

# LA IDEA DE CONSTITUCIÓN: ¿NUEVA ORIENTACIÓN EN LA ÉPOCA DE LA GLOBALIZACIÓN?\*

Por GIOVANNI BIAGGINI\*\*

## SUMARIO

1. LA CONSTITUCIÓN, «OBJETO DE TODOS LOS ANHELOS».—2. MARCHA DE LA CONSTITUCIÓN...: A) ... nacional: ningún Estado sin Constitución. B) ... europea: «Derecho constitucional europeo comunitario». C) ... europea: la «Constitución de la Unión Europea». D) ... global: la «Constitución de la Comunidad internacional». E) La interdependencia internacional, la internacionalización de la Constitución y la «globalización» como catalizador. F) Una discordia fraternal que se desarrolla en el interior de la sociedad de amigos constitucionales: «estatistas» frente a «internacionalistas».—3. ¿NO HAY UNA CONSTITUCIÓN SIN ESTADO?: A) La Constitución como ordenamiento jurídico básico del Estado. B) Elementos constitucionales centrales: derechos del hombre, separación de poderes, soberanía popular. C) ¿Ordenamientos básicos de Derecho internacional como Constituciones supraestatales? D) Dos concepciones constitucionales concurrentes, dos peligros y un dilema.—4. CONSTITUCIONALIZACIÓN SIN CONSTITUCIÓN: EL DESARROLLO DE LA IDEA DE CONSTITUCIÓN EN EL MARCO SUPRAESTATAL: A) ¿Salida terminológica del dilema? B) La Constitución del Estado como instrumento para la realización de la idea de Constitución en el marco estatal. C) La constitucionalización de los ordenamientos básicos iusinternacionales como realización de la idea de Constitución en el marco supraestatal. D) Constitucionalización de los ordenamientos básicos iusinternacionales como proceso. E) La idea de Constitución como *idée directrice*. F) Perspectivas de futuro del proceso de constitucionalización.—5. RECAPITULACIÓN.

---

\* Versión ligeramente completada de la Lección inaugural pronunciada el 8 de mayo de 2000 en el Aula Magna de la Universidad de Zúrich. Publicada en la *Zeitschrift für Schweizerisches Recht*, Nueva época, tomo CXIX (2000), vol. 1 (cuaderno 5), pp. 445-476.

\*\* Profesor Ordinario (Catedrático) de Derecho del Estado, Derecho Administrativo y Derecho Europeo en la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad de Zúrich (Suiza).

## 1. LA CONSTITUCIÓN, «OBJETO DE TODOS LOS ANHELOS»

Quien se enfrente con las cuestiones del presente y del futuro relativas a la Constitución, hará bien en dirigir la mirada al pasado más reciente y el más lejano. En la tarde-noche del Fin de año de 1999, los hombres anhelaron más que otros años la llegada de la medianoche: los unos debido a la (supuesta) llegada de un nuevo milenio o debido a la magia del tercer cero, los otros debido a los fuegos artificiales especiales que se esperaban. Sólo en el caso de unos pocos, hay que presumir que la razón de la espera tan ansiosa fue que en aquel «segundo histórico para el mundo» entraba en vigor la nueva Constitución Federal suiza. Hoy tenemos en Suiza una relación sensata con la Constitución. La legislación constitucional pertenece al día a día de la vida política de nuestra Comunidad. Bien distinto era todo en Francia hace más de doscientos años. Leemos en informes coetáneos que una verdadera «fiebre constitucional» invadía el país<sup>1</sup>. Desde noviembre de 1789 nos son transmitidas estas frases:

«Una Constitución es objeto de todos los anhelos. Para lograrlo, cualquier ciudadano sacrifica su patrimonio, sus negocios personales y su tranquilidad [...]»<sup>2</sup>.

Se inflamó en «amor a la Constitución»<sup>3</sup>, y por todas partes en el país se fundaban «sociedades de amigos de la Constitución» o «Sociétés des amis de la Constitution», mejor conocidas como clubs jacobinos<sup>4</sup>. El entusiasmo constitucional no es, por supuesto, un privilegio de los franceses.

La frecuentemente citada invocación «¡oh, maravillosa Constitución!, ¡pergamino mágico!»<sup>5</sup> procede de un prominente miembro de la abogacía de Nueva York. Todavía hoy es grande la veneración a los padres de la Constitución y su obra en los Estados Unidos de Norteamérica. También hubo entusiasmo en Alemania y así, en numerosas ciudades, pequeñas y grandes, del Gran Ducado de Baden se produjeron en 1843 «fiestas constitucionales». En el centro de la celebración, «estaba un documento constitucional que fue realizado especialmente como ejemplar de lujo y que fue

<sup>1</sup> Cfr. WOLFGANG SCHMALE, *Entchristianisierung, Revolution und Verfassung*, Berlín, 1988, p. 12.

<sup>2</sup> Del número 20 de «Révolutions de Paris» (21.-28.11.1789), p. 3, citado por SCHMALE (n. 1), p. 13.

<sup>3</sup> Cfr. SCHMALE (n. 1), p. 65 (citando de la correspondencia de un club jacobino en la provincia).

<sup>4</sup> Cfr. SCHMALE (n. 1), p. 64.

<sup>5</sup> Henry R. Eastbrook (1913), citado por ULRICH K. PREUSS, *Revolution, Fortschritt und Verfassung*, Berlín, 1990, p. 11.

llevado por las calles yaciendo en un almohadón bordado o aterciopelado»<sup>6</sup>. Inscripciones y pancartas con frases básicas tomadas de la Constitución adornaban los vagones, salones de actos y obeliscos. A veces, la veneración constitucional asumió también algo de sacro. Así, la Constitución de Baden se expuso a la vista también en las iglesias, en altares elevados especialmente para ella. En la Francia revolucionaria, se designó a la Constitución como «Catecismo del género humano»<sup>7</sup>. Y Thomas Paine (1737-1809), el afamado publicista y recorredor de fronteras entre Inglaterra, América y Francia, informa de que la Constitución, igual a la Biblia en algunas zonas de América, hay que encontrarla en casi cualquier casa, en cierto modo como «Biblia política del Estado»<sup>8</sup>.

Pero la historia tiene preparados también ejemplos de profundo escepticismo constitucional. Ferdinand Lasalle (1825-1864), un precursor del movimiento obrero alemán, designó a la Constitución en el año 1862, en atención a las circunstancias en Prusia, como una mera «hoja de papel»: lo que en ella «esté escrito, es totalmente indiferente, si [...] contradice las relaciones de poder fácticas»<sup>9</sup>. No pensaba al respecto que se pudiese tomar por la Constitución también pergamino o una placa de piedra o arcilla y no vislumbraba en absoluto los medios de memoria informática que entretanto la revolución «electrónica» nos ha deparado. Pero su sentencia afecta a un punto delicado: que una Constitución es realidad vivida es todo menos evidente. La Constitución, como «ordenación de lo político», tiene por objeto de regulación a los titulares supremos de poder y de decisión<sup>10</sup>. Pero ella misma no posee, de ningún modo, poder. Su eficacia posee una serie de condiciones<sup>11</sup>.

<sup>6</sup> PAUL NOLTE, «Die badischen Verfassungsfeste im Vormärz», en: Manfred Hettling/Paul Nolte (ed.), *Bürgerliche Feste: symbolische Formen politischen Handelns im 19. Jahrhundert*, Gotinga, 1993, pp. 71 und 74. Ocasión de la celebración fueron los 25 años de existencia de la Constitución de 1818 otorgada por el Gran Duque Carlos.

<sup>7</sup> Cfr. SCHMALE (n. 1), p. 13.

<sup>8</sup> THOMAS PAINE, *Rights of Man* (1791), Harmondsworth, 1979, p. 209, citado por PREUSS (n. 5), p. 17.

<sup>9</sup> FERDINAND LASSALLE, *Über Verfassungswesen* (1862), 4ª ed., Leipzig, 1872, pp. 24 y 28.

<sup>10</sup> Cfr. ERNST-WOLFGANG BÖCKENFÖRDE, «Die Eigenart des Staatsrechts und der Staatsrechtswissenschaft», en: id., *Staat, Verfassung, Demokratie*, Frankfurt del Meno, 1991, p. 11 ss.; ULRICH K. PREUSS (ed.), *Zum Begriff der Verfassung – Die Ordnung des Politischen*, Frankfurt del Meno, 1994.

<sup>11</sup> Sobre el necesario consenso básico, cfr. JÖRG PAUL MÜLLER, *Demokratische Gerechtigkeit*, Múnich, 1993, pp. 20 ss. Cfr. también p. 49.

## 2. MARCHA DE LA CONSTITUCIÓN...

### A) ... nacional: ningún Estado sin Constitución

De todos modos, tras más de doscientos años de historia constitucional, podemos aseverar, no sin satisfacción, que la idea de Constitución se ha revelado como eficaz. Sí, podemos volver la vista atrás hacia una marcha triunfal notable, a lo largo del mundo, de la Constitución<sup>12</sup>. No es una casualidad que la Ciencia política, la Economía y la Filosofía muestren hoy un interés creciente en las cuestiones constitucionales<sup>13</sup>. La Constitución pertenece a las insignias de la estatalidad<sup>14</sup>. No cabe hoy construir un Estado sin Constitución. Sólo algunos pocos Estados, como Gran Bretaña, se permiten el lujo de no poseer una Constitución escrita<sup>15</sup>. El dominio legítimo viene referido a una Constitución, lo cual no significa que la existencia de un documento constitucional por sí sola ya garantice el dominio legítimo. El papel todo lo aguanta<sup>16</sup>.

### B) ... europea: «Derecho constitucional europeo comunitario»

Un Estado que quiera pertenecer a la familia de Estados europeos debe, hoy en día, poder exhibir una Constitución cualificada que se ajuste a un determinado estándar de democracia y Estado de Derecho. Sólo entonces tendrá la posibilidad de ser admitido en el Consejo de Europa. Entretanto, esta organización internacional, entendida como Comunidad constitucional y de valores<sup>17</sup>, cuenta con cuarenta y un Estados. En la literatura jurídica

<sup>12</sup> Cfr. BRUCE ACKERMAN, «The Rise of World Constitutionalism», *Virginia Law Review*, 1997, p. 771 ss.

<sup>13</sup> Cfr., por ejemplo, ADOLF KIMMEL (ed.), *Verfassungen als Fundament und Instrument der Politik*, Baden-Baden, 1995; RICHARD BELLAMY/DARIO CASTIGLIONE, *Constitutionalism in Transformation: European and Theoretical Perspectives*, Oxford, 1996; HANS VORLÄNDER, *Die Verfassung: Idee und Geschichte*, Múnich, 1999.

<sup>14</sup> No por casualidad, los cantones suizos conceden mucho valor a darse Constituciones plenas.— Sobre las funciones simbólicas de la Constitución, E. CRONIN, «The Constitution as Instrument and Symbol», en: *The American Political Science Review* (30), 1936, pp. 1072 ss.; JÜRGEN GEBHARDT, «Die Idee der Verfassung: Instrument und Symbol», en: KIMMEL (n. 13), pp. 9 ss.

<sup>15</sup> PETER PERNTHALER, *Allgemeine Staatslehre und Verfassungslehre*, 2ª ed., Viena/Nueva York, 1996, p. 27, menciona media docena de Estados sin documentos constitucionales.

<sup>16</sup> También según «Weltstunde des Verfassungsstaates» (1989) (Häberle) no está totalmente eclipsada la categoría de las Constituciones semánticas (Loewenstein).

<sup>17</sup> Cfr. THOMAS OPPERMANN, *Europarecht*, 2ª ed., Múnich, 1999, p. 30; PETER HÄBERLE, «Europa – eine Verfassungsgemeinschaft?», en: íd., *Europäische Verfassungslehre in Einzelstudien*, Baden-Baden, 1999, pp. 84 ss., especialmente p. 112.

se habla de muy buen grado del surgimiento de un «Derecho constitucional europeo comunitario»<sup>18</sup> y de un «espacio constitucional europeo»<sup>19</sup>, que tendría como *Magna Charta* europea<sup>20</sup> a la Convención europea de Derechos del Hombre y al Tribunal de Derechos Humanos de Estrasburgo como titular de una «jurisdicción constitucional común europea»<sup>21</sup> cuyas competencias van más allá, en ocasiones, que las de la justicia nacional (como se ha podido experimentar no sólo en Suiza<sup>22</sup>). La idea de Constitución deja el horizonte nacional atrás, avanza más allá hacia campos supraestatales.

### C) ... europea: la «Constitución de la Unión Europea»

La marcha europea de la Constitución comprende también a la Unión Europea. Los Convenios internacionales en los que se basan la Comunidad y la Unión Europeas son calificados, cada vez de modo más evidente, en la literatura de la Ciencia del Derecho como «Constitución»: como *Constitution de la Communauté*<sup>23</sup>, como «Constitución de la Comunidad»<sup>24</sup>, como «Constitución transnacional»<sup>25</sup>, como «ordenación constitucional» de la Unión Europea<sup>26</sup>, como «Constitución de la Unión Euro-

<sup>18</sup> Así, PETER HÄBERLE con el olfato, propio de él, para las fórmulas melódicas («Gemein-europäisches Verfassungsrecht»), en: *EuGRZ*, 1991, pp. 261 ss.).

<sup>19</sup> Cfr. ROLAND BIEBER/PIERRE WIDMER (ed.), *Der europäische Verfassungsraum – L'espace constitutionnel européen*, Zúrich 1995. Sobre la europeización de las Constituciones nacionales, cfr. JÜRGEN SCHWARZE, «Die europäische Dimension des Verfassungsrechts», en: íd. (ed.), *Verfassungsrecht und Verfassungsgerichtsbarkeit im Zeichen Europas*, Baden-Baden, 1998, pp. 137 ss., 165.

<sup>20</sup> Cfr. PETER HÄBERLE, «Verfassungsvergleich und Verfassungsgebung», en: íd., *Europäische Verfassungslehre in Einzelstudien*, Baden-Baden, 1999, p. 42. Cfr., también, CHRISTIAN WALTER, «Die Europäische Menschenrechtskonvention als Konstitutionalisierungsprozess», en: *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht (ZaöRV)*, 1999, pp. 961 ss., 971.

<sup>21</sup> Cfr. WALTER (n. 20), pp. 961 ss.

<sup>22</sup> Cfr. WALTER (n. 20), pp. 962 ss.

<sup>23</sup> JEAN-PAUL JACQUÉ, «La Constitution de la Communauté Européenne», en: *Revue universelle des droits de l'homme (RUDH)*, 1995, pp. 397 ss.; cfr., también, GIL CARLOS RODRIGUEZ IGLESIAS, «Zur "Verfassung" der Europäischen Gemeinschaft», en: *Europäische Grundrechte-Zeitschrift (EuGRZ)*, 1996, pp. 125 ss.; DEIRDRE CURTIN, «The Constitutional Structure of the Union», en: *Common Market Law Review (CMLR)*, 1993, pp. 30 ss.; GÖRG HAVERKATE, *Verfassungslehre*. München, 1992, p. 16.

<sup>24</sup> Cfr. ARMIN VON BOGDANDY, «Skizzen einer Theorie der Gemeinschaftsverfassung», en: Thomas von Danwitz *et alii* (ed.), *Auf dem Weg zu einer Europäischen Staatlichkeit*, Stuttgart y otras, 1993, p. 24.

<sup>25</sup> Cfr. ERIC STEIN, «Lawyers, Judges, and the Making of a Transnational Constitution», en: *American Journal of International Law (AJIL)*, 1981, pp. 1 ff

<sup>26</sup> Cfr. WOLFRAM HERTEL, *Supranationalität als Verfassungsprinzip*, Berlín, 1999, p. 106; OLIVIER JACOT-GUILLARMOD, «La hiérarchie des règles dans l'ordre constitutionnel de l'Union

pea»<sup>27</sup> o como «Constitución europea»<sup>28</sup> (algo petulante para los oídos suizos). Un papel pionero correspondió, al respecto, como tantas veces, al Tribunal Europeo de Luxemburgo (TJCE), que ya en los años ochenta ennoblecó al Tratado de la Comunidad Económica Europea con el título de «documento constitucional de la Comunidad»<sup>29</sup>. Algunos autores se resignan algo prudentemente y colocan el concepto «Constitución» conscientemente entre comillas<sup>30</sup> o ven a la Unión Europea sólo «en el camino hacia una Constitución europea»<sup>31</sup>. De una u otra forma, se acentúa en la política y la ciencia cada vez más y de modo más apremiante la llamada a una formalización, a una «Constitución para Europa» y ello como respuesta a diferentes déficits, sobre todo de democracia pero en parte también de derechos fundamentales, en el proceso de integración europea. Existe también toda una serie de proyectos oficiales y privados, bosquejos y propuestas de una «Constitución europea»<sup>32</sup>. Y hace poco fue presentado el Proyecto de

européenne», en: *Festschrift Jean-François Aubert*, Basilea/Frankfurt del Meno, 1996, pp. 41 ss.; JOSEPH H.H. WEILER/JOEL P. TRACHTMAN, «European Constitutionalism and its Discontents», en: *Northwestern Journal of International Law & Business*, 1996/97, pp. 354 ss.

<sup>27</sup> Cfr. por ejemplo DANIEL THÜRER, «Föderalistische Verfassungsstrukturen für Europa – eine zweite Chance der Entfaltung», en: *Integration 2000*, pp. 89 ss.; INGOLF PERNICE, «Deutschland in der Europäischen Union», en: Paul Kirchhof/Josef Isensee (ed.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, tomo VIII, Heidelberg, 1995, p. 275. Cfr., también, JOCHEN ABR. FROWEIN, «Die Verfassung der Europäischen Union aus der Sicht der Mitgliedstaaten», en: *Europarecht (EuR)*, 1995, p. 315; JOSEF ISENSEE, «Vorrang des Europarechts und deutsche Verfassungsvorbehalte – offener Dissens», en: *Festschrift Klaus Stern*, Múnich, 1997, p. 1239.

<sup>28</sup> Cfr. RUDOLF STEINBERG, «Grundgesetz und Europäische Verfassung», *Zeitschrift für Rechtspolitik (ZRP)*, 1999, pp. 365 ss.; WOLFRAM HERTEL, «Die Normativität der Staatsverfassung und einer Europäischen Verfassung», en: *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart*, Nueva Época, tomo 48, Tubinga, 2000, pp. 233 ss.

<sup>29</sup> Sentencia de 23.4.1986, Rs. 294/83, *Les Verts/Europäisches Parlament*, Slg. 1986, 1339, 1365. Cfr., también, el Dictamen 1/91, *Europäischer Wirtschaftsraum*, Slg. 1991, I-6079, 6102 («Verfassungsurkunde einer Rechtsgemeinschaft»/«charte constitutionnelle d'une communauté de droit»). Cfr., también, BVerfGE 22, 293 (296).

<sup>30</sup> Cfr., por ejemplo, STEFAN OETER, «Souveränität und Demokratie als Probleme in der 'Verfassungsentwicklung' der Europäischen Union», en: *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht (ZaöRV)*, 1995, p. 678.

<sup>31</sup> Cfr. JÜRGEN SCHWARZE, «Auf dem Weg zu einer europäischen Verfassung – Wechselwirkungen zwischen europäischem und nationalem Verfassungsrecht», en: *Deutsches Verwaltungsblatt (DVBl)*, 1999, pp. 1677 ss.– Algo vacilante, Peter Häberle, quien habla de una «'Constitución europea' ya desarrollándose o todavía por desarrollarse» («Europaprogramme neuerer Verfassungen und Verfassungsentwürfe», en: *Festschrift Ulrich Everling*, Baden-Baden, 1995, p. 378).

<sup>32</sup> Menciónense aquí el llamado Proyecto Spinelli de 1984, así como el Proyecto de una Constitución de la Unión Europea de la Comisión institucional del Parlamento Europeo de 1994, además de la propuesta crítica de la integración del *European Constitutional Group* de 1993/94. Una panorámica en SCHWARZE (n. 31), p. 1678 ss.; HERTEL (n. 28), pp. 233, 236 ss., 249 ss. Cfr., también, INGOLF PERNICE, «Der Europäische Verfassungsverbund auf dem Weg der

Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea elaborado por encargo del Consejo Europeo a mediados de 1999<sup>33</sup>. Johann Caspar Bluntschli (1808-1881) constató en el año 1878 sobriamente: «La discusión sobre la Constitución europea tiene obviamente en la actualidad sólo un valor académico»<sup>34</sup>. Esta aseveración mantuvo todavía bien entrado el siglo XX su validez. Pero hoy, a la vista del comprometido debate constitucional europeo, que es conducido por una teoría constitucional europea<sup>35</sup> que se establece gradualmente, ha sido definitivamente superada.

D) ... global: la «Constitución de la Comunidad internacional»

El concepto de «Constitución» también ha tenido, entretanto, amplia expansión en el marco internacional global<sup>36</sup>. Las normas básicas del Derecho internacional y la Carta de las Naciones Unidas<sup>37</sup> son designadas hoy, cada vez de forma más sobreentendida, como «Constitución de la Comunidad internacional». De vez en cuando se habla, con algo de gran-

---

Konsolidierung», en: *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart*, Nueva Época, tomo 48, Tubinga 2000, pp. 205 ss.; ROLAND BIEBER, «Steigerungsform der europäischen Union: Eine Europäische Verfassung», en: *Festschrift Carl Heymanns Verlag*, Colonia y otras, 1995, pp. 291 ss.; respecto de propuestas anteriores, JÜRGEN SCHWARZE/ROLAND BIEBER, *Eine Verfassung für Europa*, Baden-Baden, 1984.

<sup>33</sup> El proyecto de la Comisión de 28 de Septiembre 2000 (Charte 4487/00) está disponible en <http://ue.eu.int>. Cfr., también, ALBRECHT WEBER, «Die Europäische Grundrechtscharta – auf dem Weg zu einer europäischen Verfassung», en: *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)*, 2000, pp. 537 ss.

<sup>34</sup> En el ensayo «Die Organisation des europäischen Staatenvereins» (reimpresión, Darmstadt, 1962, pp. 9 ss.).

<sup>35</sup> Cfr. JOSEPH H.H. WEILER, *The Constitution of Europe*, Cambridge, 1999; PETER HÄBERLE, *Europäische Verfassungslehre in Einzelstudien*, Baden-Baden, 1999; BELLAMY/CASTIGLIONE (n. 13); PERNICE (n. 32), pp. 205 ss.; ERNST-ÜLRICH PETERSMANN, «Proposals for a New Constitution for the European Union: Building-Blocks for a Constitutional Theory and Constitutional Law of the EU», en: *Common Market Law Review (CMLR)*, 1995, pp. 1123 ss. En general, la teoría o doctrina constitucional se emancipan cada vez más de la tradicional doctrina del Estado. En este sentido, también HÄBERLE, *ibidem*, pp. 15 ss.

<sup>36</sup> Cfr., por ejemplo, CHRISTIAN TOMUSCHAT, «Die internationale Gemeinschaft», en: *Archiv des Völkerrechts*, 1995, p. 7 («Constitución de la comunidad internacional», «ordenamiento constitucional internacional»); THÜRER (n. 27), pp. 89 ss. Ya en el año 1926, ALFRED VERDROSS nos dejó un escrito con el título *Die Verfassung der Völkergemeinschaft* (Viena/Berlín, 1926); cfr., también ya ÍD., *Die Einheit des rechtlichen Weltbildes auf Grundlage der Völkerrechtsverfassung*, Tubinga, 1923.

<sup>37</sup> Cfr., por ejemplo, BARDO FASSBENDER, «The United Nations Charter as Constitution of the International Community», en: *Columbia Journal of Transnational Law*, 1998, pp. 529 ss.; JAMES CRAWFORD, «The Charter of the United Nations as a Constitution», en: H. Fox (ed.), *The Changing Constitution of the United Nations*, 1997, pp. 3 ss. Cfr., también ya ALF ROSS, *The Constitution of the United Nations*, 1950.

dilocuencia, de *constitution of mankind*<sup>38</sup>, que demarca un marco «jurídico-constitucional» para la política interior mundial<sup>39</sup> *in nascendo*. Recientemente, también se habla de una «Constitución de derechos del hombre» global<sup>40</sup>. Para algunos autores, el Tratado de la Organización Mundial del Comercio constituye, aunque todavía no abarque a todo el Mundo, el núcleo de una «Constitución económica global» o de una «Constitución económica mundial»<sup>41</sup>. Hay también opiniones más prudentes que prefieren no hablar en el contexto global de una verdadera «Constitución», sino de «estructuras constitucionales» del orden del Derecho internacional o de un núcleo «jurídico-constitucional»<sup>42</sup> o de la «elaboración» paso a paso «de un Derecho constitucional internacional»<sup>43</sup> o de una «constitucionalización del Derecho internacional»<sup>44</sup>.

De una u otra manera, la marcha de la Constitución hacia el sistema internacional parece ir a toda marcha<sup>45</sup>. Y también a escala global se arti-

<sup>38</sup> Cfr., por ejemplo, CHRISTIAN TOMUSCHAT, «International Law as the Constitution of Mankind», en: *International Law at the Eve of the Twenty-First Century, Views from the International Law Commission*, 1997, pp. 37 ss.; ERNST-ULRICH PETERSMANN, «How to Constitutionalize International Law and Foreign Policy for the Benefit of Civil Society?» en: *Michigan Journal of International Law* (20), 1998/99, pp. 11 ss.

<sup>39</sup> El concepto parece remontarse a C.F. VON WEIZSÄCKER, «Das ethische Problem der modernen Strategie», en: *Europa-Archiv (EA)*, 1969, p. 191; cfr., también, JOST DELBRÜCK, «Wirksameres Völkerrecht oder neues ‚Weltinnenrecht‘», en: *íd.*, *Die Konstitution des Friedens als Rechtsordnung*, Berlín, 1996, pp. 318 ss.; DIETER SENGHAAS, «Weltinnenpolitik – Ansätze für ein Konzept», en: *Europa-Archiv (EA)*, 1992, pp. 643 ss.

<sup>40</sup> Cfr. JÖRG PAUL MÜLLER, «Die Zukunftsperspektive: Eine globale Republik?», en: Peter Blickle und Rupert Moser (ed.), *Traditionen der Republik – Wege zur Demokratie*, Berna y otras, 1999, p. 244.

<sup>41</sup> Cfr. STEFAN LANGER, *Grundlagen einer internationalen Wirtschaftsverfassung*, Múnich, 1995.

<sup>42</sup> Cfr., por ejemplo, DANIEL THÜRER en: *Kommentar BV*, «Bundesverfassung und Völkerrecht» (1995), número marginal 16 ss.; FASSBENDER (n. 37), pp. 538 ss.

<sup>43</sup> KLAUS DICKE, «Völkerrechtspolitik und internationale Rechtsetzung: Grundlagen – Verfahren – Entwicklungstendenzen», en: *Zeitschrift für Gesetzgebung (ZG)*, 1988, p. 193 ss.

<sup>44</sup> Cfr. JOCHEN ABR. FROWEIN, «Konstitutionalisierung des Völkerrechts», en: *Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht*, tomo 39, Heidelberg, 2000, pp. 427 ss.; cfr., también, MICHAEL COTTIER, *Die Anwendbarkeit von völkerrechtlichen Normen im innerstaatlichen Bereich als Ausprägung der Konstitutionalisierung des Völkerrechts*, SZIER, 1999, pp. 403 ss.; GEORG NOLTE, «Kosovo und Konstitutionalisierung: zur humanitären Intervention der NATO-Staaten», en: *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht (ZaöRV)*, 1999, pp. 941 ss.

<sup>45</sup> Aunque, en rigor, hay sólo pocas normas con validez universal (aproximada). Junto con la Carta de la ONU (sin Suiza) pertenecen a ese grupo, sobre todo, la Convención de la ONU sobre los Derechos de los Niños de 20 de noviembre de 1989 (a finales de 1999, 191 Estados firmantes, entre ellos también Suiza, pero no los Estados Unidos de Norteamérica), así como las normas reconocidamente obligatorias del Derecho internacional general (llamadas *ius cogens*; cfr. STEFAN KADELBACH, *Zwingendes Völkerrecht*, Berlín, 1992). Los pactos gemelos de

cula, si bien todavía no tan discerniblemente como a escala europea, el deseo de una consolidación y formalización. Hace poco, por ejemplo, el filósofo de Tubinga, Otfried Höffe, esbozó en su libro *Democracia en la época de la globalización (Demokratie im Zeitalter der Globalisierung)* el proyecto de una «república federal mundial» basada en los derechos humanos, la soberanía popular y la subsidiariedad con una verdadera legislación, un ejecutivo y una jurisdicción globales<sup>46</sup>.

E) La interdependencia internacional, la internacionalización de la Constitución y la «globalización» como catalizador

Pero regresemos por de pronto al presente desde tales visiones del siglo XXII y sometamos a un análisis más preciso a la marcha actual de la Constitución hacia el sistema global o europeo. ¿Manifiesta este nuevo «anhelo constitucional» (internacional) una nueva orientación de la idea de Constitución? ¿Ha entrado el constitucionalismo moderno «en una fase histórica básicamente nueva»<sup>47</sup>?

Observemos, en principio, los hechos desnudos: determinamos que el concepto de «Constitución» tiene gran prosperidad. En Europa se muestra incluso cierta tendencia a lo inflacionario. Pero los contornos del concepto internacionalizado de Constitución se han difuminado bastante hasta ahora. ¿Cuáles son las consecuencias de una internacionalización de la figura de la Constitución? ¿Qué es de esperar de ello? ¿Qué se espera de ello en el silencio? Se podría intentar considerar las nuevas tendencias como una mera moda conceptual. Desde luego, se habría avanzado muy poco. El hecho de que, cada vez con más frecuencia, nos topemos con el concepto de «Constitución» no es una casualidad, sino, más bien, un testimonio totalmente elocuente del proceso de cambio en las estructuras jurídicas internacionales con una dimensión plenamente constitucional. Ello acerca de forma más inteligible al día en que se inserte la marcha de la Constitución en un contexto más amplio. Desde el final de la Segunda Guerra Mundial,

---

1966 de derechos humanos de la ONU han sido firmados hasta ahora por algo más de 140 Estados (situación en mayo de 2000).

<sup>46</sup> Múnich, 1999, especialmente pp. 295 ss. (desde luego, sin poner en el centro el concepto de «Constitución»). Un poco más allá va ERNST-ULRICH PETERSMANN, «How to Constitutionalize the United Nations? Lessons from the 'International Economic Law Revolution'», en: *Liber amicorum Günther Jaenicke – zum 85. Geburtstag*, Berlín y otras, 1998, p. 313 ss.; FASSBENDER (n. 37), pp. 593 ss. Crítico, por ejemplo, STEFAN OETER, «Internationale Organisation oder Weltföderation? Die organisierte Staatengemeinschaft und das Verlangen nach einer ‚Verfassung der Freiheit‘», en: Hauke Brunkhorst/Matthias Kettner (ed.), *Globalisierung und Demokratie*, Frankfurt del Meno, 2000, pp. 208 ss., 219, 235 ss., 239.

<sup>47</sup> Así, afirmándolo, ULRICH K. PREUSS, «Der Begriff der Verfassung und ihre Beziehung zur Politik», en: íd. (n. 10), p. 30. Cfr., también, BELLAMY/CASTIGLIONE (n. 13).

el Derecho internacional alcanza en la solución de los problemas del presente, que ya no se paran en su mayoría en las fronteras nacionales, un enorme incremento de su significación. Sin embargo, parece exagerado, hoy, hablar de una verdadera disolución de la estatalidad o de la Constitución<sup>48</sup>, si bien los concretos Estados y sus estructuras constitucionales no dejan de ser afectados por este proceso<sup>49</sup>. La soberanía en el sentido clásico ya no corresponde a los Estados constitucionales iusinternacionalmente vinculados de formas diversas<sup>50</sup>. Las «Constituciones accesorias»<sup>51</sup> de Derecho internacional van creciendo. Y dentro de los Estados, hay que observar muchas veces una latente pérdida de peso del poder legislativo en favor del gobierno<sup>52</sup> que llama a una nueva compensación del equilibrio de poderes.

Estos desarrollos a largo plazo se superponen a un proceso que los fortalece y que está en la boca de todos: la llamada «globalización». No debe aquí intentarse definir este concepto cargado de emociones<sup>53</sup>. Simplemente, a la vista de las diversas causas y formas de manifestación, debería ponerse el concepto «globalización» en plural<sup>54</sup>. La globalización de los

<sup>48</sup> Sobre tales quejas y recelos, cfr. ya GEORGES BURDEAU, «Zur Auflösung des Verfassungsbegriffs», *Der Staat* 1962, pp. 389 ss., especialmente 395 ss. Cfr. también THÜRER (n. 42), número marginal 37.

<sup>49</sup> Cfr. PETER SALADIN, *Wozu noch Staaten?* Berna/Múnich/Viena, 1995; KARL DOERING, *Allgemein Staatslehre*, 2ª ed., Heidelberg, 2000; UDO DI FABIO, *Das Recht offener Staaten*, Tubinga 1998; STEPHAN HOBE, *Der offene Verfassungsstaat zwischen Souveränität und Interdependenz*, Berlín, 1998; GIOVANNI BIAGGINI, «Die Öffnung des Verfassungsstaates als Herausforderung für Verfassungsrecht und Verfassungslehre», en: *Festschrift Yvo Hangartner*, St. Gallen/Lachen, 1998, pp. 957 ss.

<sup>50</sup> Cfr. TOMUSCHAT (n. 36), p. 20. Aboga por un concepto modificado, impregnado por los derechos del hombre, JÖRG PAUL MÜLLER, «Wandel des Souveränitätsbegriffs im Lichte der Grundrechte», en: René Rhinow *et alii* (ed.), *Fragen des internationalen und nationalen Menschenrechtsschutzes*, Bibliothek zur ZSR, Beiheft 25, Basilea/Frankfurt del Meno, 1997, pp. 45 ss.

<sup>51</sup> CHRISTIAN TOMUSCHAT, «Der Verfassungsstaat im Geflecht der internationalen Beziehungen», *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer (VVDStRL)*, tomo 36, Berlín, 1978, p. 52.

<sup>52</sup> Cfr. BIAGGINI (n. 49), p. 958; WALTER (n. 20), p. 968.

<sup>53</sup> Sobre ello, por ejemplo, ULRICH BECK, *Was ist Globalisierung?*, Frankfurt del Meno, 1997; HAUKE BRUNKHORST/MATTHIAS KETTNER (ed.), *Globalisierung und Demokratie*, Frankfurt del Meno, 2000; ERNST-WOLFGANG BÖCKENFÖRDE, «Die Zukunft politischer Autonomie – Demokratie und Staatlichkeit im Zeichen von Globalisierung, Europäisierung und Individualisierung», en: *id.*, *Staat, Nation, Europa*, Frankfurt del Meno, 1999, pp. 109 ss.; PETER PERNTHALER, «Die Globalisierung als Herausforderung an eine moderne Staatslehre», en: *Festschrift Friedrich Koja*, Viena/Nueva York, 1998, pp. 69 ss.; STEPHAN HOBE, «Die Zukunft des Völkerrechts im Zeitalter der Globalisierung», en: *Archiv des Völkerrechts*, 1999, pp. 253 ss.; HEINRICH KOLLER, «Globalisierung und Internationalisierung des Wirtschaftsrechts – Auswirkungen auf die nationale Gesetzgebung», en: *ZSR*, 2000 II, pp. 317 ss.; THOMAS BERNAUER, *Staaten im Weltmarkt*, Opladen 2000, pp. 27 ss.

<sup>54</sup> Cfr. HÖFFE (n. 46), pp. 14 ss.

mercados, de las corrientes financieras, de la producción, de la comunicación, la globalización del Derecho<sup>55</sup> o la «globalización de la solidaridad» recientemente reclamada por el Papa Juan Pablo II<sup>56</sup>: todas estas diferenciaciones tienen cada una de ellas su propio *tempo* y características y ya por ello no hay oportunidad de unirse al coro de aquellos que demonizan de modo general «la» globalización (que es enteramente obra humana)<sup>57</sup>.

Para nosotros, es de importancia que, en la época de la(s) globalización(es), la política no pierda de modo general en significación o incluso llegue a su fin, como muchas veces se teme. ¡La política y con ello también la Constitución como «ordenación de lo político» siguen siendo necesarias! Pero no hay que pasar por alto que la influencia de los concretos Estados y de los Gobiernos en el curso de las cosas que les afectan disminuye tendencialmente. Al mismo tiempo, la Constitución tradicionalmente dirigida a la política nacional ya no puede cumplir, en la medida acostumbrada, sus funciones de protección y orientación liberal-democráticas. Como era de esperar, no faltan reacciones a ello. Desde la perspectiva constitucional, se pueden diferenciar dos grandes tipos:

Una primera reacción se ubica en las Constituciones nacionales: se hacen esfuerzos para orientar mejor la Constitución nacional a las necesidades del tiempo para que objetivos fundamentales de la Constitución —como la democracia, los derechos humanos o la justicia social— no sean exorciadas entre las piedras de molino de la globalización. La nueva Constitución federal suiza toma en cuenta en toda una serie de disposiciones la creciente significación de la dimensión internacional. Así, fija la nueva Constitución objetivos de política exterior (arts. 2 y 54 de la Constitución Federal); y la Asamblea Federal y los Cantones participan más intensamente en la conformación material de la política exterior (art. 166 respecto del 55 de la Constitución Federal)<sup>58</sup>.

Si todo no engaña, entonces la marcha de la Constitución hacia esferas supraestatales es una segunda respuesta al fenómeno de la creciente internacionalización de la política y el Derecho. El Derecho internacional se hace útil para los fines constitucionales. Se aspira a asegurar los estándares constitucionales autóctonos también a escala internacional. Funciones que hasta ahora la Constitución nacional cumplía ella sola más o menos —pro-

<sup>55</sup> RÜDIGER VOIGT (ed.), *Globalisierung des Rechts*, Baden-Baden, 2000. La globalización del Derecho se muestra hoy no en último término en que, por decirlo con Kant, «se ha llegado tan lejos que la lesión jurídica en un lugar de la Tierra es sentida en todos» (Tercer artículo definitivo para la paz perpetua).

<sup>56</sup> Cfr. *NZZ* núm. 101 de 2 de Mayo de 2000, p. 2.

<sup>57</sup> La globalización es presentada como algo amenazante, por ejemplo, en ELISABETH ZOLLER, «Constitutionalism in the Global Era», en: *Melbourne University Law Review*, 1996, pp. 1143 ss.

<sup>58</sup> Cfr. GIOVANNI BIAGGINI, «Das Verhältnis der Schweiz zur internationalen Gemeinschaft», en: *Aktuelle Juristische Praxis (AJP)*, 1999, pp. 722 ss.

tección de las libertades, garantía de la paz, limitación del poder, etc.— son prolongadas cada vez más a escala supraestatal en forma de agrupaciones de Derecho internacional y de organizaciones internacionales y supranacionales. Casi se intenta hablar de una «outsourcing» parcial de funciones constitucionales. La Constitución, a la que frecuentemente se califica como introvertida, se vuelve «hacia fuera». La Constitución se hace más internacional y el Derecho internacional se hace más constitucional.

F) Una discordia fraternal que se desarrolla en el interior de la sociedad de amigos constitucionales: «estatistas» frente a «internacionalistas»

Ambas respuestas —el fortalecimiento de las estructuras constitucionales nacionales y la creación de las internacionales— demuestran la confianza inquebrantable en la Constitución. Y las dos respuestas parecen complementarse armónicamente. ¿No significa la marcha hacia esferas supraestatales precisamente la terminación de la idea de Constitución?

En un análisis más detenido se puede, en efecto, determinar que este desarrollo no lleva al acuerdo. La resistencia frente a una internacionalización de la Constitución, que se hace paulatinamente notable, viene de un lado inesperado. Y ello porque son acreditados amigos de la Constitución (y no serían enemigos de la Constitución) los que comienzan a levantarse contra una continuación de la marcha de la Constitución hacia el ámbito internacional. En la «sociedad de amigos de la Constitución» se produce una discordia entre hermanos. A preguntas que suenan retóricas, como la de si «¿Necesita Europa una Constitución?» (*Braucht Europa eine Verfassung?*<sup>59</sup>) o la de si «¿Es la Unión Europea constitucionalizable?» (*Ist die Europäische Union verfassungsfähig?*)<sup>60</sup>, sigue siempre como respuesta un ¡No! totalmente decidido. Sólo los Estados son constitucionalizables, se dice. ¡Sin Estado no hay Constitución! Porque el Estado es «su objeto y su presupuesto»<sup>61</sup>. Como constitucionalizables valen precisamente todavía los Estados miembros de un Estado Federal (por fortuna para el Cantón de Zürich y su igualmente instituido Consejo Constitucional). Sin embargo, las agrupaciones de Derecho internacional, como la Unión Europea o las Naciones Unidas, no son Estados (y no deben serlo) y no deben, consecuentemente, tener una Constitución.

<sup>59</sup> DIETER GRIMM, «Braucht Europa eine Verfassung?» en: Kimmel (n. 13), pp. 103 ss. (también en: *Deutsche Juristenzeitung*, 1995, pp. 581 ss.).

<sup>60</sup> CHRISTIAN KOENIG, «Ist die Europäische Union verfassungsfähig?» en: *Die öffentliche Verwaltung (DöV)*, 1998, pp. 268 ss.

<sup>61</sup> Así, JOSEF ISENSEE, «Staat und Verfassung», en: Paul Kirchhof/Josef Isensee (ed.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, tomo I, Heidelberg 1987, p. 592 (quien la verdad es que en una nueva contribución se separa de esta posición y está dispuesto a reconocer «Derecho constitucional no estatal»: cfr. ISENSEE, n. 27, p. 1239).

Para los defensores de una concepción así de estrecha, estatista y vinculada al Estado, a los que se podría llamar «estadistas constitucionales», no está en cuestión una separación de la Constitución del Estado<sup>62</sup>. Quien ansía la internacionalización y globalización de la idea de Constitución y aboga por una Constitución europea o global, a los ojos de los «estadistas» estará dando un peligroso primer paso hacia un Estado mundial o un Estado europeo. Y ello porque lo que tiene una Constitución es un Estado —o pretenderá ciertamente serlo a corto o a largo plazo. Se lamenta por ello el trato, que se generaliza descuidada y despreocupadamente, con el concepto de Constitución<sup>63</sup>. Se critica: *Falsa demonstratio*. Y se advierte: *Falsa demonstratio nocet!*<sup>64</sup>. Como se ve, no está todavía totalmente fuera de uso el latín como arma de los juristas.

Los valedores de un concepto de Constitución supraestatal, ampliado a una dimensión internacional, a los que se podría designar como los «internacionalistas constitucionales», objetan a ello (y no del todo sin razón) que evidencia la falta de perspectiva amplia y de imaginación si, a la vista de las nuevas exigencias globales, se aferra uno a una concepción de la Constitución puramente vinculada al Estado que no puede dar una respuesta suficiente a apremiantes cuestiones del presente.

El conflicto, que se inicia dentro de la «sociedad de los amigos constitucionales», ha sido aquí conscientemente algo remarcado. A diferencia de Alemania<sup>65</sup>, aquí, en Suiza, la «discordia entre hermanos» no se ha desencadenado hasta ahora abiertamente. Quien es de sentido despierto, percibe, sin embargo, ciertas tensiones, tensiones entre dos mundos constitucionales contrapuestos: un mundo constitucional (puramente) nacional y un mundo constitucional (también) internacional. Vale la pena examinar con algo más de detalle el conflicto latente, porque en él se hacen evidentes de manera ejemplar algunas cuestiones básicas y un dilema del constitucionalismo moderno. Que no se trata de una mera controversia teórica, lo demuestran, mucho mejor que largas exposiciones teóricas, las siguientes referencias-clave a dos cuestiones actuales de Derecho internacional. La primera referencia afecta a la Unión Europea; palabra-clave, «formación del Gobierno en Austria»: ¿Cómo hay que juzgar desde una perspectiva jurídica las medidas impuestas por los Gobiernos de catorce Estados miem-

<sup>62</sup> Cfr., por ejemplo, PAUL KIRCHHOF, «Die Identität der Verfassung in ihren unabänderlichen Inhalten», en: Paul Kirchhof/Josef Isensee (ed.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, tomo I, Heidelberg 1987, p. 784; HANS HEINRICH RUPP, «Europäische "Verfassung" und demokratische Legitimation», en: *Archiv des öffentlichen Rechts (AöR)*, 1995, pp. 269 ss.

<sup>63</sup> Así, GRIMM (n. 59), p. 116. Ello en realidad no del todo sin razón, porque las consecuencias de una aplicación del concepto de Constitución en el contexto internacional, del Derecho internacional, han sido en general poco consideradas.

<sup>64</sup> Así, KOENIG (n. 60), p. 275.

<sup>65</sup> Una panorámica en SCHWARZE (n. 31), pp. 1681 ss.

bros de la Unión Europea a comienzos de este año al Estado miembro de la Unión Europea Austria?<sup>66</sup> El segundo ejemplo afecta al Consejo de Europa; palabra clave, «Chechenia»: ¿Cómo debe reaccionar el Consejo de Europa, en cuanto guardián de la «estatalidad constitucional común europea», frente al Estado miembro Rusia?<sup>67</sup> En el enjuiciamiento de estas y otras<sup>68</sup> cuestiones actuales del Derecho internacional es de importancia si se considera el problema en categorías tradicionales o se comprende como «problema constitucional», si se busca o no la solución desde una «perspectiva constitucional».

### 3. ¿NO HAY UNA CONSTITUCIÓN SIN ESTADO?

#### A) La Constitución como ordenamiento jurídico básico del Estado

¿Sólo los Estados son constitucionalizables? ¿O se puede también hablar de una Constitución respecto de agrupaciones de Derecho internacional como la Unión Europea, el Consejo de Europa o la Organización de Naciones Unidas? ¿Qué significa propiamente «Constitución»? Los juristas constitucionales se remiten de buen grado a una fórmula pegadiza de Werner Kägi, que caracterizaba hace más de medio siglo a la Constitución como «ordenamiento jurídico básico del Estado»<sup>69</sup>. Como ordenamiento jurídico básico, la Constitución muestra sobre todo los siguientes rasgos<sup>70</sup>: abarca las normas básicas sobre la institución y el ejercicio del poder estatal. Estas normas básicas son, por lo general, condensadas en un documento constitucional unitario. La Constitución vincula a todos los órganos del Estado, también al legislador. No es sólo ley fundamental del

<sup>66</sup> Cfr. PETER PERNTHALER/PETER HILPOLD, «Sanktionen als Instrument der Politikkontrolle – der Fall Österreich», en: *Integration*, 2000, pp. 105 ss. La cuestión mantiene su actualidad también después de la derogación de las medidas acordada el 12 de septiembre de 2000.

<sup>67</sup> Sobre las actitudes contrapuestas en la Asamblea Parlamentaria y en el Comité de Ministros, cfr. *NZZ*, núm. 83, de 7 de Abril de 2000 (p. 1); núm. 110, de 12 de Mayo de 2000 (p. 1); núm. 129, de 5 de Junio de 2000 (p. 3).

<sup>68</sup> Otro ejemplo actual es la intervención de la ONU en la ex Yugoslavia sin mandato de la ONU. Cfr., sobre ello, por ejemplo, NOLTE (n. 44), pp. 941 ss.; DANIEL THÜRER, «Der Kosovo-Konflikt im Lichte des Völkerrechts: Von drei – echten und scheinbaren – Dilemmata», en: *Archiv des Völkerrechts*, 2000, pp. 1 ss.

<sup>69</sup> WERNER KÄGI, *Die Verfassung als rechtliche Grundordnung des Staates*, Habilitationsschrift, Zürich, 1945.

<sup>70</sup> Cfr. DIETER GRIMM, Artikel Verfassung, en: *Staatslexikon* (editado por la sociedad Görres), tomo 5, 7ª ed., Friburgo, 1989, columnas 633 ss. (también en: íd., *Die Zukunft der Verfassung*, Frankfurt del Meno, 1991, pp. 11 ss.); KURT EICHENBERGER en: *Kommentar BV*, «Verfassungsrechtliche Einleitung» (1995), número marginal 3 ss.; JEAN-FRANÇOIS AUBERT, *La Constitution – son contenu, son usage*/KURT EICHENBERGER, *Sinn und Bedeutung einer Verfassung*, Basilea/ Frankfurt del Meno, 1991.

Estado (*fundamental law, loi fondamentale*), sino también ley suprema (*paramount law, loi suprême*), es decir, pretende primacía frente a las leyes comunes<sup>71</sup>. A esta primacía le corresponde habitualmente una modificabilidad dificultada de la Constitución.

B) Elementos constitucionales centrales: derechos del hombre, separación de poderes, soberanía popular

Estos rasgos jurídicamente frágiles, por extremadamente importantes que sean: ¿Pueden ellos aclarar la «fiebre constitucional», que hizo estragos a finales del siglo XVIII? Pues apenas. El objeto del anhelo y las exigencias fue entonces no cualquier ordenamiento jurídico básico, sino un ordenamiento básico con un contenido cualificado. La clave para la mejor comprensión nos la ofrece el artículo 16 de la Declaración francesa de Derechos del Hombre de 1789:

«Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de constitution».

«Constitución» presupone en lo sucesivo un ordenamiento jurídico que se caracterice por la garantía de los derechos fundamentales y por un sistema de poderes separados (o de *checks and balances*) y que sea aprobada por la nación correspondiente al pueblo como el *pouvoir constituant*<sup>72</sup>. Sólo una Constitución que cubra estas pretensiones puede regir como Constitución legítima. Un concepto de Constitución materialmente enriquecido, ilustrado, determinará en adelante el desarrollo constitucional<sup>73</sup>. Ello es, todavía hoy, una herencia que perdura de las Revoluciones francesa y americana. El Estado constitucional se convierte en sinónimo de un Estado democrático-liberal con división de poderes<sup>74</sup>.

Los tres elementos básicos del concepto ilustrado de Constitución —derechos del hombre, división de poderes, poder constituyente del pueblo (o soberanía popular)— deben repercutir uno sobre el otro de forma armónica, si la Constitución debe acreditarse como «gramática de la liber-

<sup>71</sup> En general, RAINER WAHL, «Der Vorrang der Verfassung», en: *Der Staat*, 1981, pp. 485 ss.

<sup>72</sup> En este sentido habla HÖFFE (n. 46), p. 13 y *passim*, de una democracia «cualificada» (conexión de la democracia con los derechos del hombre y la separación de poderes).

<sup>73</sup> Cfr. DIETER GRIMM, «Verfassung (II)», en: Otto Brunner *et alii* (ed.), *Geschichtliche Grundbegriffe*, tomo 6, Stuttgart, 1990, pp. 863 ss. (también —bajo el título «Der Verfassungsbegriff in historischer Entwicklung»— en: ID., *Die Zukunft der Verfassung*, Frankfurt del Meno, 1991, pp. 101 ss.).

<sup>74</sup> Hoy se renuncia por ello generalmente a los adjetivos mencionados y se dice *tout court* «Estado constitucional». Si se aplican adjetivos, se hace así para marcar rasgos a presentar luego: Estado constitucional «cooperativo», «abierto», «ecológico», etc.

tad»<sup>75</sup>, porque su relación recíproca es totalmente rica en tensiones. Se ha sobreestilizado ocasionalmente estas tensiones en la contraposición Estado de Derecho-democracia. Por medio de esta proyección bidimensional (que reduce el problema) de un problema multidimensional cae algunas veces en el olvido el hecho de que con el establecimiento de un ordenamiento constitucional se trata también, sobre todo, de constituir órganos y asegurar la capacidad estatal de actuación, esto es, posibilitar decisiones y evitar bloqueos<sup>76</sup>. Un ordenamiento jurídico que a la larga funcione bien, ajustado a la persona, liberal y pacífico necesita instituciones estables, capaces de decidir.

Pero tan indispensables son las instituciones estables como incondicional es también la limitación y control de estas instituciones o «poderes». La *séparation des pouvoirs*, destacada en la Declaración francesa de Derechos del Hombre, no puede, desde luego, entenderse como magnitud preexistente fija de forma esquemático-dogmática. Es un principio en cuya concreta conformación en el Estado constitucional existe un considerable campo de juego para la conformación. La variante original suiza lleva conocidamente al Parlamento y el Gobierno a una estrecha relación recíproca, lo que la nueva Constitución Federal pone de relieve todavía más claramente que su predecesora de 1874. No es así una casualidad que las dos autoridades políticas supremas de la Federación estén juntas en *un* complejo arquitectónico, la Casa Federal —en cierto modo, bajo un techo—, mientras que el Tribunal Federal como cumbre del tercer poder independiente reside, lejos de allí, en Lausana.

### C) ¿Ordenamientos básicos de Derecho internacional como Constituciones supraestatales?

Ante este trasfondo general teórico-constitucional interesa ahora la pregunta: ¿Son constitucionalizables las comunidades de Derecho como la Unión Europea o las Naciones Unidas? También la Unión Europea y las Naciones Unidas poseen, de modo parecido a los Estados, un ordenamiento básico jurídico que reclama primacía<sup>77</sup> establecido a largo plazo<sup>78</sup>, en el cual se instituyen órganos y procedimientos de decisión y se fijan ciertos principios fundamentales. Y también en estos ordenamientos básicos de Derecho internacional se puede encontrar el trío derechos del hombre-separación de poderes-soberanía popular, evidentemente no en la medida y

<sup>75</sup> Siguiendo la afirmación de Thomas Paine de que la Constitución es «para la libertad lo que la gramática para la lengua» (citado por VORLÄNDER, n. 13, p. 7).

<sup>76</sup> Cfr. JON ELSTER, *Constitutionalism and Democracy*, Cambridge 1988, p. 1.

<sup>77</sup> Cfr. Art. 103 de la Carta de las Naciones Unidas.

<sup>78</sup> Los Tratados fundacionales no prevén una posibilidad de rescisión.

sobre todo no en las formas con que nosotros estamos familiarizados. Ello no puede seguir sorprendiendo, porque la situación de partida y las necesidades de regulación no son aquí exactamente las mismas.

Los catálogos iusinternacionales de derechos del hombre (como los Pactos de derechos humanos de la ONU de 1966 o la Convención Europea de Derechos del Hombre) obligan a los Estados-parte. La vinculación formal y el control de las organizaciones internacionales y sus órganos no está garantizada sin más<sup>79</sup>. De todas formas, en la Unión Europea están bastante avanzadas las tentativas de crear un catálogo de derechos fundamentales que tiene por destinatarios explícitamente también a «los órganos e instituciones de la Unión»<sup>80</sup>.

Los ordenamientos básicos de Derecho internacional no conocen una separación de poderes en el sentido habitual. De todas formas, con una mirada atenta, se hacen evidentes numerosos *checks and balances*, expresados de la forma más clara en la Unión Europea. En ésta existe incluso un control judicial bien construído del poder de la Comunidad. El Tribunal de Luxemburgo (TJCE) vela especialmente también por el «equilibrio institucional», que se puede ver como equivalente al principio de división de poderes<sup>81</sup>. La jurisprudencia contribuye decisivamente a que el ordenamiento básico derivado de los Tratados cumpla desde múltiples puntos de vista, pese a su origen iusinternacional, las funciones de una Constitución. El TJCE es también entonces calificado de buen grado como tribunal constitucional<sup>82</sup>, a pesar de que en la práctica algunas veces opera más como tribunal de integración que como tribunal constitucional<sup>83</sup>. En el sistema de la ONU no se conoce hasta ahora un control «jurisdiccional-constitucional» comparable. Falta la posibilidad de apelar contra resoluciones de la Asamblea General o del Consejo de Seguridad ante el Tribunal Internacional de Justicia (TIJ)<sup>84</sup>. En general, el control de las organizaciones internacionales y sus órganos es ante todo asunto de los Estados-miembro, que usualmente aplican al respecto más un parámetro político que uno jurídico.

<sup>79</sup> Un fenómeno comparable hay que observarlo también en ordenamientos constitucionales del Estado federal: tanto la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica de 1787 como la Constitución Federal [suiza] de 1848 y 1874 se basta(ron) (en principio) con una vinculación totalmente rudimentaria a los derechos fundamentales del poder *federal*.

<sup>80</sup> Cfr. artículo 51 del Proyecto de Carta (n. 33).

<sup>81</sup> Cfr. MATTHIAS HERDEGEN, *Europarecht*, 2ª ed., Múnich, 1999, p. 113 (con otras referencias).

<sup>82</sup> Cfr. GIL CARLOS RODRIGUEZ IGLESIAS, «Der Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften als Verfassungsgericht», en: *Europarecht*, 1992, pp. 225 ss.

<sup>83</sup> Cfr. GIOVANNI BIAGGINI, «Schweizerische und europäische Wirtschaftsverfassung im Vergleich», en: *Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht (ZBl)*, 1996, p. 81.

<sup>84</sup> En el proceso ante el Tribunal de La Haya sólo pueden ser parte los Estados. Cfr. art. 34 del Estatuto del Tribunal Internacional de 26 de Junio de 1945.

Las mayores diferencias, como no era menos de esperar, consisten en el apoyo democrático respecto a la remisión del ordenamiento jurídico a un *pouvoir constituant* llamado pueblo. Los ordenamientos básicos de Derecho internacional se basan, en la forma externa, en Derecho unificado por Tratados —negociados entre Gobiernos, en ocasiones sancionados por los Parlamentos nacionales, esporádicamente también por el electorado nacional. Los Estados se presentan como creadores de estos ordenamientos básicos. De todas formas, al final de una cadena de legitimación, efectivamente con frecuencia muy larga, está también aquí el pueblo o, con más exactitud, están los pueblos nacionales (en tanto que en el Estado afectado el poder del Estado proviene del pueblo). Y en algunos Estados-miembro de la Unión Europea tuvieron lugar votaciones populares sobre las revisiones de los Tratados de «Maastricht» y «Amsterdam»<sup>85</sup>, mientras que, por el contrario, hay Constituciones nacionales que, como la Ley Fundamental de Bonn, nunca fueron objeto de una votación popular.

¿Es erróneo, a la vista de tales diferencias, hablar de «Constitución» en el contexto internacional? ¿O hay que centrarse más en los puntos en común? No olvidemos una cosa: acabamos de asumir ahora mismo un concepto ilustrado, «normativamente cargado»<sup>86</sup>, de Constitución como parámetro de nuestra comparación. Esta concepción constitucional no es, históricamente considerada, ni la única ni tampoco la originaria. El concepto de «Constitución» o, en inglés y francés, *constitution*<sup>87</sup>, o, en alemán, *Verfassung*, fue en sus comienzos, desde el siglo XVII en Inglaterra<sup>88</sup> y desde el siglo XVIII en el continente<sup>89</sup>, en principio un concepto empírico-descriptivo, que se refiere a la situación de un Estado correspondiente a la situación de su ordenamiento básico institucional<sup>90</sup>, así como todavía hoy se habla de la constitución de una persona o de la constitución de una economía nacional y con ello se significa la situación general. Sólo a partir del siglo XVIII comienza a transformarse el concepto de «Constitución» de

<sup>85</sup> Así, en Dinamarca (1992, 1993 und 1998), Francia (1992) e Irlanda (1992 y 1998).

<sup>86</sup> GRIMM (n. 73), p. 101.

<sup>87</sup> Sobre la historia del concepto, cfr. HEINZ MOHNHAUPT, «Verfassung (I)», en: Otto Brunner et al. (ed.), *Geschichtliche Grundbegriffe*, tomo 6, Stuttgart, 1990, pp. 831 ss.; GERALD STOURZH, *Wege zur Grundrechtsdemokratie*, Viena/Colonia, 1989, pp. 1 ss.; HASSO HOFMANN, «Zur Idee des Staatsgrundgesetzes», en: *id. Recht – Politik – Verfassung*, Frankfurt del Meno, 1986, pp. 261 ss. Hoy, designaciones pasadas como «historia constitucional de la vieja Confederación» o «Constitución del viejo Imperio» sugieren una continuidad histórica del tipo «Constitución» que no existe. Cfr. WOLFGANG REINHARD, «Geschichte der Staatsgewalt», Múnich, 1999, pp. 17 ss.

<sup>88</sup> En el siglo XVII, entraron en lugar de la vieja expresión «instrument of government» conceptos como «fundamental laws»/«leges fundamentales» o, algo más tarde, también la mayoría de las veces en plural, «fundamental constitutions». Cfr. STOURZH (n. 87), pp. 1 ss., 9 ss.

<sup>89</sup> Cfr. MOHNHAUPT (n. 87), pp. 845 ss.; SCHMALE (n. 1), p. 32.

<sup>90</sup> Cfr. GRIMM (n. 73), pp. 101 ss.

un «concepto de situación» en un concepto normativo, se convierte la Constitución en un parámetro jurídico supraordenado conforme al cual ha de medirse la restante realidad jurídica y la realidad social.

A continuación, debe recordarse que la historia también conoce ejemplos de Constituciones que se basan en un Tratado entre Estados, como, por ejemplo, la Constitución de la Federación de Alemania del Norte de 1867 y la Constitución del Imperio de Bismarck de 1871<sup>91</sup>. En los Estados Unidos, nuestra [de los suizos] *sister republic*, no se aclaró de forma definitiva hasta la Guerra de Secesión si la Constitución de la Unión de 1787, a la que se honra todavía hoy como la Constitución más antigua vigente, no sería un complejo con naturaleza primariamente convencional<sup>92</sup>. También la terminología de las Constituciones federales de 1848 y 1874 es sabido que no está libre de resonancias convencionales (cfr. artículos 1 y 2). Ante este trasfondo, el carácter convencional de los ordenamientos básicos de las Naciones Unidas o de la Unión Europea no habla en contra de una designación como «Constitución».

También en una ulterior, hasta ahora poco observada, perspectiva se diferencian los ordenamientos básicos estatales e iusinternacionales sólo gradualmente. En el Derecho internacional, se trata, como frecuentemente se objeta, de Derecho precario<sup>93</sup>, porque no hay una instancia central que vele por su ejecución. Comparablemente precaria es también, vista más de cerca, la situación de la Constitución estatal<sup>94</sup>. Regula los centros estatales de poder, pero ella misma está, como «mera hoja de papel», sin poder. Tampoco la justicia (constitucional) instaurada para su protección posee una fuerza o poder, más allá del poder del argumento jurídico convincente (y en tanto en cuanto es así, es en la realidad, como dijera Montesquieu, «*en quelque façon nulle*»). La Constitución sólo puede desarrollar de forma efectiva su fuerza normativa<sup>95</sup> si está apoyada de un consenso básico<sup>96</sup>. No sólo el Derecho internacional, sino también el Derecho constitucional se alimenta, por tanto, de presupuestos que él mismo no puede garantizar.

<sup>91</sup> Cfr. ERNST-WOLFGANG BÖCKENFÖRDE, «Geschichtliche Entwicklung und Bedeutungswandel der Verfassung», en: *id.*, *Staat, Verfassung, Demokratie*, Frankfurt del Meno, 1991, pp. 36 ss.; OETER (n. 30), pp. 679 ss.

<sup>92</sup> Cfr. ACKERMAN (n. 12), p. 792.

<sup>93</sup> El carácter jurídico del Derecho internacional es hoy generalmente reconocido, el género del «negador del Derecho internacional» en la práctica se ha extinguido. Cfr. WILHELM GREWE, *Epochen der Völkerrechtsgeschichte*, 2ª ed., Baden-Baden, 1988, pp. 592 ss. Cfr., de todas formas, H.L.A. HART, *The Concept of Law*, 1961, p. 209: «Is international law really law?».

<sup>94</sup> Cfr. GRIMM (n. 70), pp. 15 ss. Cfr., también, HERMANN HELLER, *Staatslehre* (1934), 6.ª ed., Tübinga, 1983, pp. 304.

<sup>95</sup> Cfr. KONRAD HESSE, *Die normative Kraft der Verfassung*, Tübinga, 1959.

<sup>96</sup> Exhaustivamente, JÖRG PAUL MÜLLER, *Demokratische Gerechtigkeit*, Múnich, 1993, pp. 20 ss.

En medio de todas las diferencias, los ordenamientos básicos estatales e iusinternacionales muestran claros paralelos en una perspectiva estructural y funcional<sup>97</sup>. También los ordenamientos básicos iusinternacionales sirven para la fundamentación de competencias supraestatales de dominio (si bien no de verdadero poder estatal) y de racionalización y control del poder; independientemente de su origen convencional, cumplen funciones que dentro del Estado garantiza la Constitución. Las diferencias entre Derecho constitucional y Derecho internacional son, en conjunto, bastante menores de lo que se acepta comúnmente<sup>98</sup>. Pero una diferencia esencial permanece: los ordenamientos básicos de Derecho internacional, como el Derecho primario de la Unión Europea o la Carta de la ONU dependen existencialmente de un apoyo por los Estados y sus Constituciones. No son «autosuficientes»; son apoyados por los ordenamientos (constitucionales) nacionales y no, como una Constitución estatal, directamente por un poder constituyente llamado pueblo<sup>99</sup>.

D) Dos concepciones constitucionales concurrentes, dos peligros y un dilema

¿Son, por tanto, la Unión Europea y las Naciones Unidas constitucionalizables? Hay que responder afirmativamente a la pregunta. El concepto de «Constitución» no está vinculado al Estado<sup>100</sup>, y ello ni considerado históricamente ni desde un punto de vista de Teoría del Derecho (constitucional). El concepto de Constitución se puede separar por completo del Estado y transferirse al contexto de los ordenamientos básicos de Derecho internacional. Presupuesto para ello es estar dispuestos a hacer ciertos recortes en la concepción muy establecida, ilustrada (y referida al Estado) de la Constitución, en especial en lo que concierne al papel del pueblo como poder constituyente.

<sup>97</sup> Cfr. FROWEIN (n. 27), p. 315. Así también GRIMM (n. 59), pp. 116 ss. Un análisis de las funciones constitucionales de la OMC y de la ONU se encuentra en PETERSMANN (n. 46), pp. 313 ss.

<sup>98</sup> Cfr., también, WEILER (n. 35), pp. 286 ss.; WALTER (n. 20), p. 970; desde una perspectiva histórica, KARL-HEINZ ZIEGLER, *Völkerrechtsgeschichte*, Múnich, 1994, p. 95.

<sup>99</sup> Cfr. ULRICH K. PREUSS, «Two Challenges to European Citizenship», en: Bellamy/Castiglione (n. 13), p. 138.

<sup>100</sup> Así, en el resultado, también, por ejemplo, INGOLF PERNICE, «Multilevel Constitutionalism and the Treaty of Amsterdam: European Constitution-Making Revisited?» en: *Common Market Law Review (CMLR)* 1999, pp. 703 ss., 709; SCHWARZE (n. 31), pp. 1681 ss., 1688 ss.; FASSBENDER (n. 37), pp. 535 ss.; cfr., también, THEODOR SCHILLING, «Die Verfassung Europas», en: *Staatwissenschaften und Staatspraxis*, 1996, pp. 387 ss.; ISENSEE (n. 27), p. 1239. Otra opinión, especialmente GRIMM (n. 59), p. 112 ss.; KOENIG (n. 60), p. 268; KIRCHHOFF (n. 62), p. 784.

Ciertamente, con ello no se ha dicho la última palabra. Porque también cabe preguntarse: ¿es aconsejable hablar hoy de una «Constitución de la Comunidad internacional» o de la «Constitución de la Unión Europea» (como se empieza ahora a generalizar: véase apartado 2)? Aun cuando definiendo decididamente una idea supraestatal de Constitución, considero tales designaciones en el momento actual como poco aconsejables; y ello no, desde luego, por razones teórico-constitucionales, como los estatistas, sino por una consideración práctico-pragmática. El avance internacional del concepto de Constitución da lugar de forma patente a irritaciones en la «sociedad de amigos de la Constitución». Estas irritaciones se remiten, en una buena parte, a que la marcha internacional de la Constitución permite revivir a un concepto de Constitución que es primariamente empírico-descriptivo y no presenta unos contornos normativos claros. Junto al concepto de Constitución establecido y referido al Estado —que hoy representa un elevado estándar (en todo caso, en el círculo jurídico europeo-occidental) en materia de derechos del hombre, democracia, justicia social, y responsabilidad ecológica— llega un concepto de Constitución internacional más descriptivo. Con la internacionalización y modernización del concepto de Constitución parece volver la cambiante amplitud significativa de tiempos anteriores<sup>101</sup>. Este desarrollo se observa en el círculo de los «estatistas», evidentemente, con preocupación. Parece temerse que el concepto de Constitución (referido al Estado) totalmente material y normativo —la conquista de doscientos años de historia constitucional— cause daños por medio del concurrente concepto internacional de Constitución y sea socavado o macerado a la corta o a la larga.

Este peligro, sobriamente considerado, no puede ser especialmente grande. Son otros dos peligros los que están en primer plano. Un primer peligro es el de que el carácter de algún modo constitucional de los Tratados de la Unión Europea o de la Carta de la ONU sea tomado sin más ni más como origen para vigorosas consecuencias jurídicas y deducciones. Un primer ejemplo de tales analogías constitucionales existe ya. Con referencia al «carácter constitucional» de la Carta de la ONU se presentó hace poco un completo catálogo de exigencias afectantes a la interpretación y desarrollo de la Carta<sup>102</sup>. Y hay tendencias a deducir, más o menos directamente, del «carácter constitucional» de los Tratados europeos la primacía del Derecho comunitario ante el Derecho nacional. Aquí amenaza una nueva forma de jurisprudencia conceptual, que instrumentaliza el concepto positivamente establecido de Constitución, que pertenece a la categoría de

<sup>101</sup> Cfr. en el texto principal, página siguiente.

<sup>102</sup> Cfr. FASSBENDER (n. 37), pp. 593 ss. (por ejemplo, efecto para los Estados no miembros; interpretación objetiva y dinámica, modalidades de reforma de la Carta). Cfr., también, GAETANO ARANGIO-RUIZ, «The "Federal Analogy" and UN Charter Interpretation: A Crucial Issue», en: *European Journal of International Law (EJIL)*, 1997, pp. 1 ss.

los contraconceptos<sup>103</sup>, que descalifican moralmente a su contrario: se utiliza su prestigio y sus connotaciones (primacía, modificabilidad dificultada, relación con la justicia, etc.) y se le convierte inadvertidamente en un concepto de lucha político-(jurídica). No sería la primera vez en la historia constitucional; pero no sería un buen desarrollo. Desde una visión actual, no hay motivo para imputar tales estrategias a los «internacionalistas constitucionales». Pero una aplicación poco nítida del concepto y el hecho, no raramente observado, de nadar entre las dos aguas del nivel descriptivo y el normativo resulta adecuado para desacreditar la idea supraestatal, hoy tan necesaria, de Constitución<sup>104</sup>, el *constitutional approach*<sup>105</sup>.

El segundo y mayor peligro se relaciona, igualmente, con las asociaciones que nosotros, de modo casi reflejo, vinculamos al histórico concepto de Constitución. La Constitución es portadora de esperanzas. A ella se vinculan elevadas esperanzas: el Estado de Derecho y la democracia (legitimación), justicia social y ecológica, transparencia y control (*checks and balances*), relación con los ciudadanos y fuerza integradora. En su marcha internacional aparentemente imparable (véase, arriba, apartado 2), lleva el concepto de Constitución consigo estas esperanzas, por así decirlo, a remolque. Los ordenamientos básicos iusinternacionales de nuestros días, a los que se empieza ahora a abarcar con el concepto de Constitución, pueden no bastar por diferentes razones al elevado ideal que representa el concepto establecido (y referido al Estado) de Constitución, ni hoy ni a largo plazo. ¿Cuál es la consecuencia práctica de ello?

No hace falta ser un profeta o futurista del Derecho para prever que siempre se encontrará a los ordenamientos básicos iusinternacionales, mirado con unas «gafas jurídico-constitucionales», en cierto modo como deficitarios: se dará con su déficit en una consideración respecto de la división de poderes, quizás también respecto del Estado de Derecho, pero, sobre todo, se objetará su déficit democrático. En todo caso, ello deja entrever el debate actual sobre el llamado déficit democrático en la Unión Europea<sup>106</sup>. A corto o a largo plazo, tales «debates sobre los déficits» amenazan con minar la legitimidad desde luego existente, pero proporcionada de modo poco directo en comparación con el marco estatal, de los ordenamientos básicos de Derecho internacional. Y se produce fácilmente un

<sup>103</sup> REINHARD KOSELLECK, «Zur historisch-politischen Semantik asymmetrischer Gegenbegriffe», en: ÍD., *Vergangene Zukunft*, Frankfurt del Meno, 1989, pp. 67 ss. Cfr. PREUSS (n. 5), p. 73.

<sup>104</sup> Cfr. DANIEL THÜRER, *Perspektive Schweiz – Übergreifendes Verfassungsdenken als Herausforderung*, Zúrich, 1998, pp. 7 ss.

<sup>105</sup> Cfr., en especial, PETERSMANN (n. 34), pp. 1128 ss.; ÍD. (n. 46), pp. 322 ss.; ÍD. (n. 38), pp. 19 ss.

<sup>106</sup> Cfr. WINFRIED KLUTH, *Die demokratische Legitimation der Europäischen Union: eine Analyse der These vom Demokratiedefizit der Europäischen Union aus gemeineuropäischer Verfassungsperspektive*, Berlín, 1995.

cierto dilema: porque si se lleva a cabo un desmantelamiento de tales déficits, por ejemplo, una democratización de la Unión Europea o del sistema de la ONU, no tardará mucho en plantearse la objeción de que ello es el primer paso (camuflado) a un Estado europeo o a un Estado mundial. Y no pocos verán enseguida cernirse en el horizonte de Bruselas o de Nueva York un nuevo poder supraestatal de ordenación —de la magnitud y fuerza de un *Leviathan* (que «no tiene rival en la Tierra», Hiob 41, 25), como plásticamente nos lo pone ante la vista la conocida portada de la obra del mismo nombre de Thomas Hobbes de 1651<sup>107</sup>.

Entre los «internacionalistas constitucionales» no hay ni uno que anhele la llegada de un poder de ordenación tan gigantesco. Pero se subestima en este círculo que la bien llamada transferencia de la terminología de «Constitución» a esferas supraestatales puede dar lugar, junto a asociaciones positivas, también a otras negativas. Los conceptos «Constitución», «Estado», «poder del Estado» están en nuestro pensamiento hoy igualmente anudadas de modo fácticamente inseparable unas con otras, si bien ello no es algo teórico-constitucionalmente predeterminado. Quien habla de una Constitución europea o de una Constitución mundial evoca la estatalidad, genera malos entendidos y reflejos defensivos y traslada la discusión a un campo poco útil. Un exceso en «anhelo de Constitución» puede ser contraproducente. Ayuda poco, bajo las actuales condiciones, si los «internacionalistas» afirman que no se trata de transferir sin reparos los parámetros de la Constitución estatal al nivel internacional o de crear una «Constitución europea» o una «Constitución mundial» según el modelo de una Constitución nacional<sup>108</sup>. La rueda de la historia del concepto no se puede hacer girar hacia atrás<sup>109</sup>. Los «internacionalistas» de una buena causa prestan con el empleo descuidado, algunas veces inflacionario, del concepto de Constitución, en último término, un mal servicio.

«De una buena causa», porque la «ofensiva constitucional» conceptual de los «internacionalistas» quiere, sobre todo, contribuir a que se hagan realidad los objetivos fundamentales —como los derechos del hombre, el control del poder, la devolución del dominio público a los representantes— también a escala supraestatal. Con la creciente interdependencia internacional (palabra clave: «globalización(es)») es ello cada vez más urgente. Hoy, sin embargo, no reina un *Leviathan* como soberano mundial sobre la bola del mundo (para cuyo refrenamiento, en realidad, sería necesaria una

<sup>107</sup> Sobre ello, HORST BREDEKAMP, «Thomas Hobbes – visuelle Strategien», Berlín, 1999; REINHARD BRANDT, «Das Titelblatt des Leviathan», en: Wolfgang Kersting (ed.), Thomas Hobbes: *Leviathan*, Berlín, 1996, pp. 29 ss.

<sup>108</sup> En este sentido, PERNICE (n. 100), p. 729; HERTEL (n. 26), pp. 255 ss.

<sup>109</sup> Sobre la fuerza de los conceptos en general, CHARLES HOWARD MCILWAIN, «Some Illustrations of the Influence of Unchanged Names for Changing Institutions», en: *Essays in Honor of Roscoe Pound*, Nueva York, 1947.

«Constitución mundial»). Pero observamos que, entretanto, se han establecido a escala internacional toda una serie de centros de poder, mayores y menores, en parte de nuevo tipo: junto a los Estados, hay también, sobre todo, organizaciones internacionales, además de agrupaciones más o menos informales (como, por ejemplo, el G-7 o el G-8), empresas con mercado mundial, o también las llamadas Organizaciones No Gubernamentales (ONGs)<sup>110</sup>. La política objetiva —ya sea política económica, social o medioambiental— está caracterizada cada vez más en cuanto a su contenido por procesos formales y, sobre todo, también informales, de decisión que se desarrollan a escala internacional. El peligro de que, al respecto, se coloquen intereses particulares sobre el bien común, no es pequeño. Y tampoco la esfera de libertad del individuo deja de ser afectada por este desarrollo. Los mecanismos de protección y de control que se aplican a escala del ordenamiento constitucional nacional son útiles y necesarios. Pero se quedan demasiado cortos, en último término, en la época de la globalización. Una estrategia para la protección de los objetivos fundamentales debe incluir también el nivel supraestatal<sup>111</sup>.

#### 4. CONSTITUCIONALIZACIÓN SIN CONSTITUCIÓN: EL DESARROLLO DE LA IDEA DE CONSTITUCIÓN EN EL MARCO SUPRAESTATAL

##### A) ¿Salida terminológica del dilema?

Ello lo han reconocido correctamente los «internacionalistas». Pero la vía por ellos propuesta de la «internacionalización de la Constitución» lleva, como se ha visto, casi forzosamente a enredos conceptuales y controversias inútiles. ¿Cómo se puede evitar?

Se podría sencillamente colocar el concepto «Constitución», como sucede ocasionalmente, entre comillas (y separarlo así de su pareja a escala nacional) o hablar de un «ordenamiento constitucional» (europeo, internacional). Pero ello no es ninguna solución real. También es de poca ayuda un desvío con conceptos como «Tratado constitucional» o «Constitución convencional». Se ha propuesto hablar de una «Constitución *sui gene-*

<sup>110</sup> Cfr. DANIEL THÜRER, «The Emergence of Non-Governmental Organizations and Transnational Enterprises in International Law and the Changing Role of the State», en: Rainer Hofmann (ed.), *Non-State Actors as New Subjects of International Law*, Berlín, 1999, pp. 37 ss.

<sup>111</sup> La tesis no es nueva. Ya en el ensayo de KANT «Zum Ewigen Frieden» [«Sobre la paz perpetua» (1795)] se nos proporciona la comprensión de que un ordenamiento jurídico ajustado verdaderamente al hombre supera el marco nacional y requiere una perspectiva global. Cfr. JÖRG PAUL MÜLLER, «Kants Entwurf globaler Gerechtigkeit und das Problem der republikanischen Repräsentation im Staats- und Völkerrecht», en: *Festschrift Jean-François Aubert*, Basilea/Frankfurt del Meno, 1986, pp. 133 ss.

<sup>112</sup> Así, por ejemplo MICHAEL FRIEDRICH COMMICHAU, *Nationales Verfassungsrecht und Gemeinschaftsverfassung*, Baden-Baden, 1995, p. 127 (con relación a la Unión Europea).

ris»<sup>112</sup>. Ello suena erudito. Quien dice *sui generis*, simplemente viene a reconocer en el fondo que se queda perplejo. Caracterizaciones como «sistema constitucional» internacional<sup>113</sup> o «Federación constitucional»<sup>114</sup> o *multilevel constitution*<sup>115</sup> coinciden en expresar que las «estructuras constitucionales» internacionales (o, mejor dicho, supranacionales) que se forman no son autónomas, sino que necesitan un apoyo de los ordenamientos constitucionales nacionales. Pero también con estas caracterizaciones se llega, antes o después, a los enredos conceptuales ya descritos o, si no, se quedan en una mera descripción de una situación, con lo cual, en último término, poco se sirve al objetivo fundamental de los «internacionalistas» del establecimiento y garantía de los valores fundamentales a escala supraestatal.

#### B) La Constitución del Estado como instrumento para la realización de la idea de Constitución en el marco estatal

Se ve una salida si se observa el «objeto de todos los anhelos y pretensiones», la Constitución, desde una mayor distancia. La mirada distanciada nos muestra que la Constitución no es un objetivo o fin en sí mismo. La Constitución es, más bien, en primer lugar, fin antes que medio: sirve a la realización de una ordenación adecuada al hombre, a la realización de objetivos fundamentales que existen antes que la Constitución, como los derechos del hombre, la limitación del poder, la democracia, la justicia<sup>116</sup>. Estos son los objetivos que, por así decirlo, están unidos al concepto de Constitución ilustradamente enriquecido, que en cierta medida constituyen la idea de la Constitución, que podemos condensar en el concepto de «idea de Constitución». La Constitución del Estado es, considerada desde este ángulo visual, no en último término un instrumento para la realización de

<sup>113</sup> Cfr., por ejemplo, FROWEIN (n. 27), p. 316; cfr., también, ÍD., «Die Europäische Union im Zeichen der Globalisierung: Einbindung und Status der Europäischen Union im Verfassungssystem der Staatengemeinschaft», en: Michael Kloepfer (ed.), *Entwicklungsperspektiven der europäischen Verfassung im Lichte des Vertrags von Amsterdam*, Baden-Baden, 1999, pp. 117 ss.; SCHWARZE (n. 31), p. 1684; CHRISTIAN WALTER, «Die Folgen der Globalisierung für die europäische Verfassungsdiskussion», *Deutsches Verwaltungsblatt (DVBl)* 2000, p. 2 («malla de elementos constitucionales»). Otras referencias en HERTEL (n. 28), p. 234.

<sup>114</sup> Cfr., por ejemplo, INGOLF PERNICE, «Die Dritte Gewalt im europäischen Verfassungsbund», en: *Europarecht (EuR)* 1996, pp. 27 ss., 30 ss., 42 (el concepto es allí contrapuesto al concepto utilizado por el Tribunal Constitucional Federal Alemán de «Federación de Estados»); cfr., también, ÍD. (n. 32), pp. 205 ss.

<sup>115</sup> Esta comprende a las Constituciones nacionales y el Derecho (internacional o europeo) complementario. Cfr., por ejemplo, PERNICE (n. 100), pp. 703 ss., 707.

<sup>116</sup> Cfr., también, HERBERT SCHAMBECK, «Der Verfassungsbegriff und seine Entwicklung», en: *Festschrift Hans Kelsen*, Viena, 1971, pp. 211 ss.

la idea de Constitución. La idea de Constitución se concretiza en Derecho constitucional positivo. Fue, y es, una fuerza motriz en la marcha de la Constitución en el marco estatal. En mirada retrospectiva a más de doscientos años de historia constitucional, podemos hoy aseverar, no sin satisfacción, que el intento de superar con astucia, con ayuda de la Constitución (estatal), la imperfección de la persona, ha resultado notablemente exitoso, pese a algunos retrocesos.

- C) La constitucionalización de los ordenamientos básicos iusinternacionales como realización de la idea de Constitución en el marco supraestatal

Nos volvemos de nuevo a la marcha de la Constitución hacia esferas europeas y globales: si se compara esta marcha internacional con lo que sucedió y sucede en el ámbito estatal, se descubren algunos puntos en común, pero también una diferencia básica.

No sólo a escala nacional, también a escala internacional operan los objetivos fundamentales enfardados en la idea de Constitución como fuerza motriz. No sólo a escala nacional, también a escala internacional se trata de imbuir los ordenamientos jurídicos básicos, tanto estatales como iusinternacionales, con elementos de la idea de Constitución<sup>117</sup>, un proceso que debe aquí ser designado como constitucionalización<sup>118</sup>.

A diferencia del ámbito estatal, evidentemente, la constitucionalización de los ordenamientos básicos de Derecho internacional se apoya, hasta ahora en todo caso, no en el instrumento de una Constitución formal, es decir, proveniente de un acto del constituyente, sino en otros instrumentos típicos del Derecho internacional (como resoluciones convencionales<sup>119</sup>, formación de Derecho consuetudinario, Sentencias de tribunales internacionales, etc.). Al respecto, ya no puede engañar ni de lejos la terminología (de Constitución) aplicada por los «internacionalistas». A escala internacional observamos una realización de la idea de Constitución sin Constitución, una constitucionalización sin Constitución.

Ello puede, en principio, quizás, sonar paradójico. Sin embargo, no se trata de un caso sin precedentes. El ejemplo principal de una tal constitucionalización sin Constitución es el ordenamiento constitucional de la

<sup>117</sup> Cfr. THÜRER (n. 104), pp. 9 ss.

<sup>118</sup> Cfr., también, el planteamiento conceptual en FROWEIN (n. 44), pp. 427 ss.; PETERS-MANN (n. 38), pp. 1 ss.; íd. (n. 46), pp. 313 ss.; WALTER (n. 20), pp. 961 ss.

<sup>119</sup> Una reminiscencia de la idea de Constitución contiene, por ejemplo, el artículo 6 del Tratado de la Unión Europea (en forma de las allí mencionadas «tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros»).

Gran Bretaña<sup>120</sup>. Gran Bretaña no posee, como se ha mencionado, tampoco hoy una Constitución escrita en el sentido habitual, pero dispone igualmente de un ordenamiento básico que se ajusta, en elevada medida, a las exigencias de la idea de Constitución y que se ha originado por medio de la praxis de unos actores constructores de la Constitución.

D) Constitucionalización de los ordenamientos básicos iusinternacionales como proceso

Si se propone aquí comprender la marcha internacional de la Constitución primariamente con el concepto principal de «constitucionalización» —es decir, conforme a la tendencia general, poniendo conscientemente en el centro conceptos de Constitución no tradicionales (como «Constitución de la Comunidad internacional», «Constitución de la Unión Europea», etc.)—, ello sucede por virtud de una serie de importantes ventajas que son propias del concepto principal de «constitucionalización». Sean aquí destacados tres aspectos:

En primer lugar, el concepto de «constitucionalización», como concepto procesalmente orientado, llama la atención sobre la cuestión de la fuerza motriz —la idea de Constitución— y sobre la cuestión de los actores participantes. ¿Quién es el que activa, o también quién frena, la realización de la idea de Constitución, el proceso constitucional? No es evidente, como a escala nacional, que actúe un poder constituyente o de reforma de corte tradicional. La constitucionalización en el ámbito internacional es un proceso con muchas voces<sup>121</sup>. En la «*constitutional conversation*» (Weiler)<sup>122</sup> participan, de un lado, actores que se mueven en el escenario político: Gobiernos nacionales, organizaciones internacionales y sus órganos, además también Organizaciones No Gubernamentales (ONGs); de otro lado, la justicia, que opera tradicionalmente más bien «en silencio». Al tercer poder le agradecemos notables contribuciones a la penetración constitucional del Derecho internacional, sobre todo en el ámbito de los derechos del hombre. No sólo en el ámbito nacional, también en el internacional es la Justicia la aliada silenciosa de la idea de Constitución. En ello han participado no sólo tribunales a escala internacional como el Tribunal de Estrasburgo de Derechos del Hombre<sup>123</sup>, el Tribunal de Justicia de las

<sup>120</sup> Sobre las especialidades del concepto británico de Constitución, E.C.S. WADE/A.W. BRADLEY, *Constitutional and Administrative Law*, 11ª edición, Londres/Nueva York, 1993, pp. 3 ss.; PREUSS (n. 47), pp. 12 ss.

<sup>121</sup> Ello vale por último también para el proceso constituyente a escala nacional. Cfr. PETER HÄBERLE, «Verfassungsinterpretation und Verfassunggebung», en: ZSR, 1978 I, pp. 1 ss., especialmente 23.

<sup>122</sup> WEILER (n. 35), p. 322.

<sup>123</sup> Cfr., por ejemplo, WALTER (n. 20), pp. 978 ss.

Comunidades Europeas (TJCE)<sup>124</sup> o, en menor medida, el Tribunal Internacional<sup>125</sup>, sino también tribunales nacionales (superiores o no)<sup>126</sup>, así también el Tribunal Federal suizo. Incluso la —con razón— muy criticada Sentencia sobre Maastricht del Tribunal Constitucional de la Federación de Alemania<sup>127</sup> puede leerse en algunas partes como un intento de impulsar la constitucionalización del Derecho europeo, presuponiendo que se quiere decir las reservas del Tribunal Constitucional Federal frente al proceso de integración no sólo como reservas jurídico-constitucionales (a partir de la Ley Fundamental), sino también como reservas a partir de la idea de Constitución y sus elementos nucleares que disfrutaban de la protección especial según el artículo 79.3 de la Ley Fundamental (dignidad de la persona, derechos fundamentales, democracia, Estado de Derecho, división de poderes).

En segundo lugar, el concepto principal de «constitucionalización» deja espacio para la especialidad del Derecho internacional. Quien habla de «Constitución» en el contexto internacional, sucumbe fácilmente al peligro (o a la tentación) de encerrar el Derecho internacional en un corsete jurídico-constitucional. Un ejemplo: quien coloca en el centro el concepto de «Constitución», piensa también, casi inevitablemente, en «legislación constitucional»<sup>128</sup>, y ya comienza —por así decirlo, de modo reflejo— la búsqueda del *pouvoir constituant*, una búsqueda en la que se puede fácilmente ir a parar, en el actual sistema internacional, a un callejón sin salida.

En tercer lugar, si se habla de «constitucionalización» (y no de «Constitución») se destaca claramente que se trata de un proceso abierto que no está determinado por un objetivo final formal fijado de antemano. Un tipo de documento constitucional o «Constitución supraestatal» puede estar al final del desarrollo, así posiblemente en el caso de la Unión Europea. Sin embargo, ello no es en modo alguno preceptivo ni, en el ámbito global, desde una perspectiva actual, realista y, desde luego, tampoco deseable<sup>129</sup>. Y tampoco la Unión Europea necesita, ante todo, una Constitución formal que se origine a partir de un único acto de legislación constituyente europea y sea aprobada por un *pouvoir constituant* europeo (de nuevo tipo); el objetivo primordial es, más bien, imbuir progresivamente el ordenamiento

<sup>124</sup> Cfr., por ejemplo, WEILER (n. 35), pp. 295 ss.; BENEDIKT WECHSLER, *Der Europäische Gerichtshof in der EG-Verfassungswerdung*, Baden-Baden, 1995.

<sup>125</sup> Cfr., por ejemplo, FASSBENDER (n. 37), pp. 592 ss.

<sup>126</sup> Cfr. por ejemplo PERNICE (n. 114), pp. 27 ss.; OLIVIER JACOT-GUILLARMOD, *Le juge national face au droit européen*, Basilea/Frankfurt del Meno/Bruselas, 1993.

<sup>127</sup> BVerfGE 89, 155 (Sentencia del 12.10.1993).

<sup>128</sup> Cfr., por ejemplo, ROLAND BIEBER, «Verfassungsgebung und Verfassungsänderung in der Europäischen Union», en: id./Widmer (n. 19), pp. 313 ss.; WEBER (n. 33), pp. 538; cfr., también, GRIMM (n. 59), pp. 24.

<sup>129</sup> Crítico, por ejemplo OETER (n. 46), pp. 219, 235 ss., 239.

básico de la Unión europea con elementos de la idea de Constitución, esto es, en pocas palabras: su constitucionalización. En este sentido, la Unión Europea no necesita ahora cualquier tipo de «Constitución de derechos fundamentales», sino una codificación *jurídicamente vinculante* de derechos fundamentales. En general, el proceso de constitucionalización de ordenamientos básicos de Derecho internacional está caracterizado, de modo realista, por una «política» (jurídica) «de los pequeños pasos»<sup>130</sup>.

Entre paréntesis, añádase que el cambio del concepto principal de «constitucionalización» también puede de paso contribuir a reconciliar a los «estatistas constitucionales» y los «internacionalistas» constitucionales unos con otros.

### E) La idea de Constitución como *idée directrice*

La «sagrada e irresistible» idea de la Constitución (Kant)<sup>131</sup> es, por su propia esencia, un concepto más bien abstracto. Así, se puede estar tranquilo porque la idea de Constitución no debe ciertamente servir como fundamento para estrictas deducciones lógico-jurídicas, sino operar en el complejo proceso de construcción y progreso del Derecho como fuerza motriz y orientadora. Por lo demás, se trata, con respecto a la idea de Constitución, de una muy vieja conocida: la conocemos desde la antigüedad como *eunomia* o buena ordenación legal, desde la Edad Media como *iustitia* o *buon governo*<sup>132</sup>. Como tal, fue cada vez más literariamente tratada y visualizada por medio de representaciones gráficas<sup>133</sup>. Es famoso el fresco de Ambrogio Lorenzetti «Alegoría del buen gobierno» en el *Palazzo pubblico* de Siena, hecho a finales de los años treinta del siglo XIV, con personificaciones del buen señorío y de los principios y virtudes fundamentales en los que se basa el buen señorío<sup>134</sup>. También la ya mencionada portada del *Leviathan* (1651) de Thomas Hobbes, que resulta para el observador actual, en principio, más bien enigmática y chocante, nos pone ante los ojos importantes elementos de la idea de Constitución. Hágase aquí simplemente referencia a un interesante detalle del complejo cuadro, en concreto que el colosalmente representado «poder del Estado», visto más de cerca, es una figura artística compuesta de hombres individuales iguales unos a otros que se asocian en un «cuerpo político».

<sup>130</sup> Cfr., también, THÜRER (n. 68), pp. 22.

<sup>131</sup> Cfr. FELIX RENNER, *Der Verfassungsbegriff im staatsrechtlichen Denken der Schweiz im 19. und 20. Jahrhundert*, Zúrich 1968, pp. 43.

<sup>132</sup> Cfr. HOFMANN (n. 87), pp. 264 ss.

<sup>133</sup> Cfr. HASSO HOFMANN, *Bilder des Friedens oder Die vergessene Gerechtigkeit*, München, 1997.

<sup>134</sup> Cfr. HOFMANN (n. 133), pp. 13 ss.; ALOIS RIKLIN, *Ambrogio Lorenzettis politische Summe*, Berna, 1996.

Estas y otras representaciones gráficas y literarias permiten reconocer que la idea de la Constitución, por un lado, muestra una cierta constancia a lo largo de los siglos; y por otro lado, sin embargo, sus elementos particulares y su imagen global no son atemporales ni inmodificables. Ello no es una casualidad, porque la idea de Constitución se alimenta del supra-temporal Derecho de la razón, radicado en las experiencias de los siglos pasados<sup>135</sup>.

La idea de la Constitución y del proceso de la constitucionalización constituyen importantes puntos de partida para hacer frente al fenómeno de la globalización<sup>136</sup>. Pero, como conceptos más bien abstractos, poseen poca fuerza irradiadora y, en todo caso, menor que el concepto simbólico y prestigioso de «Constitución» (que, en último término no por ello, parece tan atractivo a los «internacionalistas»). Se impone por ello la pregunta de si no debe revivificarse la tradición de las visualizaciones de conceptos teórico-constitucionales. ¿Qué imagen podría ser apta para ello? ¿La imagen de la construcción de una «*casa común*»?<sup>137</sup> Sería una imagen que ni es especialmente original ni nueva, pero que tiene la gran ventaja de que es conocida universalmente.

#### F) Perspectivas de futuro del proceso de constitucionalización

Lo que puede significar en concreto constitucionalización en el contexto internacional es algo que aquí sólo puede ser aclarado en palabras-clave con ayuda de algunos campos ejemplarizantes de actuación:

- a) Un fortalecimiento general de la posición jurídica del individuo —que ciertamente no es sólo sujeto del ordenamiento jurídico nacional<sup>138</sup>, sino también, en último término, del Derecho internacional—, ello en la dirección de un Derecho del ciudadano del mundo o del Derecho cívico mundial<sup>139</sup>;

<sup>135</sup> Así, también nuestras Constituciones actuales son una mixtura singular de Derecho natural positivizado y soberanía popular. Cfr. GEBHARDT (n. 14), p. 22. Sobre la Constitución como equivalente al Derecho natural (o Derecho natural positivizado), cfr. STOURZH (n. 87), p. 56; NIKLAS LUHMANN, «Verfassung als evolutionäre Errungenschaft», en: *Rechtshistorisches Journal*, 1990, pp. 186 ss.

<sup>136</sup> Cfr., también, PERNTHALER (n. 53), p. 83.

<sup>137</sup> Cfr. MICHAEL STOLLEIS, «Das ‚europäische Haus‘ und seine Verfassung», en: *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft (KritV)*, 1995, p. 297.

<sup>138</sup> Cfr. HAVERKATE (n. 23), pp. 330 ss.

<sup>139</sup> Sobre este concepto que se retrotrae a Kant, cfr. JÖRG PAUL MÜLLER, «Das Weltbürgerrecht (§ 62) und Beschluss», en: Otfried Höffe (ed.), *Immanuel Kant: Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre*, Berlín, 1999, pp. 257 ss.

- b) Un fortalecimiento del *responsible government* y de los *checks and balances* en el sistema internacional<sup>140</sup> —no en las clásicas formas de una responsabilidad del Gobierno o de la separación de poderes, pero por ejemplo a través de la intensificación de la Justicia (por ejemplo, en el sistema de la ONU), de forma que la Justicia pueda operar más que como aliada silenciosa de la idea de Constitución;
- c) Un fortalecimiento de los mecanismos protectores y del sistema de tutela jurídica en el ámbito de los derechos de la persona;
- d) Una incrementada jerarquización del Derecho internacional (como ya se bosqueja rudimentariamente<sup>141</sup>) por medio de una diferenciación sistemática de las reglas «usuales» del Derecho internacional, por una parte y, por otro lado, las normas fundamentales del Derecho internacional situadas más alto, que, como una Constitución, constituyen el parámetro conforme al cual han de poder medirse las reglas del Derecho «ordinario»<sup>142</sup>;
- e) La observancia más consecuyente y sistemática de los derechos fundamentales garantizados ya internacionalmente (con inclusión de su dimensión programática) también en la elaboración y evolución de los Convenios de Derecho internacional en ámbitos como la economía, el medio-ambiente y la tecnología<sup>143</sup>.

Anudado al último punto, debe llamarse brevemente la atención sobre un círculo de problemas hasta ahora demasiado poco atendido. A lo largo del reciente desarrollo jurídico, se han diferenciado, cada vez más, ordenamientos parciales especiales del Derecho internacional<sup>144</sup> (por ejemplo, en los ámbitos de comercio de mercancías, laboral, del tráfico, del medio-ambiente, de las telecomunicaciones), que hoy están más o menos des-

<sup>140</sup> Cfr., por ejemplo, los postulados de reforma en SCHWARZE (n. 31), p. 1689 (UE); PERNICE (n. 100), pp. 703 ss. (UE); ÍD. (n. 32), pp. 224 ss. (UE); PETERSMANN (n. 34), pp. 1131 ss. (UE); ÍD. (n. 46), pp. 313 ss. (ONU); FASSBENDER (n. 37), pp. 593 ss. (ONU).

<sup>141</sup> Cfr., por ejemplo, MARTTI KOSKENNIEMI, «Hierarchy in International Law: A Sketch», en: *European Journal of International Law (EJIL)*, 1997, pp. 566 ss.; JOSEPH H.H. WEILER/ ANDREAS L. PAULUS, «The Structure of Change in International Law or Is There a Hierarchy of Norms in International Law?» en: *European Journal of International Law (EJIL)* 1997, pp. 545 ss.; MATTHIAS HERDEGEN, «Vertragliche Eingriffe in das "Verfassungssystem" der EU», en: *Festschrift Ulrich Everling*, Baden-Baden, 1995, pp. 447 ss.

<sup>142</sup> Recuérdese que la diferenciación formal de Constitución y Ley se introdujo sólo a partir del siglo XVIII: cfr. STOURZH (n. 87), pp. 55 ss.

<sup>143</sup> Otro campo temático es la limitación del poder privado. Sobre ello, recientemente, DANIEL THÜRER, «Globalisierung der Wirtschaft: Herausforderung zur "Konstitutionalisierung" von Macht und Globalisierung von Verantwortung – Oder: Unterwegs zur "Citizen Corporation"», en: *ZSR*, 2000 I, p. 107 ss.

<sup>144</sup> Cfr., también, WALTER (n. 20), p. 970.

vinculados unos de otros. Las manifestaciones de los últimos meses en Seattle, Davos y Washington<sup>145</sup>, que han quedado profundamente grabadas en la memoria como expresión violenta de los miedos a la globalización, se revelan en una observación más de cerca (también) como rasgos de un problema subyacente más profundo: una creciente segmentación del Derecho internacional, acompañada de, y fortalecida por, una amplia tendencia al pensamiento sectorial<sup>146</sup>.

La garantía de la coherencia en el sistema jurídico internacional se transforma con la creciente globalización en un problema cada vez más grande. A escala nacional, las Constituciones nacionales y los procedimientos en ellas establecidos velan para que los procesos más importantes de decisión vayan a través del «ojo de la aguja» del procedimiento legislativo (correspondiente al Parlamento), que, con todas sus debilidades, presta un servicio muy valioso a la coherencia del ordenamiento jurídico. Este método no se puede, naturalmente, trasladar en la escala 1:1 al nivel internacional. Pero en la constitucionalización del sistema internacional, hay que trabajar con miras a que las estructuras decisivas del *law-making*<sup>147</sup> internacional puedan garantizar tanto un mínimo de coordinación y coherencia entre los ordenamientos parciales como también la orientación del desarrollo jurídico al bien general, lo que no siempre encuentra sus mejores valedores en los Estados o sus Gobiernos<sup>148</sup>.

## 5. RECAPITULACIÓN

¿Hay, por tanto, que constatar, una nueva orientación de la idea de Constitución? La respuesta a la pregunta del título resulta ser diferenciada: por un lado, sí, porque en la época de la globalización, la idea de Constitución alarga el paso cada vez más hacia el ámbito internacional; por otro lado, no, porque la idea de Constitución sigue siendo necesaria, precisamente también bajo circunstancias modificadas, en su forma que se nos confía hoy como *idée directrice*. Dicho de forma simplista: una nueva orientación espacial aflora, pero no una nueva orientación básica material.

<sup>145</sup> Con ocasión del encuentro de ministros de la OMC en Seattle (diciembre de 1999), del Foro de la economía mundial en Davos (enero de 2000) y de la reunión primaveral de las Instituciones de Bretton Woods en Washington (abril de 2000).

<sup>146</sup> Característico de ello es por ejemplo, un informe del Director General de la OMC de una concentración de su organización en la «sociedad nuclear»: cfr. *NZZ* núm. 84, de 8 y de 9 de abril de 2000, p. 29.

<sup>147</sup> Cfr. GENNADY M. DANILENKO, *Law-Making in the International Community*, Dordrecht y otras, 1993; DICKE (n. 43), pp. 193 ss.

<sup>148</sup> La incrementada participación de las sociedades de ciudadanos organizadas podría crear un equilibrio.

¡Hoy, por el contrario, hay que traer al mundo la idea de Constitución, esto es, las exigencias fundamentales en que se basan las actuales Constituciones del Estado constitucional y también darles validez a escala supraestatal! La idea de Constitución debe ser llevada fuera y trasplantada, porque, para decirlo con Goethe: «absolutamente nada puede ser, a partir de la idea, sin actividad [*ohne Tat*]».

Pues bien, los teóricos (constitucionales) no pueden ser incondicionalmente los «autores» [Täter] generados. Y en la valoración realista se debe partir de que los actores que actúan en los escenarios de la política europea y mundial no serán especialmente receptivos al concepto de constitucionalización en general. No obstante, existe toda razón para el optimismo (contenido), además de que el cometido no es el de crear una Constitución para Europa o para el mundo de un día para el otro. Más bien, se trata de conducir críticamente un proceso constitucional que ya se ha puesto en marcha a escala internacional, si bien hasta ahora de un modo bastante desorganizado, por así decirlo: al estilo británico, y despertar conciencia constitucional (quizás incluso «anhelo constitucional») entre todos los actores de todos los niveles: por medio de la inserción de los desarrollos actuales en contextos (constitucionales) más amplios; por medio de los comentarios críticos de la praxis política y judicial; señalando los déficits; mostrando soluciones para cuestiones jurídicas discutidas (*de lege lata*); por medio de propuestas para el desarrollo ulterior de los ordenamientos básicos iusinternacionales (*de lege ferenda*).

Y no olvidemos una cosa: detrás de todas las instituciones, organizaciones y órganos están sujetos de decisión, como se suele decir hoy. Y también en la época de la(s) globalización(es) y del mundo virtual son ellas personas, personas que se pueden entusiasmar por una buena idea como la idea de Constitución. Pertenece a mis tareas y objetivos centrales como profesor universitario despertar este entusiasmo constitucional entre los estudiantes, entre la juventud académica, de entre la cual saldrán los sujetos de decisión responsables y conscientes de su responsabilidad de mañana.

(Traducción del alemán: JOAQUÍN BRAGE CAMAZANO \*)

---

\* Doctor Europeo en Derecho (UCM). Departamento de Derecho Constitucional. Universidad Complutense de Madrid.

