

JORGE ALGUACIL GONZÁLEZ-AURIOLES  
IGNACIO GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ  
(EDS.)

**CONSTITUCIÓN:  
NORMA Y REALIDAD**

**Teoría constitucional para  
Antonio López Pina**

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO  
2014

del Derecho material de las relaciones internacionales. Pero el tejido institucional resulta, hoy como ayer, insatisfactorio. Es seductora la idea de dotar de plenos poderes a los Estados singulares para que defiendan el bien común internacional. En la realidad práctica, tal propósito fracasa en buena medida. No podremos eludir la transferencia de más competencias a las organizaciones internacionales, en las cuales también los grandes Estados habrán de declararse dispuestos a acatar las decisiones mayoritarias. Hasta ese momento tendremos que recorrer un largo camino, por el que a menudo avanzaremos mediante la práctica, pero que en última instancia continúa necesitando una garantía formal mediante tratados internacionales vinculantes.

## BIBLIOGRAFÍA

- PAULUS, Andreas L.: *Die internationale Gemeinschaft im Völkerrecht. Eine Untersuchung zur Entwicklung des Völkerrechts im Zeitalter der Globalisierung*, München, Beck, 2001.
- RAO, Pemmaraju Sreenivasa, «The Concept of "International Community" in International Law and the Developing Countries», en Ulrich FASTENRATH *et al.* (eds.), *From Bilateralism to Community Interest. Essays in Honour of Judge Bruno Simma*, Oxford, Oxford University Press, 2011, pp. 326-338.
- TAMS, Christian J.: «Individual States as Guardians of Community Interests», en Ulrich FASTENRATH *et al.* (eds.), *From Bilateralism to Community Interest. Essays in Honour of Judge Bruno Simma*, Oxford, Oxford University Press, 2011, pp. 379-405.
- TOMUSCHAT, Christian: «International Law: Ensuring the Survival of Mankind on the Eve of a New Century. General Course on Public International Law», *Hague Academy of International Law*, vol. 281 (1999), pp. 72-90.
- «Die internationale Gemeinschaft», *Archiv des Völkerrechts* 33 (1995), pp. 1-20 [«La Comunidad internacional», en A. PETERS, M. J. AZNAR y I. GUTIÉRREZ (eds.), *La constitucionalización de la Comunidad internacional*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010, pp. 93-119].
- «Staatsrechtliche Entscheidung für die internationale Offenheit», en Josef ISENSEE y Paul KIRCHHOF (eds.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Band XI: *Internationales Bezüge*, Heidelberg, C. F. Müller Verlag, 2013, pp. 3-61.

26.

## EL CONSTITUCIONALISMO COMO CONQUISTA GLOBAL

Anne PETERS

**SUMARIO:** I. CONSTITUCIONALISMO COMO CAUSA DE DESPIDO.—II. CONSTITUCIONALISMO COMO PRINCIPIO ORDENADOR DE ALCANCE GLOBAL.—III. CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL.—IV. CONSTITUCIONALISMO COMO ILUSIÓN.—V. CONSTITUCIONALISMO COMO CRÍTICA.

### I. CONSTITUCIONALISMO COMO CAUSA DE DESPIDO

Un Profesor de Derecho de la Universidad de China Oriental de Política y Derecho con sede en Shanghai fue despedido en agosto de 2013 por haber enseñado e investigado sobre constitucionalismo —informó el periódico *Epoch Times*, editado en los Estados Unidos y conocido por sus informes críticos sobre la situación de los derechos humanos en China<sup>1</sup>—. El Dr. Zhang Zuezhong había proclamado y defendido públicamente el «constitucionalismo», en el sentido de considerar decisiva la existencia de una Constitución como fundamento y límite del poder político. A juicio del Partido Comunista chino, que le retiró su acreditación docente, esta idea pone en cuestión la «dictadura democrática del pueblo» (así como el monopolio de interpretación del Partido acerca de la Constitución china). De hecho, el concepto «constitucionalismo» fue declarado hace algún tiempo, en una nueva resolución semioficial del Partido y junto con otros conceptos (las «siete expresiones prohibidas») como «valores universales», «sociedad civil» o «derechos de los ciudadanos», como una palabra tabú que no está permitido pronunciar en las Universidades, a la manera de Orwell.

<sup>1</sup> C. WICKENKAMP, *Epoch Times*, del 28 de agosto de 2013.

## II. CONSTITUCIONALISMO COMO PRINCIPIO ORDENADOR DE ALCANCE GLOBAL

¿Qué significado corresponde a ese «constitucionalismo» criminalizado por el Partido? El «constitucionalismo» es un programa político y jurídico sustancial, no sólo formal. Los constitucionalistas promueven la orientación del Derecho hacia el Derecho constitucional, y no ciertamente sólo a un documento cualquiera que pueda ser denominado «Constitución», sino a determinados contenidos y principios fundamentales, como el imperio del Derecho, la separación de poderes o el sistema de frenos y contrapesos entre ellos, la protección de los derechos humanos y la democracia. A los clásicos principios liberales «occidentales» podrían sumarse además otros, por ejemplo la solidaridad y la armonía social.

La idea constitucional, formulada por parte de los intelectuales —originalmente en Europa y en los Estados Unidos de América en los siglos XVIII y XIX para exigir un documento constitucional escrito— y después puesta en práctica en la realidad política, se ha globalizado progresivamente y con ello también ha visto transformado su contenido. En numerosos Estados más allá del occidente transatlántico la propagaron no sólo consejeros occidentales, sino también élites locales, y también muchas veces se realizó. En la época más reciente, el constitucionalismo se incorpora como exigencia política y jurídica, como prioridad científica y práctica, también en las relaciones internacionales y en el ordenamiento jurídico-internacional, en concreto bajo la rúbrica del constitucionalismo global (*global constitutionalism*).

Por «global» entiendo no sólo la extensión geográfica de la figura de la Constitución y del ideal del constitucionalismo en todos los rincones del mundo, sino también su anclaje en el ordenamiento jurídico global del Derecho internacional. De este modo, el constitucionalismo es global en el sentido de tomar en consideración los intereses y los deseos de las personas en los diferentes contextos culturales y económicos y en el sentido de orientarse por principios jurídicos reconocidos universalmente (aunque sean minimalistas).

Resulta importante para comprender el fenómeno del constitucionalismo global percibir que el Derecho internacional y todo el Derecho nacional, en especial el Derecho público interno, están íntimamente imbricados. Dado que la administración y la jurisdicción internacionales son sólo fragmentarias, el Derecho internacional debe ser aplicado en primera línea por autoridades y tribunales estatales, a menudo sólo tras su incorporación en leyes nacionales. La aplicación y la garantía descentralizadas del Derecho internacional resultan con frecuencia más legítimas y también más eficientes que una imposición centralizada, al menos mientras en este ámbito las normas jurídico-internacionales sigan siendo consideradas bajo la abusiva reserva de un *marge d'appréciation* de alcance universal. A causa de esta intervención combinada de ambos niveles jurídicos, el constitucionalismo global trasciende los respectivos ámbitos, se refiere tanto a las Constituciones estatales como al Derecho constitucional internacional (al que nos referiremos a continuación).

Dado que el Derecho constitucional nacional de los Estados se orienta cada vez más en numerosas cuestiones particulares, en especial en el ámbito de los derechos humanos, conforme a estándares internacionales, estas normas de Derecho internacional desarrollan una eficacia claramente armonizadora, de unificación jurídica. Hablando en términos espaciales, las normas constitucionales se aproximan tanto en la dimensión «vertical» (nacional-supranacional) como en la «horizontal» (interestatal). Surge un tejido de Derecho constitucional transnacional. En ello consiste la globalidad de las instituciones constitucionales.

## III. CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL

Me concentraré en primer lugar sobre el Derecho internacional. La tesis afirma que observamos la formación de elementos de naturaleza constitucional en el Derecho internacional, que conforman un núcleo duro de tal ordenamiento jurídico. De ese modo se hace posible diferenciar entre Derecho internacional con rango constitucional y el resto del Derecho internacional, en cierto modo ordinario. Los elementos constitucionales no necesariamente gozan del privilegio de la primacía jerárquica frente al Derecho internacional «ordinario», pero en cualquier caso representan un hilo conductor para la creación, interpretación y aplicación del resto del Derecho internacional. Denominamos «constitucionalización» del Derecho internacional al proceso de formación de un *corpus* de Derecho constitucional global<sup>2</sup>.

La expresión «Derecho constitucional global» señala que dicho *corpus* jurídico no está codificado en un solo documento, sino disperso en distintos Tratados, en textos de *soft law* y en el Derecho consuetudinario. De este modo, el Derecho constitucional global es un subconjunto de reglas y principios internacionales que resultan tan relevantes como para merecer ser calificados como «constitucionales» o «de naturaleza constitucional». Como Derecho constitucional *en* el Derecho internacional deben considerarse sólo aquellas normas y estructuras fundamentales que desempeñan funciones típicas de una Constitución. El Derecho constitucional contiene en primer lugar principios materiales fundamentales, y puede así desarrollar una función de orientación, de identificación y simbólica. En segundo lugar, el Derecho constitucional organiza una comunidad política. Fija los elementos fundamentales de los órganos y las competencias y de ese modo limita al mismo tiempo el poder de las respectivas instituciones. En tercer lugar, el Derecho constitucional regula las modalidades y procedimientos de la creación y la garantía del Derecho. En cuarto lugar, establece los derechos y las obligaciones de los sujetos al Derecho frente a los poderes políticos. En el Derecho internacional se encuentran reglas y principios que cumplen precisamente estas funciones, aunque con frecuencia sea sólo en forma rudimentaria. Por

<sup>2</sup> J. KLABBERS, A. PETERS y G. ULFSTEIN, *The Constitutionalization of International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2009 (2.ª ed. ampliada en 2011); A. PETERS, «Rechtsordnungen und Konstitutionalisierung: Zur Neubestimmung der Verhältnisse», *Zeitschrift für öffentliches Recht*, 65 (2010), pp. 3-63; también «Are we Moving towards Constitutionalization of the World Community?», en A. CASSESE (ed.), *Realizing Utopia: The Future of International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2012, pp. 118-135.

eso tales normas pueden ser cualificadas como Derecho constitucional global, como Derecho constitucional en el Derecho internacional.

En el contexto de la ya mencionada imbricación entre niveles jurídicos, representa una idea central la que se refiere a la constitucionalización como compensación<sup>3</sup>. Conforme a ella, el Derecho constitucional nacional resulta menoscabado a causa de la globalización y la dirección global de los procesos. La globalización de numerosos problemas sociales y el correspondiente e imprescindible desplazamiento de los procesos de decisión a niveles supraestatales socavan la democracia estatal, el Estado de Derecho y la protección nacional de los derechos humanos. Para conservar los logros constitucionales es preciso orientarse en sentido contrario para ofrecer compensaciones, y ello sólo puede lograrse mediante la introducción de principios, instituciones y procedimientos de inspiración constitucional en el nivel del Derecho internacional. Esto resulta tanto más importante ahora que los Estados constitucionales occidentales, que dominaban el proceso de producción normativa, van quedando marginalizados en el proceso de la globalización económica. Esto no supondría problema alguno si se elaboraran normas globales (constitucionales) que limitaran a los actores fundamentalmente económicos (como las referidas a la competencia leal, a la protección de los trabajadores, etc.). Pero esto parece no funcionar en la actualidad; la globalización económica se impone en gran medida al margen de toda regla<sup>4</sup>.

Observadores optimistas diagnostican la existencia en el Derecho internacional de elementos débilmente constitucionales (no sólo en el ámbito de la organización sino, como hemos señalado antes, dotados de importante contenido material). En primer lugar, el Derecho internacional actual se orienta hacia un individualismo normativo. Los individuos actúan hoy como *bourgeois* globales. De modo muy ocasional y sólo paulatinamente se les añade un papel secundario como participantes en los procesos internacionales de producción normativa. Con él lograrían los individuos el status de ciudadanos del mundo (*citoyens*). En segundo lugar, el principio de la soberanía de los Estados ha sido desplazado de su posición como fundamento último del Derecho internacional. El status normativo de la soberanía pasa a ser deducido del principio jurídico de humanidad<sup>5</sup>. La soberanía implica responsabilidad en la protección de los derechos humanos fundamentales y responsabilidad de los gobiernos frente a las personas (*«responsibility to protect»*, «R2P»). Cuando y en la medida en que un Estado territorial desatiende gravemente su responsabilidad de protección, ante todo si permite crímenes que atentan contra el núcleo de los derechos o los comete a través de los órganos del Estado, deja temporalmente de merecer su soberanía y el derecho a la no-intervención. Simultáneamente, y conforme a la lógica del sistema multinivel, el deber de protección queda transferido a la comunidad

<sup>3</sup> A. PETERS, «Constitucionalismo compensatorio: las funciones y el potencial de las normas y estructuras internacionales», en A. PETERS, M. J. AZNAR e I. GUTIÉRREZ (eds.), *La constitucionalización de la Comunidad internacional*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2010, pp. 208-261.

<sup>4</sup> J. GRÄTZ, «The De-Westernisation of Globalisation», en O. THRÄNERT (ed.), *Strategic Trends 2013: Key Developments in Global Affairs*, Zurich, Center for Security Studies, 2013, pp. 15-34.

<sup>5</sup> A. PETERS, «Humanity as the A and Ω of Sovereignty», *European Journal of International Law*, 20 (2009), pp. 513-544.

internacional. Ésta, por tanto, está teóricamente no sólo autorizada, sino obligada a intervenir en protección de las personas en peligro cuando se da una «situación R2P». Pero no existe ninguna instancia central que decida las medidas precisas que deben ser tomadas para no incurrir en un defecto de protección. De este modo, el deber de protección sigue siendo débil y está poco determinado. Por ejemplo, ha sido desatendido en relación con las masivas violaciones de derechos humanos y con los delitos contra la humanidad que se cometen en Siria desde 2011, porque la Comunidad internacional no interviene para evitar masacres. La selectividad en la aplicación del principio de la responsabilidad de protección, R2P, impide la formación de un mandato jurídico de actuación, no sólo moral, bajo cuya vigencia pudiera imputarse a determinados Estados la responsabilidad internacional por omisión.

En tercer lugar, se reconocen valores constitucionales fundamentales en materia de protección de los derechos humanos, de protección del clima y de libertad comercial. Especialmente hasta los años noventa del siglo pasado se concertaron en estos ámbitos «tratados sobre el orden mundial». Pero en la última década, desde el Estatuto de la Corte Penal Internacional de 1998, no se ha firmado ningún nuevo acuerdo multilateral de importancia. Se observa más bien una tendencia hacia una bilateralización y una nueva regionalización de las relaciones internacionales, por ejemplo en la elusión del régimen multilateral del Derecho mercantil de la Organización Mundial del Comercio.

Un cuarto elemento de constitucionalización es la democratización. La democracia se ha establecido como «regla de oro» de la legitimación del poder político. En el nivel de los Estados, las estructuras democráticas se extienden y fortalecen. Conforme al índice de la organización no gubernamental Freedom House, son noventa los Estados que pueden considerarse «libres» (en comparación con los sesenta y cinco del año 1990 y los ochenta y seis del año 2000). Los ciudadanos intervienen en el plano jurídico-internacional mediatamente a través de sus Estados (democráticos). Por más que todos los Estados del mundo llegaran a ser perfectas democracias, esta forma de participación democrática mediatizada no bastaría para lograr un nivel mínimo de legitimidad democrática de la gobernación global. Las razones están en la existencia de una oligarquía interestatal, en el predominio de los ejecutivos estatales en la política exterior, en la estructura interna no democrática de las organizaciones internacionales y de la dinámica del régimen internacional de los tratados (el problema del «cheque en blanco»). Un motivo adicional está en la ausencia de un distrito electoral global, pues la suma de electores nacionales no configura sin más un cuerpo electoral global. Además, la globalización daña en tres sentidos la democracia en el seno de los Estados. En primer lugar, al reducirse la capacidad de los Estados nacionales para resolver los problemas queda afectada la autodeterminación (democrática) nacional. En segundo término, la acción estatal despliega más efectos extraterritoriales y afecta de ese modo a la vida de personas que no tienen oportunidad alguna de influir a través de procedimientos democráticos sobre quienes adoptan las decisiones, de codeterminar así de forma democrática las decisiones políticas que les conciernen. Tercero, los problemas globales tienen una complejidad tan extrema que no pueden ser abordados por los políticos democráticamente legitimados sin recurrir a expertos que, por su

parte, carecen de cualquier género de legitimación democrática. Vistos desde esta perspectiva, los propios procesos formalmente democráticos en los Estados nacionales se transforman en buena medida en rituales que sólo de forma imperfecta realizan el principio democrático de la participación de los afectados («*no taxation without representation*»). A causa de las debilidades de la base democrática, los procesos de decisión interestatal (creación, aplicación e imposición del Derecho), cuya propia legitimación se funda en los previos procesos de formación de voluntad en los Estados, apenas pueden quedar suficientemente legitimados en esta forma de democracia derivada y mediata. Si el principio democrático de la participación en las decisiones políticas de los ciudadanos afectados por ellas debe conservar su sustancia, debe ser permitida a las personas individuales la participación en la creación de normas en el plano supraestatal, sea de forma independiente de sus Estados, sea al lado de tales intermediarios (a esto me refiero como la «vía no estatal» de la democratización global). La legitimación derivada a través de los Estados nacionales y la legitimación democrática directa representan dos pilares de un sistema democrático global. Pero aquí se presentan conflictos entre principios en tensión. En primer lugar, el principio jurídico-internacional de la igualdad de los Estados contrasta con el ideal democrático de la igualdad de los ciudadanos: mientras en la Asamblea General cada Estado tenga un voto, los ciudadanos de los Estados más poblados estarán notoriamente infrarrepresentados. En segundo término, los órganos colegiados de las organizaciones internacionales han de decidir por mayoría para poder actuar de modo eficiente, sin esperar a un voto unánime que frecuentemente no puede ser conseguido. Las decisiones mayoritarias adoptadas en el plano interestatal, sin embargo, arrumban decisiones adoptadas en el seno de los Estados, quizá en procesos democráticos, y pueden ser percibidas por los ciudadanos de un Estado que ha quedado en minoría en el seno de una organización internacional como «no democráticas».

Un fenómeno añadido es la constitucionalización sectorial en el Derecho internacional, esto es, la formación de elementos estructurales de naturaleza constitucional en el Derecho primario y derivado de las organizaciones internacionales<sup>6</sup>. Parte del Derecho vigente en este ámbito de la organización son los siguientes principios de carácter constitucional: el *rule of law*, el equilibrio institucional, el deber de rendir cuentas y el control judicial de los actos jurídicos de las organizaciones<sup>7</sup>. Pero a menudo tales principios ni son suficientemente fuertes ni han sido desarrollados y concretados, de modo que su operatividad es relativa. Las organizaciones más constitucionalizadas en este sentido son la Organización Mundial de Comercio y la Unión Europea. Por el contrario, las Naciones Unidas muestran aún déficits de constitucionalización, que se han puesto de manifiesto con la imposición de sanciones directas por parte del Consejo de Seguridad.

Son movimientos en sentido contrario o paralelos a la constitucionalización la hegemonía de unas pocas grandes potencias y la privatización del

<sup>6</sup> A. PETERS, «The Constitutionalisation of International Organisations», en N. WALKER, J. SHAW y S. TIERNEY (eds.), *Europe's Constitutional Mosaic*, Oxford, Hart, 2011, pp. 253-285.

<sup>7</sup> Cfr. UN GA Doc. 66/102: *The rule of law at the national and international levels*, 13 de enero de 2012.

Derecho internacional. También resulta importante la fragmentación del Derecho internacional, que pone en cuestión la tesis de la constitucionalización tanto en su dimensión descriptiva como en la prescriptiva. Supuestamente, regímenes jurídico-internacionales parciales siguen sus propias lógicas. La tesis de la constitucionalización se desenmascara como bastión intelectual contra la fragmentación, como un intento de generar unidad lamentablemente condenado al fracaso. Sin embargo, ni los análisis ni las objeciones normativas resultan convincentes. La fragmentación fue sobredimensionada, pues las instancias de control y resolución de controversias en los regímenes especiales del Derecho internacional permanecen en diálogo. Además, todas ellas se orientan también conforme a principios generales que cubren el completo edificio del Derecho internacional y que pueden ser vistos como Derecho constitucional. Por último, el ideal normativo del constitucionalismo global no es el holismo, sino, por el contrario, el pluralismo (James Tully).

#### IV. CONSTITUCIONALISMO COMO ILUSIÓN

La constitucionalización del Derecho internacional apenas avanza. Sus promotores no son los actores políticos que crean y aplican el Derecho. Se trata más bien, de un lado, de científicos que proponen una lectura del Derecho internacional conforme a criterios constitucionales; de otro, de jueces y árbitros internacionales. Un elemento nuclear de la constitucionalización, junto a la formación de principios constitucionales, es la juridificación de la solución de controversias internacionales (en parte incluso mediante derecho de creación judicial), pero no el desarrollo de los procesos de creación y aplicación del Derecho.

Tal constitucionalización académica y judicial puede ser vista como apolítica y juricista. A causa de las dificultades que entraña la creación de Derecho en el ámbito internacional, la respuesta legislativa a una constitucionalización judicial apenas resulta posible. Esto también deslegitima el activismo judicial, pues en esta constelación de relaciones la ausencia de reacción por parte del creador del Derecho no puede considerarse como un consentimiento (político) *ex silentio*. Hacer frente a un proceso de constitucionalización demasiado «juridicista» y demasiado «juristocrático» no supone, naturalmente, poner fin al mismo, sino politizarlo y democratizarlo. Pero esto sólo puede surgir desde abajo, no decretándolo por sentencia judicial o mediante un ensayo académico<sup>8</sup>.

El constitucionalismo global podría oscilar entre Escila y Caribdis: o bien resulta demasiado ambicioso, en cuyo caso fracasa tanto en el plano descriptivo como en el normativo, o bien es demasiado modesto y, entonces, también problemático. Si da por supuesta la vigencia efectiva de estándares constitucionales elevados y dibuja una imagen exageradamente optimista de la realidad jurídica que existe en los Estados no europeos y en el Derecho internacional, la propuesta resultaría analíticamente distorsionada. Si el constitucionalismo global promueve altos estándares y no atiende suficiente-

<sup>8</sup> Cfr. I. LEY, *Opposition im Völkerrecht, Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht*, Berlin, Springer, 2013.

mente de un lado a la diversidad cultural de las sociedades no occidentales y de otro a la especial estructura del Derecho internacional, no puede ofrecer orientaciones dignas de ser tenidas en cuenta en el ulterior desarrollo del Derecho nacional e internacional. Entonces tampoco estaría bien encaminado normativamente, sino que representaría, por el contrario, un desvarío que mediante su carácter abstracto y pseudo-universal entorpece el avance hacia la solución de los problemas sociales reales en los planos nacional y supraestatal.

En sentido contrario, las concesiones a las condiciones de funcionamiento de las sociedades no occidentales y la «transposición» del constitucionalismo al nivel internacional (Neil Walker) pueden rebajar las pretensiones de la idea rectora hasta hacer que la propuesta del constitucionalismo quede absolutamente diluida y resulte jurídica y políticamente irrelevante. Una concepción de la Constitución demasiado amplia y en ese sentido vacía de contenido puede producirse también mediante la aplicación del concepto de Derecho constitucional a los mecanismos jurídicos de constitución y limitación de cualesquiera entidades que actúan en el plano transnacional (Estados, organizaciones internacionales, empresas mercantiles, organizaciones no gubernamentales e individuos), sacrificando aparentemente la referencia a lo «político». Desde tal perspectiva, se trata de saber si las actuaciones jurídicas y reales que tales actores ponen en pie trascendiendo las fronteras pueden o no ser percibidas como ejercicio de poder «político» y si el Derecho constitucional global que por su parte las conforma y canaliza surge y puede seguir desarrollándose en procesos «políticos» (por contraposición a los estrictamente técnicos o puramente judiciales). Si la idea del constitucionalismo global fuera sólo una quimera surgida de la imaginación de intelectuales occidentales, no resistiría. E incluso si, como yo creo, el constitucionalismo global tiene una base en el vigente Derecho transnacional y se beneficia en principio de un cierto respaldo político, sólo es analítica y normativamente relevante en la medida en que el programa evite ambos extremos, tanto las pretensiones más elevadas como la nivelación de cualquier expectativa.

## V. CONSTITUCIONALISMO COMO CRÍTICA

Los hechos relatados en el primer epígrafe, con la sanción de las autoridades chinas a la difusión del acervo de ideas constitucionales, resultan ambivalentes y pueden ser interpretados de modos racialmente distintos. Pueden ilustrar que la incorporación de tales ideas constitucionales (incluyendo el respeto a los derechos humanos que comportan) depende de circunstancias que en muchas partes del mundo, por ejemplo en China, no concurren<sup>9</sup>. Entre tales condiciones se cuenta, entre otras, la existencia de una cultura política que reconozca efectivamente al Derecho, en especial al Derecho constitucional, primacía frente a otros sistemas de ideas en eventual concurrencia (primacía frente a ideologías políticas como el comunismo o

<sup>9</sup> Cfr. Ch. THORNHILL, *A Sociology of Constitutions: Constitutions and State Legitimacy in Historical-Sociological Perspective*, Cambridge, CUP, 2013; M. MORLOK, *Verfassungssoziologie*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2014.

frente a sistemas religiosos como el cristianismo o el islam) y que considere al Derecho como el sistema ordenador responsable en última instancia de la convivencia social y de la vida pública.

Pero la orden mordaza del Partido comunista chino puede probar hasta qué extremo se toman en serio los titulares del poder el contenido potencialmente transformador del constitucionalismo y cómo pretenden ahogarlo desde sus primeros balbuceos. Con referencia a la idea clave de los «derechos humanos», Estados inicialmente escépticos han abandonado hace tiempo tales intentos de erradicación, sustituyéndolos por una estrategia de apropiación. Miremos el ejemplo de China. La Constitución china, en su redacción del 14 de marzo de 2004, contiene preceptos de derechos humanos (capítulo II: «Los derechos y deberes fundamentales del ciudadano», arts. 33-56). Desde una reforma constitucional de 1999 China se considera como «Estado socialista bajo el imperio del Derecho» (art. 5.1 de la Constitución china). La Oficina de Información del Consejo de Estado publicó en mayo de 2013 un libro blanco sobre el «Progreso de los Derechos Humanos en China en el año 2012». En octubre de 2012 publicó un documento sobre la reforma de la justicia. Con la reforma del proceso penal que entró en vigor en 2013 se prohibió la obtención de pruebas mediante tortura, se reforzaron los derechos del imputado y se limitó la pena de muerte.

No sé hasta qué punto se implementan las nuevas disposiciones y cómo se interpreta la fórmula constitucional del «imperio del Derecho» por parte de las autoridades y los tribunales chinos. La introducción normativa de tal estándar es, sin embargo, una *conditio sine qua non* para su cumplimiento, y desde tal punto de vista tales reformas son al menos un primer paso necesario en dirección al establecimiento de un ordenamiento jurídico conforme a las ideas constitucionales. En cualquier caso, el siguiente dato resulta sorprendente: mientras que sólo hace tres años el Consejo de Estado chino informaba de que un plan de acción en materia de derechos fundamentales debía incorporar el «principio constitucional del respeto y la protección de los derechos humanos» («*constitutional principle of respecting and protecting human rights*»)<sup>10</sup>, en el actual libro blanco «Progreso de los Derechos Humanos en China en el año 2012» del 14 de mayo de 2013 ya no aparecen referencias a la palabra «constitución»<sup>11</sup>.

Incluso antes de ser realmente aplicados, los preceptos jurídicos y el concepto de constitución podrían desplegar una fuerza capaz de determinar el discurso, y justo esto es lo que parece querer evitar el nuevo documento chino. Por ejemplo, la apropiación del concepto de derechos humanos por parte de China y de otros estados no occidentales ofrece la posibilidad de que se desencadenen debates en torno a tal concepto. Permite interpelar a los titulares del poder y criticarlos a partir de los criterios aceptados por ellos mismos. Los Estados han de tolerar que se exhiban frente a ellos los Tratados que ellos mismos han firmado y ratificado, si no quieren entrar en contradicción.

<sup>10</sup> Oficina de Información del Consejo de Estado, «White Paper on Progress in China's Human Rights in 2009» de septiembre de 2010, [http://www.china.org.cn/government/whitepaper/node\\_7101466.htm](http://www.china.org.cn/government/whitepaper/node_7101466.htm).

<sup>11</sup> [http://news.xinhuanet.com/english/china/2013-05/14/c\\_132380706.htm](http://news.xinhuanet.com/english/china/2013-05/14/c_132380706.htm).

En cualquier caso, la fuerza discursiva de conceptos como «Derechos humanos», «*rule of law*» y «constitución» resulta bastante débil. Las ideas pueden ser diluidas hasta el extremo de no servir ya para la crítica, sino para ser usadas más bien como hoja de parra. Esto ocurre una y otra vez, y en tales circunstancias el discurso constitucional aparece como superficial e incluso como dañino. Pero las interacciones globales oscilan regularmente entre los dos polos de la crítica y la apología; depende de factores contextuales adicionales cuál de los dos efectos predomina en cada fase.

Considero arriesgada la interpretación optimista del episodio chino, pero defendible. La imagen ofrecida en esta contribución sobre el desarrollo jurídico actual en los planos internacional y nacional no es, de todos modos, técnica y valorativamente neutral. Está inspirada por una idea que es imprescindible conocer para que el observador pueda destacar, clasificar y etiquetar determinados fenómenos como manifestaciones de una constitucionalización global. La idea latente en el título de este trabajo, conforme a la cual el constitucionalismo aparece como una conquista global, no sólo indica que las constituciones o el Derecho constitucional se han extendido globalmente como institución jurídica al amparo de la idea del constitucionalismo, sino que también lo apoya.

Esto naturalmente se aplica en conjunto al constitucionalismo global como programa: tiene tanto una faceta descriptiva como otra prescriptiva, que no pueden ser diferenciadas con nitidez. No pretende atribuir al Derecho internacional una legitimidad aparente. Más bien, desde esta perspectiva se pueden poner al descubierto déficits de legitimidad en el Derecho internacional, sin que un simplista reproche de falta de legitimidad menoscabe la autoridad del Derecho internacional en cuanto tal. El constitucionalismo global cobra así su mayor valor como crítica. Desarrollar tal potencial crítico de modo constructivo es tarea de la ciencia jurídica.

## TEMAS

### II