

# PODER CONSTITUYENTE Y DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

## CONSTITUENT POWERS AND INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS LAW

### PODER CONSTITUINTE E DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS

*Jorge Benavides Ordóñez\**  
*Universidad de las Américas*

Recibido: 25/05/2017  
Aprobado: 17/07/2017

#### **Resumen:**

El artículo pretende determinar ¿en qué medida el ejercicio del poder constituyente originario se encuentra condicionado por el Derecho internacional de los derechos humanos? En este sentido se sostiene que la comprensión actual del poder constituyente, se ha ido apartando paulatinamente de su significación revolucionaria decimonónica. Se señala así que, aun cuando se prevea por parte de algunas constituciones, entre ellas la de Ecuador, la figura de asambleas constituyentes, estas últimas estarían vinculadas formalmente a los textos constitucionales que van a sustituir, no así en cuanto al contenido de sus decisiones. Se destaca, además, la efectividad que suponen los tratados internacionales de derechos, así como la actuación de los órganos internacionales de protección en su función de guardianes de los límites heterónomos materiales.

**Palabras clave:** Poder constituyente originario; Derechos humanos; Soberanía; Límites heterónomos; Internacionalización del Derecho.

#### **Abstract:**

In this article the analysis focuses to determine to what extent the exercise of the original constituent power is conditioned by the international law of human rights? In this sense, it is argued that the current understanding of constituent power has gradually departed from its nineteenth-century revolutionary significance. It is pointed out that, even if constitutional assemblies are foreseen by some constitutions, the latter are formally bound to the constitutional texts that

they are going to replace, but not in the content of their decisions. It also highlights the effectiveness of international treaties on rights, as well as the actions of international protection bodies in their role as guardians of heteronomous material boundaries.

**Key words:** Original constituent power; Human rights; Sovereignty; Heteronomous boundaries; Internationalization of law.

#### **Resumo:**

O artigo pretende determinar em que medida o exercício do poder constituinte originário está condicionado pelo Direito internacional dos direitos humanos? Neste sentido se sustenta que a compreensão atual do poder constituinte, foi se separando paulatinamente de seu significado revolucionário do século XIX. Demarca-se que, ainda quando se preveja por parte de algumas constituições, entre elas a do Equador, a figura de assembleias constituintes, estas últimas estariam vinculadas formalmente aos textos constitucionais que vão substituir, não assim em quanto ao conteúdo de suas decisões. Destaca-se, além disso, a efetividade que supõem os tratados internacionais de direitos, assim como a atuação dos órgãos internacionais de proteção em sua função de guardiães dos limites eterômanos materiais.

**Palavras chave:** Poder constituinte, Direitos humanos; Soberania; Limites eterômanos; Internacionalização do Direito.

\* Abogado, Pontificia Universidad Católica del Ecuador. PhD en Derecho Constitucional. Máster en Filosofía y Cultura Moderna, Universidad de Sevilla. Diploma Superior en Derecho Constitucional, UASB-E. Doctor en Derecho Constitucional, Universidad de Sevilla. Correo electrónico: j.benavides@udlanet.ec

## INTRODUCCIÓN

La comprensión del poder constituyente como prejurídico, plenipotenciario y, por ello, carente de límites, en la medida en que se configura como expresión directa la soberanía popular fue acuñado en la Revolución Francesa<sup>1</sup>. Sin embargo, como es harto conocido, dicha forma de entender al poder constituyente en la actualidad ha sufrido fuertes reparos. Ello se debe, principalmente, al triunfo del Estado constitucional el cual supone, entre otras cosas, la garantía efectiva de los derechos de las personas al interior de su comunidad política. Así, el objetivo de garantizar derechos por medio de la limitación del poder pasó de convertirse en un cometido puertas adentro del Estado, a una finalidad que concitó el interés y la participación de la comunidad internacional en su conjunto, la cual acudió a la firma de tratados internacionales como medio para garantizar los derechos humanos a una escala regional así como mundial.

A pesar de que lo dicho en las líneas precedentes es ampliamente compartido, no se puede ocultar que la imposición de límites internacionales al ejercicio del poder constituyente originario implica algunas complejidades para el entendimiento del poder soberano de los Estados. No obstante, en la medida en que dichos límites se concentren, principalmente, en el respeto a los derechos humanos, dichas complejidades

pueden ser atenuadas, toda vez que el fin ulterior del Estado constitucional y lo que otorga legitimidad a su accionar es la protección de los derechos y libertades individuales.

En este sentido, en este manuscrito se pretende determinar ¿en qué medida el ejercicio del poder constituyente originario se encuentra condicionado por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos? Con este objetivo, en el primer apartado del artículo se discutirá respecto a la clásica distinción entre poder constituyente originario y poder constituyente constituido. Posteriormente, analizaremos cómo en algunos de los actuales textos constitucionales de América Latina, entre ellos el de Ecuador, ha surgido una tendencia a regular dentro de su propia normativa la activación del poder constituyente originario. Seguidamente, reflexionaremos respecto a la relación entre el poder constituyente originario y los derechos humanos. En este sentido luego de abordar algunos aspectos teóricos de la relación acudiremos a sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos para aclarar dicha relación desde un enfoque jurisdiccional. Por último, nos referiremos a los fundamentos del porqué de la limitación del poder constituyente originario por parte del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

## PODER CONSTITUYENTE ORIGINARIO Y PODER CONSTITUYENTE CONSTITUIDO

La distinción entre poder constituyente originario y poder constituyente constituido es un aspecto central de la dogmática constitucional (Bockenforde 2000, 161), en la medida en que nos permite determinar cuándo estamos frente a la modificación del contenido esencial de la Constitución, llevada a cabo por parte del constituyente originario, y cuándo nos encontramos ante una reforma constitucional de menor calado, instrumentalizada a través del constituyente constituido.

Dicha diferenciación obedece al hecho de que el poder constituyente originario al tratarse de un poder previo

que crea la Constitución, su regulación no se encontraría enmarcada dentro del texto constitucional, toda vez que actúa en una situación prejurídica; de ello se deduce, a su vez, el carácter ilimitado del poder constituyente originario. Por el contrario, el poder constituyente constituido nace de la propia Constitución y, con ello, su actuación se halla debidamente desarrollada por aquella. En consecuencia, el poder constituyente constituido es un poder esencialmente limitado.

La distinción entre poder constituyente originario y poderes constituidos, como es bien sabido, fue tempranamente observada en la Francia del siglo XVIII

<sup>1</sup> De entre la abundante literatura al respecto, véase el trabajo de Pedro de Vega. 1985. *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*. Madrid: Tecnos.

por Sieyès, cuando diferenció al poder constituyente originario como un poder radical a quien le pertenece la atribución de otorgar una Constitución y cuya titularidad sólo puede residir en la nación; de ahí, precisamente su carácter apriorístico y libre de toda cortapisa normativa. Mientras que los poderes constituidos o derivados son creados por la Constitución y no artifices de ella, lo cual da como resultado su sometimiento estricto a la Constitución (Garrorena 2014, 41).

Es pertinente precisar que en la experiencia norteamericana del poder constituyente, acaecida unos años antes que la francesa, se dio, a diferencia de los europeos sin mayores inconvenientes, toda vez que se pudo conjugar desde un inicio y de forma espontánea la construcción doctrinal y práctica del poder constituyente, debido a que en tierras americanas no se tuvo que acabar con el antiguo régimen (Pérez Royo 2007, 100). Otra diferencia vendría dada por el hecho de que fue en Francia, de la mano de Sieyès, en donde se desarrollaron con denuedo las construcciones teóricas del poder constituyente, mientras que la implementación práctica del poder constituyente en Norteamérica tuvo como antecedente la rica tradición de organización política llevada a cabo por las Colonias por medio de los *covenants*.

La diferencia, en suma, entre el poder constituyente en su versión originaria respecto a la versión constituida, viene dada en que en su variante originaria se trata de un poder que se justifica a sí mismo, con lo cual su fundamento no es jurídico sino existencial (De Vega 1985, 28-29). De ahí que la Constitución se apoye en la decisión política surgida de un ser político existencial y no abstracto, a saber el poder constituyente originario (Schmitt 2011, 184).

Sin embargo, es necesario tener presente que la premisa de la ilimitabilidad del poder constituyente originario, no supone tampoco, que nos encontremos frente a un poder arbitrario o caprichoso (Bockenforde 2000, 176), toda vez que su finalidad es la creación de la Constitución y, en esa medida, su actuación comporta un compromiso con la limitación del poder en aras de la protección de los derechos individuales.

En este sentido se han establecido límites a la actuación del poder constituyente originario, los cuales pueden ser autónomos o heterónomos. Hablamos principalmente de límites autónomos cuando nos si-

tuamos frente al respeto que debe observar el constituyente ante aquellos presupuestos básicos que debe contener cualquier Constitución. Dichos presupuestos son descritos de modo claro por el artículo 16, de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, en el sentido de que cualquier sociedad en la que no se garantice los derechos ni se determine la separación de poderes carecería de texto constitucional. En otras palabras, los límites autónomos vienen dados por la implicaciones del concepto mismo de Constitución.

De otro lado, de entre los distintos límites heterónomos nos referiremos a aquellos que nos llegan desde fuera de las fronteras estatales, hablamos de los tratados internacionales en materia de derechos humanos. Asunto central del manuscrito sobre el que volveremos más adelante.

El poder constituyente cuyo titular indiscutible es el pueblo es un concepto clave de la teoría política moderna porque permitió primero, sobre el principio de la soberanía nacional y luego, sobre el principio de la soberanía popular, a las sociedades surgidas en el siglo XVIII organizarse de acuerdo al ideal del autogobierno; premisa que se mantiene hasta nuestros días.

El poder constituyente, adicionalmente, trajo consigo una comprensión secularizadora de las relaciones políticas centradas en el individuo más que en la divinidad; sin embargo, se debe señalar también que el poder constituyente transfirió los atributos de la divinidad al pueblo (Pisarello 2012, 37). Como señalara Schmitt, los conceptos centrales de la teoría política moderna son teológicos secularizados (Schmitt 2009, 37).

Es, pues, gracias al principio de soberanía popular que las Constituciones son textos supremos, tanto en lo político por la legitimidad del que están revestidas al ser producto del libre consenso de los ciudadanos, así como en lo jurídico, condición que, entre otras cosas, implica que las normas infraconstitucionales deberán guardar conformidad formal y material con el texto constitucional, caso contrario deberán ser declaradas inválidas.

En definitiva, el poder constituyente originario es un concepto del que no se puede prescindir, toda vez que, como señala Bockenforde, aparece como aquella fuerza política que origina, mantiene y cancela la

Constitución en su pretensión normativa de validez, se diferencia así de los poderes constituidos, ya que los

precede y los condiciona en su ejercicio (Bockenforde 2000, 163).

## LA REGULACIÓN DEL PODER CONSTITUYENTE ORIGINARIO EN ALGUNOS MARCOS CONSTITUCIONALES ACTUALES

En las democracias modernas la forma de actuación del poder constituyente originario se ha dado, principalmente, por medio de Asambleas Nacionales Constituyentes. No obstante, como advierte Schmitt, existen algunas variantes que combinan algunos elementos, de ahí que el teórico alemán sostenga al menos cuatro maneras de expresión del poder constituyente originario (Schmitt 2011, 133-136).

La primera alude a la instalación de una Asamblea Constituyente que, siendo elegida por sufragio ciudadano, una vez que aprueba el texto constitucional, pone en vigor por sí misma dicho texto sin necesidad de referéndum popular ratificatorio. En el constitucionalismo ecuatoriano un ejemplo sería la Constitución de 1998.

La segunda forma de actuación señala la instalación de una Asamblea constituyente que siendo elegida por sufragio ciudadano, una vez que aprueba el texto constitucional precisa necesariamente de referéndum popular ratificatorio para que pueda entrar en vigor la nueva Constitución. En el constitucionalismo ecuatoriano un ejemplo sería la Constitución de 2008.

La tercera variante de actuación apunta a un proyecto de texto constitucional que, siendo preparado por un órgano político constituido, para entrar en vigor precisa de la aprobación popular por medio de referéndum. En el constitucionalismo ecuatoriano un ejemplo sería la Constitución de 1978.

La cuarta forma de actuación del poder constituyente originario es discutible en términos jurídicos, toda vez que alude a una utilización inadecuada de un instrumento de democracia directa por parte de los gobernantes para modificar aspectos centrales de la Constitución. Es decir, se utiliza el referéndum para legitimar una decisión política del gobernante en funciones, sin respetar contenidos y procedimientos de reforma previstos en el texto constitucional. En el constitucionalismo ecuatoriano un ejemplo serían las modificaciones

de 2011 a la Constitución de 2008, respecto al Consejo de la Judicatura de Transición.

En cuanto al poder constituyente constituido, ciertamente, en el constitucionalismo actual la previsión de cláusulas de reforma constitucional no supone novedad, al contrario, es una exigencia de cualquier Constitución democrática. En este sentido, la reforma constitucional con base en el principio de soberanía popular tuvo prontamente en el artículo V de la Constitución de los Estados Unidos de 1787, la primera manifestación de un procedimiento debidamente reglado.

Sin embargo, en los días que corren, el que algunas Constituciones regulen la activación del poder constituyente originario dentro del propio texto constitucional, sí implica novedad. Innovación que, concomitantemente, ha ido de la mano de textos constitucionales que asumen un fuerte compromiso con el cumplimiento de los dictados provenientes del Derecho Internacional de Derechos Humanos. Así, en los últimos años varios textos constitucionales de América Latina han previsto también la revisión total de la Constitución por medio de Asamblea Constituyente, tal es el caso de Colombia (art. 376), Bolivia (art. 411), Venezuela (art. 347) y Ecuador (art. 444) (Benavides, p. 59). Asimismo, la importancia del Derecho Internacional de los Derechos Humanos se puede observar en los referidos textos constitucionales, a modo ejemplificativo diremos en Colombia (art. 93), en Bolivia (art. 13.3), en Venezuela (art. 19) y en Ecuador (art. 3.1).

Lo dicho hasta el momento supone algunas reflexiones. La expresa previsión del poder constituyente originario en la Constitución es polémica, ya sea, porque es difícil comprender cómo un poder originario, una fuerza política que precede a la Constitución pueda ser prevista por esta última; o, por el hecho de cómo se protegería el propio texto constitucional de una fuerza política que en principio no contempla límite jurídico alguno en su actuación. Además que, por otro lado, se podría asumir que el poder constituyente originario

en su ejercicio se encontraría limitado *a priori* por el Derecho.

Tal vez ensayando una respuesta a dichas preocupaciones diríamos que el poder constituyente tanto en su variante originaria como constituida actúa en el marco de la democracia constitucional, modelo según el cual se define a la democracia en términos de derechos de libertad, políticos, sociales y de cuarta generación (Barberis 2015, 81). Y, en este sentido, al ser el objetivo del poder constituyente originario la creación del texto constitucional, documento que garantiza la libertad, podría por voluntad del constituyente quedar configurado formalmente en la Constitución, dando señales de una suerte de dimensión normativa de un poder que en principio es existencial. Como señala Laporta el poder en sus formas más importantes de expresión es un fenómeno complejo, de carácter colectivo y no individual, de ahí que no se lo pueda tratar como puros hechos particulares; el poder da cuenta de un fenómeno público en donde tienen presencia las normas sociales (Laporta 1997, 446). En este orden de consi-

deraciones sugerimos que el poder constituyente no es sólo existencia, ya que al tratarse de un fenómeno colectivo está sujeto a determinadas pautas normativas de carácter social.

Ahora bien, se debe dejar sentado que la vinculación del constituyente originario se da en términos formales o procedimentales, es decir, que la regulación de Asambleas constituyentes en los textos que a van a sustituir no supone que se pueda limitar en cuanto a los contenidos de las decisiones del constituyente originario. En todo caso consideramos también que la regulación en el propio texto constitucional ha contribuido a morigerar el carácter extraordinario del constituyente originario, estableciendo una vinculación procedimental para su activación. Como por ejemplo, en el caso de Ecuador el hecho de que una Asamblea Constituyente debe nacer necesariamente por consulta popular, situación que no es expresa en el caso venezolano y abrió paso a la convocatoria directa a una Asamblea Constituyente vía Decreto ejecutivo.

## LA RELACIÓN ENTRE PODER CONSTITUYENTE ORIGINARIO Y DERECHOS HUMANOS

La relación entre poder constituyente originario y derechos humanos es compleja, entre otras cosas porque en la base de la Constitución se encuentran en disputa dos principios sin los cuales aquella no podría existir. Entre dichos principios existe una tensión muy difícil de saldar definitivamente, nos referimos a la pugna entre el principio de soberanía popular, es decir, el elemento democrático que legitima la Constitución, y el principio de supremacía constitucional, a saber, el elemento jurídico por medio del cual se limita el poder de las mayorías con el fin de garantizar los derechos.

Una solución ensayada para resolver la tensión referida, como afirma De Vega, venía dada por Kelsen, cuando señalaba que la Constitución se mostraba como ley suprema en sustitución del poder soberano del pueblo aletargado, dando como resultado la soberanía del Derecho y de la Constitución. Debido a que una vez aprobada la Constitución por el pueblo, todos los poderes pasan a ser constituidos, desapareciendo el poder constituyente, con el fin de que el texto constitucional articule en torno a sí el centro de referencia del

sistema (De Vega 1985, 222). En todo caso es preciso señalar que para los positivistas es el poder constituyente constituido el único estudiado, en la medida en que debe su existencia a la Constitución y actúa conforme a los procedimientos establecidos por aquella. El constituyente originario se movería, por tanto, en un espacio metajurídico escapando de su objeto de análisis (Requejo Pagés 1998, 46).

No se debe perder de vista que en nuestros días la democracia constitucional es la forma de gobierno abrazada por la gran mayoría de Estados, y, precisamente, dicha nomenclatura supone el autogobierno del pueblo sujeto a los límites establecidos por la Constitución. De ahí el apareamiento de los límites autónomos al poder constituyente originario, los cuales no son otros que los elementos de un concepto mínimo de Constitución, a saber, la división de poderes, la garantía de derechos, la soberanía popular. Es por ello que, si hipotéticamente en un proceso constituyente en Ecuador, ante la grave crisis económica el constituyente se decantara por la eliminación de los distintos po-

deres del Estado, concentrado todas las funciones en el Ejecutivo, se pondría al margen de los presupuestos defendidos por la Constitución en un Estado Derecho.

Por otro lado, se encuentran los límites heterónomos al poder constituyente originario, entre los cuales, los más relevantes son los provenientes de las obligaciones contraídas a partir de los tratados internacionales en materia de derechos humanos que han sido debidamente ratificados por los Estados. Asimismo, se debe tener presente que los tratados internacionales de derechos humanos generan al poder constituyente originario no solo obligaciones positivas, es decir, de actuar conforme a lo dispuesto por un tratado, sino también obligaciones negativas, por las cuales un Estado debe abstenerse de realizar algo que pueda obstaculizar la plena vigencia de los derechos humanos.

Lo dicho implica una intrincada discusión respecto a la matización del poder constituyente al interior de los Estados. En todo caso, se debe advertir que, si bien el poder constituyente se afirma en el siglo XX en Europa y en otras partes de mundo, su comprensión se aleja paulatinamente de esa idea primigenia abrazada durante la Revolución francesa, que lo vinculaba fuertemente a la soberanía popular, acercándose más bien a los postulados de la Revolución americana, en donde en cierta forma se reemplaza el concepto de soberanía por el de legalidad constitucional, es decir, de una legalidad superior a la ordinaria, limitando, en consecuencia, al legislador (Fioravanti 2011, 161-162).

Por lo tanto, en Ecuador, como en cualquier democracia constitucional, el poder constituyente originario comporta un límite heterónimo eficaz, esto es, las normas de los tratados en materia de derechos humanos, como, por ejemplo la Convención Americana de Derechos Humanos, conocida también como Pacto de San José de Costa Rica de 1969<sup>2</sup>, que reconoce potestad jurisdiccional vinculante a la Corte Interamericana. Si bien el Tratado referido es de corte regional, existen también tratados en materia de derechos humanos con alcance mundial, debidamente ratificados por Ecuador, tal es el caso del Pacto Internacional por

los Derechos Civiles y Políticos de 1966, del Pacto Internacional por los Derechos Económicos Sociales y Culturales del mismo año y de las Convenciones contra la Esclavitud de 1926, contra el Genocidio de 1948 y contra la Tortura de 1984. No podemos dejar de señalar el gran peso de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, como instrumento de protección a escala mundial. Aunque no posee las características de un tratado, fue reconocida como vinculante en la Conferencia Internacional de Derechos Humanos en Teherán, el 13 de mayo de 1968 (Trujillo 2013, 330).

En este orden de consideraciones, es plausible el papel desempeñado por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos al querellarse en contra de las leyes de caducidad aprobadas por algunos Estados del cono sur, que fueron asolados por dictaduras militares. En este sentido, seguidamente nos referiremos sucintamente a dos casos: *Almonacid vs. Chile* y *Gelman vs. Uruguay*. Cabe precisar que, si bien, los casos se refieren a la adopción de leyes de caducidad respecto a delitos de lesa humanidad<sup>3</sup>, supone, además, un límite al poder constituyente originario. Toda vez que ni en el supuesto de una sustitución de la Constitución, un Estado que ha ratificado la Convención y que reconozca, por tanto, la competencia de la Corte podrá permitirse la aprobación de norma alguna que contemple la prescriptibilidad y con ello, la amnistía de los delitos de lesa humanidad.

En efecto, en el caso *Almonacid vs. Chile*, Sentencia de 26 de septiembre de 2006, la Corte estableció la responsabilidad del Estado chileno por falta de investigación y sanción de los responsables en la ejecución extrajudicial, durante la dictadura militar, de Luis Almonacid Arellano, así como determinó también, la falta de idónea reparación para sus familiares Elvira Gómez Olivares, Alfredo, Alexis y Jose Almonacid Gómez, cónyuge e hijos, respectivamente. En este sentido, la Corte sostuvo el incumplimiento de la Convención por parte del Estado Chile en aspectos como el respeto de los derechos (art.1.1), así como en la obligación de adoptar disposiciones internas (art. 2), además, declaró la

<sup>2</sup> Convención ratificada por parte de Ecuador el 8 de diciembre de 1977.

<sup>3</sup> A partir del artículo 7 del Estatuto de Roma, tratado constitutivo de la Corte Penal Internacional (ratificado por Ecuador el 5 de febrero de 2002), son crímenes de lesa humanidad aquellos actos que se comentan como un ataque sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque. Los actos en cuestión, entre otros, son: asesinato, exterminio, esclavitud, deportación o traslado forzoso de población, privación de libertad física en violación de normas de derecho internacional, tortura, violación, esclavitud sexual, persecución de un colectivo con identidad propia por motivos étnicos, religiosos, culturales, de género, políticos y la desaparición forzada de personas.

violación estatal de las garantías judiciales (art. 8.1), así como de la protección judicial (art. 25).

De otro lado, respecto a la prescriptibilidad de los delitos cometidos por los agentes del Estado chileno, la sentencia en cuestión supuso un importante avance al determinar la nulidad del Decreto Ley 2191, el cual contemplaba la amnistía para delitos de lesa humanidad. La nulidad, implicó, entre otras cosas, que los tribunales no podían aplicar dicho Decreto cuando conocían de los delitos cometidos por agentes del Estado en el período contemplado por el Decreto. La Corte, en definitiva, en el párrafo 129 señaló:

El Tribunal, como conclusión de todo lo señalado en esta sección A), considera que el asesinato del señor Almonacid Arellano formó parte de una política de Estado de represión a sectores de la sociedad civil, y representa sólo un ejemplo del gran conjunto de conductas ilícitas similares que se produjeron durante esa época. El ilícito cometido en contra del señor Almonacid Arellano no puede amnistiarse conforme a las reglas básicas del derecho internacional, puesto que constituye un crimen de lesa humanidad. El Estado incumplió su obligación de adecuar su derecho interno a efectos de garantizar los derechos establecidos en la Convención Americana, porque mantuvo y mantiene en vigencia el Decreto Ley No. 2.191, el que no excluye a los crímenes de lesa humanidad de la amnistía general que otorga. Finalmente, el Estado violó el derecho a las garantías judiciales y a la protección judicial, e incumplió con su deber de garantía, en perjuicio de los familiares del señor Almonacid Arellano, porque aplicó el Decreto Ley No. 2.191 al presente caso.

Respecto al caso *Gelman vs. Uruguay*, en Sentencia de 24 de febrero de 2011, la Corte estableció la responsabilidad del Estado uruguayo en la desaparición forzada y la violación de otros derechos contemplados en la Convención en los artículos 1, 11, 13, 18, 2, 20, 25, 3, 4, 5, 7, 8, de María Claudia García Iruretagoyena Casinelli, de su esposo Marcelo Ariel Gelman Schubaroff y de la hija de ambos, nacida en cautiverio y que fue sustraída y entregada a un miembro de la fuerza pública uruguaya. Por eso, la Corte Interamericana afirmó, entre otras cosas, que la Ley de Caducidad uruguaya, que establece la prescriptibilidad de las responsabilidades penales de los violadores de los derechos fundamentales durante la dictadura que asoló al citado país, aunque haya sido aprobada en un régimen democrático

y ratificada por la ciudadanía en consulta popular en dos ocasiones, no tiene legitimidad a la luz del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Señalando, además, que la legitimación democrática de ciertos actos en una sociedad está limitada por la protección de los derechos contemplados en la Convención Americana de Derechos Humanos. Por lo que la protección de los derechos aparece, en definitiva, como un límite infranqueable a las mayorías.

De los casos en cuestión, se puede colegir por un lado, la plena vigencia de la premisa de que cualquier atentado contra los derechos de las personas no es un asunto de incumbencia doméstica de los Estados, sino un problema de relevancia internacional (Pérez Luño 2011, 37). Y por otro lado, que uno de los fenómenos más importantes en las últimas décadas en materia de derechos humanos ha sido la coincidencia de dos sistemas normativos, que en la parte sustantiva como procedimental confluyen en la protección de los derechos, a la sazón, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y la jurisdicción constitucional nacional (Nash y Núñez 2017, 17).

La Corte Interamericana, en suma, con fundamento en el Convenio se encuentra facultada para imponer límites a la actuación de las mayorías políticas de los Estados, tanto si estas se expresan por medio de los poderes constituidos, como por ejemplo el legislativo mediante la expedición de leyes, como si lo hacen a través del poder constituyente originario, que organizado en una Asamblea Constituyente, es expresión máxima del carácter político soberano del pueblo.

Por otro lado, en los actuales contextos en donde prima la internacionalización del derecho, es común que los Estados se vean obligados por normas que tienen su origen más allá de sus fronteras nacionales (Cotarelo 1997, 23). Internacionalización que, como una de las esferas que implica la globalización, ha determinado que el Estado deje de ser en los hechos el principal referente de la comunidad política (Bernal Pulido 2005, 394).

Dicho fenómeno cobra particular fuerza en materia de derechos fundamentales, sobre todo posterior a la II Guerra Mundial, al punto que el reconocimiento y garantía de los derechos se mide actualmente en cada país con una referencia de tipo internacional (Pérez Royo 2007, 182). Lo que, en definitiva, da como re-

sultado que hoy en día se hable de una suerte de difuminación del concepto de soberanía, el cual encuentra su expresión más señera en la manifestación del poder constituyente originario. El cual en su ejercicio se vería legítimamente limitado por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, toda vez que los

derechos humanos al ser recogidos ulteriormente en la Constitución se convierten en derechos fundamentales.<sup>4</sup> A continuación exploraremos en algunas de las justificaciones para que el Derecho Internacional actúe como límite en el ejercicio del poder constituyente originario.

## FUNDAMENTOS DEL PORQUÉ DE LA LIMITACIÓN DEL PODER CONSTITUYENTE ORIGINARIO POR PARTE DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

Como ha sido dicho el Derecho Internacional de los Derechos Humanos está conformado por aquellos tratados e instrumentos internacionales que regulan la adecuada protección, así como la debida promoción de los derechos humanos, tanto desde una óptica universal como regional. El fundamento de su legitimidad, respecto a su obligatoriedad en relación de los Estados, viene dada en la medida en que se trata de una imposición volitiva, es decir, que su vinculatoriedad estriba en la adopción voluntaria realizada por los Estados. Lo cual, a su vez, implica que el Estado acepta limitar su actuación normativa de conformidad a lo previamente acordado, incluyendo los casos de creación y reforma constitucional.

En efecto, en la mayoría de los casos, y el Ecuador no es la excepción, son los órganos legislativos<sup>5</sup> de los Estados los encargados de dar la aprobación o no de los tratados en general y de los de derechos humanos en particular, contando, la mayoría de las veces, con el pronunciamiento previo de constitucionalidad de los respectivos tribunales o cortes constitucionales.<sup>6</sup> Con el fin, por un lado, de preservar la supremacía constitucional y por otro, de no contravenir, en caso de ser Estado suscriptor, lo establecido por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969.

En este sentido la Convención en referencia establece en los artículos 27 y 46, que un Estado parte de un tratado no podrá alegar en contra de su cumplimiento

una norma interna, al menos que la violación suponga un vicio del consentimiento al celebrar el tratado, por ser manifiesta para todos y por referirse a una norma trascendente de su derecho interno. El problema se daría, en consecuencia, en el caso de que el tratado violentare la Constitución y no se pudiese alegar por parte del Estado que en el trámite de adopción se inobservó una norma competencial. Probablemente, en dicho escenario la única justificación para dejar de cumplir lo dispuesto por el tratado, aunque, sin duda, es un tema discutible, sea el hecho de que la norma internacional violente algún derecho constitucional (Porrás y Romero 2012, 354).

Los tratados internacionales en general y sobre todo aquellos que regulan derechos humanos en particular, aparecen, entonces, como aquellos límites externos por excelencia, que deberá observar el poder constituyente originario cuando proceda a sustituir la Constitución. En esa medida los límites internos suelen ser un tema clave del trabajo de los constitucionalistas, en tanto que los límites externos son desarrollados de manera conjunta por constitucionalistas, y por los cultores del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en una suerte de enfoque que podría denominarse como internacionalización del Derecho Constitucional o de una constitucionalización del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (Nash y Núñez 2017, 18). En cualquier caso, como advierte Díez Picazo, si bien, existe una suerte de consenso en la doctrina jurídica

4 Como advierte Bernal Pulido, "los derechos fundamentales no son nada distinto a una institucionalización de los derechos humanos en el Estado constitucional democrático" (Bernal Pulido 2005, 383).

5 El artículo 419 de la Constitución ecuatoriana señala que la ratificación o denuncia de los tratados internacionales requerirá la aprobación previa de la Asamblea Nacional en los casos que: 1. Se refieran a materia territorial o de límites; 2. Establecimiento de alianzas políticas o militares; 3. Contengan el compromiso de expedir, modificar o derogar una ley; 4. Respecto a derechos y garantías constitucionales; 5. Comprometan la política económica del Estado señalada en el Plan Nacional de Desarrollo a condiciones de instituciones financieras internacionales; 6. Comprometan al país en acuerdos de integración y de comercio; 7. Atribuyan competencias internas a organismos internacionales; 8. Comprometan el patrimonio natural, genético, así como la biodiversidad.

6 El artículo 438, número 1, de la Constitución ecuatoriana prescribe que la Corte Constitucional emitirá dictamen previo y vinculante de los tratados internacionales, previamente a su ratificación por parte de la Asamblea Nacional.

en torno a los límites impuestos al poder constituyente desde el derecho internacional, no ha ocurrido lo mismo respecto al alcance de dicha afirmación (Díez Picazo 2006, 11).

Ciertamente, un límite impuesto por los tratados internacionales en general vendría configurado por los principios *pacta sunt servanda* y *bona fide*, los cuales impedirían la adopción de normas constitucionales que prescribieran que el Estado no está obligado en absoluto por los tratados internacionales. En tanto que, en cuanto a los límites específicos que supondrían los tratados internacionales en materia de derechos humanos vendría por el lado de las prohibiciones de esclavitud, genocidio y discriminación por razones de etnia, prohibiciones que, finalmente, tienen forma de normas *ius cogens* (Díez Picazo 2006, 15-16).

Es por ello que no se podría incluir con motivo de la adopción de una nueva Constitución en Ecuador alguna disposición que fuera en contra de una norma internacional de los derechos humanos, a menos que, previamente el Estado hubiera denunciado el tratado. En este sentido, un Estado suscriptor de la Convención Americana de Derechos Humanos no podría llevar a cabo una modificación constitucional tendente a la eliminación del delito de la desaparición forzada de personas, o promover otra por la cual se introduzca la pena de muerte, debido a que ambas iniciativas irían

en contrasentido de lo contemplado por la Convención. No se debe perder de vista que, tanto los tratados internacionales en general como los de derechos humanos en particular son vinculantes para los Estados por su carácter extra-constitucional. Por lo tanto, dicho carácter no puede ser eliminado por una reforma a la Constitución, aunque esta no contemple cláusula de intangibilidad alguna y pueda, en consecuencia, ser reformada en su integralidad. El carácter extra-constitucional de los tratados se diferencia de lo supraconstitucional, en el sentido en que actúa desde fuera del derecho nacional (Manilli 2010, 782). Sin embargo, se debe decir también, que son los tratados internacionales en materia de derechos humanos los que se muestran como límites efectivos al poder constituyente originario.

Cabe observar que al ser los tratados internacionales de derechos humanos un límite adoptado libremente por un Estado, este no puede señalar posteriormente el también principio de Derecho Internacional que contempla la no intervención en los asuntos internos para dejar de cumplir las obligaciones contraídas libremente. Ya que, en caso de no estar de acuerdo, el Estado siempre tendrá en la opción de la denuncia del tratado el mecanismo para apartarse de cumplir lo previamente convenido. O, para adoptar, posteriormente, alguna norma interna que en principio se opusiere a lo dispuesto por un tratado.

## CONCLUSIONES

En la tipología de los límites al poder constituyente originario, en este manuscrito hemos hecho referencia a los autónomos y a los heterónomos. Así, los primeros además de estar integrados por la garantía de los derechos y la división de poderes, lo están por el principio democrático, según el cual todos los miembros de una comunidad participan en pie de igualdad en la construcción de la voluntad general. En consecuencia, los límites autónomos hacen parte del concepto mismo de Constitución.

De otro lado, los límites heterónomos vendrían configurados por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Por ello es que, las obligaciones jurídicas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, han supuesto cambios a conceptos centrales de la teoría constitucional como son la soberanía y el poder

constituyente originario, condicionando así la actuación de este último.

Se debe tener presente que la previsión del poder constituyente originario en algunas constituciones de América Latina, incluido Ecuador, implica sólo un límite formal, por medio del cual se determina constitucionalmente la vía de activación de dicho poder, pero no supone un límite a los contenidos de las decisiones llevadas a cabo por el constituyente. En todo caso existe la obligación por parte del poder constituyente originario de no adoptar normas contrarias a lo dispuesto por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Por todo ello, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos es un límite heterónimo del poder constituyente originario de carácter material.

La Constitución como el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, por otra parte, comparten un mismo objetivo, a saber, la garantía de los derechos. Por ello, es manifiesta la necesidad de cooperación entre ambos sistemas. En todo caso ante la posible tensión entre los mencionados sistemas aparece el principio *pro homine*, por el cual, la norma aplicable será

aquella que favorezca en mayor medida a la efectiva vigencia del derecho.

En este contexto es trascendente el papel llevado a cabo por parte de organismos como la Corte Interamericana de Derechos Humanos para hacer efectivo los límites internacionales al poder constituyente.

## BIBLIOGRAFÍA

- Barberis, Mauro. 2015. *Ética para juristas*. Madrid: Trotta.
- Benavides Ordóñez, Jorge. 2017. Carta magna, Constituciones contemporáneas y Asamblea constituyente, en *Carta magna y Nuevo constitucionalismo latinoamericano. ¿Ruptura o continuismo?* C. Storini, ed. Quito: UASB-CEN.
- Bernal Pulido, Carlos. 2005. *El derecho de los derechos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Bockenforde, Ernst Wolfgang. 2000. El poder constituyente del pueblo. Un concepto límite del Derecho Constitucional, en *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*. Madrid: Trotta.
- Cotarelo, Ramón. 1997. Teoría del Estado, en *Filosofía Política* vol. 2, coord. Alfonso Ruiz Miguel y Elías Díaz. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- De Vega, Pedro. 1985. *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*. Madrid: Tecnos.
- Díez Picazo, Luis. 2006. Límites internacionales al poder constituyente, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, no. 76. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Fioravanti, Maurizio. 2011. *Constitución. De la anti-güedad hasta nuestros días*. Madrid: Trotta.
- Garrorena Morales, Ángel. 2014. *Derecho Constitucional. Teoría de la Constitución y sistema de fuentes*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Laporta, Francisco. 1997. Poder y Derecho, en *Filosofía Política* vol. 2, coord. Alfonso Ruiz Miguel y Elías Díaz. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Manilli, Pablo. 2010. La soberanía, Constitución y derecho internacional de los derechos humanos, en *Memoria del X Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*. Lima: IIDC-PUCP.
- Nash, Claudio, y Constanza Núñez. (2017). Los usos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en la Jurisprudencia de los Tribunales Superiores de Justicia de Chile, en *Estudios Constitucionales*, año 15, no 1. Disponible en: <http://www.cecoch.cl/publicacion/2017-revista-1/>
- Pérez Luño, Antonio. 2011. *Los derechos fundamentales*. Madrid: Tecnos.
- Pérez Royo, Javier. 2007. *Curso de Derecho Constitucional*. Madrid: Marcial Pons.
- Pisarello, Gerardo. 2012. *Procesos constituyentes. Caminos para la ruptura*. Madrid: Trotta.
- Porras, Angélica y Johana Romero. 2012. *Guía de jurisprudencia constitucional ecuatoriana* tomo 2. Quito: Centro de Estudios Corte Constitucional de Ecuador.
- Requejo Pagés, Juan Luis. 1998. *Las normas preconstitucionales y el mito del poder constituyente*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Schmitt, Carl. 2011. *Teoría de la Constitución*. Madrid: Alianza.
- Schmitt, Carl. 2009. *Teología Política*. Madrid: Trotta.
- Trujillo, Julio César. 2013. *Constitucionalismo contemporáneo*. Quito: UASB-CEN.

### Sentencias

Sentencia Almonacid vs. Chile, Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Sentencia Caso Gelman vs. Uruguay, Corte Interamericana de Derechos Humanos.