summer 2011), The American Society of Comparative Law, Ann Arbor, United States of America, 2011, pp. 715-761.
- KELLY, P. W., «"Magic Words": The Advent of Transnational Human Rights Activism in Latin America's Southern Cone in the Long 1970s» en ECKEL, J. y MOYN, S. (eds.), *The Breakthrough. Human Rights in the 1970s*, University of Pennsylvania Press, Philadelphia, United States of America, 2014, ISBN 978-0-8122-4550-9, pp. 88-106.
- KELSEN, H. (trad. por AZPITARTE SÁNCHEZ, M.), «La transformación del concepto de soberanía» en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, ISSN 1697-7890, Núm. 18 (Julio-Diciembre de 2012), Instituto Andaluz de Administración Pública, Junta de Andalucía y Departamento de Derecho Constitucional, Universidad de Granada, Granada, 2012, pp. 345-358.
- _____ (trad. por ROBLES MORCHÓN, G. y SÁNCHEZ, F. F.), *Teoría pura del derecho. Introducción a los problemas de la ciencia jurídica* [primera edición de 1934], Editorial Trotta, Madrid, 2011, ISBN 978-84-9879-235-5.
- KENNEDY, M., «Constituent Power and the Limits of Adjudication: Kosovo and Quebec?» en *Cambridge Journal of International and Comparative Law*, ISSN 2050-1706, Vol. 3, Issue 4 (2014), Faculty of Law, University of Cambridge, Cambridge, United Kingdom, 2014, pp. 1221-1239.
- KEULEERS, P., PIZA-LOPEZ, E. y CHAUVEL, C. (dirs.), *UNDP Guidance Note on Constitution-Making Support*, United Nations Development Programme, New York, 2014.
- KEYS, B. y BURKE, R., «Human Rights» en IMMERMANN, R. H. y GOEDDE, P. (eds.), *The Oxford Handbook of the Cold War*, Oxford University Press, Oxford, United Kingdom, 2017, ISBN 978-0-19-877939-1, pp. 486-502.
- KIENIEWICZ, J., (trad. por RURARZ, A.), «Cambios en Polonia: transición y transformación» en *Cuadernos de Historia Contemporánea*, ISSN 0214-400X, Vol. 15, Ediciones Complutense, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1993, pp. 129-155.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

- KINZO, M. D. G., «Transitions: Brazil» en GARRETÓN MERINO, M. A. y NEWMAN, E. (eds.), *Democracy in Latin America. (Re)constructing political society*, United Nations University Press, New York, 2001, ISBN 92-808-1068-5, pp. 19-44.
- KLEIN, N. (trad. por FUENTES GARCÍA, I., SANTOS, A., DIÉGUEZ, R. y CAEROLS, A.), *La doctrina del shock. El auge del capitalismo del desastre* (2ª reimp.), Paidós, Barcelona, 2013, ISBN 978-84-08-00673-2.
- KRÄMER, K.-H., «Political Evolution of Modern Nepal» en DEVKOTA, S. R. (ed.), *Nepal in the 21st Century*, Nova Science Publishers, New York, 2010, ISBN 978-1-60741-348-6, pp. 43-83.
- LALANDER, R., «Neo-Constitutionalism in 21st-Century Venezuela: Participatory Democracy, Deconcentrated Decentralization or Centralized Populism?» en NOLTE, D. y SCHILLING-VACAFLOR, A. (eds.), *New Constitutionalism in Latin America. Promises and Practices*, Ashgate Publishing Limited, Farnham, United Kingdom, 2012, ISBN 978-1-4094-3498-6, pp. 163-182.
- LAMEDA AGUILAR, I., *El Proceso Constituyente en Venezuela a partir de 1999, y las atribuciones legislativas del Presidente de la República*, tesis doctoral dirigida por Juan Manuel Goig Martínez, Departamento de Derecho Político, Facultad de Derecho, UNED, Madrid, 2014.
- LANDA, C., «La aplicación de los tratados internacionales en el derecho interno y la Corte Interamericana de Derechos Humanos» en MÉNDEZ SILVA, R. (coord.), *Derecho internacional de los derechos humanos. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, Ciudad de México, 2002, ISBN 970-32-0002-8, pp. 319-347.
- LASAGABASTER HERRARTE, I., «Artículo 16. Restricciones a la actividad política de los extranjeros» en LASAGABASTER HERRARTE, I. (dir.), *Convenio Europeo de Derechos Humanos. Comentario sistemático* (3ª ed.), Civitas – Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2015, ISBN 978-84-470-5202-8, pp. 819-824.
- LASAGABASTER HERRARTE, I. y URRUTIA LIBARONA, I., «Artículo 2. Derecho a la instrucción» en LASAGABASTER HERRARTE, I. (dir.), *Convenio Europeo de*

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

Derechos Humanos. Comentario sistemático (3ª ed.), Civitas – Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2015, ISBN 978-84-470-5202-8, pp. 903-928.

LASO PRIETO, J. M., «Vigencia del pensamiento de Gramsci» en *El Basilisco*, ISSN 0210-008, Núm. 6 (Enero-Abril 1979), Pentalfa Ediciones, Oviedo, 1979, pp. 73-83.

LAURIS, É., «A fundação revisitada: 5 teses para um constitucionalismo transformador» en SANTOS, B. DE S. y CUNHA, T. (eds.), *Actas. Colóquio Internacional Epistemologias do Sul: aprendizagens globais Sul-Sul, Sul-Norte e Norte-Sul. Volume 2. Constitucionalismo Transformador, interculturalidade e reforma do Estado*, Centro de Estudos Sociais – Laboratório Associado, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2015, ISBN 978-989-95840-5-1, pp. 409-429.

LAVILLA ALSINA, L., *Una historia para compartir. Al cambio por la reforma (1976-1977)*, Galaxia Gutenberg, Barcelona, 2017, ISBN 978-84-8109-470-1.

LEÓN RÖSCH, M. y ORTIZ ORTIZ, R., «Paraguay» en NOHLEN, D. (ed.), *Elections in the Americas. A Data Handbook. Volume II. South America*, Oxford University Press, Oxford, United Kingdom, 2005, ISBN 0-19-928358-3, pp. 411-444.

LESAGE, M., *Constitutions of Central and Eastern European Countries and the Baltic States*, SIGMA Papers, No. 2, OECD Publishing, Paris, 1995, disponible en <https://doi.org/10.1787/5kml6gf26mvk-en> (último acceso: 10 de diciembre de 2021).

LETSAS, G., «The Truth in Autonomous Concepts: How To Interpret the ECHR» en *European Journal of International Law*, ISSN 0938-5428, Vol. 15, No. 2, Oxford University Press, Oxford, United Kingdom, 2004, pp. 279-305.

Letter dated 29 November 1995 from the Permanent Representative of the United States of America to the United Nations addressed to the Secretary-General, Document A/50/790, General Assembly, United Nations, 1995.

«Ley Constitucional [El Peruano, 09-01-1993]», *Diario de los Debates. Congreso Constituyente Democrático. Primera Legislatura Ordinaria de 1993. 2.ª A Sesión (Vespertina). Martes 5 de enero de 1993*, Congreso de la República, Lima, 1993, p.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

36, disponible en <http://www4.congreso.gob.pe/dgp/constitucion/Const79Leyes/05-01-1993-Ley-Constitucional.pdf> (último acceso: 10 de diciembre de 2021).

Ley Fundamental de la República Federal de Alemania [última modificación: 29 de septiembre de 2020] (trad. por GARCÍA MACHO, R. y SOMMERMANN, K.-P.), Sección de Relaciones públicas, Bundestag Alemán, Berlín, 2021, disponible en <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80206000.pdf> (último acceso: 10 de diciembre de 2021).

«Ley N° 18.825» en *Constituciones Políticas de la República de Chile 1810 - 2015* (2ª ed.), Diario Oficial de la República de Chile, ISBN 956-7570-18-3, pp. 448-454, disponible en <http://www.diariooficial.interior.gob.cl/assets/modal/Constituciones1810-2015.pdf> (último acceso: 10 de diciembre de 2021).

«Ley N° 21.200», *Diario Oficial de la República de Chile*, Núm. 42.536, de 24 de diciembre de 2019.

LINDAHL, H., «Possibility, Actuality, Rupture: Constituent Power and the Ontology of Change» en *Constellations*, ISSN 1351-0487, Vol. 22, Issue 2 (June 2015), Wiley-Blackwell, Oxford, United Kingdom, 2015, pp. 163-174.

LINZ, J. J. y STEPAN, A., *Problems of Democratic Transition and Consolidation. Southern Europe, South America, and Post-Communist Europe*, The Johns Hopkins University Press, Baltimore, United States of America, 1996, ISBN 0-8018-5157-2.

LITTLE, D., «Cold War and Colonialism in Africa: The United States, France, and the Madagascar Revolt of 1947» en *Pacific Historical Review*, ISSN 0030-8684, Vol. 59, No. 4 (November 1990), University of California Press, Berkeley, United States of America, 1990, pp. 527-552.

LOEWENSTEIN, K., «Law and the Legislative Process in Occupied Germany: I» en *The Yale Law Journal*, ISSN 0044-0094, Vol. 57, No. 5 (March 1948), The Yale Law Journal Company, Inc., New Haven, United States of America, 1948, pp. 724-760.

_____ (trad. por GALLEGO ANABITARTE, A.), *Teoría de la Constitución* (2ª ed.), Ariel, Barcelona, 1976, ISBN 84-344-1792-8.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

LÓPEZ, M., «La restauración del orden democrático en Paraguay. Apuntes para entender el triunfo de Fernando Lugo dentro de una larga transición inconclusa» en *Desafíos*, ISSN 0124-4035, Vol. 22, No. 2 (Julio-Diciembre 2010), Facultad de Ciencia Política, Gobierno y Relaciones Internacionales, Universidad del Rosario, Bogotá, 2010, pp. 71-107.

LÓPEZ GARRIDO, D., «Constitución y estructura. Una teoría del poder constituyente» en *Revista de las Cortes Generales*, ISSN 0213-0130, Núm. 4, Dirección de Estudios, Análisis y Publicaciones (Departamento de Publicaciones), Secretaría General, Congreso de los Diputados, Madrid, 1985, pp. 73-135.

_____, «La soberanía. Soberanía del Estado e integración europea» en LÓPEZ GARRIDO, D. (dir.), *Lecciones de Derecho Constitucional de España y de la Unión Europea. Volumen I*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, ISBN 978-84-9169-766-4, pp. 447-461.

_____, «Teoría de la constitución» en LÓPEZ GARRIDO, D. (dir.), *Lecciones de Derecho Constitucional de España y de la Unión Europea. Volumen I*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, ISBN 978-84-9169-766-4, pp. 39-56.

LÓPEZ GUERRA, L., «Lección 1. El Derecho Constitucional español. Origen y características de la Constitución» en LÓPEZ GUERRA, L., ESPÍN, E., GARCÍA MORILLO, J., PÉREZ TREMP, P. y SATRÚSTEGUI, M., *Derecho Constitucional. Volumen I. El ordenamiento constitucional. Derechos y deberes de los ciudadanos* (10ª ed.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, ISBN 978-84-9143-277-7, pp. 8-36.

_____, «The Application of the Spanish Model in the Constitutional Transitions in Central and Eastern Europe» en *Cardozo Law Review*, ISSN 0270-5192, Vol. 19, No. 6 (July 1998), Yeshiva University, New York, 1998, pp. 1937-1952.

LÓPEZ ULLA, J. M., «La transición política y la elaboración de la CE de 1978» en VV.AA., *Manual de Derecho Constitucional* (9ª ed.), Editorial Tecnos, Madrid, 2018, ISBN 978-84-309-7478-8, pp. 54-59.

LÓPEZ Y LÓPEZ, A. M., «La Constitución económica entre Derecho público y Derecho privado: crónica de una dualidad» en VV.AA., *Entre la ética, la política y el derecho. Estudios en homenaje al profesor Gregorio Peces-Barba. Volumen I*, Editorial Dykinson, Madrid, 2008, ISBN 978-84-9849-239-2, pp. 811-831.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

- _____, *La disciplina constitucional de la propiedad privada*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, ISBN 978-84-9143-143-5.
- LÓPEZ-AGUILAR, J. F., «Aproximación al proceso constituyente en Brasil 1985/1988» en VV.AA., *IV Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, Ciudad de México, 1992, ISBN 968-36-2646-7, pp. 403-430.
- LORENZ, A., «Explaining Constitutional Change: Comparing the Logic, Advantages and Shortcomings of Static and Dynamic Approaches» en NOLTE, D. y SCHILLING-VACAFLOR, A. (eds.), *New Constitutionalism in Latin America. Promises and Practices*, Ashgate Publishing Limited, Farnham, United Kingdom, 2012, ISBN 978-1-4094-3498-6, pp. 31-50.
- LOSURDO, D., «Lenin y la *Herrenvolk* democracia» en BUDGEN, S., KOUVELAKIS, S. y ŽIŽEK, S. (eds.) (trad. por AMOROTO SALIDO, J. A. y ÁLVAREZ MORENO, I. [cap. 5]), *Lenin reactivado. Hacia una política de la verdad* (1ª reimp.), Ediciones Akal, Tres Cantos, 2013, ISBN 978-84-460-2869-7, pp. 229-241.
- LOUGHLIN, M., «The concept of constituent power» en *European Journal of Political Theory*, ISSN 1474-8851, Vol. 13, Issue 2 (April 2014), SAGE Publishing, Thousand Oaks, United States of America, 2014, pp. 218-237.
- LUCAS VERDÚ, P., «Carl Schmitt, intérprete singular y máximo debelador de la cultura político-constitucional demoliberal» en *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, ISSN 0048-7694, Núm. 64 (Abril-Junio 1989), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, pp. 25-92.
- _____, «La singularidad del proceso constituyente español» en *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, ISSN 0048-7694, Núm. 1 (Enero-Febrero 1978), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1978, pp. 9-27.
- _____, «Los derechos humanos como "religión civil". Derechos humanos y concepción del mundo y de la vida. Sus desafíos pendientes» en VV.AA., *Consolidación de derechos y garantías. Los grandes retos de los derechos humanos en el siglo XXI. Seminario conmemorativo del 50 aniversario de la Declaración Universal de los Derechos Humanos*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999, ISBN 84-89324-58-1, pp. 223-251.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

- MACKLEM, P., *The Sovereignty of Human Rights*, Oxford University Press, New York, 2015, ISBN 978-0-19-026731-5.
- MAGNO, JR., J. P. y JAMES GREGOR, A., «Insurgency and Counterinsurgency in the Philippines» en *Asian Survey*, ISSN 0004-4687, Vol. XXVI, No. 5 (May 1986), University of California Press, Berkeley, United States of America, 1986, pp. 501-517.
- MARÍN CASTÁN, M. L., «La Declaración Universal de Derechos Humanos, de 10 de diciembre de 1948, ¿Nuevo Derecho Natural de la Humanidad?» en BALADO RUIZ-GALLEGOS, M. y GARCÍA REGUEIRO, J. A. (dirs.), *La Declaración Universal de los Derechos Humanos en su 50 aniversario*, Editorial Bosch, Barcelona, 1998, ISBN 84-7676-483-9, pp. 143-157.
- MARÍN-ORTIZ, I., «La norma obligatoria e inderogable de reconocer y garantizar los derechos humanos es exigible al poder constituyente» en *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, ISSN 0124-0579, Vol. 12, Núm. 1 (enero-junio de 2010), Facultad de Jurisprudencia, Universidad del Rosario, Bogotá, 2010, pp. 305-336.
- MARTI, G. (trad. por SERRANO PÉREZ, M. M.), «Construcción política de la Unión Europea y poder constituyente» en *Teoría y Realidad Constitucional*, ISSN 1139-5583, Núm. 32, Departamento de Derecho Político, Facultad de Derecho, UNED, Madrid, 2013, pp. 309-322.
- MARTÍN ARRIBAS, J. J., «¿Hacia un derecho internacional global en los albores del siglo XXI?» en *Anuario de derecho constitucional latinoamericano*, ISSN 1510-4974, Año 11, Anuario 2005, Tomo I, Konrad-Adenauer-Stiftung e.V., Montevideo, 2005, pp. 637-671.
- MARTÍNEZ ALARCÓN, M. L. y LÓPEZ GARRIDO, D., «La Constitución Española de 1978» en LÓPEZ GARRIDO, D. (dir.), *Lecciones de Derecho Constitucional de España y de la Unión Europea. Volumen I*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, ISBN 978-84-9169-766-4, pp. 159-185.
- MARTÍNEZ DALMAU, R., «El debate sobre la naturaleza del poder constituyente: elementos para una teoría de la constitución democrática» en MARTÍNEZ DALMAU, R. (ed.), *Teoría y práctica del poder constituyente*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, ISBN 978-84-9053-706-0, pp. 67-119.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

- _____, «El ejercicio del poder constituyente en el nuevo constitucionalismo» en *Revista General de Derecho Público Comparado*, ISSN 1988-5091, Núm. 11 (Julio 2012), Iustel, 2012, pp. 1-15.
- _____, «La naturaleza emancipadora de los procesos constituyentes democráticos. Avances y retrocesos» en VV.AA., *Por una asamblea constituyente. Una solución democrática a la crisis*, Ediciones sequitur, Madrid, 2012, ISBN 978-84-95363-18-3, pp. 13-28.
- _____, «Los nuevos paradigmas constitucionales de Ecuador y Bolivia» en *La Tendencia –revista de análisis político–*, ISSN 1390-2571, Núm. 9 (Marzo/Abril de 2009), Quito, 2009, pp. 37-41.
- MARX, K., «[Carta de] Marx a Federico Bolte. Nueva York [23 de noviembre de 1871]» en MARX, K. y ENGELS, F., *Obras escogidas*, Editorial Progreso, Moscú, [1976], pp. 706-708.
- _____ (ed. por TULA, J.; trad. por TULA, J., MAMES, L., SCARON, P., MURMIS, M. y ARICÓ, J.), *Contribución a la crítica de la economía política* (9ª ed.), siglo XXI editores, Ciudad de México, 2008, ISBN 978-968-23-0993-9.
- MARX, K. y ENGELS, F. (trad. por ROCES, W.), *La ideología alemana. Crítica de la novísima filosofía alemana en las personas de sus representantes Feuerbach, B. Bauer y Stirner, y del socialismo alemán en las de sus diferentes profetas*, Ediciones Akal, Tres Cantos, 2014, ISBN 978-84-460-3996-9.
- MASSÜGER SÁNCHEZ SANDOVAL, N. y WELP, Y., «Legality and Legitimacy: Constituent Power in Venezuela, Bolivia and Ecuador» en WHEATLEY, J. y MENDEZ, F., *Patterns of Constitutional Design. The Role of Citizens and Elites in Constitution-Making*, Ashgate Publishing Limited, Farnham, United Kingdom, 2013, ISBN 978-1-409-46088-6, pp. 103-118.
- MATERSKA-SOSNOWSKA, A., «Poland» en NOHLEN, D. y STÖVER, P. (eds.), *Elections in Europe. A Data Handbook*, Nomos, Baden-Baden, Germany, 2010, ISBN 978-3-8329-5609-7, pp. 1471-1524.
- MATTHES, C.-Y., «Poland» en FRUHSTORFER, A. y HEIN, M. (eds.), *Constitutional Politics in Central and Eastern Europe. From Post-Socialist Transition to the*

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

Reform of Political Systems, Springer VS, Wiesbaden, Germany, 2016, ISBN 978-3-658-13761-8, pp. 11-37.

MAXWELL, K., «Spain's Transition to Democracy: A Model for Eastern Europe?» en *Proceedings of the Academy of Political Science*, ISSN 0065-0684, Vol. 38, No. 1, The Academy of Political Science, New York, 1991, pp. 35-49.

MAZOWER, M., *Governing the World. The History of an Idea*, Penguin Books, London, 2013, ISBN 978-0-141-01193-6.

_____ (trad. por SOLANA, G.), *La Europa negra. Desde la Gran Guerra hasta la caída del comunismo*, Ediciones B, Barcelona, 2001, ISBN 84-666-0104-X.

_____, *No Enchanted Palace. The End of Empire and the Ideological Origins of the United Nations* (5th ed.), Princeton University Press, Princeton, United States of America, 2013, ISBN 978-0-691-15795-5.

_____, «The Strange Triumph of Human Rights, 1933-1950» en *The Historical Journal*, ISSN 0018-246X, Vol. 47, Issue 2 (June 2004), Cambridge University Press, Cambridge, United Kingdom, 2004, pp. 379-398.

MCCRUDDEN, C., «Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights» en *European Journal of International Law*, ISSN 0938-5428, Vol. 19, No. 4, Oxford University Press, Oxford, United Kingdom, 2008, pp. 655-724.

MCWHINNEY, E., *Declaración sobre la Concesión de la Independencia a los Países y Pueblos Coloniales*, United Nations Audiovisual Library of International Law, Codification Division, Office of Legal Affairs, United Nations, 2008, disponible en http://legal.un.org/avl/pdf/ha/dicc/dicc_s.pdf (último acceso: 10 de diciembre de 2021).

MEDICI, A. M., «El nuevo constitucionalismo latinoamericano y el giro decolonial: Bolivia y Ecuador» en *Derecho y ciencias sociales*, ISSN 1852-2971, Núm. 3 (Octubre 2010), Instituto de Cultura Jurídica y Maestría en Sociología Jurídica, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional de La Plata, Buenos Aires, 2010, pp. 3-23.

_____, «La Globalización como Trama Jerárquica: ¿“Gobernancia” sin Gobierno o Hegemonía? El Nuevo Contexto de los Derechos Humanos» en SÁNCHEZ RUBIO,

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

- D., HERRERA FLORES, J. y DE CARVALHO, S. (orgs.), *Direitos Humanos e Globalização. Fundamentos e Possibilidades desde a Teoria Crítica* (2ª ed.), EDIPUCRS, Porto Alegre, Brasil, 2010, ISBN 978-85-7430-946-0, pp. 169-207.
- MÉNDEZ MADDALENO, J. L., *La Constitución como proceso político*, Editorial Dykinson, Madrid, 2012, ISBN 978-84-9031-064-9.
- «Mensaje de la Corona» en *El Mensaje de la Corona*, Servicio Central de Publicaciones / Secretaría General Técnica, Presidencia del Gobierno, Madrid, 1976, ISBN 84-500-7427-4, pp. 7-9.
- MIGNOLO, W., «Who Speaks for the “Human” in Human Rights?» en BARRETO, J.-M. (ed.), *Human Rights from a Third World Perspective. Critique, History and International Law*, Cambridge Scholars Publisher, Newcastle upon Tyne, United Kingdom, 2013, ISBN 978-1-4438-4058-3, pp. 44-64.
- MIRANDA, J., «Momentos constitucionais e mudança política» en PÉREZ ROYO, J., URÍAS MARTÍNEZ, J. P. y CARRASCO DURÁN, M. (eds.) y TEROL BECERRA, M. J. ... [et al.] (coords.), *Derecho Constitucional para el Siglo XXI. Actas del VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional. Tomo I*, Editorial Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2006, ISBN 84-9767-692-0, pp. 71-105.
- MISIÓN DE OBSERVACIÓN ELECTORAL DE LA UNIÓN EUROPEA, ECUADOR 2008, *Informe. Evaluación Final* [Ecuador, Referéndum Constitucional, 28 de septiembre 2008], Quito, 2008, disponible en https://aceproject.org/ero-en/regions/americas/EC/ecuador-final-report-constitutional-referendum-eu/at_download/file (último acceso: 10 de diciembre de 2021).
- MOLINA, J. y THIBAUT, B., «Venezuela» en NOHLEN, D. (ed.), *Elections in the Americas. A Data Handbook. Volume II. South America*, Oxford University Press, Oxford, United Kingdom, 2005, ISBN 0-19-928358-3, pp. 535-592.
- MÖLLERS, C., «‘We are (afraid of) the people’: Constituent Power in German Constitutionalism» en LOUGHLIN, M. y WALKER, N. (eds.), *The Paradox of Constitutionalism. Constituent Power and Constitutional Form*, Oxford University Press, Oxford, United Kingdom, 2007, ISBN 978-0-19-920496-0, pp. 87-105.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

- MOORMANN-KIMÁKOVÁ, B., «Slovakia» en FRUHSTORFER, A. y HEIN, M. (eds.), *Constitutional Politics in Central and Eastern Europe. From Post-Socialist Transition to the Reform of Political Systems*, Springer VS, Wiesbaden, Germany, 2016, ISBN 978-3-658-13761-8, pp. 65-99.
- MORLEY, M. y MCGILLION, C., «Soldiering On: The Reagan Administration and Redemocratisation in Chile, 1983-1986» en *Bulletin of Latin American Research*, ISSN 0261-3050, Vol. 25, No. 1 (January 2006), John Wiley & Sons, Oxford, United Kingdom, 2006, pp. 1-22.
- MORSINK, J., *The Universal Declaration of Human Rights. Origins, Drafting, and Intent*, University of Pennsylvania Press, Philadelphia, United States of America, 1999, ISBN 0-8122-1747-0.
- MOUFFE, C., «Hegemonía, política e ideología» en LABASTIDA MARTÍN DEL CAMPO, J. (coord.), *Hegemonía y alternativas políticas en América Latina* (2ª ed.), siglo XXI editores, Ciudad de México, 1998, ISBN 968-23-1184-5, pp. 125-145.
- MOYN, S., *The Last Utopia. Human Rights in History*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, United States of America, 2010, ISBN 978-0-674-04872-0.
- MÜLLER, K.-J., *The army, politics and society in Germany, 1933-1945. Studies in the army's relation to Nazism*, Manchester University Press, Manchester, United Kingdom, 1987, ISBN 0-7190-1071-3.
- MUÑOZ MACHADO, S., *Vieja y nueva Constitución*, Editorial Planeta, Barcelona, 2016, ISBN 978-84-9892-973-7.
- NATHANS, B., «The Disenchantment of Socialism: Soviet Dissidents, Human Rights, and the New Global Morality» en ECKEL, J. y MOYN, S. (eds.), *The Breakthrough. Human Rights in the 1970s*, University of Pennsylvania Press, Philadelphia, United States of America, 2014, ISBN 978-0-8122-4550-9, pp. 33-48.
- NEGRI, A. (ed. por GALCERÁN HUGUET, M. y PRIETO DEL CAMPO, C.; trad. por FRABOTTA, S. y SÁNCHEZ CEDILLO, R.), *El poder constituyente. Ensayo sobre las alternativas de la modernidad*, Traficantes de Sueños, Madrid, 2015, ISBN 978-84-943111-3-0.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

- _____ (trad. por MALO DE MOLINA BODELÓN, M. y SÁNCHEZ CEDILLO, R.), *Europa y el Imperio. Reflexiones sobre un proceso constituyente*, Ediciones Akal, Tres Cantos, 2005, ISBN 84-460-2273-7.
- _____ (trad. por BOSCAGLI, M.), *Insurgencias. Constituent Power and the Modern State*, University of Minnesota Press, Minneapolis, United States of America, 1999, ISBN 0-8166-2274-4.
- NICKSON, A., «The Overthrow of the Stroessner Regime: Re-Establishing the Status Quo» en *Bulletin of Latin American Research*, ISSN 0261-3050, Vol. 8, No. 2, Pergamon Press, Oxford, United Kingdom, 1989, pp. 185-209.
- NIELSON, D. L. y SHUGART, M. S., «Constitutional Change in Colombia. Policy Adjustment Through Institutional Reform» en *Comparative Political Studies*, ISSN 0010-4140, Vol. 32, Issue 3 (May 1999), Sage Publications, Thousand Oaks, United States of America, 1999, pp. 313-341.
- NIKKEN, P., «El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el derecho interno» en *Revista IIDH*, ISSN 1015-5074, Núm. 57 (Enero-Junio 2013), Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 2013, pp. 11-68.
- _____, «La Declaración Universal y la Declaración Americana. La formación del moderno Derecho Internacional de los derechos humanos» en *Revista IIDH*, ISSN 1015-5074, Número Especial, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 1989, pp. 65-99.
- _____, «Los presupuestos de los derechos humanos» en *Revista IIDH*, ISSN 1015-5074, Núm. 59 (Enero-Junio 2014), Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 2014, pp. 173-244.
- _____, «Sobre el concepto de derechos humanos» en *Seminario sobre Derechos Humanos (30 may. – 1 de jun. 1996). La Habana, Cuba (1ª reimp.)*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 1999, ISBN 9968-778-02-8, pp. 17-36.
- NIVARD, C., «La justiciabilidad de los derechos sociales en el Consejo de Europa» en *Lex Social. Revista jurídica de los Derechos Sociales*, ISSN 2174-6419, Vol. 6,

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

Núm. 2 (Julio-Diciembre 2016), Universidad Pablo de Olavide, Sevilla, 2016, pp. 12-33.

NOGUEIRA ALCALÁ, H., «Consideraciones sobre poder constituyente y reforma de la Constitución en la teoría y la práctica constitucional» en *Revista Ius et Praxis*, ISSN 0717-2877, Vol. 15, Núm. 1, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Talca, Talca, Chile, 2009, pp. 229-262.

_____, «Constitución y derecho internacional de los derechos humanos» en VV.AA., *V Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, Ciudad de México, 1998, ISBN 968-36-6786-4, pp. 625-667.

_____, «Los límites del poder constituyente y el control de constitucionalidad de las reformas constitucionales en Chile» en *Estudios Constitucionales*, ISSN 0718-0195, Año 4, Núm. 2, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, Santiago, 2006, pp. 435-455.

NOGUERA FERNÁNDEZ, A., «¿Constitución o Ley Fundamental? Acerca de la Constitución portuguesa de 1976» en *Estudios Constitucionales*, ISSN 0718-0195, Año 11, Núm. 2, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, Santiago, 2013, pp. 615-638.

_____, *El sujeto constituyente. Entre lo viejo y lo nuevo*, Editorial Trotta, Madrid, 2017, ISBN 978-84-9879-694-0.

_____, «Hacia una redefinición de la teoría del poder constituyente» en MARTÍNEZ DALMAU, R. (ed.), *Teoría y práctica del poder constituyente*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, ISBN 978-84-9053-706-0, pp. 159-189.

NOGUERA FERNÁNDEZ, A. y CRIADO DE DIEGO, M., «La constitución colombiana de 1991 como punto de inicio del nuevo constitucionalismo en América Latina» en *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, ISSN 0124-0579, Vol. 13, Núm. 1 (Enero-Junio 2011), Universidad del Rosario, Bogotá, 2011, pp. 15-49.

NOHLEN, D., «Chile» en NOHLEN, D. (ed.), *Elections in the Americas. A Data Handbook. Volume II. South America*, Oxford University Press, Oxford, United Kingdom, 2005, ISBN 0-19-928358-3, pp. 253-293.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

Nota de información de la Comunidad Europea y sus Estados miembros, Documento A/CONF.157/PC/87, Comité Preparatorio, Conferencia Mundial de Derechos Humanos, Naciones Unidas, Ginebra, 23 de abril de 1993.

Novena Conferencia Internacional Americana. Bogotá, Colombia. Marzo, 30—Mayo 2 de 1948. Actas y Documentos. Volumen I. Antecedentes—Secretaría General. Reunión Preliminar—Sesiones Plenarias, Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia, Bogotá, 1953, disponible en <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r29659.pdf> (último acceso: 10 de diciembre de 2021).

NÚÑEZ POBLETE, M., «Introducción al concepto de identidad constitucional y a su función frente al derecho supranacional e internacional de los derechos de la persona» en *Revista Ius et Praxis*, ISSN 0717-2877, Vol. 14, Núm. 2, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Talca, Talca, Chile, 2008, pp. 331-372.

O'BRIEN, J. C., «The Dayton Constitution of Bosnia and Herzegovina» en MILLER, L. E. (ed.) y AUCCOIN, L., *Framing the State in Times of Transition. Case Studies in Constitution Making*, United States Institute of Peace Press, Washington, D.C., 2010, ISBN 978-1-60127-055-9, pp. 332-349.

ODDSDÓTTIR, K., «Iceland: The Birth of the World's First Crowd-sourced Constitution?» en *Cambridge Journal of International and Comparative Law*, ISSN 2050-1706, Vol. 3, Issue 4 (2014), Faculty of Law, University of Cambridge, Cambridge, United Kingdom, 2014, pp. 1207-1220.

OKLOPCIC, Z., «Constitutional (Re)Vision: Sovereign Peoples, New Constituent Powers, and the Formation of Constitutional Orders in the Balkans» en *Constellations. An International Journal of Critical and Democratic Theory*, ISSN 1351-0487, Vol. 19, Issue 1 (March 2012), Wiley-Blackwell, Oxford, United Kingdom, pp. 81-101.

_____, «Three arenas of struggle: A contextual approach to the constituent power of 'the people'» en *Global Constitutionalism*, ISSN 2045-3817, Vol. 3, Issue 2 (July 2014), Cambridge University Press, Cambridge, United Kingdom, 2014, pp. 200-235.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

OLIVEIRA LOPES, H. M., *“Uma Luz ao Fundo do Túnel”*: o FMI nos Debates Parlamentares 1977-1979, Dissertação realizada no âmbito do Mestrado em História Contemporânea, orientada pelo Professor Doutor Jorge Fernandes Alves, Faculdade de Letras, Universidade do Porto, Porto, Novembro de 2015, disponible en <https://hdl.handle.net/10216/81687> (último acceso: 10 de diciembre de 2021).

«OMGUS Survey of Trends in Attitudes toward National Socialism (1945-47)» en BERGHahn, V. y POIGER, U. (eds.), *German History in Documents and Images. Volume 8. Occupation and the Emergence of Two States, 1945-1961*, German Historical Institute, Washington, D.C., s. f., disponible en http://germanhistorydocs.ghi-dc.org/pdf/eng/Pub_for_Opinion_19_ENG.pdf (último acceso: 10 de diciembre de 2021).

ONUMA, Y., *A Transcivilizational Perspective on International Law. Questioning Prevalent Cognitive Frameworks in the Emerging Multi-Polar and Multi-Civilizational World of the Twenty-First Century*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, The Netherlands, 2010, ISBN 978-90-04-18689-7.

ORAÁ ORAÁ, J., «En torno al valor jurídico de la Declaración Universal» en VV.AA., *La Declaración Universal de Derechos Humanos en su cincuenta aniversario. Un estudio interdisciplinar*, Universidad de Deusto, Bilbao, 1999, ISBN 84-7485-586-1, pp. 179-201.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. DEPARTAMENTO DE NORMAS INTERNACIONALES DEL TRABAJO, *Manual sobre procedimientos en materia de convenios y recomendaciones internacionales del trabajo. Edición revisada 2012*, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2012, ISBN 978-92-2-326638-7.

ORIO, L. H., «Situando o novo: um breve mapa das recentes transformações do constitucionalismo latino-americano» en WOLKMER, A. C. y CORREAS, O. (orgs.), *Crítica Jurídica na América Latina*, Centro de Estudios Jurídicos y Sociales Mispal y Universidade Federal de Santa Catarina, Aguascalientes, México y Florianópolis, Brasil, 2013, ISBN 978-607-8062-39-3, pp. 164-186.

OSIŃSKI, J., «Constitution of the Republic of Poland as the Foundation of Democratic Society and State» en *Warsaw Forum of Economic Sociology*, ISSN 2081-9633, Vol. 1, No. 2, Warsaw School of Economics, Warsaw, 2010, pp. 123-142.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

- OSTERBERG-KAUFMANN, N., «Albania» en FRUHSTORFER, A. y HEIN, M. (eds.), *Constitutional Politics in Central and Eastern Europe. From Post-Socialist Transition to the Reform of Political Systems*, Springer VS, Wiesbaden, Germany, 2016, ISBN 978-3-658-13761-8, pp. 333-358.
- OVERHOLT, W. H., «The Rise and Fall of Ferdinand Marcos» en *Asian Survey*, ISSN 0004-4687, Vol. XXVI, No. 11 (November 1986), University of California Press, Berkeley, United States of America, 1986, pp. 1137-1163.
- OYARTE MARTÍNEZ, R., «Límite y limitaciones al poder constituyente» en *Revista Chilena de Derecho*, ISSN 0716-0747, Vol. 25, Núm. 1, Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago, 1998, pp. 65-84.
- ÖZBUDUN, E. y GENÇKAYA, Ö. F., *Democratization and the Politics of Constitution-making in Turkey*, Central European University Press, Budapest, 2009, ISBN 978-963-9776-30-2.
- PABÓN TARANTINO, E. E., «Colombia y su revolución pacífica. La nueva constitución del 5 de julio de 1991. Inicio de un marco institucional dentro de un contexto político pluralista» en *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, ISSN 0048-7694, Núm. 79 (Enero-Marzo 1993), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, pp. 161-208.
- PACE, A., «La instauración de una nueva Constitución. Perfiles de teoría constitucional» en *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, ISSN 0048-7694, Núm. 97 (Julio/Septiembre 1997), Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997, pp. 9-44.
- «Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos», *Treaty Series*, Volume 999, United Nations, New York, 1983, pp. 241-255.
- «Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales», *Treaty Series*, Volume 993, United Nations, New York, 1983, pp. 44-51.
- PAJUELO TEVES, R., «War and Neoliberal Transformation: The Peruvian Experience» en GUTIÉRREZ, F. y SCHÖNWÄLDER, G. (eds.), *Economic Liberalization and Political Violence. Utopia or dystopia?*, Pluto Press, London, 2010, ISBN 978-0-7453-3064-8, pp. 245-284.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

- PALACIOS ROMEO, F. J., «Neoliberalismo, hegemonía y nuevo orden. Estrategia y resultante social en Latinoamérica» en *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, ISSN 0048-7694, Núm. 99 (Enero-Marzo 1998), Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998, pp. 59-101.
- PALLARES YABUR, P., «La justificación racional de los derechos humanos en los redactores de la Declaración Universal de los Derechos Humanos» en *Persona y Derecho. Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*, ISSN 0211-4526, 2013/1 Núm. 68 (Enero-Junio), Área de Filosofía del Derecho – Instituto de Derechos Humanos, Universidad de Navarra, Pamplona, 2013, pp. 139-158.
- PALOMBELLA, G. (trad. por CONTRERAS PELÁEZ, F. J.), ««El Estado de Derecho allende el Estado»: fracasos, promesas y teoría» en DE JULIOS-CAMPUZANO, A. (ed.), *El horizonte constitucional. Ciencia jurídica, Derechos humanos y Constitucionalismo cosmopolita*, Dykinson, Madrid, 2014, ISBN 84-9085-236-7, pp. 341-368.
- PANIAGUA CORAZAO, V., «Estado de derecho, política y democracia en la sociedad globalizada» en *Anuario de derecho constitucional latinoamericano*, ISSN 1510-4974, Año 11, Anuario 2005, Tomo I, Konrad-Adenauer-Stiftung E.V., Montevideo, 2005, pp. 109-122.
- PARAMIO, L., *La socialdemocracia*, Los Libros de la Catarata, Madrid, 2009, ISBN 978-84-8319-455-3.
- PARK, J., *Minority Rights Constraints on a State's Power to Regulate Citizenship under International Law*, PhD thesis, London School of Economics and Political Science, London, 2006, disponible en <http://etheses.lse.ac.uk/2795/1/U615744.pdf> (último acceso: 10 de diciembre de 2021).
- PARLAMENTO EUROPEO, «Resolución sobre la situación en la Federación Rusa», *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, Serie C, Número 296, de 1 de noviembre de 1993, pp. 15-16.
- PARLIAMENTARY ASSEMBLY OF THE COUNCIL OF EUROPE, *Measures to dismantle the heritage of former communist totalitarian systems*, Resolution 1096 (1996), 27 June 1996, disponible en <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=16507&lang=en> (último acceso: 10 de diciembre de 2021).

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

PASTOR RIDRUEJO, J. A., *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales* (22ª ed.), Editorial Tecnos, Madrid, 2018, ISBN 978-84-309-7440-5.

_____, «Sobre la universalidad del Derecho internacional de los derechos humanos» en *Anuario de Derechos Humanos. Nueva Época*, ISSN 0212-0364, Vol. 12 (2011), Instituto de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2011, pp. 267-285.

PAZMIÑO FREIRE, P., «Algunos elementos articuladores del nuevo constitucionalismo latinoamericano» en *Cuadernos constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, ISSN 1133-7087, Núm. 67-68, Departamento de Derecho Constitucional y Ciencia Política, Universitat de València, Valencia, 2009, pp. 27-54.

PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *Ética, poder y derecho. Reflexiones ante el fin de siglo*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1995, ISBN 84-259-0976-7.

_____, *La dignidad de la persona desde la Filosofía del Derecho* (2ª ed.), Editorial Dykinson, Madrid, 2003, ISBN 84-9772-234-5.

_____, *La elaboración de la Constitución de 1978*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1988, ISBN 84-259-08108.

_____, «La universalidad de los derechos humanos» en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, ISSN 0214-8676, Núm. 15-16, Departamento de Filosofía del Derecho, Universidad de Alicante, Alicante, 1994, pp. 613-633.

_____ (con la colaboración de DE ASÍS ROIG, R. y BARRANCO AVILÉS, M del C.), *Lecciones de Derechos Fundamentales*, Editorial Dykinson, Madrid, 2004, ISBN 84-9772-561-1.

_____, «Pasado y futuro de los derechos humanos» en VV.AA., *Consolidación de derechos y garantías. Los grandes retos de los derechos humanos en el siglo XXI. Seminario conmemorativo del 50 aniversario de la Declaración Universal de los Derechos Humanos*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999, ISBN 84-89324-58-1, pp. 383-397.

PECHATNOV, V. O., «Soviet-American Relations Through the Cold War» en IMMERMANN, R. H. y GOEDDE, P. (eds.), *The Oxford Handbook of the Cold War*,

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

Oxford University Press, Oxford, United Kingdom, 2017, ISBN 978-0-19-877939-1, pp. 107-123.

PELLET, A., «The Opinions of the Badinter Arbitration Committee A Second Breath for the Self-Determination of Peoples» en *European Journal of International Law*, ISSN 0938-5428, Vol. 3, No. 1, Oxford University Press, Oxford, United Kingdom, 1992, pp. 178-185.

PÉREZ HERNÁNDEZ, L., «Democracia sin estándares. El poder en Cuba y Venezuela» en VICIANO PASTOR, R. (ed.), *Estudios sobre el nuevo Constitucionalismo Latinoamericano*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, ISBN 978-84-9004-645-6, pp. 171-195.

PÉREZ LOOSE, H., «Ecuador y su metamorfosis constituyente» en SERNA DE LA GARZA, J. A. (coord.), *Procesos constituyentes contemporáneos en América Latina. Tendencias y perspectivas*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, Ciudad de México, 2009, ISBN 978-607-02-1141-6, pp. 225-261.

PÉREZ LUÑO, A. E., *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución* (12ª ed.), Editorial Tecnos, Madrid, 2018, ISBN 978-84-309-7451-1.

_____, *La tercera generación de Derechos Humanos*, Editorial Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2006, ISBN 84-9767-640-8.

PÉREZ ROYO, J., «Jefatura de Estado y democracia parlamentaria» en *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, ISSN 0048-7694, Núm. 39 (Mayo-Junio 1984), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984, pp. 7-27.

_____, *La reforma constitucional inviable*, Los Libros de la Catarata, Madrid, 2015, ISBN 978-84-9097-055-3.

PÉREZ ROYO, J. y CARRASCO DURÁN, M., *Curso de Derecho constitucional* (17ª ed.), Marcial Pons, Madrid, 2021, ISBN 978-84-1381-209-0.

PETERS, A. (trad. por AZNAR GÓMEZ, M. J. y VIDELA, A. L.), «Constitucionalismo compensatorio: las funciones y el potencial de las normas y estructuras internacionales» en PETERS, A., AZNAR GÓMEZ, M. J. y GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, I.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

(eds.), *La constitucionalización de la Comunidad internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, ISBN 978-84-9876-704-9, pp. 207-261.

PETERSEN, F. y LEVIN, I., «The Russian Federation» en FRUHSTORFER, A. y HEIN, M. (eds.), *Constitutional Politics in Central and Eastern Europe. From Post-Socialist Transition to the Reform of Political Systems*, Springer VS, Wiesbaden, Germany, 2016, ISBN 978-3-658-13761-8, pp. 519-545.

PETERSMANN, E.-U., «Human Rights, International Economic Law and ‘Constitutional Justice’» en *European Journal of International Law*, ISSN 0938-5428, Vol. 19, No. 4, Oxford University Press, Oxford, United Kingdom, 2008, pp. 769-798.

_____, «Human Rights Require ‘Cosmopolitan Constitutionalism’ and Cosmopolitan Law for Democratic Governance of Public Goods» en *Working Papers of the Law Department of the EUI*, ISSN 1725-6739, No. 2013/04, Department of Law, European University Institute, San Domenico di Fiesole, Italia, 2013.

_____, «State Sovereignty, Popular Sovereignty and Individual Sovereignty: from Constitutional Nationalism to Multilevel Constitutionalism in International Economic Law?» en *Working Papers of the Law Department of the EUI*, ISSN 1725-6739, No. 2006/45, Department of Law, European University Institute, San Domenico di Fiesole, Italia, 2006.

PETMAN, J., «Human rights between sovereign will and international standards: a comment» en VV.AA., *Definition and development of human rights and popular sovereignty in Europe*, Council of Europe Publishing, Strasbourg, 2011, ISBN 978-92-871-7134-4, pp. 131-135.

PINTO, L. M. DA S. C., *O poder constituinte: do tempo das pátrias á era da globalização*, tesis doctoral dirigida por Javier Pérez Royo, Departamento de Derecho Constitucional, Universidad de Sevilla, Sevilla, 2012.

PINTO, R. L., «O “Programa do Movimento das Forças Armadas”: o singular destino da Constituição revolucionária do 25 de Abril de 1974 em Portugal» en *Historia Constitucional*, ISSN 1576-4729, Núm. 17, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales y Universidad de Oviedo, Madrid y Gijón, 2016, pp. 309-343.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

PISARELLO PRADOS, G., «¿Constitucionalismo sin constitución o Constitución sin constitucionalismo? Elementos para una lectura de la construcción europea en clave post-estatal» en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, ISSN 1697-7890, Núm. 5 (Enero-Junio de 2006), Instituto Andaluz de Administración Pública, Junta de Andalucía y Departamento de Derecho Constitucional, Universidad de Granada, Granada, 2006, pp. 245-278.

_____, «Democracia y proceso constituyente: el regreso de un vínculo» en MARTÍNEZ DALMAU, R. (ed.), *Teoría y práctica del poder constituyente*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, ISBN 978-84-9053-706-0, pp. 31-65.

_____, «Globalización, constitucionalismo y derechos: las vías del cosmopolitismo jurídico» en DE CABO DE LA VEGA, A. y PISARELLO PRADOS, G. (eds.), *Constitucionalismo, mundialización y crisis del concepto de soberanía. Algunos efectos en América Latina y en Europa*, Servicio de Publicaciones, Universidad de Alicante, Alicante, 2000, ISBN 84-7908-560-6, pp. 23-54.

_____, «Las afinidades constitucionales de Habermas» en *Jueces para la Democracia*, ISSN 1133-0627, Núm. 39 (noviembre/2000), Asociación Jueces para la Democracia, Madrid, 2000, pp. 50-56.

_____, *Procesos constituyentes. Caminos para la ruptura democrática*, Editorial Trotta, Madrid, 2014, ISBN 978-84-9879-485-4.

_____, *Un largo Termidor. La ofensiva del constitucionalismo antidemocrático*, Editorial Trotta, Madrid, 2011, ISBN 978-84-9879-236-2.

Plataforma de Acordo Constitucional com os Partidos Políticos, 1975, disponible en <http://www.cd25a.uc.pt/index.php?r=site/page&view=itempage&p=582> (último acceso: 10 de diciembre de 2021).

Plataforma de Acordo Constitucional entre o MFA e os Partidos Políticos [revisão], 1976, disponible en <http://www.cd25a.uc.pt/index.php?r=site/page&view=itempage&p=591> (último acceso: 10 de diciembre de 2021).

PLESCH, D., *America, Hitler and the UN. How the Allies Won World War II and Forged a Peace*, I.B. Tauris, London, 2011, ISBN 978-1-84885-308-9.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

- _____, «How the United Nations Beat Hitler and Prepared the Peace» en *Global Society*, ISSN 1360-0826, Vol. 22, No. 1 (January 2008), Routledge, Abingdon, United Kingdom, 2008, pp. 137-158.
- POCH-DE-FELIU, R., *La gran transición. Rusia, 1985-2002*, Crítica, Barcelona, 2003, ISBN 84-8432-422-2.
- PONTÓN GÓMEZ, G., *La lucha por la desigualdad. Una historia del mundo occidental en el siglo XVIII*, Ediciones de Pasado y Presente, Barcelona, 2016, ISBN 978-84-944950-7-6.
- PORRAS NADALES, A., «Notas sobre la teoría del poder constituyente y la experiencia española» en *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, ISSN 0048-7694, Núm. 24 (Noviembre-Diciembre 1981), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1981, pp. 175-200.
- _____, «Revolución y Constitución» en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, ISSN 0214-6185, Núm. 3 (Mayo/Agosto 1989), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, pp. 391-404.
- POULANTZAS, N. (trad. por CLAUDÍN, F.), *Estado, poder y socialismo*, Siglo Veintiuno de España Editores, Madrid, 1979, ISBN 84-323-0346-1.
- POWELL, C. T., «La dimensión exterior de la transición política española» en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, ISSN 0214-6185, Núm. 18 (Mayo/Agosto 1994), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994, pp. 79-116.
- PRESIDENCIA CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA, «Ley N° 3364, de 6 de marzo de 2006. Ley Especial de convocatoria a la Asamblea Constituyente», *Gaceta Oficial de Bolivia*, Número 2866, de 6 de marzo de 2006.
- PRESIDENCIA CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ, *Convocan a elecciones para representantes al Congreso Constituyente Democrático a realizarse el día 22 de noviembre de 1992*, Decreto Ley N° 25557, de 17 de junio de 1992, disponible en <http://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/Leyes/25557.pdf> (último acceso: 10 de diciembre de 2021).
- _____, *Ley de Bases del Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional*, Decreto Ley N° 25418, de 6 de abril de 1992, disponible en

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

<http://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/Leyes/25418.pdf> (último acceso: 10 de diciembre de 2021).

_____, *Ley de Elecciones para el Congreso Constituyente Democrático*, Decreto Ley N° 25684, de 21 de agosto de 1992, disponible en <http://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/Leyes/25684.pdf> (último acceso: 10 de diciembre de 2021).

_____, *Modifican la Ley de Elecciones para el Congreso Constituyente Democrático*, Decreto Ley N° 25686, de 24 de agosto de 1992, disponible en <http://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/Leyes/25686.pdf> (último acceso: 10 de diciembre de 2021).

_____, *Precisan alcances del Decreto Ley N°25684, Ley de Elecciones para el Congreso Constituyente Democrático*, Decreto Ley N° 25701, de 31 de agosto de 1992, disponible en <http://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/Leyes/25701.pdf> (último acceso: 10 de diciembre de 2021).

PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA, «Decreto de aprovação da Constituição», *Diário da República*, I Série – Número 86, de 10 de abril de 1976, Lisboa, pp. 738-775.

_____, «Lei n.º 5/75», *Diário do Governo*, I Série – Número 62, Suplemento, de 14 de marzo de 1975, Lisboa, pp. 394(1)-394(2).

PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA, *Proyecto de reforma constitucional, iniciado en mensaje de S.E. la Presidenta de la República, para modificar la Constitución Política de la República*, Mensaje N° 407-365, Boletín N° 11.617-07, disponible en <https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=documentos/10221.1/76296/1/Mensaje%20Pda.Bachelet.pdf> (último acceso: 10 de diciembre de 2021).

PRESIDENCIA DE LAS CORTES, «Disposición de la Presidencia de las Cortes: I.-Sobre las Juntas Preparatorias y la Constitución interina de las Cámaras», *Boletín Oficial de las Cortes*, Núm. 1.581, de 30 de junio de 1977, pp. 38131-38134.

_____, «Disposición de la Presidencia de las Cortes: II.-Sobre los Grupos Parlamentarios, las Elecciones para Organos Mixtos, el nombramiento de

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

Comisiones y la Constitución definitiva de las Cámaras», *Boletín Oficial de las Cortes*, Núm. 1.583, de 11 de julio de 1977, pp. 38143-38146.

PRESIDENCIA DEL GOBIERNO, «Decreto 779/1967, de 20 de abril, por el que se aprueban los textos refundidos de las Leyes Fundamentales del Reino», *Boletín Oficial del Estado*, Núm. 95, de 21 de abril de 1967, pp. 5250-5271.

PRESIDÊNCIA DO CONSELHO DE MINISTROS, «Decreto-Lei n.º 621-A/74», *Diário do Governo*, I Série – Número 266, 2.º Suplemento, de 15 de noviembre de 1974, Lisboa, pp. 1388(3)-1388(13).

_____, «Decreto-Lei n.º 621-B/74», *Diário do Governo*, I Série – Número 266, 3.º Suplemento, de 15 de noviembre de 1974, Lisboa, pp. 1388(15)-1388(16).

_____, «Decreto-Lei n.º 621-C/74», *Diário do Governo*, I Série – Número 266, 4.º Suplemento, de 15 de noviembre de 1974, Lisboa, pp. 1388(17)-1388(35).

PRESIDENT OF THE PHILIPPINES, *Proclamation No. 1*, Manila, 25 de febrero de 1986, disponible en <https://www.officialgazette.gov.ph/1986/02/25/proclamation-no-1-s-1986/> (último acceso: 10 de diciembre de 2021).

_____, *Proclamation No. 3*, Manila, 25 de marzo de 1986, disponible en <http://www.officialgazette.gov.ph/downloads/1986/03mar/19860325-PROC-0003-CCA.pdf> (último acceso: 10 de diciembre de 2021).

_____, *Proclamation No. 9*, Manila, 23 de abril de 1986, disponible en <http://www.officialgazette.gov.ph/downloads/1986/04apr/19860423-PROC-0009-CCA.pdf> (último acceso: 10 de diciembre de 2021).

_____, *Proclamation No. 58*, Manila, 11 de febrero de 1987, disponible en <http://www.officialgazette.gov.ph/downloads/1987/02feb/19870211-PROC-0058-CCA.pdf> (último acceso: 10 de diciembre de 2021).

PREUSS, U. K., «The Exercise of Constituent Power in Central and Eastern Europe» en LOUGHLIN, M. y WALKER, N. (eds.), *The Paradox of Constitutionalism. Constituent Power and Constitutional Form*, Oxford University Press, Oxford, United Kingdom, 2007, ISBN 978-0-19-920496-0, pp. 211-228.

PŘIBÁŇ, J., «European Union Constitution-Making, Political Identity and Central European Reflections» en *European Law Journal*, ISSN 1351-5993, Vol. 11, Issue

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

2 (March 2005), Blackwell Publishing, Oxford, United Kingdom, 2005, pp. 135–153.

PRIEBUS, S., «Hungary» en FRUHSTORFER, A. y HEIN, M. (eds.), *Constitutional Politics in Central and Eastern Europe. From Post-Socialist Transition to the Reform of Political Systems*, Springer VS, Wiesbaden, Germany, 2016, ISBN 978-3-658-13761-8, pp. 101-143.

«Programa do Movimento das Forças Armadas Portuguesas», *Diário do Governo*, I Série – Número 112, de 14 de mayo de 1974, Lisboa, pp. 620-622.

Protocol to the African Charter on Human and Peoples' Rights on the Establishment of an African Court on Human and Peoples' Rights, African Union, disponible en https://au.int/sites/default/files/treaties/36393-treaty-0019_-_protocol_to_the_african_charter_on_human_and_peoplesrights_on_the_establishment_of_an_african_court_on_human_and_peoples_rights_e.pdf (último acceso: 10 de diciembre de 2021).

«Protocol to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms [= Protocolo adicional al Convenio Europeo de Derechos Humanos]», *Treaty Series*, Volume 213, United Nations, New York, 1955, pp. 262-266.

«Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, “Protocolo de San Salvador”» en COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Documentos básicos en materia de derechos humanos en el sistema interamericano (actualizado a 24 de enero de 2020)*, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2020, ISBN 978-0-8270-6983-1, pp. 99-112.

Proyecto de Declaración Internacional de Derechos del Hombre. Informe de la Tercera Comisión, Documento A/777, Asamblea General, Naciones Unidas, 7 de diciembre de 1948.

PUREZA, J. M., «Defensive and oppositional counter-hegemonic uses of international law: from the International Criminal Court to the common heritage of humankind» en SANTOS, B. DE S. y RODRÍGUEZ-GARAVITO, C. A. (eds.), *Law and Globalization from Below. Towards a Cosmopolitan Legality*, Cambridge University Press, Cambridge, United Kingdom, 2005, ISBN 978-0-521-60735-3, pp. 267-280.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

- _____, «¿Derecho cosmopolita o uniformador? Derechos humanos, Estado de Derecho y democracia en la posguerra fría» en PÉREZ LUÑO, A. E. (coord.), *Derechos humanos y constitucionalismo ante el tercer milenio*, Marcial Pons, Madrid, 1996, ISBN 84-7248-394-0, pp. 123-135.
- QUERALT JIMÉNEZ, A., *La interpretación de los derechos: del Tribunal de Estrasburgo al Tribunal Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008, ISBN 978-84-259-1431-7.
- QUINT, P. E., *The Imperfect Union. Constitutional Structures of German Unification*, Princeton University Press, Princeton, United States of America, 1997, ISBN 1-4008-0640-2.
- QUISPE REMÓN, F., «Las normas de *ius cogens*: ausencia de catálogo» en *Anuario Español de Derecho Internacional*, ISSN 0212-0747, Vol. 28 (2012), Universidad de Navarra, Pamplona, 2012, pp. 143-183.
- RAJAGOPAL, B. (trad. por MORALES DE SETIÉN RAVINA, C.), *El derecho internacional desde abajo. El desarrollo, los movimientos sociales y la resistencia del Tercer Mundo*, ILSA, Bogotá, 2005, ISBN 958-9262-55-4.
- RAWLS, J. (trad. por VALENCIA VILLA, H.), *El derecho de gentes y «una revisión de la idea de razón pública»*, Ediciones Paidós Ibérica, Barcelona, 2001, ISBN 84-493-1047-4.
- REBOLLEDO GONZÁLEZ, V. M., *Desarrollo Constitucional Chileno desde la Constitución de 1980*, tesis doctoral dirigida por José Iturmendi Morales, Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2017.
- Regímenes preautonómicos. Cataluña, País Vasco, Galicia, Aragón, Canarias, País Valenciano, Andalucía, Baleares, Extremadura, Castilla y León, Asturias, Murcia, Castilla-La Mancha* (2ª ed. aumentada), Servicio Central de Publicaciones / Secretaría General Técnica, Presidencia del Gobierno, Madrid, 1978, ISBN 84-500-2691-1.
- REMIRO BROTONS, A., RIQUELME CORTADO, R., ORIHUELA CALATAYUD, E., Díez-Hochleitner, J. y PÉREZ-PRAT DURBAN, L., *Derecho Internacional. Curso General*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, ISBN 978-84-9876-984-5.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

- REQUEJO PAGÉS, J. L., *Las normas preconstitucionales y el mito del poder constituyente*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998, ISBN 84-259-1056-0.
- REY CANTOR, E., «El bloque de constitucionalidad. Aplicación de tratados internacionales de derechos humanos» en *Estudios Constitucionales*, ISSN 0718-0195, Año 4, Núm. 2, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, Santiago, 2006, pp. 299-334.
- REZOLA, M. I., «O movimento das forças armadas e a assembleia constituinte na revolução portuguesa (1975-1976)» en *Historia Constitucional*, ISSN 1576-4729, Núm. 13, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales y Universidad de Oviedo, Madrid y Gijón, 2012, pp. 635-659.
- RICHARDSON-LITTLE, N., «Dictatorship and Dissent: Human Rights in East Germany in the 1970s» en ECKEL, J. y MOYN, S. (eds.), *The Breakthrough. Human Rights in the 1970s*, University of Pennsylvania Press, Philadelphia, United States of America, 2014, ISBN 978-0-8122-4550-9, pp. 49-67.
- RINCÓN-COVELLI, T., «El derecho internacional de los derechos humanos: ¿límite o elemento constitutivo de la democracia? –A propósito de la transición uruguaya a la democracia–» en *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, ISSN 0124-0579, Vol. 14, Núm. 2 (julio-diciembre de 2012), Facultad de Jurisprudencia, Universidad del Rosario, Bogotá, 2012, pp. 71-106.
- RÍOS, M. (dir.), *Mecanismos de cambio constitucional en el mundo. Análisis desde la experiencia comparada*, Programa de Gobernabilidad Democrática, Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, Vitacura, Chile 2015, ISBN 978-956-7469-62-8.
- RÍOS ÁLVAREZ, L., «El fundamento axiológico de las relaciones internacionales y de las constituciones modernas» en *Anuario de derecho constitucional latinoamericano*, ISSN 1510-4974, Año 12, Anuario 2006, Tomo II, Konrad-Adenauer-Stiftung E.V., Montevideo, 2006, pp. 1371-1403.
- RISSE FERRAND, M., «¿Quién tiene la última palabra en temas de derechos humanos? Democracia versus aristocracia con toga» en *Anuario de derecho constitucional*

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

latinoamericano, ISSN 1510-4974, Año XVIII, Anuario 2012, Konrad-Adenauer-Stiftung e.V., Bogotá, 2012, pp. 393-414.

RIVERA, J. A., «Reformas constitucionales y justicia constitucional» en *Anuario de derecho constitucional latinoamericano*, ISSN 1510-4974, Año XV, Anuario 2009, Konrad-Adenauer-Stiftung e.V., Montevideo, 2009, pp. 125-150.

RODRIGO HERNÁNDEZ, A. J., «La constitución invisible de la comunidad internacional» en *Anuario Español de Derecho Internacional*, ISSN 0212-0747, Vol. 34 (2018), Universidad de Navarra, Pamplona, 2018, pp. 51-85.

RODRÍGUEZ AÑUEZ, M., «El derecho a la libre autodeterminación de los pueblos y el caso fallido del Sahara Occidental. Los límites del cosmopolitismo y la ecosoberanía como propuesta alternativa» en *Araucaria. Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades*, ISSN 1575-6823, Año 19, Núm. 37 (Primer semestre de 2017), Universidad de Sevilla, Sevilla, 2017, pp. 381-403.

RODRÍGUEZ PALOP, M. E., «La multiplicación de derechos y la visión generacional» en *Papeles de relaciones ecosociales y cambio global*, ISSN 1888-0576, Núm. 142, FUHEM - Ecosocial, Madrid, 2018, pp. 31-41.

RODRÍGUEZ-ZAPATA, J., *Teoría y práctica del Derecho Constitucional. Estado, Constitución, fuentes del Derecho según la realidad de la Unión Europea; contenido y garantías de los derechos fundamentales, Instituciones básicas, Comunidades Autónomas* (4ª ed.), Editorial Tecnos, Madrid, 2018, ISBN 978-84-309-7436-8.

ROMERO BONIFAZ, C., «El proceso constituyente boliviano» en CARBONELL, M., CARPIZO, J. y ZOVATTO, D. (coords.), *Tendencias del constitucionalismo en Iberoamérica*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, Ciudad de México, 2015, ISBN 968-607-02-0799-0, pp. 889-935.

ROSENN, K. S., «Conflict Resolution and Constitutionalism. The Making of the Brazilian Constitution of 1988» en MILLER, L. E. (ed.) y AUCOIN, L., *Framing the State in Times of Transition. Case Studies in Constitution Making*, United States Institute of Peace Press, Washington, D.C., 2010, ISBN 978-1-60127-055-9, pp. 435-466.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

ROSILLO MARTÍNEZ, A., «Repensar derechos humanos desde la liberación Y la descolonialidad» en *Revista Direito e Práxis*, ISSN 2179-8966, Volume 7, Número 1, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2016, pp. 721-749.

ROSSETTI, A., «La universalidad de los derechos humanos en el Derecho internacional» en *Revista Derechos y Libertades*, ISSN 1133-0937, Año IX, Núm. 13 (Enero/Diciembre 2004), Universidad Carlos III de Madrid y Boletín Oficial del Estado, Getafe y Madrid, 2004, pp. 67-85.

ROZNAI, Y., «Unconstitutional Constitutional Amendments—The Migration and Success of a Constitutional Idea» en *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 61, No. 3 (Summer 2013), The American Society of Comparative Law, Ann Arbor, United States of America, 2013, pp. 657-719.

RUBIO LLORENTE, F., «Derechos fundamentales, derechos humanos y Estado de Derecho» en *Fundamentos. Cuadernos monográficos de Teoría del Estado, Derecho Público e Historia Constitucional*, ISSN 1575-3433, Núm. 4, Junta General del Principado de Asturias y Área de Derecho Constitucional de la Universidad de Oviedo, Oviedo, 2006, pp. 203-233.

_____, «Minorías y mayorías en el poder constituyente» en *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario*, ISSN 1130-4243, Núm. 3, Asamblea Regional de la Comunidad Autónoma de Murcia y Universidad de Murcia, Murcia, 1991, pp. 31-58.

RUIPÉREZ ALAMILLO, J., «Algunas consideraciones sobre las dificultades existentes en la política y el derecho constitucional español para el entendimiento de la reforma constitucional como una operación jurídica limitada. Especial referencia a alguno de los problemas planteados por el artículo 168 de la Constitución de 1978» en CARBONELL SÁNCHEZ, M., FIX-FIERRO, H., GONZÁLEZ PÉREZ, L R. y VALADÉS, D. (coords.), *Estado constitucional, derechos humanos, justicia y vida universitaria. Estudios en homenaje a Jorge Carpizo. Estado constitucional. Tomo IV. Volumen 2*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, Ciudad de México, 2015, ISBN 978-607-02-6308-8, pp. 559-636.

_____, «De la reforma constitucional y sus límites materiales. Consideraciones desde la Teoría del Estado y de la Constitución» en *Teoría y Realidad*

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

Constitucional, ISSN 1139-5583, Núm. 30, Departamento de Derecho Político, Facultad de Derecho, UNED, Madrid, 2012, pp. 89-138.

_____, «¿La Constitución en crisis? El Estado constitucional democrático y social en los tiempos del neoliberalismo tecnocrático» en *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, ISSN 0048-7694, Núm. 120 (Abril-Junio 2003), Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003, pp. 127-171.

_____, «Los principios constitucionales en la transición política. Teoría democrática del poder constituyente y cambio jurídico-político en España» en *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, ISSN 0048-7694, Núm. 116 (Abril-Junio 2002), Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002, pp. 25-84.

RUIZ OREJUELA, W., *Responsabilidad del Estado social de derecho por los actos del poder constituyente*, Ecoe Ediciones, Bogotá, 2015, ISBN 978-958-771-255-1.

SÁCHICA, L. C., «Derecho internacional y derecho constitucional» en VV.AA., *V Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, Ciudad de México, 1998, ISBN 968-36-6786-4, pp. 847-857.

SACRISTÁN, M. (ed. por DOMINGO CURTO, A.), *El Orden y el Tiempo*, Editorial Trotta, Madrid, 1998, ISBN 84-8164-228-2.

SAGÜÉS, N. P., «Notas sobre el poder constituyente irregular» en *Anuario de derecho constitucional latinoamericano*, ISSN 1510-4974, Año XV, Anuario 2009, Konrad-Adenauer-Stiftung e. V., Montevideo, 2009, pp. 151-163.

SAJÓ, A., *Constitutional Sentiments*, Yale University Press, New Haven y London, 2011, ISBN 978-0-300-13926-6.

SALGADO, E. D., «Ensaio em defesa do constitucionalismo e da democracia: a questão das mutações (in) constitucionais na jurisprudência brasileira» en *Misión Jurídica. Revista de derecho y ciencias sociales*, ISSN 1794-600X, Vol. 4, Núm. 4 (Enero-Diciembre de 2011), Universidad Colegio Mayor de Cundinamarca, Bogotá, 2011, pp. 59-73.

SALGADO PESANTES, H., «El proceso constituyente de Ecuador. Algunas reflexiones» en SERNA DE LA GARZA, J. A. (coord.), *Procesos constituyentes contemporáneos en*

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

América Latina. Tendencias y perspectivas, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, Ciudad de México, 2009, ISBN 978-607-02-1141-6, pp. 263-284.

SÁNCHEZ LORA, J. C., *El poder constituyente y sus condicionantes en la era de la globalización de los derechos humanos*, tesis doctoral dirigida por Manuel Carrasco Durán, Programa de Doctorado de Derecho Constitucional, Universidad de Sevilla, Sevilla, 2017.

SÁNCHEZ RUBIO, D., *Derechos humanos instituyentes, pensamiento crítico y praxis de liberación*, Ediciones Akal México, Ciudad de México, 2018, ISBN 978-607-97816-7-5.

_____, «Reflexiones E (Im)Precisiones en Torno a la Intervención Humanitaria y los Derechos Humanos» en SÁNCHEZ RUBIO, D., HERRERA FLORES, J. y DE CARVALHO, S. (orgs.), *Direitos Humanos e Globalização. Fundamentos e Possibilidades desde a Teoria Crítica* (2ª ed.), EDIPUCRS, Porto Alegre, Brasil, 2010, ISBN 978-85-7430-946-0, pp. 209-256.

_____, «Reversibilidad del derecho: los derechos humanos tensionados entre el mercado y los seres humanos y la naturaleza» en DE JULIOS-CAMPUZANO, A. (ed.), *Ciudadanía y derecho en la era de la globalización*, Editorial Dykinson, Madrid, 2007, ISBN 978-84-9849-117-3, pp. 165-175.

SÁNCHEZ-CUENCA RODRÍGUEZ, I., *Atado y mal atado. El suicidio institucional del franquismo y el surgimiento de la democracia*, Alianza Editorial, Madrid, 2014, ISBN 978-84-206-8471-0.

SANTONJA, P. y MORALES, G. (autores), BELLANTONI, A. y TRNKA, D. (dirs.), SANTONJA, P. (coord.) y DE COURTAY, R. (ed.), *Chile. Scan report on the citizen participation in the constitutional process. 2017*, Public Governance Directorate, OECD, 2017, disponible en <https://www.oecd.org/gov/public-governance-review-chile-2017.pdf> (último acceso: 10 de diciembre de 2021).

SANTOS, B. DE S., «Beyond neoliberal governance: the World Social Forum as subaltern cosmopolitan politics and legality» en SANTOS, B. DE S. y RODRÍGUEZ-GARAVITO, C. A. (eds.), *Law and Globalization from Below. Towards a Cosmopolitan Legality*,

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

Cambridge University Press, Cambridge, United Kingdom, 2005, ISBN 978-0-521-60735-3, pp. 29-63.

_____, «Human Rights: A Fragile Hegemony» en CRÉPEAU, F. y SHEPPARD, C. (eds.), *Human Rights and Diverse Societies. Challenges and Possibilities*, Cambridge Scholars Publishing, Newcastle upon Tyne, United Kingdom, 2013, ISBN 978-1-4438-5137-4, pp. 17-25.

_____ (trad. por AGUILÓ, A., SABARIEGO, J. y EXENI, J. L.), *La difícil democracia. Una mirada desde la periferia europea*, Ediciones Akal, Tres Cantos, 2016, ISBN 978-84-460-4389-8.

_____, «Más allá de la imaginación política y de la teoría crítica eurocéntricas» en *Revista Crítica de Ciências Sociais*, ISSN 0254-1106, Numero 114 (Dezembro 2017), Centro de Estudos Sociais da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2017, pp. 75-116.

_____, *Pensar el estado y la sociedad: desafíos actuales*, Waldhuter Editores, Buenos Aires, 2009, ISBN 978-987-25178-1-6.

_____, *Refundación del Estado en América Latina. Perspectivas desde una epistemología del Sur*, Instituto Internacional de Derecho y Sociedad y Programa Democracia y Transformación Global, Lima, 2010, ISBN 978-612-45667-2-1.

_____ (trad. por MARTÍN RAMÍREZ, C., GARCÍA VILLEGAS, M., DEL POZO AVIÑÓ, E. y MORALES DE SETIÉN RAVINA, C.), *Sociología jurídica crítica. Para un nuevo sentido común en el derecho*, Editorial Trotta e ILSA, Madrid y Bogotá, 2009, ISBN 978-84-8164-983-3.

_____, *Una epistemología del Sur. La reinención del conocimiento y la emancipación social* (1ª ed.), siglo XXI editores y CLACSO, Ciudad de México y Buenos Aires, 2009, ISBN 978-607-03-0056-1.

SANTOS, B. DE S., CRUZEIRO, M. Y COIMBRA, N. (orgs.), *O Pulsar da revolução: cronologia da revolução de 25 de Abril (1973-1976)* (ed. online revista e aumenada), Centro de Documentação 25 de Abril, Universidade de Coimbra, 2008, disponible en

<http://www.cd25a.uc.pt/index.php?r=site/page&view=itempage&p=943> (último acceso: 10 de diciembre de 2021).

SANTOS, B. DE S. y RODRÍGUEZ-GARAVITO, C. A., «Law, politics, and the subaltern in counter-hegemonic globalization» en SANTOS, B. DE S. y RODRÍGUEZ-GARAVITO, C. A. (eds.), *Law and Globalization from Below. Towards a Cosmopolitan Legality*, Cambridge University Press, Cambridge, United Kingdom, 2005, ISBN 978-0-521-60735-3, pp. 1-26.

SARGENT, D., «Oasis in the Desert? America's Human Rights Rediscovery» en ECKEL, J. y MOYN, S. (eds.), *The Breakthrough. Human Rights in the 1970s*, University of Pennsylvania Press, Philadelphia, United States of America, 2014, ISBN 978-0-8122-4550-9, pp. 125-145.

SAUCA CANO, J. M., «Deliberación, deferencia y Corte Interamericana de Derechos Humanos. El caso Gelman vs Uruguay» en *Araucaria. Revista Iberoamericana de Filosofía, Política, Humanidades y Relaciones Internacionales*, ISSN 1575-6823, Año 23, Núm. 46 (primer cuatrimestre de 2021), Universidad de Sevilla, Sevilla, 2021, pp. 529-551.

SCHAFFER, J. K., «Legitimacy, global governance and human rights institutions: inverting the puzzle» en FØLLESDAL, A., SCHAFFER, J. K. y ULFSTEIN, G. (eds.), *The Legitimacy of International Human Rights Regimes. Legal, Political and Philosophical Perspectives*, Cambridge University Press, Cambridge, United Kingdom, 2014, ISBN 978-1-107-03460-0, pp. 212-242.

SCHAFFER, J. K., FØLLESDAL, A., y ULFSTEIN, G., «International human rights and the challenge of legitimacy» en FØLLESDAL, A., SCHAFFER, J. K. y ULFSTEIN, G. (eds.), *The Legitimacy of International Human Rights Regimes. Legal, Political and Philosophical Perspectives*, Cambridge University Press, Cambridge, United Kingdom, 2014, ISBN 978-1-107-03460-0, pp. 1-31.

SCHEININ, M., «Impact on the Law of Treaties» en KAMMINGA, M. T. y SCHEININ, M. (eds.), *The Impact of Human Rights Law on General International Law*, Oxford University Press, Oxford, United Kingdom, 2009, ISBN 978-0-19-956522-1, pp. 23-36.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

- SCHMITT, C. (trad. por AYALA, F.), *Teoría de la Constitución* (1ª reimp.), Alianza Editorial, Madrid, 1992, ISBN 84-206-8057-5.
- SCHNEIDER, C., «Human rights and transfers of sovereignty in the European Union: consequences for the definition and development of human rights» en VV.AA., *Definition and development of human rights and popular sovereignty in Europe*, Council of Europe Publishing, Strasbourg, 2011, ISBN 978-92-871-7134-4, pp. 151-175.
- SCHNEIDERMAN, D., «Constitutional Approaches to Privatization: An Inquiry into the Magnitude of Neo-Liberal Constitutionalism» en *Law and Contemporary Problems*, ISSN 0023-9186, Vol. 63, No. 4 (Autumn 2000), Duke University School of Law, Durham, United States of America, 2000, pp. 83-109.
- SCHWÖBEL, C. E. J., *Global Constitutionalism in International Legal Perspective*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, The Netherlands, 2011, ISBN 978-90-04-19115-0.
- SECO MARTÍNEZ, J. M. y RODRÍGUEZ PRIETO, R., «Espacios y ritmos para una nueva concepción de la ciudadanía» en DE JULIOS-CAMPUZANO, A. (ed.), *Ciudadanía y derecho en la era de la globalización*, Editorial Dykinson, Madrid, 2007, ISBN 978-84-9849-117-3, pp. 327-341.
- SEHA, E., «Croatia» en FRUHSTORFER, A. y HEIN, M. (eds.), *Constitutional Politics in Central and Eastern Europe. From Post-Socialist Transition to the Reform of Political Systems*, Springer VS, Wiesbaden, Germany, 2016, ISBN 978-3-658-13761-8, pp. 221-241.
- SEIDEL, G., «A New Dimension of the Right of Self-Determination in Kosovo?» en TOMUSCHAT, C. (ed.), *Kosovo and the International Community. A Legal Assessment*, Kluwer Law International, The Hague, 2002, ISBN 90-411-1704-0, pp. 203-215.
- SELEME, H. O., «Democracia internacional, derecho humano a la democracia e intervención humanitaria» en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, ISSN 0214-8676, Núm. 35, Departamento de Filosofía del Derecho, Universidad de Alicante, Alicante, 2012, pp. 321-359.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

SEMSEY, V., «Transición política en Hungría, 1989-1990» en *Cuadernos de Historia Contemporánea*, ISSN 0214-400X, Vol. 15, Ediciones Complutense, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1993, pp. 157-169.

«Sessão N.º 131, em 2 de abril», *Diário da Assembleia Constituinte*, Número 132, de 3 de abril de 1976, Lisboa, pp. 1083-1155.

SHARE, D. y MAINWARING, S. (trad. por MEIL LANDWERLIN, G. A.), «Transiciones vía transacción: La democratización en Brasil y España» en *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, ISSN 0048-7694, Núm. 49 (Enero-Febrero 1986), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1986, pp. 87-135.

SIVAKUMARAN, S., «Impact on the Structure of International Obligations» en KAMMINGA, M. T. y SCHEININ, M. (eds.), *The Impact of Human Rights Law on General International Law*, Oxford University Press, Oxford, United Kingdom, 2009, ISBN 978-0-19-956522-1, pp. 133-150.

SNELLINGER, A., «The Production of Possibility through an Impossible Ideal: Consensus as a Political Value in Nepal's Constituent Assembly» en *Constellations*, ISSN 1351-0487, Vol. 22, Issue 2 (June 2015), Wiley-Blackwell, Oxford, United Kingdom, 2015, pp. 233-245.

SOLÓRZANO ALFARO, N. J., «Derecho Moderno e Inversión Ideológica: Una mirada desde los Derechos Humanos» en SÁNCHEZ RUBIO, D., HERRERA FLORES, J. y DE CARVALHO, S. (orgs.), *Direitos Humanos e Globalização. Fundamentos e Possibilidades desde a Teoria Crítica* (2ª ed.), EDIPUCRS, Porto Alegre, Brasil, 2010, ISBN 978-85-7430-946-0, pp. 30-54.

SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, J. J., «Límites y soberanía en el orden constitucional español» en *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, ISSN 1575-720-X, Núm. 19 (2009-I), Facultad de Derecho, Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, 2009, pp. 265-282.

SOMMERMANN, K.-P. (trad. por CONTRERAS PELÁEZ, F. J.), «El desarrollo de los derechos humanos desde la Declaración Universal de 1948» en PÉREZ LUÑO, A. E. (coord.), *Derechos humanos y constitucionalismo ante el tercer milenio*, Marcial Pons, Madrid, 1996, ISBN 84-7248-394-0, pp. 97-112.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

- SONNTAG, H. R., «Crisis and regression: Ecuador, Paraguay, Peru, and Venezuela» en GARRETÓN MERINO, M. A. y NEWMAN, E. (eds.), *Democracy in Latin America. (Re)constructing political society*, United Nations University Press, New York, 2001, ISBN 92-808-1068-5, pp. 126-157.
- SPEVACK, E., «American Pressures on the German Constitutional Tradition: Basic Rights in the West German Constitution of 1949» en *International Journal of Politics, Culture and Society*, ISSN 0891-4486, Vol. 10, Issue 3 (March 1997), Human Sciences Press, New York, 1997, pp. 411-436.
- STAIANO, S., «The Crisis of State Sovereignty and Social Rights» en *The Age of Human Rights Journal*, ISSN 2340-9592, No. 2 (June 2014), Universidad de Jaén, Jaén, 2014, pp. 25-45.
- STERIO, M., *The Right to Self-Determination under International Law. "Selfistans", secession, and the rule of the great powers*, Routledge, Abingdon, United Kingdom, 2013, ISBN 978-0-415-66818-7.
- TAJADURA TEJADA, J., «La *renaissance* de Carl Schmitt» en *Teoría y Realidad Constitucional*, ISSN 1139-5583, Núm. 31, Departamento de Derecho Político, Facultad de Derecho, UNED, Madrid, 2013, pp. 351-362.
- TAPIA VALDÉS, J., «Poder constituyente irregular: los límites metajurídicos del poder constituyente originario» en *Estudios Constitucionales*, ISSN 0718-0195, Año 6, Núm. 2, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, Santiago, 2008, pp. 121-142.
- TARDIF, E., «Metamorfosis de la soberanía: elementos para una redefinición del concepto a la luz del derecho internacional contemporáneo» en *Anuario de derecho constitucional latinoamericano*, ISSN 1510-4974, Año XVI, Anuario 2010, Konrad-Adenauer-Stiftung e.V., Montevideo, 2010, pp. 307-322.
- TEROL BECERRA, M. J., «Sobre el poder constituyente: realidad diacrónica *versus* mito» en PÉREZ ROYO, J., URÍAS MARTÍNEZ, J. P. y CARRASCO DURÁN, M. (eds.) y TEROL BECERRA, M. J. ... [et al.] (coords.), *Derecho Constitucional para el Siglo XXI. Actas del VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional. Tomo I*, Editorial Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2006, ISBN 84-9767-692-0, pp. 53-68.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

«Texto actualizado de la Constitución Política de la República de Chile» en *Constituciones Políticas de la República de Chile 1810 - 2015* (2ª ed.), Diario Oficial de la República de Chile, ISBN 956-7570-18-3, pp. 515-603, disponible en <http://www.diariooficial.interior.gob.cl/assets/modal/Constituciones1810-2015.pdf> (último acceso: 10 de diciembre de 2021).

The Constitution of Greece. As revised by the parliamentary resolution of May 27th 2008 of the VIIIth Revisionary Parliament (trad. por PAPARRIGOPOULOS, X. y VASSILOUNI, S.), Hellenic Parliament's Publications Department, 2008, ISBN 960-560-073-0, disponible en <https://www.hellenicparliament.gr/UserFiles/f3c70a23-7696-49db-9148-f24dce6a27c8/001-156%20aggliko.pdf> (último acceso: 10 de diciembre de 2021).

The Constitution of Japan [de 1946], disponible en https://japan.kantei.go.jp/constitution_and_government_of_japan/constitution_e.html (último acceso: 10 de diciembre de 2021).

The Constitution of Nepal, Nepal Law Commission, Kathmandu, 2021, disponible en <https://www.lawcommission.gov.np/en/wp-content/uploads/2021/01/Constitution-of-Nepal.pdf> (último acceso: 10 de diciembre de 2021).

The Constitution of the Republic of Poland of 2nd April, 1997, disponible en <http://www.sejm.gov.pl/prawo/konst/angielski/kon1.htm> (último acceso: 10 de diciembre de 2021).

The Constitution of the Republic of the Philippines [de 1987], disponible en <http://www.officialgazette.gov.ph/constitutions/1987-constitution/> (último acceso: 10 de diciembre de 2021).

The Constitution of the Russian Federation [with the Amendments and Additions of December 30, 2008], disponible en <http://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/en/ru/ru003en.pdf> (último acceso: 10 de diciembre de 2021).

The Fundamental Law of Hungary [as in force on 23 December 2020], Ministry of Justice, 2021, disponible en https://hunconcourt.hu/uploads/sites/3/2021/01/thefundamentallawofhungary_2020_1223_fin.pdf (último acceso: 10 de diciembre de 2021).

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

«The London Documents: Directives regarding the future political organization of Germany, drafted at the London Conference of the Western Foreign Ministers in June 1948 and handed to the Ministers President in the Western Zones of Germany by the military governors at their joint meeting on July 1, 1948» en BERGHAWN, V. y POIGER, U. (eds.), *German History in Documents and Images. Volume 8. Occupation and the Emergence of Two States, 1945-1961*, German Historical Institute, Washington, D.C., s. f., disponible en <http://germanhistorydocs.ghi-dc.org/pdf/eng/Founding%201%20ENG.pdf> (último acceso: 10 de diciembre de 2021).

THORNHILL, C., «Contemporary constitutionalism and the dialectic of constituent power» en *Global Constitutionalism*, ISSN 2045-3817, Vol. 1, Issue 3 (November 2012), Cambridge University Press, Cambridge, United Kingdom, 2012, pp. 369-404.

_____, «Rights and constituent power in the global constitution» en *International Journal of Law in Context*, ISSN 1744-5523, Vol. 10, Issue 3 (September 2014), Cambridge University Press, Cambridge, United Kingdom, 2014, pp. 357-396.

_____, «The global legal system and the procedural construction of constituent power» en *Global Constitutionalism*, ISSN 2045-3817, Vol. 5, Issue 3 (November 2016), Cambridge University Press, Cambridge, United Kingdom, 2016, pp. 405-442.

TOMUSCHAT, C., *Human Rights. Between Idealism and Realism* (2nd ed.), Oxford University Press, Oxford, United Kingdom, 2008, ISBN 978-0-19-923275-8.

_____, (trad. por GUTIÉRREZ, I.), «La Comunidad internacional» en PETERS, A., AZNAR GÓMEZ, M. J. y GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, I. (eds.), *La constitucionalización de la Comunidad internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, ISBN 978-84-9876-704-9, pp. 93-119.

TÖPFER, J., «Macedonia» en FRUHSTORFER, A. y HEIN, M. (eds.), *Constitutional Politics in Central and Eastern Europe. From Post-Socialist Transition to the Reform of Political Systems*, Springer VS, Wiesbaden, Germany, 2016, ISBN 978-3-658-13761-8, pp. 307-331.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

- _____, «Slovenia» en FRUHSTORFER, A. y HEIN, M. (eds.), *Constitutional Politics in Central and Eastern Europe. From Post-Socialist Transition to the Reform of Political Systems*, Springer VS, Wiesbaden, Germany, 2016, ISBN 978-3-658-13761-8, pp. 199-220.
- TORRES DEL MORAL, A., «Del estado absoluto al supranacional e internacionalmente integrado» en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, ISSN 1697-7890, Núm. 18 (Julio-Diciembre de 2012), Instituto Andaluz de Administración Pública, Junta de Andalucía y Departamento de Derecho Constitucional, Universidad de Granada, Granada, 2012, pp. 19-41.
- TORRES ZÚÑIGA, N., «The Image of The Inter-American Court of Human Rights as an Agent of Democratic Transformation: A Tool of Self-Validation» en *Araucaria. Revista Iberoamericana de Filosofía, Política, Humanidades y Relaciones Internacionales*, ISSN 1575-6823, Año 23, Núm. 46 (primer cuatrimestre de 2021), Universidad de Sevilla, Sevilla, 2021, pp. 483-504.
- TUESTA SOLDEVILLA, F., «Peru» en NOHLEN, D. (ed.), *Elections in the Americas. A Data Handbook. Volume II. South America*, Oxford University Press, Oxford, United Kingdom, 2005, ISBN 0-19-928358-3, pp. 445-486.
- TULLY, J., «The Imperialism of Modern Constitutional Democracy» en LOUGHLIN, M. y WALKER, N. (eds.), *The Paradox of Constitutionalism. Constituent Power and Constitutional Form*, Oxford University Press, Oxford, United Kingdom, 2007, ISBN 978-0-19-920496-0, pp. 315-338.
- TZORTZIS, I., «Parallel lives? The Greek and Turkish dictatorships' self-transformation stories» en *Turkish Studies*, ISSN 1468-3849, Vol. 17, No. 2, Routledge, Abingdon, United Kingdom, 2016, pp. 317-335.
- UHARTE POZAS, L. M., «El proceso de democratización paraguayo: avances y resistencias» en *América Latina Hoy*, ISSN 1130-2887, Vol. 60 (Abril 2012), Instituto de Iberoamérica y Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 2012, pp. 17-42.
- «Unconditional Surrender of Japan» en *The American Journal of International Law*, ISSN 0002-9300, Vol. 39, No. 4, Supplement: Official Documents (October 1945), Cambridge University Press, pp. 264-265.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

United Nations Assistance to Constitution-making Processes, Guidance Note of the Secretary-General, United Nations, April 2009, disponible en https://www.un.org/ruleoflaw/files/Guidance_Note_United_Nations_Assistance_to_Constitution-making_Processes_FINAL.pdf (último acceso: 10 de diciembre de 2021).

«U.S. Delegation Minutes of the Meeting between the Western Military Governors and the German Minister Presidents regarding the German Reply to the London Documents (July 26, 1948)» en BERGHAHN, V. y POIGER, U. (eds.), *German History in Documents and Images. Volume 8. Occupation and the Emergence of Two States, 1945-1961*, German Historical Institute, Washington, D.C., s. f., disponible en <http://germanhistorydocs.ghi-dc.org/pdf/eng/Founding%203%20ENG.pdf> (último acceso: 10 de diciembre de 2021).

«U.S., U.K., and France Reach Agreement on All Questions Relating to Germany: Communiqué» en BERGHAHN, V. y POIGER, U. (eds.), *German History in Documents and Images. Volume 8. Occupation and the Emergence of Two States, 1945-1961*, German Historical Institute, Washington, D.C., s. f., disponible en <http://germanhistorydocs.ghi-dc.org/pdf/eng/Founding%204%20ENG.pdf> (último acceso: 10 de diciembre de 2021).

VALADÉS, D., «La Constitución española y el nuevo constitucionalismo euroamericano» en VV.AA., *Congreso Internacional Constitucional. Palacio del Senado, 4 y 5 de octubre de 2018*, Cortes Generales y Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2020, ISBN 978-84-7943-547-9, pp. 149-184.

VAN DER KROEF, J. M., «The Philippines. Day of the Vigilantes» en *Asian Survey*, ISSN 0004-4687, Vol. XXVIII, No. 6 (June 1988), University of California Press, Berkeley, United States of America, 1988, pp. 630-649.

VELASCO CRIADO, D., «Los antecedentes histórico-ideológicos de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre de 1948» en VV.AA., *La Declaración Universal de Derechos Humanos en su cincuenta aniversario. Un estudio interdisciplinar*, Universidad de Deusto, Bilbao, 1999, ISBN 84-7485-586-1, pp. 205-308.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

«Versión consolidada del Tratado de la Unión Europea», *Diario Oficial de la Unión Europea*, Serie C, Número 202, de 7 de junio de 2016, pp. 13-45.

VICIANO PASTOR, R., «La activación política del poder constituyente en España y sus cauces jurídicos» en VV.AA., *Por una asamblea constituyente. Una solución democrática a la crisis*, Ediciones sequitur, Madrid, 2012, ISBN 978-84-95363-18-3, pp. 130-146.

_____, «Las sinergias entre el garantismo constitucional europeo y el nuevo constitucionalismo latinoamericano: la influencia del pensamiento de Luigi Ferrajoli» en *Revista General de Derecho Público Comparado*, ISSN 1988-5091, Núm. 18 (Diciembre 2015), Iustel, 2015, pp. 1-17.

_____, «Mayorías en el proceso constituyente» en GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, I. (ed.), *Decidir por mayoría*, Marcial Pons, Madrid, 2016, ISBN 978-84-9123-075-5, pp. 55-66.

VICIANO PASTOR, R. y MARTÍNEZ DALMAU, R., *Cambio político y proceso constituyente en Venezuela (1998-2000)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, ISBN 84-8442-369-7.

_____, «Los procesos constituyentes latinoamericanos y el nuevo paradigma constitucional» en *IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, ISSN 1870-2147, Vol. 4, Núm. 25 (verano 2010), Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, Puebla, México, 2010, pp. 7-29.

_____, «Una Constituyente sin legitimidad» en *El País*, ISSN 1576-3757, 26 de mayo de 2017, disponible en https://elpais.com/elpais/2017/05/24/opinion/1495650765_391247.html (último acceso: 10 de diciembre de 2021).

Vienna Declaration, Council of Europe Summit, Vienna, 9 October 1993, disponible en <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=0900001680536c83> (último acceso: 10 de diciembre de 2021).

VILJOEN, F., «Human Rights in Africa: Normative, Institutional and Functional Complementarity and Distinctiveness» en *South African Journal of International Affairs*, ISSN 1022-0461, Vol. 18, Issue 2 (August 2011), South African Institute of International Affairs, Braamfontein, South Africa, 2011, pp. 191-216.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

- VILLÁN DURÁN, C., *Curso de Derecho internacional de los derechos humanos* (1ª ed., 1ª reimp.), Editorial Trotta, Madrid, 2006, ISBN 84-8164-558-3.
- VILLEGAS, B. M., «The Philippines in 1986. Democratic Reconstruction in the Post-Marcos Era» en *Asian Survey*, ISSN 0004-4687, Vol. XXVII, No. 2 (February 1987), University of California Press, Berkeley, United States of America, 1987, pp. 194-205.
- VIO GROSSI, E., «Sentencias de la Corte IDH: efectos políticos de sus fallos» en *Diálogo Político*, ISSN 1667-314, Año XXVII, Núm. 4 (Diciembre 2010), Konrad-Adenauer-Stiftung e.V., Buenos Aires, 2010, pp. 111-136.
- VON BOGDANDY, A. y VON BERNSTORFF, J., «The European Union Fundamental Rights Agency within the European and international human rights architecture: the legal framework after the entry into force of the Treaty of Lisbon» en VV.AA., *Definition and development of human rights and popular sovereignty in Europe*, Council of Europe Publishing, Strasbourg, 2011, ISBN 978-92-871-7134-4, pp. 181-206.
- VV.AA., «*El Ladrillo*». *Bases de la Política Económica del Gobierno Militar Chileno*, Centro de Estudios Públicos, Santiago de Chile, 1992, disponible en http://www.cepchile.cl/cep/site/artic/20160812/asocfile/20160812124819/libro_ella_drillo_cep.pdf (último acceso: 10 de diciembre de 2021).
- WALKER, N., «Post-Constituent Constitutionalism? The Case of the European Union» en LOUGHLIN, M. y WALKER, N. (eds.), *The Paradox of Constitutionalism. Constituent Power and Constitutional Form*, Oxford University Press, Oxford, United Kingdom, 2007, ISBN 978-0-19-920496-0, pp. 247-267.
- WALL, I. M., «The United States, Algeria, and the fall of the Fourth French Republic» en *Diplomatic History*, ISSN 0145-2096, Vol. 18, Issue 4 (October 1994), Oxford University Press, Oxford, United Kingdom, 1994, pp. 489-511.
- WALL, I. R., *Human Rights and Constituent Power. Without Model or Warranty*, Routledge, Abingdon, United Kingdom, 2012, ISBN 978-0-415-58497-5.
- WALTZ, S., «Universalizing Human Rights: The Role of Small States in the Construction of the Universal Declaration of Human Rights» en BARRETO, J.-M.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

- (ed.), *Human Rights from a Third World Perspective. Critique, History and International Law*, Cambridge Scholars Publisher, Newcastle upon Tyne, United Kingdom, 2013, ISBN 978-1-4438-4058-3, pp. 353-387.
- WEITZ, E. D., *Creating German Communism, 1890-1990. From Popular Protests to Socialist State*, Princeton University Press, Princeton, United States of America, 1997, ISBN 978-0-691-02682-4.
- WELP, Y., «Transitions from Above: The Constitution-Making Process and the Consolidation of Democracy. The Cases of Spain, Brazil and Poland» en WHEATLEY, J. y MENDEZ, F., *Patterns of Constitutional Design. The Role of Citizens and Elites in Constitution-Making*, Ashgate Publishing Limited, Farnham, United Kingdom, 2013, ISBN 978-1-409-46088-6, pp. 87-102.
- WHEATLEY, S., «On the legitimate authority of international human rights bodies» en FØLLESDAL, A., SCHAFFER, J. K. y ULFSTEIN, G. (eds.), *The Legitimacy of International Human Rights Regimes. Legal, Political and Philosophical Perspectives*, Cambridge University Press, Cambridge, United Kingdom, 2014, ISBN 978-1-107-03460-0, pp. 84-116.
- WHITEHEAD, L., «Reforms: Mexico and Colombia» en GARRETÓN MERINO, M. A. y NEWMAN, E. (eds.), *Democracy in Latin America. (Re)constructing political society*, United Nations University Press, New York, 2001, ISBN 92-808-1068-5, pp. 66-98.
- WILLIAMS, D., «Nepali Constitution-Making After the Revolution» en *Constellations*, ISSN 1351-0487, Vol. 22, Issue 2 (June 2015), Wiley-Blackwell, Oxford, United Kingdom, 2015, pp. 246-254.
- WILLIAMS, P., «How the Fourth Republic Died: Sources for the Revolution of May 1958» en *French Historical Studies*, Vol. 3, Issue 1 (Spring 1963), Society for French Historical Studies, 1963, pp. 1-40.
- WILLIFORD, B., «Buen Vivir as Policy: Challenging Neoliberalism or Consolidating State Power in Ecuador» en *Journal of World-Systems Research*, ISSN 1076-156X, Vol. 24, Issue 1, University Library System, University of Pittsburgh, Pittsburgh, United States of America, 2018, pp. 96-122.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

- WOLFF, J., «New Constitutions and the Transformation of Democracy in Bolivia and Ecuador» en NOLTE, D. y SCHILLING-VACAFLOR, A. (eds.), *New Constitutionalism in Latin America. Promises and Practices*, Ashgate Publishing Limited, Farnham, United Kingdom, 2012, ISBN 978-1-4094-3498-6, pp. 183-202.
- WOLKMER, A. C., *Ideologia, Estado e direito* (4ª ed.), Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2003, ISBN 85-203-2420-7.
- _____, «Novos Pressupostos para a Temática dos Direitos Humanos» en SÁNCHEZ RUBIO, D., HERRERA FLORES, J. y DE CARVALHO, S. (orgs.), *Direitos Humanos e Globalização. Fundamentos e Possibilidades desde a Teoria Crítica* (2ª ed.), EDIPUCRS, Porto Alegre, Brasil, 2010, ISBN 978-85-7430-946-0, pp. 13-29.
- _____, (trad. por SÁNCHEZ RUBIO, D.), *Pluralismo jurídico. Fundamentos de una nueva cultura del Derecho* (2ª ed.), Editorial Dykinson, Madrid, 2018, ISBN 978-84-9148-611-4.
- _____, (trad. por ROSILLO MARTÍNEZ, A.), *Teoría crítica del Derecho desde América Latina*, Ediciones Akal México, Ciudad de México, 2017, ISBN 978-607-97537-6-4.
- WOLKMER, A. C. y WOLKMER, M. DE F. S., «Pluralismo Jurídico y Constitucionalismo Emancipador desde el Sur» en SANTOS, B. DE S. y CUNHA, T. (eds.), *Actas. Colóquio Internacional Epistemologias do Sul: aprendizagens globais Sul-Sul, Sul-Norte e Norte-Sul. Volume 2. Constitucionalismo Transformador, interculturalidade e reforma do Estado*, Centro de Estudos Sociais – Laboratório Associado, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2015, ISBN 978-989-95840-5-1, pp. 31-49.
- WORDEN, N., *The Making of Modern South Africa. Conquest, Apartheid, Democracy* (5th ed.), John Wiley & Sons, Chichester, United Kingdom, 2012, ISBN 978-0-470-65633-4.
- WOUTERS, J. y RYNGAERT, C., «Impact on the Process of the Formation of Customary International Law» en KAMMINGA, M. T. y SCHEININ, M. (eds.), *The Impact of Human Rights Law on General International Law*, Oxford University Press, Oxford, United Kingdom, 2009, ISBN 978-0-19-956522-1, pp. 111-131.

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS

- WRIGHT, E. O. (trad. por COTARELO, R.), *Comprender las clases sociales*, Ediciones Akal, Tres Cantos, 2018, ISBN 978-84-460-4560-1.
- YACK, B., «Popular Sovereignty and Nationalism» en *Political Theory*, ISSN 0090-5917, Vol. 29, No. 4 (August 2001), Sage Publications, Thousand Oaks, United States of America, 2001, pp. 517-536.
- Yearbook of the United Nations 1946-47*, Department of Public Information, United Nations, Lake Success, United States of America, 1947.
- ZAGREBELSKY, G. (trad. por MARTÍNEZ NEIRA, M.), *Principios y votos. El Tribunal Constitucional y la política*, Editorial Trotta, Madrid, 2008, ISBN 978-84-9879-001-6.
- ZALAQUETT, J., «Derechos humanos y limitaciones políticas en las transiciones democráticas del Cono Sur» en *Revista IIDH*, ISSN 1015-5074, Núm. 14 (Julio-Diciembre 1991), Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 1991, pp. 91-136.
- ZICCARDI CAPALDO, G., *The Pillars of Global Law*, Ashgate Publishing Limited, Aldershot, United Kingdom, 2008, ISBN 978-0-7546-7345-3.
- ŽIŽEK, S., «Contra los Derechos Humanos» en *New Left Review*, ISSN 1575-9776, Vol. 34 (Septiembre-Octubre 2005), Ediciones Akal, Tres Cantos, 2005, pp. 85-99.
- ZOLO, D., «Libertad, propiedad e igualdad en la teoría de los “derechos fundamentales”. A propósito de un ensayo de Luigi Ferrajoli» en FERRAJOLI, L. (ed. por DE CABO DE LA VEGA, A. y PISARELLO PRADOS, G.; trad. por ANDRÉS IBÁÑEZ, P., DE CABO DE LA VEGA, A., CARBONELL, M., CÓRDOVA, L., CRIADO DE DIEGO, M. y PISARELLO PRADOS, G.), *Los fundamentos de los derechos fundamentales* (4ª ed.), Editorial Trotta, Madrid, 2009, ISBN 978-84-9879-494-6, pp. 75-104.
- ZÚÑIGA URBINA, F., «Nueva Constitución y Asamblea Constituyente en Chile» en *Revista de Derecho Político*, ISSN 2174-5625, Núm. 91 (Septiembre-Diciembre 2014), Departamento de Derecho Constitucional, Facultad de Derecho, UNED, Madrid, 2014, pp. 341-357.