

LÍMITES INTERNACIONALES AL PODER CONSTITUYENTE (*)

LUIS MARÍA DÍEZ-PICAZO

I. INTRODUCCIÓN.—II. FUNDAMENTO DE LOS LÍMITES INTERNACIONALES AL PODER CONSTITUYENTE.—III. CONTENIDO MATERIAL DE LOS LÍMITES INTERNACIONALES AL PODER CONSTITUYENTE: 1) *Derechos humanos*. 2) *Otras materias*. 3) *¿Impone el derecho internacional la obligación de adoptar un régimen democrático?*—IV. FUERZA OBLIGATORIA DE LOS LÍMITES INTERNACIONALES AL PODER CONSTITUYENTE.—V. REFERENCIA AL *SOFT LAW* Y A LA COOPERACIÓN CONSTITUCIONAL INTERNACIONAL.

*Populi sunt de iure gentium,
ergo regimen populi est de iure gentium.*

BALDUS DE UBALDIS

I. INTRODUCCIÓN

¿Impone límites el derecho internacional al poder constituyente de los Estados? El mero planteamiento de esta cuestión choca con la concepción clásica del poder constituyente como un poder originario, en el sentido de que no deriva de ningún otro poder jurídico preexistente. Suele decirse que el poder constituyente, a diferencia de los poderes constituidos (legislativo, ejecutivo, etc.), es un poder prejurídico y, por ello mismo, ilimitado (1). Ni que decir tiene que esta concepción clásica del poder constituyente, que tiene sus

(*) Este escrito aparecerá también en *Mélanges à la mémoire de Louis Favoreu*. Estoy en deuda con mis colegas Alejandro Saiz Arnaiz y Carlos Closa Montero, sin cuyas generosas e inteligentes indicaciones no habría podido redactar este trabajo.

(1) Véase, por todos, P. DE VEGA GARCÍA: *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, Tecnos, Madrid, 1985, págs. 24 y sigs.

orígenes en el proceso revolucionario de 1789, es una clara manifestación de imperativismo; esto es, presupone que las constituciones son fruto únicamente de un acto de voluntad. Establecer normas constitucionales sería, siempre para dicha concepción clásica del poder constituyente, una decisión soberana en sentido propio.

Y, sin embargo, la concepción clásica del poder constituyente como un poder prejurídico e ilimitado presenta aspectos poco convincentes. De entrada, nunca ha servido para explicar satisfactoriamente la creación de constituciones federales. A ello hay que añadir que no tiene en cuenta la importancia, a veces crucial, de las normas provisionales que regulan los procesos de elaboración de constituciones. Baste un ejemplo: según las normas acordadas entre los diversos partidos por las que había de regirse, tras el fin del *apartheid*, la transición a la democracia en la República de Sudáfrica, el nuevo texto constitucional que se elaborase tendría que ser sometido a examen previo de la Corte Constitucional y, sólo una vez que ésta hubiese dado su «certificación», podría entrar en vigor (2). Es obvio que experiencias de esta índole encajan mal en la concepción clásica del poder constituyente.

Lejos de gozar de un apoyo unánime, dicha concepción clásica del poder constituyente ha tenido siempre sus críticos. Existe toda una tradición de estudios sobre posibles límites al poder constituyente, que de un modo u otro polemiza con la noción de un poder prejurídico e ilimitado (3). Esta tradición está, en gran medida, marcada por la búsqueda de barreras frente a eventuales revisiones constitucionales de signo autoritario, como lo demuestran los pioneros trabajos *Grenzen der Verfassungsgesetzgebung* de Walter Jellinek y *Droit international et droit constitutionnel* de Boris Mirikine-Guetzevich, publicados ambos en 1931.

Pues bien, lo que interesa destacar ahora es que, a diferencia de las controversias existentes sobre otros posibles límites al poder constituyente (imposibilidad de abrogar las normas sobre revisión constitucional, interdicción del fraude a la constitución, etc.), parece haber un cierto consenso acerca de los

(2) Véase N. DORSEN y otros: *Comparative Constitutionalism (Cases and Materials)*, Thomson/West, St. Paul (Minn.), 2003, págs. 82 y sigs. Un análisis más general sobre la regulación interna de los procesos constituyentes puede hallarse en J. ELSTER: «Lo studio dei processi costituenti: uno schema generale», en G. ZAGREBELSKY, P. P. PORTINARO y J. LUTHER (eds.): *Il futuro della costituzione*, Einaudi, Turín, 1996, págs. 209 y sigs.

(3) Una sistematización de las distintas posiciones críticas de la concepción clásica del poder constituyente se encuentra en la segunda parte del conocido libro de C. KLEIN: *Théorie et pratique du pouvoir constituant*, PUF, París, 1996, págs. 123 y sigs.

límites impuestos por el derecho internacional. Así, por ejemplo, en un conocido escrito sobre el concepto de supraconstitucionalidad, Louis Favoreu decía: «jusqu'à l'après-guerre, on ne pouvait mettre dans la supraconstitutionnalité que du droit naturel, voir surnaturel; tandis que depuis les années cinquante, et de plus en plus, on peut y mettre des normes de droit positif tirées du droit international ou du droit communautaire et européen et que l'on peut dénommer —faute de mieux— des normes internationales ou supranationales supraconstitutionnelles» (4). Y es muy significativo que Georges Vedel, enemigo declarado del concepto de supraconstitucionalidad, aceptara que el poder constituyente puede estar limitado por el derecho internacional: «il n'y a pas, à nos yeux, d'objection véritable à ce que certaines règles de droit international soient supérieures à la Constitution nationale» (5). En el mismo sentido se pronuncian otros autores que se han ocupado de límites al poder constituyente (6).

Ocurre, sin embargo, que el discurso suele terminar en este punto: se acepta que el derecho internacional puede imponer límites al poder constituyente de los Estados, pero no se analiza el alcance de esta afirmación (7). Este es precisamente el tema de las páginas que siguen, donde se examinarán sucesivamente el fundamento de los límites internacionales al poder constituyente, el contenido material de dichos límites, y la fuerza obligatoria de los mismos. Para finalizar, se hará una breve referencia a las formas no vinculantes de cooperación constitucional internacional.

La creciente incidencia del derecho internacional sobre la vida jurídica interna de los países resulta evidente en la era de la globalización, por lo que

(4) L. FAVOREU: «Souveraineté et supraconstitutionnalité», en *Pouvoirs*, núm. 67, 1993, pág. 74.

(5) G. VEDEL: «Souveraineté et supraconstitutionnalité», en *Pouvoirs*, núm. 67, 1993, pág. 80. Es cierto, sin embargo, que no es del todo claro si este autor se refiere sólo a aquellas normas de derecho internacional a las que expresamente se remite la constitución o, por el contrario, a todas aquéllas que vinculan al Estado.

(6) Así, por ejemplo, E. W. BÖCKENFÖRDE: «Il potere costituente del popolo: un concetto limite del diritto costituzionale», en G. ZAGREBELSKY, P. P. PORTINARO y J. LUTHER (eds.): *Il futuro della costituzione*, Einaudi, Turín, 1996, págs. 231 y sigs. Véanse asimismo J. L. REQUEJO PAGÉS: *Las normas preconstitucionales y el mito del poder constituyente*, CEPC, Madrid, 1998, págs. 61 y sigs., y B. ALAEZ CORRAL: *Los límites materiales a la reforma de la Constitución española de 1978*, CEPC, Madrid, 2000, págs. 339 y sigs.

(7) La principal excepción viene dada por el exhaustivo estudio de M. F. RIGAUX: *La théorie des limites matérielles à l'exercice de la fonction constituante*, Larcier, Bruselas, 1985. Véase también D. MAUS: «The Influence of Contemporary International Law on the Exercise of Constituent Power», en A. JYRÄNKI (ed.): *National Constitutions in the Era of Integration*, Kluwer, La Haya/Londres/Boston, 1999, págs. 45 y sigs.

no es necesario extenderse sobre la importancia práctica del tema (8). Conviene, en cambio, hacer una aclaración: lo que aquí se analiza son los límites internacionales al poder constituyente ejercido por los Estados, no un problema próximo pero diferente como es el de los procesos constituyentes bajo impulso y supervisión internacional. Ello tiene lugar a veces allí donde la autoridad estatal ha desaparecido. Un ejemplo reciente puede ser el Alto Representante para Bosnia-Herzegovina, previsto por el Acuerdo de Paz de Dayton de 14 de diciembre de 1995, entre cuyas facultades para la reconstrucción del país está la de acordar por su propia autoridad modificaciones constitucionales, lo que ha hecho en varias ocasiones. Aquí la cuestión no es cómo el derecho internacional incide sobre el derecho constitucional sino, más bien, cuáles son las condiciones para una actuación de ese tipo dentro del propio derecho internacional.

II. FUNDAMENTO DE LOS LÍMITES INTERNACIONALES AL PODER CONSTITUYENTE

Es bien sabido que, según el derecho internacional, los Estados son libres de dotarse de la estructura político-administrativa que estimen más conveniente. Ello significa que las interferencias en este ámbito de decisión por parte de terceros Estados o de otros sujetos de la comunidad internacional son, en principio, ilícitas. Ello es consecuencia del principio de no intervención en los asuntos internos de los Estados, proclamado solemnemente por el apartado séptimo del art. 2 de la Carta de las Naciones Unidas: «Ninguna disposición de esta Carta autorizará a las Naciones Unidas a intervenir en los asuntos que son esencialmente de la jurisdicción interna de los Estados, ni obligará a los Miembros a someter dichos asuntos a procedimientos de arreglo conforme a la presente Carta; pero este principio no se opone a la aplicación de las medidas coercitivas prescritas en el Capítulo VII». Y la Resolución 2625 (XXV), aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 24 de octubre de 1970, desarrolla dicho principio en los siguientes términos: «Ningún Estado o grupo de Estados tiene derecho a intervenir directa o indirectamente, y sea cual fuere el motivo, en los asuntos internos o externos de ningún otro. Por lo tanto, no solamente la intervención armada, sino también cualquier otra forma de injerencia o de amenaza atentatoria de la personalidad del Estado, o de los

(8) Véase S. CASSESE: *Lo spazio giuridico globale*, Laterza, Roma/Bari, 2003, págs. 3 y sigs., y 139 y sigs.

elementos políticos, económicos y culturales que los constituyen, son violaciones del derecho internacional». Es claro, en suma, que el establecimiento de la propia estructura político-administrativa corresponde, de manera exclusiva, a cada Estado (9).

¿Significa esto que el ejercicio del poder constituyente —tanto originario, como derivado o poder de revisión constitucional— no puede quedar sometido a límite alguno de derecho internacional? La respuesta ha de ser negativa, por dos órdenes de razones.

Por un lado, es muy importante observar que lo que garantiza el mencionado principio de no intervención es precisamente la no injerencia de terceros en asuntos que se reputan de la jurisdicción exclusiva de cada Estado; pero no garantiza la absoluta libertad de decisión de los Estados en ese ámbito. Una cosa es tener derecho a decidir sin interferencias ni condicionamientos de terceros —es decir, a ser uno mismo quien decide— y otra cosa distinta es tener derecho a decidir *ad libitum* o sin sometimiento a norma alguna. Por lo que aquí específicamente interesa, es innegable que el principio de no intervención otorga a los Estados un derecho de autonomía constitucional, en el sentido de que no es admisible que sean otros quienes impongan a un Estado las normas constitucionales por las que ha de regirse. Dista de ser evidente, en cambio, que el principio de no intervención suponga una especie de carta blanca, en virtud de la cual cualquier norma constitucional imaginable haya de considerarse permitida por el derecho internacional. En otras palabras, el principio de no intervención no puede entenderse como una absoluta indiferencia del derecho internacional hacia las normas constitucionales adoptadas por los Estados.

Por otro lado, la fórmula «asuntos que son esencialmente de la jurisdicción interna de los Estados», que delimita el alcance del principio de no intervención, no se refiere a un ámbito fijado de una vez para siempre, sino que es claramente evolutiva. La extensión de la jurisdicción exclusiva de los Estados varía a lo largo del tiempo (10). Por poner un ejemplo especialmente relevante para el tema aquí examinado, hasta la Segunda Guerra Mundial el modo en que un Estado trataba a sus propios nacionales era visto como un asunto básicamente interno, sobre el que el derecho internacional tenía poco que decir; pero los últimos sesenta años han conocido un espectacular desarrollo de la protección internacional de los derechos humanos, por lo que ya no cabe decir que al derecho internacional le resulten indiferentes determinados comportamientos estatales.

(9) Véase, por todos, P. M. DUPUY: *Droit international public*, 5.^a ed., Dalloz, París, págs. 98 y sigs.

(10) Véase P. M. DUPUY: *Op. cit.*, págs. 127-128.

Recapitulando, puede afirmarse que los Estados no dejan de estar sometidos al derecho internacional cuando aprueban o modifican sus propias normas constitucionales. Ocurre, sin embargo, que no todas las fuentes del derecho internacional inciden por igual sobre el ejercicio del poder constituyente de los Estados.

Las cosas están bastante claras por lo que se refiere al derecho internacional convencional. El Convenio de Viena sobre Derecho de los Tratados de 23 de mayo de 1969, que en gran medida codifica el preexistente derecho consuetudinario en la materia, aborda expresamente el problema de las colisiones entre tratados internacionales y normas constitucionales nacionales. En efecto, el art. 27 del Convenio de Viena dispone: «Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46». Y el art. 46 del Convenio de Viena establece: «El hecho de que el consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado haya sido manifestado en violación de una disposición de su derecho interno concerniente a la competencia para celebrar tratados no podrá ser alegado por dicho Estado como vicio de su consentimiento, a menos que esa violación sea manifiesta y afecte a una norma de importancia fundamental de su derecho interno» (11). La regla general, por tanto, es que no cabe invocar las propias normas constitucionales para justificar el incumplimiento de obligaciones convencionales. Obsérvese que ello comprende tanto las normas constitucionales anteriores a la conclusión del tratado internacional, como eventualmente las normas constitucionales que se adopten con posterioridad: la adopción de una nueva norma constitucional no justifica el incumplimiento de un tratado internacional en vigor. En cuanto a la excepción recogida en el art. 46, hay que destacar tres extremos: primero, el art. 46 sólo contempla, por definición, normas constitucionales anteriores a la conclusión del tratado internacional, por lo que nunca puede dar cobertura a incumplimientos derivados de una ulterior revisión constitucional; segundo, el art. 46 se refiere únicamente a la conclusión de un tratado internacional en violación de las normas constitucionales relativas a «la competencia para celebrar tratados», no a la violación de cualesquiera otras normas constitucionales del Estado contratante; tercero, el art. 46 exige, además, que la violación del orden competencial interno sea «de importancia fundamental», además de manifiesta, lo que excluye infracciones constitucionales de escasa gravedad.

(11) El art. 46 del Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados tiene un segundo apartado, que dispone: «Una violación es manifiesta si resulta objetivamente evidente para cualquier Estado que proceda en la materia conforme a la práctica usual y de buena fe».

Que los tratados internacionales puedan establecer límites al poder constituyente no plantea, en definitiva, especiales dificultades. Se trata de obligaciones voluntariamente aceptadas por los Estados. Además, son normalmente susceptibles de terminación. Este punto es importante, pues significa que los tratados internacionales en vigor no suponen un obstáculo insuperable para la adopción de normas constitucionales que se reputen de importancia mayor al mantenimiento de aquéllos (12). Los tratados internacionales son, así, la principal fuente de derecho internacional de la que surgen límites al poder constituyente de los Estados. Ello es particularmente intenso y frecuente en materia de derechos humanos; pero, como se verá, límites de origen convencional al poder constituyente también se dan en otras materias. Conviene observar, por lo demás, que cuanto se ha dicho sobre el derecho internacional convencional vale también, en principio, para los actos de organizaciones internacionales; y ello porque éstos traen causa del correspondiente acuerdo institutivo, es decir, son derecho derivado de un tratado internacional (13).

Con respecto al derecho internacional general, las cosas son menos lineales. Que el derecho internacional general esté formado por normas a las que el Estado no ha dado necesariamente su consentimiento no excluye la plena vinculación de aquél, lo que por supuesto se refiere también al ejercicio del poder constituyente. Ocurre, sin embargo, que es difícil identificar límites al poder constituyente procedentes del derecho internacional general. El más fácilmente concebible es el principio *pacta sunt servanda*: una hipotética norma constitucional que dijera que ese Estado no está en absoluto vinculado por los tratados internacionales concluidos sería sin duda contraria al derecho internacional general. Y lo mismo ocurriría con una hipotética norma constitucional que declarara desvinculado al Estado del propio derecho internacional general, o de alguna de sus normas (14).

Pero más allá de estas hipótesis, prevalentemente académicas, el problema debatido en la práctica es si del derecho internacional general se desprende alguna obligación de respeto por los derechos humanos. Más en particular, se discute si el respeto por los derechos humanos constituye una obligación *erga omnes*. Hoy en día se admite que los Estados tienen ciertas obligaciones hacia la comunidad internacional en su conjunto, para la salvaguardia de importantes intereses colectivos. Estos son también protegidos mediante el *ius cogens*, explícitamente consagrado en el art. 53 del Conve-

(12) Subraya este punto M. F. RIGAUX: *Op. cit.*, pág. 287.

(13) Véase P. M. DUPUY: *Op. cit.*, págs. 179 y sigs.

(14) Estos ejemplos me han sido sugeridos por el Prof. Alejandro Saiz Arnaiz.

nio de Viena sobre el Derecho de los Tratados, según el cual una norma imperativa de derecho internacional general es aquella «aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter». Pues bien, como ejemplos indiscutidos de obligaciones *erga omnes* — y de *ius cogens*— suelen citarse las prohibiciones del genocidio, la esclavitud y la discriminación racial. Es verdad que, en un famoso *obiter dictum* de la sentencia *Barcelona Traction* de 5 de febrero de 1970, la Corte Internacional de Justicia incluyó en esta categoría también los «derechos básicos de la persona humana»; pero, aun habiendo habido ocasiones para ello desde entonces, la Corte no ha desarrollado más esta idea (15). Es dudoso, por tanto, que en el estado actual del derecho internacional pueda afirmarse que el respeto por los derechos humanos en su conjunto sea una obligación *erga omnes*.

En íntima relación con lo anterior se halla la cuestión de la fuerza vinculante de la Declaración Universal de Derechos Humanos. Este documento podría tener títulos para aspirar a la consideración de fuente de obligaciones *erga omnes*: es universal, como debe ser cualquier norma de derecho internacional general; y, a diferencia de los Pactos de 1966, no es un tratado internacional. La Declaración, en efecto, fue aprobada por resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 10 de diciembre de 1948. Ello la hace, de alguna manera, obligatoria para los miembros de las Naciones Unidas. Pero no todos los Estados existentes son miembros de las Naciones Unidas ni, por supuesto, existe obligación alguna de adhesión a dicha organización universal. A ello hay que añadir que la Declaración carece de órganos propios de aplicación, por lo que no hay una jurisprudencia que aclare y concrete su significado. A la vista de todas estas circunstancias, aunque existen no pocos defensores de la consideración de la Declaración como fuente de obligaciones *erga omnes*, la cuestión sigue estando abierta (16).

(15) Un amplio análisis de esta cuestión se halla en J. A. CARRILLO SALCEDO: *Soberanía de los Estados y derechos humanos en el derecho internacional contemporáneo*, 2.^a ed., Tecnos, Madrid, 2001, págs. 141 y sigs.

(16) Un claro examen de la naturaleza de la Declaración Universal de Derechos Humanos se encuentra en TH. BUERGENTHAL: *International Human Rights*, West Publishing Co., St. Paul (Minn.), 1988, págs. 29 y sigs.

III. CONTENIDO MATERIAL DE LOS LÍMITES INTERNACIONALES AL PODER CONSTITUYENTE

1. *Derechos humanos*

Los límites internacionales más intensos y frecuentes al poder constituyente vienen dados, como se ha dejado apuntado, por los tratados internacionales sobre derechos humanos, que han conocido un extraordinario desarrollo en los últimos sesenta años. El elenco de los principales tratados internacionales sobre derechos humanos es sobradamente conocido, por lo que no vale la pena detenerse en ello. Se trata tanto de tratados con vocación universal, normalmente elaborados bajo los auspicios de las Naciones Unidas, como de tratados de ámbito regional. La efectividad de estos últimos ha sido, sin duda alguna, mucho mayor que la de los tratados con vocación universal. Baste pensar en el Convenio Europeo de Derechos Humanos de 4 de noviembre de 1950 y en el Convenio Interamericano de Derechos Humanos de 7 de abril de 1970, que han ejercido una notable influencia en la evolución jurídica y política de los Estados signatarios. Ello se debe principalmente a que fueron provistos de órganos jurisdiccionales habilitados para conocer de recursos interpuestos por particulares, lo que en su día constituyó una innovación radical con respecto a los medios tradicionales de aplicación del derecho internacional.

La tendencia a la regionalización —y, en alguna medida, también a la especialización— de los tratados internacionales sobre derechos humanos no deja de presentar cierta ambigüedad: ¿es una prueba del éxito logrado por el derecho internacional en este campo o, más bien, de la ausencia de valores universalmente compartidos? (17). Esto conduce a la célebre controversia sobre la universalidad de los derechos humanos, que excede del objeto de este trabajo. Aun así, no es impertinente hacer tres breves observaciones al respecto. En primer lugar, que la idea de derechos humanos haya surgido dentro de la cultura jurídico-política occidental no implica, por sí solo, que deba negársele validez con respecto a sociedades ajenas a dicha tradición cultural. Para llegar a esta conclusión, es preciso partir de un postulado de relativismo moral, es decir, sostener que lo que es bueno y justo depende de las pautas sociales imperantes en cada sociedad. En segundo lugar, en la medida en que no se esté dispuesto a afirmar que toda desviación de las pautas sociales esta-

(17) Véase E. DENNINGER: *Diritti dell'uomo e Legge Fondamentale*, Giappichelli, Turín, 1998, págs. 51 y sigs.

blecidas es inmoral, hay que admitir un cierto grado de universalidad de los derechos humanos. Esto resulta muy claro si se considera que los derechos humanos alcanzan su sentido más profundo precisamente en la defensa de marginados y disidentes, ya que las personas que siguen comportamientos socialmente normales suelen tener menos necesidad de invocar sus derechos. En tercer y último lugar, es importante ser conscientes de que afirmar la universalidad de los derechos humanos no equivale a postular una absoluta uniformidad normativa y jurisprudencial, sino que en la medida en que se respete el núcleo común de valores indisponibles —la Declaración Universal probablemente sigue siendo el mejor indicador a este respecto— son admisibles modulaciones según las características y necesidades de cada sociedad. Ello resulta particularmente claro en aquellos casos en que no existe un acuerdo moral básico. Por ejemplo, en la sentencia *Pretty c. Reino Unido* de 29 de abril de 2002, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos afirmó que la ley británica que sanciona penalmente el auxilio al suicidio solicitado por un enfermo terminal no vulneraba la prohibición de tortura ni el derecho a la vida privada; pero un asunto similar había sido resuelto en sentido contrario en Canadá. Sería muy difícil afirmar, sin dejarse llevar de las meras inclinaciones personales, que una u otra de estas dos sentencias estaba radicalmente equivocada.

Hay otro aspecto de la citada tendencia a la regionalización sobre el que vale la pena llamar la atención: son los tratados internacionales sobre derechos humanos de ámbito regional, mucho más que los de vocación universal, los que operan como canon de legitimación de los Estados. El caso del Convenio Europeo de Derechos Humanos es elocuente, pues la admisión al mismo ha venido siendo vista en el espacio europeo como la certificación de respetabilidad democrática de los países, especialmente a la salida de experiencias dictatoriales. Algo similar puede decirse probablemente del Convenio Interamericano de Derechos Humanos. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, además, ha construido un formidable cuerpo jurisprudencial que especifica el significado y alcance de los derechos declarados en el Convenio. Ello significa que cada uno de esos derechos posee un contenido necesario y común a escala continental, frente al cual no cabe oponer peculiaridades constitucionales nacionales. En los países que pertenecen al Convenio Europeo de Derechos Humanos, las normas constitucionales sobre derechos fundamentales sólo pueden operar autónomamente en aquellos sectores que no han sido aún tocados por la jurisprudencia de Estrasburgo. El derecho de los derechos humanos aplicable en cada país resulta ser, así, una peculiar combinación de las propias normas constitucionales y elaboraciones jurisprudenciales con la mencionada jurisprudencia de Estrasburgo. Todo ello conduce a una notable uniformidad

del derecho de los derechos humanos a lo largo y ancho de Europa y, por consiguiente, a un importante límite a las opciones del poder constituyente de los Estados en la materia.

Tendencia a la regionalización no equivale, sin embargo, a tendencia a la creación de compartimentos estancos. Tratándose de derechos humanos, siempre ha habido una importante comunicación entre ordenamientos distintos y espacios geográficos distantes. Lo que puede denominarse el «argumento comparado» es muy frecuente en esta materia, no sólo entre los juristas académicos sino también entre los jueces (18). Esto, dicho sea incidentalmente, no deja de ser un dato relevante en la controversia sobre la universalidad de los derechos humanos. La apertura a la experiencia foránea ha alcanzado últimamente incluso a países como Estados Unidos que, tal vez por haber sido pioneros en la protección jurisdiccional de los derechos, se caracterizaban por una arraigada tradición de introspección y autosuficiencia. En 2003, con la ya célebre sentencia *Lawrence v. Texas* (539 U.S. 18), el Tribunal Supremo norteamericano ha tomado expresamente en consideración por primera vez argumentaciones provenientes de un tribunal extranjero, que en ese caso era el Tribunal Europeo de Derechos Humanos a propósito de la pena de muerte. Este uso del argumento comparado, luego repetido en más de una ocasión, ha dado lugar a un importante debate en los Estados Unidos sobre la legitimidad de este método de interpretación y, más en general, sobre los problemas inherentes al llamado *constitutional borrowing* (19).

2. Otras materias

Mientras que en materia de derechos humanos los límites internacionales al poder constituyente son frecuentes e intensos, hasta el punto de que en Europa son incluso sistemáticos, en otras materias aparecen sólo esporádicamente. La mejor prueba de ello es que, a diferencia del alto grado de uniformidad alcanzado por el derecho de los derechos humanos, en otros sectores del derecho constitucional sigue imperando una notable diversidad (20). Esto

(18) Ha insistido en la creciente importancia de este argumento P. HÄBERLE: «Derecho constitucional común europeo», en A. E. PÉREZ LUÑO (ed.): *Derechos humanos y constitucionalismo ante el tercer milenio*, Marcial Pons, Madrid, 1996.

(19) Véanse, como muestra, los distintos trabajos recogidos en el número de la revista *International Journal of Constitutional Law* correspondiente a abril de 2003, así como el artículo de R. DWORKIN: «Judge Roberts on Trial», en *The New York Review of Books* de 20 de octubre de 2005.

(20) La necesidad de llegar a un alto grado de abstracción para hallar principios comunes en materia de organización constitucional queda patente leyendo el volumen de A. PIZZORUSSO: *Il patrimonio costituzionale europeo*, Il Mulino, Bolonia, 2002, págs. 123 y sigs.

ocurre incluso dentro de una zona tan integrada como la Unión Europea. Piénsese que, para ser miembro de la misma, los arts. 6 y 49 del Tratado de la Unión Europea sólo exigen la observancia de «los principios de libertad, democracia, respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales y el Estado de Derecho». Ello no prejuzga ni condiciona muchas opciones constitucionales de crucial importancia: constitución escrita o constitución consuetudinaria, monarquía o república, presidencialismo o parlamentarismo, sistema electoral mayoritario o sistema electoral proporcional, control de constitucionalidad de las leyes o supremacía del legislador, unidad jurisdiccional o dualidad de jurisdicciones (ordinaria y administrativa), centralización o descentralización, etc.

Dicho esto, aun siendo esporádicos, existen no pocos ejemplos de límites internacionales al poder constituyente en materias distintas de los derechos humanos. Se trata siempre de límites de origen convencional. Para una mejor comprensión de los mismos, cabe agruparlos en tres categorías.

En primer lugar, están aquellos tratados internacionales que limitan las opciones constitucionales de uno o varios Estados para resolver un problema concreto. Marie-Françoise Rigaux ha mostrado que este tipo de límites internacionales tiene una larga tradición. Dejando de lado los peculiares tratados relativos a los llamados «micro-Estados» o a instituciones obsoletas como los protectorados, esta autora cita algunos ejemplos interesantes, tales como la prohibición de restaurar la monarquía de los Habsburgo que pesaba sobre Hungría en virtud del Tratado de Trianon de 4 de junio de 1920, o la neutralidad permanente de Austria requerida por el Memorándum de Moscú de 15 de abril de 1955 (21). No se trata, por lo demás, de simples curiosidades históricas. Es útil recordar que, más recientemente, la reunificación alemana se llevó a cabo mediante dos tratados internacionales: el primero es el Tratado para la plena restitución de la soberanía a Alemania de 12 de septiembre de 1990, resultado de las llamadas «conversaciones cuatro más dos» entre las antiguas potencias de ocupación y los dos Estados alemanes; el segundo es el Tratado de Unificación de 3 de octubre de 1990, concluido entre los dos preexistentes Estados alemanes. Es verdad que este segundo acuerdo ha quedado, en cierto modo, superado por la posterior absorción de los antiguos territorios orientales dentro de la República Federal de Alemania, mediante una revisión del antiguo art. 23 de la Ley Fundamental que añadió los nombres de aquéllos a la lista de territorios que componen la federación. Ello ha quedado también reflejado en una nueva redacción del preámbulo de la propia Ley Fundamen-

(21) Véase M. F. RIGAUX: *Op. cit.*, págs. 157 y sigs.

tal. El hecho de que la reunificación terminara realizándose mediante absorción —no mediante la aprobación de una nueva constitución aprobada por todo el pueblo alemán, tal como preveía el antiguo art. 146 de la Ley Fundamental— implica la desaparición de una de las dos partes signatarias del Tratado de Unificación, por lo que nadie podría reclamar su estricta observancia. Dicho esto, no hay que olvidar que la propia Ley Fundamental fue objeto de revisión para adaptarla al Tratado de Unión incorporando algunas de las previsiones de éste. A todo ello hay que añadir que el Tratado para la plena restitución de la soberanía a Alemania, que sigue plenamente en vigor, impone determinadas constricciones, entra las que destaca la fijación de las fronteras alemanas (22).

En segundo lugar, la limitación de opciones constitucionales también se produce cuando se persigue deliberadamente una cierta armonización en una materia dada. Esto ocurre con algunos acuerdos concluidos bajo los auspicios del Consejo de Europa. Piénsese, por ejemplo, en las innegables implicaciones constitucionales de la adhesión a la Carta Europea de la Autonomía Local de 15 de octubre de 1985, a la Carta Europea de Lenguas Regionales o Minoritarias de 5 de noviembre de 1992, o al Convenio para la Protección de Minorías Nacionales de 1 de febrero de 1995. El marco del Consejo de Europa es ciertamente peculiar, habida cuenta de su vocación de crear un espacio jurídico continental por la vía de la cooperación; pero no es el único en que se producen normas convencionales de esa índole. Un ejemplo reciente e innegablemente importante viene dado por el Estatuto de la Corte Penal Internacional de 17 de julio de 1998, que ha comportado revisiones constitucionales en bastantes Estados. En particular, su art. 27 dispone que el cargo oficial ocupado (jefe de Estado, ministro, diputado, etc.) no supone eximente de responsabilidad, lo que choca con lo previsto *ad intra* en no pocas constituciones nacionales (23).

(22) Véase, por todos, R. ARNOLD: *La unificación alemana (Estudios de derecho alemán y europeo)*, Civitas, Madrid, 1993, págs. 47 y sigs.

(23) Sobre el art. 27 del Estatuto de la Corte Penal Internacional, véase I. LIROLA DELGADO y M. MARTÍN MARTÍNEZ: *La Corte Penal Internacional*, Ariel, Barcelona, 2001, págs. 141 y sigs.; y sobre las revisiones constitucionales a que ha dado lugar, véase E. LAMBERT-ABDELGAWAD: «Cour pénale internationale et adaptations constitutionnelles comparées», en *Revue internationale de droit comparé*, 2003, págs. 539 y sigs. Por lo demás, es interesante señalar que en España, cuando el Consejo de Estado fue preceptivamente consultado antes de la ratificación, entendió que no era necesario llevar a cabo ninguna revisión constitucional. En su dictamen de 22 de julio de 1999 entendió que el Rey, único cargo público que goza de absoluta inmunidad penal en el ordenamiento español, no podría nunca quedar incluido dentro de las previsiones del Estatuto de la Corte Penal Internacional, ya que el art. 64 de la Constitución española hace responsables de los actos regios a quienes los refrendan. Curioso ejercicio de interpretación de un tratado internacional a la luz de una norma interna.

En tercer lugar, no está de más señalar que a veces la aplicación de los tratados internacionales sobre derechos humanos tiene repercusión sobre aspectos institucionales u orgánicos del derecho constitucional nacional. He aquí algunos ejemplos extraídos de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: la ilegalización de partidos políticos por su ideología y sus objetivos sólo es admisible en casos absolutamente extremos, en que se preconiza un fundamentalismo estático y cerrado y, por ello, incompatible con el pluralismo inherente a toda sociedad democrática (sentencia *Partido de la Prosperidad c. Turquía* de 31 de julio de 2001); la negación absoluta del sufragio activo a todos los reclusos, sin distinción según la gravedad de la pena, resulta desproporcionada (sentencia *Hirst c. Reino Unido* de 30 de marzo de 2004); es admisible configurar la inmunidad parlamentaria como un privilegio absoluto —y, por tanto, no susceptible de ceder jamás cuando entra en colisión con otros bienes o valores— ya que tutela un elemento crucial de la democracia como es la libertad de los debates parlamentarios (sentencia *A c. Reino Unido* de 17 de diciembre de 2002), pero es contrario al derecho a un proceso equitativo extender la inmunidad parlamentaria a afirmaciones vertidas fuera del Parlamento, incluso si ello se produce en campaña electoral u otra sede de discusión política (sentencias *Cordova c. Italia* de 30 de enero de 2003 y *De Jorio c. Italia* de 3 de junio de 2004).

3. ¿Impone el derecho internacional la obligación de adoptar un régimen democrático?

Como colofón de cuanto se ha dicho sobre el contenido material de los límites internacionales al poder constituyente, surge irremediamente la cuestión sobre la democracia. En un conocido trabajo de Thomas M. Franck, se sostiene con vigor que el derecho internacional contemporáneo está asistiendo al nacimiento de un derecho a la democracia (24). Las cosas, sin embargo, distan de ser tan claras. Una adecuada respuesta exige distinguir entre distintos niveles: derecho internacional general, derecho convencional con vocación universal, y derecho convencional de ámbito regional.

Comenzando por el derecho internacional general en sentido estricto, la respuesta es sin duda negativa. No hay nada en el derecho internacional general que imponga a todos los Estados la obligación de adoptar un régi-

(24) TH. M. FRANCK: «The Emerging Right to Democratic Government», en *American Journal of International Law*, núm. 86, 1992.

men democrático. Es cierto que el derecho de los pueblos a disponer de sí mismos, inherente a la idea de «libre determinación de los pueblos» de que habla el apartado segundo del art. 1 de la Carta de las Naciones Unidas, constituye una obligación *erga omnes* para todos los miembros de la sociedad internacional; es decir, les vincula sin necesidad de su consentimiento (25). Pero ni del desarrollo que de este principio se hace en la ya mencionada Resolución 2625 (XXV) ni de la práctica internacional en la materia, referida sobre todo al problema de la descolonización, se desprende indicio alguno de que ese derecho de los pueblos a disponer de sí mismos haya de traducirse en la instauración de regímenes democráticos. No hay que olvidar, además, que hasta 1989 muchos países identificaban la idea de democracia no con la democracia constitucional, sino con la llamada la «democracia popular».

El principal argumento de Thomas M. Franck a este respecto es que el derecho de los pueblos a disponer de sí mismos implica necesariamente una exigencia de soberanía popular (26). Ahora bien, esta afirmación incurre en una confusión de las facetas externa e interna de la soberanía: que una colectividad tenga, en el ordenamiento internacional, derecho a que los demás miembros de la sociedad internacional le permitan decidir autónomamente su destino no significa por fuerza que los individuos que forman esa colectividad hayan de disfrutar, en el ordenamiento interno, del derecho de participación en la conducción de los asuntos públicos.

El único posible argumento a favor de que la democracia es exigida por el derecho internacional general vendría dado por el art. 21 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, donde no sólo se reconoce expresamente el derecho de toda persona a participar en el gobierno de su país sino que se añade: «La voluntad del pueblo es la base de la autoridad del poder público; esta voluntad se expresará mediante elecciones auténticas que habrán de celebrarse periódicamente, por sufragio universal e igual y por voto secreto u otro procedimiento equivalente que garantice la libertad de voto». Este texto es inequívoco, pero tropieza con las ya conocidas dudas acerca de la naturaleza y la fuerza obligatoria de la Declaración.

Esto conduce al derecho convencional con vocación universal, donde existe una disposición equivalente. El art. 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en efecto, también reconoce a todos los ciudadanos un derecho de participación en los asuntos públicos mediante elecciones libres y

(25) Véase P. M. DUPUY: *Op. cit.*, págs. 126-127.

(26) Véase TH. M. FRANCK: *Op. cit.*, pág. 78.

periódicas (27). De aquí que sobre los Estados que libremente se han adherido al Pacto pese la obligación de adoptar un régimen democrático. No obstante, la sumisión al Comité de Derechos Humanos encargado de la aplicación del Pacto es opcional. Dicho órgano sólo puede conocer de reclamaciones contra Estados que previamente hayan aceptado su jurisdicción; y ello no se refiere sólo a las reclamaciones presentadas por particulares, sino también a las presentadas por otros Estados signatarios (28). Ello resta efectividad al Pacto, por lo que no puede decirse que entre los signatarios del mismo rijan una práctica democrática constante y generalizada.

En el ámbito regional europeo, en cambio, la obligación de adoptar un régimen democrático existe y es efectivamente observada. Lo curioso es que, a diferencia de los textos de vocación universal que se acaban de examinar, ello se ha alcanzado sin ninguna mención expresa a la democracia. En efecto, el art. 3 del Estatuto del Consejo de Europa de 5 de mayo de 1949, al establecer los requisitos que los Estados deben satisfacer para pertenecer a dicha organización, sólo habla del «principio del imperio del Derecho y el principio en virtud del cual cualquier persona que se halle bajo su jurisdicción ha de gozar de los derechos humanos y de las libertades fundamentales». Ninguna referencia a la democracia. La exigencia de un régimen democrático se ha impuesto, más bien, como una práctica constante. Y algo similar ha sucedido en el más restringido ámbito de las Comunidades Europeas, luego Unión Europea. Es verdad que el ya citado art. 6 del Tratado de la Unión Europea menciona la democracia, junto con el Estado de derecho y el respeto de los derechos humanos, como requisito de pertenencia a la organización; pero este precepto fue introducido sólo en 1992. Antes sólo existía una práctica constante, consagrada luego en un texto formalmente no vinculante como la Declaración sobre la Democracia aprobada por el Consejo Europeo de Copenhague de 8 de abril de 1978. Lo decisivo, en suma, más que el dato literal, ha sido la existencia de una práctica constante de exigir un régimen democrático para

(27) El art. 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dispone:

«Todos los ciudadanos gozarán, sin ninguna de las distinciones mencionadas en el artículo 2, y sin restricciones indebidas, de los siguientes derechos y oportunidades:

- a) participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos;
- b) votar y ser elegido en elecciones periódicas, auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores;
- c) tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país.»

(28) Véase TH. BUERGENTHAL: *Op. cit.*, págs. 38 y sigs.

poder pertenecer a esas organizaciones de ámbito regional. Aunque tal vez los *standards* de respetabilidad democrática no se hayan aplicado siempre con el mismo rigor, dicha práctica es inequívoca.

Una última observación sobre derechos humanos y democracia: como ha quedado apuntado, no se trata de nociones coincidentes, ni siquiera de facetas distintas de una misma realidad. Si acaso, hay algunos derechos humanos, como es destacadamente el caso del derecho a participar en los asuntos públicos mediante elecciones libres, cuya finalidad es facilitar la democracia; pero nada más. Es significativo a este respecto, por ejemplo, que para hallar un derecho a elecciones libres en el Convenio Europeo de Derechos Humanos no baste el texto original, sino que haya que acudir al posterior Protocolo núm. 1 de 20 de marzo de 1952. La observación es importante en esta sede, porque sirve de recordatorio de que puede haber países cuyo grado de respeto por los derechos humanos sea razonablemente satisfactorio y, sin embargo, no estén plenamente democratizados. Tal es el caso de no pocos países que, sin tener regímenes despóticos o dictatoriales, carecen aún de una democracia constitucional totalmente desarrollada y estable. Esta situación no es infrecuente en América Latina, Asia o, incluso, el África subsahariana. No hay que olvidar, en definitiva, que en Occidente el liberalismo político —y, por ende, la garantía de ciertos derechos— precedió con mucho al advenimiento del sufragio universal y la democracia de masas.

IV. FUERZA OBLIGATORIA DE LOS LÍMITES INTERNACIONALES AL PODER CONSTITUYENTE

Sólo queda por analizar la fuerza obligatoria de esos límites internacionales al poder constituyente. ¿Qué consecuencias tiene que un Estado establezca una norma constitucional en violación de uno de los mencionados límites internacionales? Es conveniente aquí proceder por distinciones sucesivas, diferenciando ante todo entre límites de derecho internacional general y límites de derecho convencional.

Los límites de derecho convencional son, como se ha visto, los más usuales. La opinión más convincente es que, desde el punto de vista del derecho internacional, la aprobación de una norma constitucional contraria a un tratado en vigor supone un incumplimiento de lo acordado que podrá dar lugar a la responsabilidad internacional correspondiente. El derecho internacional no exige la anulación de la norma constitucional, ni menos aún determina directamente su invalidez. Dicho de otra manera, no se está en presencia de un problema de invalidez de normas, sino de ilicitud internacional del comporta-

miento del Estado (29). La solución contraria sólo podría sostenerse sobre el presupuesto de un monismo extremo, que hoy en día prácticamente nadie postula (30). Hay que tener en cuenta, además, que las obligaciones internacionales que pesan sobre los Estados —cualquiera que sea su origen consuetudinario o convencional— son, en principio, obligaciones de resultado, no de medios. Ello significa, por lo que aquí importa, que el Estado puede disponer de vías distintas a la anulación de la norma constitucional para alcanzar el objetivo de respetar el tratado internacional, tales como la abrogación o la suspensión de aquélla.

Que la consecuencia de la aprobación de una norma constitucional contraria a un tratado internacional en vigor sea la ilicitud del comportamiento del Estado, en vez de la invalidez de aquélla, no implica necesariamente un bajo nivel de efectividad. Todo dependerá de las sanciones previstas para el incumplimiento. En el ámbito regional europeo, de hecho, el nivel de efectividad es razonablemente alto. El art. 8 del Estatuto del Consejo de Europa prevé la suspensión y, llegado el caso, la expulsión del Estado que infrinja gravemente los principios del imperio del derecho y del respeto por los derechos humanos, inspiradores de la organización. Y la no pertenencia al Consejo de Europa tendría, sin duda alguna, un coste elevadísimo en términos de respetabilidad. Algo similar puede decirse de la posibilidad de suspensión prevista en el art. 7 del Tratado de la Unión Europea.

Con todo, algunos distinguidos juristas no creen que la solución correcta sea diferenciar entre invalidez e ilicitud. Consideran que ello es terreno abonado al excesivo nacionalismo jurídico que, en su opinión, sigue prevaleciendo un poco en todas partes. Tal es paradigmáticamente el caso de Pierre Pescatore, quien ha propuesto entender que las cláusulas de apertura al derecho internacional existentes en muchas constituciones tienen un carácter meramente declarativo. Ello forzaría a los jueces nacionales y, en muy en especial, a los Tribunales Constitucionales a tomarse más en serio la primacía no sólo del derecho comunitario, sino también la del derecho internacional (31). Esta

(29) M. F. RIGAUX (*op. cit.*, págs. 288 y sigs.) habla de «capacidad» y «libertad» del constituyente, en vez de hablar de «invalidez» e «ilicitud»; pero no parece que su posición sea muy distinta de la que aquí se mantiene. Véanse asimismo, en parecido sentido, E. W. BÖCKENFÖRDE: *Op. cit.*, págs. 248-250, y J. L. REQUEJO PAGÉS: *Op. cit.*, págs. 61-64 y 120.

(30) Véase J. DUTHEIL DE LA ROCHÈRE: «Les fondements internationaux et européens du droit public moderne et leur formation», en *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 1997, págs. 1122-1123.

(31) Véase P. PESCATORE: «La constitution, son contenu, son utilité (La constitution nationale et les exigences découlant du droit international et du droit de l'intégration européenne: essai sur la légitimité des structures supra-étatiques)», en *Revue de droit suisse*, núm. 111, 1992,

propuesta, aparte de constituir una inequívoca manifestación del más puro monismo, está expuesta a otra objeción: considerar que las cláusulas de apertura son declarativas sirve, sin duda, para mejor controlar la sumisión de la legislación al derecho internacional; pero es dudoso que ese control sea extensible a normas constitucionales que, por definición, tendrían el mismo rango jerárquico que las propias cláusulas de apertura. Todo ello por no mencionar el problema de qué ocurre allí donde la constitución nacional no prevé la apertura del ordenamiento interno al derecho internacional, o lo hace sólo en una medida limitada: ¿habrían de entender los jueces que, en todo caso, la sumisión al derecho internacional es absoluta e incondicionada? No tendría mucho sentido.

Aun con respecto al problema de la norma constitucional contraria a un tratado internacional vigente, hay que añadir algo: que el derecho internacional no exija la anulación de esa norma constitucional no significa que ello no pueda ser lo exigible según el propio ordenamiento interno. La declaración de inconstitucionalidad de normas constitucionales es infrecuente en el panorama comparado, pero no es una imposibilidad lógica. Hay que tener en cuenta que el poder constituyente derivado o de revisión constitucional es, en puridad, un poder constituido, pues es creado y regulado por la constitución misma. Esta somete su ejercicio a un cierto procedimiento y, en su caso, a determinadas limitaciones materiales. Pues bien, una revisión constitucional que vulnerase una de esas limitaciones materiales —entre las que bien podrían figurar determinados compromisos internacionales— sería ciertamente inconstitucional. El problema es que, en los ordenamientos en que existe, el control jurisdiccional de constitucionalidad suele referirse a las leyes, no a la revisión constitucional. La verificación de la regularidad de la revisión constitucional —incluida, allí donde esa posibilidad existe, la aprobación de leyes constitucionales— está normalmente encomendada a órganos políticos; pero, en cuanto ejercicio de un poder constituido, sería concebible su sumisión a control jurisdiccional de constitucionalidad (32). Cuanto se acaba de decir vale, por

págs. 43 y sigs. En parecido sentido se pronuncia E. DENNINGER: «Constitutional Law between Statutory Law and Higher Law», en A. PIZZORUSSO (ed.): *Law in the Making*, Springer, Berlín/Heidelberg, 1988, págs. 124 y sigs. Un completo análisis del problema puede hallarse en A. SAIZ ARNAIZ: *La apertura constitucional al derecho internacional y europeo de los derechos humanos*, CGPJ, Madrid, 1999, págs. 35 y sigs. Por lo demás, sobre la historia y los tipos de las cláusulas constitucionales de apertura al derecho internacional hay que remitirse al clásico estudio de A. CASSESE: *Modern Constitutions and International Law*, en *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, vol. 192, 1985.

(32) Véanse, por todos, C. KLEIN: *Op. cit.*, págs. 199 y sigs., y M. ARAGÓN REYES: *Constitución y democracia*, Tecnos, Madrid, 1989, págs. 35 y sigs. En otro sentido se pronuncia J. L. REQUEJO PAGÉS: *Op. cit.*, págs. 116 y sigs.

supuesto, sólo para el poder de revisión constitucional, no para el poder constituyente originario.

En fin, la respuesta quizá debiera ser diferente con respecto al derecho internacional general y reputar inválida una norma constitucional abiertamente contraria a aquél. El derecho internacional general no sólo es obligatorio para todos los Estados independientemente de su consentimiento sino que, como se ha visto, muy pocos de sus principios son idóneos para limitar las opciones constitucionales de los Estados. El derecho internacional general puede ser visto como el marco que permite la existencia misma de los Estados y, por tanto, también de toda forma de derecho. Aprobar una norma constitucional abiertamente contraria al derecho internacional general equivaldría, de alguna manera, a situarse deliberadamente fuera de la civilización. En estas circunstancias, un monismo moderado —que esconde, en el fondo, un iusnaturalismo también moderado— podría estar justificado (33).

V. REFERENCIA AL *SOFT LAW* Y A LA COOPERACIÓN CONSTITUCIONAL INTERNACIONAL

Para dar una imagen completa de los límites internacionales al poder constituyente de los Estados, es preciso hacer referencia al *soft law*. Se trata de aquellos supuestos en que la elaboración de normas constitucionales está en alguna medida condicionada por actos que, sin ser obligatorios en derecho internacional, tienen valor persuasivo o de *auctoritas*. Ya se ha visto cómo la incidencia del derecho internacional sobre el derecho constitucional se produce principalmente en materia de derechos humanos, y poco en materias institucionales u organizativas. En éstas últimas, en cambio, suele concentrar su atención el mucho menos intrusivo *soft law*.

Influencia en los asuntos constitucionales de un país puede ser ejercida por grupos privados (organizaciones no gubernamentales, asociaciones de juristas, etc.) o, incluso, por algún jurista concreto (34). No obstante, estas actuaciones

(33) M. F. RIGAUX (*op. cit.*, págs. 302 y sigs.) parece inclinarse por esta solución. Obsérvese que ello coincidiría con el pensamiento de aquellos teóricos del derecho que, aun no adhiriéndose a postulados iusnaturalistas, sostienen que las normas pueden perder el carácter jurídico cuando son extremadamente injustas. Véase R. ALEXYS: *El concepto y la validez del derecho*, Gedisa, Barcelona, 1997, págs. 94-95.

(34) Es sabido que Georges Vedel fue durante mucho tiempo el asesor del Rey de Marruecos en asuntos constitucionales. Véase L. M. DÍEZ-PICAZO: «Conversación con el Profesor Georges Vedel», en *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario*, núm. 6, 1994, págs. 25-26.

son tan informales que ni siquiera merecen la calificación de *soft law*. Este se refiere, más bien, a actuaciones institucionalizadas, que se desarrollan normalmente en el marco de organizaciones internacionales. Un buen ejemplo, de nuevo, viene dado por el Consejo de Europa. Para el cumplimiento de su misión de armonización jurídica, el Consejo no utiliza sólo instrumentos vinculantes, como son los convenios, sino que emplea también instrumentos no vinculantes. Tales son los intercambios de información, las reuniones multilaterales, o las recomendaciones del Comité de Ministros. A veces inciden sobre cuestiones de relevancia constitucional. Tal es el caso, por ejemplo, de la Carta Europea sobre el Estatuto de los Jueces, aprobada en la reunión multilateral celebrada bajo los auspicios del Consejo de Europa los días 8 a 10 de julio de 1998. Documentos como éste no sólo son citados entre los juristas académicos, sino también en los trabajos preparatorios e, incluso, ante los tribunales (35).

El uso de instrumentos de *soft law* en relación con asuntos constitucionales ha aumentado espectacularmente en los últimos quince años, seguramente como consecuencia de la oleada democratizadora en la Europa central y oriental que siguió a los prodigiosos sucesos de 1989. Ello ha dado lugar a la aparición de un tipo específico de actividad que suele denominarse «cooperación constitucional internacional» (36). Se trata de una actividad esencialmente promocional, consistente en prestar asesoramiento y auxilio técnico para la elaboración de textos constitucionales y la puesta en marcha de instituciones básicas para el funcionamiento de la democracia. Su naturaleza promocional implica que es completamente voluntaria, tanto porque ha de ser aceptada por el Estado beneficiario como porque no es vinculante para él. De no ser así, se vulneraría el principio de no intervención en los asuntos internos de los Estados. Pero, de nuevo, ello no significa que la cooperación jurídica internacional no sea efectiva. A menudo es el beneficiario quien verdaderamente la necesita. Piénsese, por poner un ejemplo obvio, en países recién salidos de una larga experiencia totalitaria y que aspiran a integrarse en el Consejo de Europa para obtener un sello de respetabilidad democrática. Por todo ello, aunque la cooperación constitucional internacional no comporta obligaciones, podría a veces ser caracterizada como una carga en sentido propio: algo que uno tiene que hacer si desea alcanzar determinado objetivo.

(35) Véase F. BENOÎT-ROHMER y H. KLEBES: *Le droit du Conseil de l'Europe*, Editions du Conseil de l'Europe, Estrasburgo, 2005, págs. 125-126

(36) Véase J. DELBRÜCK: «Human Rights and Constitutional Cooperation», en CH. STARCK (ed.): *New Challenges to the German Basic Law*, Nomos, Baden-Baden, 1991, págs. 192 y sigs.

En fin, en el ámbito del Consejo de Europa, la cooperación constitucional internacional ha estado muy favorecida por la existencia de un órgano específico: la Comisión Europea para la Democracia a través del Derecho, más conocida como Comisión de Venecia. La Comisión de Venecia fue creada en 1990, justo al inicio de la transición a la democracia en los países del antiguo bloque comunista. Es el órgano consultivo del Consejo de Europa para asuntos constitucionales, y está formado por expertos independientes. Su misión es doble: de asesoramiento y de informe. En esta segunda vertiente, la Comisión de Venecia puede, a instancia de la Asamblea Parlamentaria o del Comité de Ministros, examinar actos o situaciones concretas en determinados países, lo que constituye un poderoso medio de influencia. Es importante destacar que, aunque nació para auxiliar a los países de la Europa central y oriental, la Comisión de Venecia ha extendido luego su actividad, que abarca hoy a países extra-europeos e, incluso, a viejas democracias de la Europa occidental (37). Tal vez ello sea indicio de que los tiempos de la autosuficiencia constitucional estén pasando.

RESUMEN

Este artículo analiza hasta qué punto el derecho internacional (convencional y general) impone límites a la libertad de los Estados de adoptar las normas constitucionales que estimen oportunas. El desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos hace que esta cuestión resulte de crucial importancia, que no tenía en el pasado. También se examina si ello comporta un deber internacional de dotarse de un régimen democrático. En cuanto a la consecuencia jurídica por la eventual infracción de dichos límites, se traza una distinción entre los problemas de validez de normas y los de licitud de los comportamientos, con la consiguiente exigencia de responsabilidad internacional. Se hace, en fin, referencia al creciente fenómeno de la cooperación constitucional.

ABSTRACT

This article analyses to what degree international law (under conventions and in general) imposes limits on the freedom of States to adopt constitutional regulations as they deem fit. The development of a body of international human-rights law means that this question has become crucial in a way that it was not in the past. The article

(37) Véase F. BENOÎT-ROHMER y H. KLEBES: *Op. cit.*, págs. 89-90.

also examines whether there could be an international duty to establish a democratic regime. The author looks into the legal consequences of a possible infraction of these limitations where he distinguishes between problems of validity (are the regulations valid?) and problems of lawfulness (are certain forms of behaviour licit?), considering what this might mean in terms of international liability. Finally, reference is made to the growing phenomenon of constitutional cooperation.