



LUDOVICA CHIUSSE CURZI\* - NICCOLÒ LANZONI\*\*

## ALGUNAS OBSERVACIONES SOBRE LA “SUPRACONSTITUCIONALIDAD” DEL IUS COGENS Y DE LOS TRATADOS SOBRE DERECHOS HUMANOS EN LOS ORDENAMIENTOS JURÍDICOS INTERNOS, CON ESPECIAL REFERENCIA A LOS EUROPEOS Y LATINOAMERICANOS<sup>1</sup>

ÍNDICE: 1. Introducción. – 2. El *ius cogens* en el derecho internacional y en los ordenamientos jurídicos internos, entre inderogabilidad y supraconstitucionalidad – 2.1. Definición, identificación y alcance del *ius cogens* en el derecho internacional – 2.2. La jerarquía del *ius cogens* en los ordenamientos jurídicos internos – 3. ¿Supraconstitucionalidad de los instrumentos jurídicos sobre protección de Derechos Humanos? – 3.1. Supraconstitucionalidad de la CADH – 3.2. (Falta de) supraconstitucionalidad del CEDH – 4. Observaciones finales.

### 1. Introducción

El concepto de “supraconstitucionalidad” suele estar relacionado con la idea de que existen límites inherentes al “poder constituyente” interno a los Estados, es decir, el fundamento, la fuerza creadora y la fuente de legitimidad de la Constitución nacional<sup>2</sup>. En particular, en la doctrina se ha argumentado que esta noción señala la existencia de límites externos, de diferente naturaleza y origen, con respecto a lo que los ordenamientos constitucionales nacionales pueden o no establecer, tanto en el momento constituyente propiamente dicho como en lo que atañe a la revisión de la Constitución<sup>3</sup>.

\* Investigadora y Profesora Adjunta Senior (*ricercatrice a tempo determinato tipo b*) (*senior*) de Derecho Internacional Público en la Facultad de Derecho de la Universidad de Bolonia.

\*\* Investigador Postdoctoral y Profesor Contratado (*assegnista di ricerca e professore a contratto*) de Derecho Internacional Público en las Facultades de Derecho/Bienes Culturales de la Universidad de Bolonia.

<sup>1</sup> Dra. Ludovica Chiussi Curzi ha redactado los párrafos 1, 2.1. y 3.2. Dr. Niccolò Lanzoni ha redactado los párrafos 2.2., 3, 3.1 y 4. Los autores desean agradecer al Profesor Attila Tanzi por sus comentarios sobre una versión anterior del texto.

<sup>2</sup> Véase, en general, Y. ROZNAI, *The Boundaries of Constituent Authority*, en *Conn. Law Rev.*, 2021, p. 1385 ss.

<sup>3</sup> *Ivi*, p. 1395. Sobre este tema véanse también S. ARNÉ, *Existe-t-il des normes supra-constitutionnelles?*, en *Revue de Droit Public et de la science politique en France et à l'étranger*, 1993, p. 459 ss, L. FAVOREU, *Souveraineté et supraconstitutionnalité*, en *Pouvoirs*, 1993, p. 71 ss, D. MAUS, *The Influence of Contemporary International Law on the Exercise of Constituent Power*, en A. JYRÄNKI (ed.), *National Constitution in the Era of Integration*, The Hague-Boston, 1999, p.

Ciertamente, la idea de que el poder constituyente puede conocer límites externos implica reflexiones extremadamente complejas en los campos de la filosofía, la sociología y la política antes que el derecho<sup>4</sup>. El objetivo de la presente contribución es mucho más circunscrito, limitándose a investigar por qué y cómo a ciertas normas de derecho internacional se les puede reconocer o se les ha reconocido un rango “supraconstitucional” – es decir, superior a cualquier norma del ordenamiento jurídico, incluida la misma Constitución – en la jerarquía de las fuentes internas.

Para delimitar el alcance de la investigación, y con vistas a la relevancia que tiene para el tema aquí abordado la participación en los mecanismos regionales sobre protección de Derechos Humanos, el análisis se focalizará en los Estados europeos y latinoamericanos. La exposición se dividirá en tres partes.

La primera se refiere a las normas de *ius cogens* y se divide, a su vez, en dos párrafos. El primer párrafo ofrece una visión de conjunto de la definición, identificación, caracteres y alcance del *ius cogens* en el derecho internacional a la luz de los recientes trabajos de la Comisión de Derecho Internacional (“CDI”). El segundo, en cambio, profundiza en el tema del rango que tiene, o debería tener, el *ius cogens* en la jerarquía de las fuentes internas, abordando la cuestión de si, independiente de los perfiles de responsabilidad internacional, sería posible argumentar que un Estado pueda, a través de su derecho interno, incluida su propia Constitución, contravenir al *ius cogens*, aunque no tenga derecho a derogarlo internacionalmente.

La segunda parte se centra en la otra categoría de normas internacionales a las que a veces se les ha reconocido un rango supraconstitucional en los ordenamientos jurídicos internos, es decir los tratados (e instrumentos jurídicos de *soft-law*) sobre Derechos Humanos. Después de ofrecer un rápido panorama de los ordenamientos internos que “abren” a un rango supraconstitucional (o, en todo caso, privilegiado) para estos instrumentos jurídicos, se prestará especial atención a las problemáticas y consecuencias jurídicas, en términos de jerarquía de las fuentes internas, que supone la participación de los Estados en la Convención Americana de Derechos Humanos (“CADH”)<sup>5</sup> y el Convenio Europeo de Derechos Humanos (“CEDH”)<sup>6</sup>. Se destacará y comentará aquí la diferente actitud que la Corte Interamericana de Derechos Humanos (“CIADH”) y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (“TEDH”) han mantenido a este respecto.

A la luz de este análisis, la tercera parte proporciona algunas observaciones finales sobre la supraconstitucionalidad del *ius cogens* y de los tratados sobre Derechos Humanos en los ordenamientos jurídicos internos.

---

45 ss, L. C. BACKER, *God(s) over Constitutions: International and Religious Transnational Constitutionalism in the 21st Century*, en *Mississippi College Law Review*, 2007, pp. 106-107, S. J. SCHNABLY, *Emerging International Law Constraints on Constitutional Structure and Revision: A Preliminary Appraisal*, en *University of Miami Law Review*, 2008, p. 417 ss, L. GARLICKI, Z. A. GARLICKA, *External Review of Constitutional Amendments? International Law as a Norm of Reference*, en *Isr. Law Rev.*, 2011, p. 343 ss, T. M. FRANCK, A. K. THIRUVENGADAM, *Norms of International Law relating to the Constitution-making Process*, en L. E. MILLER (ed.), *Framing the State in Times of Transition: Case Studies in Constitution Making*, Washington D.C., 2010, p. 3 ss, M. HARTWIG, *What Legitimises a National Constitution? On the Importance of International Embedding*, en A. VON BOGDANDY, P. SONNEVEND (eds.), *Constitutional Crisis in the European Constitutional Area: Theory, Law and Politics in Hungary and Romania*, Oxford, 2015, p. 311 ss y Y. ROZNAI, *The Boundaries*, cit., p. 1395.

<sup>4</sup> Véase, en general, Y. ROZNAI, *The Theory and Practice of ‘Supra-Constitutional’ Limits on Constitutional Amendments*, en *Int. Comp. Law Quart.*, 2013, p. 557 ss.

<sup>5</sup> Adoptada el 22 de noviembre de 1969, entrada en vigor el 18 de julio de 1978, en *United Nations Treaty Series*, Vol. 1144, p. 123.

<sup>6</sup> Adoptado el 4 de noviembre de 1950, entrado en vigor el 3 de septiembre de 1953, en *United Nations Treaty Series*, Vol. 213, p. 222.

Por último, parece aquí necesaria una clarificación metodológica. El problema de la supraconstitucionalidad de ciertas normas de derecho internacional tiende, de alguna forma, a verse afectado por la postura de partida del interprete. Al fin y al cabo, desde una perspectiva marcadamente dualista<sup>7</sup>, podría incluso argumentarse que la teorización de un rango jerárquico superior al constitucional en el ordenamiento jurídico interno constituye una contradicción en los términos ya que, en definitiva, el rango “supraconstitucional” se reconoce, explícita o implícitamente, por la propia Constitución<sup>8</sup>. En consecuencia, sería «aplicable el aforismo según el cual “nadie da lo que no tiene”, pues la Constitución no puede dar un valor superior al que ella posee»<sup>9</sup>.

Sin embargo, un enfoque más realista a las relaciones entre el derecho internacional y los ordenamientos jurídicos internos no debería ignorar el hecho de que «it is necessary not to consider single rules in isolation, as pure normative propositions; rather, law must first be examined in the context of its original system, in the light of its own set of fundamental values, its normative dynamics and its own set of instrumental rules»<sup>10</sup>. En este sentido, como se argumentará, la idea misma de supraconstitucionalidad no es sino una manifestación más de la continua interactuación, delegación de ciertas funciones normativas y referencia mutua que caracterizan las relaciones entre el derecho internacional, sus instituciones, y los ordenamientos jurídicos internos<sup>11</sup>.

## 2. *Ius cogens* en el derecho internacional y en los ordenamientos jurídicos internos, entre inderogabilidad y supraconstitucionalidad

### 2.1. Definición, identificación y alcance del *ius cogens* en el derecho internacional

Aunque elaborada por un gran número de autores<sup>12</sup>, y evocada cada vez más por los jueces de tribunales internacionales<sup>13</sup> y nacionales<sup>14</sup>, la noción de *ius cogens* es relativamente

<sup>7</sup> Sobre monismo y dualismo en las relaciones entre el derecho internacional y los ordenamientos jurídicos internos véanse J. G. STARKE, *Monism and Dualism in the Theory of International Law*, en S. L. PAULSON, B. LITSCHESKI PAULSON (eds.), *Normativity and Norms*, Oxford, 2007, p. 537 y E. CANNIZZARO, B. I. BONAFÉ, *Beyond the Archetypes of Modern Thought: Appraising Old and New Forms of Interaction between Legal Orders*, en M. P. MADURO, K. TUORI, S. SUNKARI (eds.), *Transnational Law: Rethinking European Law and Legal Thinking*, Cambridge, 2014, p. 78 ss.

<sup>8</sup> A. PAÚL, *Nueva Constitución y derecho internacional*, en *Revista Chilena de Derecho*, 2021, p. XI.

<sup>9</sup> Ivi.

<sup>10</sup> E. CANNIZZARO, B. I. BONAFÉ, *Beyond the Archetypes of Modern Thought*, cit., p. 83.

<sup>11</sup> Véase, en terminos teóricos generales, E. CANNIZZARO, B. I. BONAFÉ, *Beyond the Archetypes of Modern Thought*, cit., p. 95.

<sup>12</sup> Véanse, entre otros, R. KOLB, *Théorie du ius cogens international: essai de relecture du concept*, Paris, 2001, A. ORAKHELASHVILI, *Peremptory Norms of International Law*, Oxford, 2006, E. CANNIZZARO (ed.), *The Present and Future of Jus Cogens*, Roma, 2015, D. SHELTON, *Jus Cogens*, Oxford, 2021 y D. TLADI (ed.), *Peremptory Norms of General International Law (Jus Cogens)*, Leiden-Boston, 2021.

<sup>13</sup> Véase, entre otros, Corte Permanente de Justicia Internacional (“CPJI”), Sentencia de 12 de diciembre de 1934, *Asunto Oscar Chinn, Reino Unido c. Bélgica*, Opinión separada por el Sr. Schücking, caso núm. Serie A/B, No. 63, p. 149; Corte Internacional de Justicia (“CIJ”), Sentencia de 3 de febrero de 2006, *Actividades Armadas en el Territorio del Congo (Nueva Aplicación: 2002)*, *República Democrática del Congo c. Uganda*, en *I.C.J. Reports* 2006, p. 6 (*Actividades Armadas en el Territorio del Congo*), párr. 64, CIJ, Opinión consultiva de 22 de julio de 2010, *Conformidad con el Derecho Internacional de la Declaración Unilateral de Independencia relativa a Kosovo*, en *I.C.J. Reports* 2010, p. 403, párr. 81, Sentencia de 20 de julio de 2012, *Cuestiones referentes a la Obligación de Juzgar o Extraditar, Bélgica c. Senegal*, en *I.C.J. Reports* 2012, p. 422, párr. 99, Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia, Sentencia de 10 de diciembre de 1998, caso núm. IT-95-17/1-T, *Prosecutor v. Anto Furundžija (Fiscal c. Furundžija)*, párr. 153, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Sentencia de 21 de noviembre de 2001, caso núm. 35763/97, *Al-Adsani v. The United Kingdom*, párr. 144 y Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia de 22 de septiembre de 2006, caso núm. Serie C No. 153, *Goiburí y Otros c. Paraguay*, párr. 128.

<sup>14</sup> Véanse, entre otros, Corte de Casación, Sentencia de 11 de marzo de 2004, caso núm. 5044/04, *Luigi Ferrini c. Repubblica Federale di Germania*, párr. 4, Tribunal Constitucional Federal de Alemania, Sentencia de 26 de

joven<sup>15</sup>.

A partir de las instancias de los Países socialistas y en desarrollo en los años 60, la existencia de algunas normas absolutas e inderogables se convirtió progresivamente en una costumbre internacional<sup>16</sup>. La idea misma del *ius cogens* puede de hecho considerarse como una herramienta para limitar los efectos del relativismo sobre los compromisos normativos fundamentales de la Comunidad Internacional<sup>17</sup>.

Incluso si parece que «es más fácil ilustrar estas reglas que definir las»<sup>18</sup>, lo que es cierto es que el *ius cogens* ha revolucionado el sistema horizontal de las fuentes normativas, contribuyendo a su verticalización y hallándose cúspide de dicho sistema<sup>19</sup>.

Si bien no se cuestione más la existencia de normas destinadas a proteger un conjunto de valores e intereses comunes, el contenido, alcance y efectos concretos de dichas normas en el ordenamiento jurídico internacional y nacional siguen siendo objeto de intenso debate. La CDI ya había abordado el concepto de normas inderogables en sus trabajos sobre el derecho de los tratados y la responsabilidad internacional. Sin embargo, la falta constante de claridad sobre la naturaleza y el alcance del *ius cogens* ha llevado recién la CDI a embarcarse en un nuevo estudio centrado específicamente en el tema<sup>20</sup>.

La única definición codificada de *ius cogens* se encuentra en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (“CVDT”)<sup>21</sup>. Bajo el artículo 53 de la CVDT, una norma imperativa es definida, tautológicamente, como «una norma aceptada y reconocida por la Comunidad Internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario». El problema de dicha definición consiste en que confunde las características de las normas de *ius cogens* con sus consecuencias<sup>22</sup>. Es decir, no es que una norma es de *ius*

octubre de 2004, caso núm. 2 BvR 955/00, *Mr. von der M. v. Berlin Higher Administrative Court*, en BVerfGE 112, 1, párr. 97-98, 117-118, Tribunal de Justicia Superior de Ontario, Sentencia de 30 de junio de 2004, caso núm. C38295, *Bouzari and Others v. Islamic Republic of Iran*, párr. 86-88, Corte Suprema de Justicia de la Nación, Sentencia de 13 de julio de 2007, caso núm. M 2333 XLII, *Santiago Omar Riveros c. Fiscalía General del Estado*, párr. 15.

<sup>15</sup> A pesar del reconocimiento, bien antes del derecho internacional, entre “*ius dispositivum*” y “*ius strictum*”. Para un análisis histórico del concepto de “*ius cogens*”, véanse, entre otros, E. CRIDDLE, E. FOX-DECENT, *A Fiduciary Theory of Jus Cogens*, en *Yale Jour. Int. Law*, 2009, p. 331 ss, T. WEATHERALL, *Jus Cogens: International Law and Social Contract*, Cambridge, 2015, p. 109 ss y J. L. VALLARTA MARRÓN, *La argumentación jurídica entorno al jus cogens internacional*, en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, 2010, p. 11 ss.

<sup>16</sup> A. CASSESE, *Il diritto internazionale nel mondo contemporaneo*, Bologna, 1984, p. 198. Y véase C. FOCARELLI, *International Law in the 20th Century*, en A. ORAKHELASHVILI (ed.), *Theory and History of International Law*, Cheltenham-Northampton, 2020, p. 424.

<sup>17</sup> M. KOSKENNIEMI, *From Apology to Utopia: The Structure of International Legal Argument*, Cambridge, 2006, p. 321 ss.

<sup>18</sup> H. LAUTERPACHT, *Règles générales du droit de la paix*, en *Collected Course of the Hague Academy of International Law*, 1937. p. 265.

<sup>19</sup> En este sentido véanse, entre otros, K. ZEMANEK, *The Metamorphosis of Jus Cogens: From an Institution of Treaty Law to the Bedrock of the International Legal Order?*, en E. CANNIZZARO (ed.), *The Law of Treaties Beyond the Vienna Convention*, Oxford, 2011, pp. 398-399, J. VIDMAR, *Norm Conflicts and Hierarchy in International Law: Towards a Vertical Legal System?*, en E. DE WET, J. VIDMAR (eds.), *Hierarchy in International Law: The Place of Human Rights*, Oxford, 2012, p. 26, J. CRAWFORD, *Chance, Order Change: The Course of International Law*, en *Collected Course of the Hague Academy of International Law*, 2013, p. 195 y T. TREVES, *The Expansion of International Law: General Course on Public International Law*, en *Collected Course of the Hague Academy of International Law*, 2015, p. 43.

<sup>20</sup> CDI, 8 de marzo de 2016, *Primer informe sobre ius cogens, preparado por Dire Tladi, Relator Especial*, UN Doc. A/CN.4/693, párr. 8.

<sup>21</sup> Adoptada el 23 de mayo de 1969, entrada en vigor el 27 de enero de 1980, en *United Nations Treaty Series*, Vol. 1155, p. 331.

<sup>22</sup> C. DE VISSCHER, *Positivisme et “jus cogens”*, en *Rev. gén. dr. int. pub.*, 1971, p. 5 ss.

*cogens* cuando no admita derogación; más bien, es el hecho de hacer parte del *ius cogens* que conlleva su inderogabilidad<sup>23</sup>. Esta “nebulosidad”, casi “mágica”<sup>24</sup> del *ius cogens* sigue siendo la principal razón por la que algunos Estados, como Francia, no son parte de la CVDT<sup>25</sup>.

De toda manera, la CDI no ha logrado una definición más precisa en su último trabajo. La Conclusión 2 del Proyecto de conclusiones sobre normas imperativas de derecho internacional, aprobado por el Comité de Redacción en segunda lectura, afirma que las normas de *ius cogens* «reflejan y protegen valores fundamentales de la Comunidad Internacional. Dichas normas son universalmente aplicables y son jerárquicamente superiores a otras normas de derecho internacional»<sup>26</sup>.

Como subrayado por la CIJ en su opinión consultiva sobre la *Legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares*, la cuestión de si una norma «forma o no parte del *ius cogens* se relaciona con el carácter jurídico de [ella]»<sup>27</sup>. Es evidente que una norma imperativa sólo puede tomar forma si los Estados más representativos de las distintas zonas de la Comunidad Internacional la reconocen como tal. De hecho, el *ius cogens* se forma y evoluciona de acuerdo con las variables sociopolíticas de la Comunidad Internacional en un preciso momento histórico.

Por ello, aunque normas como la prohibición de agresión, genocidio, esclavitud, tortura y tratos inhumanos y degradantes, así como la prohibición de segregación racial, se hayan reconocido como *ius cogens*<sup>28</sup>, una lista exhaustiva de normas parece difícilmente realizable e incompatible con el relativismo histórico que caracteriza la producción normativa internacional.

En verdad, el Proyecto de conclusiones de la CDI, mencionado antes, propone una lista, sin perjuicio de la existencia de otras normas<sup>29</sup>. Al fin y al cabo, el artículo 64 de la CVDT ya prevé la posibilidad de que lleguen a crearse nuevas normas imperativas de derecho internacional general a través del proceso de aceptación y reconocimiento por la Comunidad Internacional<sup>30</sup>. De hecho, hay autores que califican ya como de *ius cogens* normas que podrían lograr un reconocimiento formal más destacado de este rango en futuro, como el principio del *non refoulement*<sup>31</sup> o el cumplimiento de (algunos de) los *core labour standards*<sup>32</sup>.

<sup>23</sup> E. JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, *International Law in the Past Third of a Century*, en *Collected Course of the Hague Academy of International Law*, 1978, p. 64.

<sup>24</sup> A. BIANCHI, *Human Rights and the Magic of Ius Cogens*, en *Eur. Jour. Int. Law*, 2008, p. 491 ss.

<sup>25</sup> Véase O. DELEAU, *Les positions françaises à la Conférence de Vienne sur le droit des traités*, en *Ann. fr. droit int.*, 1969, pp. 14-17. Véase también C. TOMUSCHAT, *The Security Council and Jus Cogens*, en E. CANNIZZARO (ed.), *The Present and Future of Jus Cogens*, Roma, 2015, p. 7 ss.

<sup>26</sup> CDI, 11 de mayo de 2022, *Normas Imperativas de derecho internacional (ius cogens). Texto del proyecto de conclusiones y de anexo aprobado por el Comité de Redacción en segunda lectura. Identificación y consecuencia jurídicas de las normas imperativas de derecho internacional general (ius cogens)*, UN Doc. A/CN.4/L.967, p. 1.

<sup>27</sup> CIJ, Opinión consultiva de 8 de julio de 1996, *Legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares*, en *I.C.J. Reports* 1996, p. 226, párr. 83.

<sup>28</sup> *Proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos (“ARS”)*, en *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, Vol. II(2), 2001, pp. 90-91.

<sup>29</sup> Véanse la Conclusión 23 y el Anexo en CDI, 11 de mayo de 2022, *Normas Imperativas de derecho internacional (ius cogens). Texto del proyecto de conclusiones y de anexo aprobado por el Comité de Redacción en segunda lectura. Identificación y consecuencia jurídicas de las normas imperativas de derecho internacional general (ius cogens)*, UN Doc. A/CN.4/L.967, pp. 7-8.

<sup>30</sup> El artículo 64 de la CVDT establece que: «Si surge una nueva norma imperativa de derecho internacional general, todo tratado existente que esté en oposición con esa norma se convertirá en nulo y terminará».

<sup>31</sup> Véase A. PETERS, *Supremacy Lost*, cit., p. 185.

<sup>32</sup> Sobre la naturaleza de *ius cogens* de los *core labour standards* véase T. COTTIER, *Improving Compliance: Jus Cogens and International Economic Law*, en *Neth. YB. Int. Law*, 2016, p. 339 ss.

En tema de identificación de las normas imperativas, la CDI sigue en gran medida la CVDT, poniendo como criterios el hecho de pertenecer al derecho internacional general y la existencia de un general reconocimiento por parte de la Comunidad Internacional de que la norma no admita acuerdo en contra y modificaciones que no sean causadas por una norma del mismo carácter<sup>33</sup>. La prueba del reconocimiento de una norma de *ius cogens* por la Comunidad Internacional puede darse por las declaraciones de los Estados, correspondencia diplomática, resoluciones aprobadas por una organización internacional, las disposiciones de los tratados, actos legislativos y administrativos o las decisiones de los tribunales nacionales<sup>34</sup>.

Estos materiales son notoriamente los mismos utilizados para la identificación del derecho internacional consuetudinario, pero, en este caso, el *opinio iuris* consiste específicamente en el convencimiento por parte de la Comunidad Internacional que la norma no admite acuerdo contrario.

No obstante, a veces se ha argumentado que una norma de *ius cogens* también podría existir independientemente del elemento objetivo de la práctica<sup>35</sup>. Si bien no parece aceptable un proceso de formación de normas imperativas independiente de tal elemento, como subrayado por un gran número de Estados, la práctica relacionada con el proceso de determinación e identificación de las normas imperativas de derecho internacional general queda escasa<sup>36</sup> y llena de incertidumbre<sup>37</sup>, tanto que en pasado algunas delegaciones propusieron de definir las normas imperativas “de vez en vez” en protocolos adicionales a la CVDT<sup>38</sup>.

En lo que respecta a las consecuencias jurídicas de las normas imperativas, es indiscutible que ellas van más allá de la (improbable) hipótesis de nulidad de un tratado<sup>39</sup>. Las normas de *ius cogens* afectan tanto el proceso de creación de las normas, como lo de su interpretación y aplicación.

En cuanto al derecho de los tratados, una reserva a una disposición de un tratado que refleje una norma imperativa no afecta al carácter vinculante de la misma, y la disposición en cuestión

<sup>33</sup> Véase la Conclusión 4 en CDI, 11 de mayo de 2022, *Normas Imperativas de derecho internacional (ius cogens). Texto del proyecto de conclusiones y de anexo aprobado por el Comité de Redacción en segunda lectura. Identificación y consecuencia jurídicas de las normas imperativas de derecho internacional general (ius cogens)*, UN Doc. A/CN.4/L.967, p. 1.

<sup>34</sup> *Ivi*, Conclusión 8, p. 3.

<sup>35</sup> Tribunal Especial para Líbano, Orden de 15 de abril de 2010, caso núm. CH/PRES/2010/01, *Fiscal c. El Sayed*, párr. 30. Y véase L. HENKIN, *Human Rights and State Sovereignty*, en *G. J. Int. Comp. Law*, 1995, p. 31 ss. Para una crítica, véase C. FOCARELLI, *Jus cogens senza prassi*, en L. PANELLA, E. SPATAFORA (a cura di), *Studi in onore di Claudio Zanghì*, Torino, 2011, p. 251 ss.

<sup>36</sup> Véanse, entre otras, las posturas expresadas por Estados Unidos (UN Doc. A/C.6/74/SR.24 de 11 de noviembre de 2019, párr. 59 ss), Alemania (UN Doc. A/C.6/74/SR.25 de 30 de octubre de 2019, párr. 2) y Noruega, también en nombre de los países nórdicos, (UN Doc. A/C.6/74/SR.23 de 28 de octubre de 2019, párr. 43)

<sup>37</sup> P. TAVERNIER, *L'identification des règles fondamentales, un problème résolu?*, en C. TOMUSCHAT, J. M. THOUVENIN, (eds.), *The Fundamental Rules of the International Legal Order, Jus Cogens and Obligations Erga Omnes*, Leiden-Boston, 2006, p. 1 ss.

<sup>38</sup> Véase A. GÓMEZ ROBLEDO, *El ius cogens internacional*, Ciudad de México, 2003, p. 156.

<sup>39</sup> G. GAJA, *Jus Cogens beyond the Vienna Convention*, en *Collected Course of the Hague Academy of International Law*, 1994, p. 271 ss, B. SIMMA, *From Bilateralism to Community Interests in International Law*, en *Collected Course of the Hague Academy of International Law*, 1994, p. 288 y A. A. CANÇADO TRINDADE, *International Law for Human Kind: Towards a New Jus Gentium: General Course of Public International Law*, en *Collected Course of the Hague Academy of International Law*, 2005, pp. 336-346. Sobre la relación entre el *ius cogens* y el régimen de responsabilidad internacional de los Estados véase también A. TANZI, *Is Damage a Distinct Condition for the Existence of an Internationally Wrongful Act?*, en M. SPINEDI, B. SIMMA (eds.), *United Nations Codification of State Responsibility*, New York-Roma, 1987, p. 1 ss.

continuará siendo aplicable<sup>40</sup>. Es decir, como lo ha aclarado también la CDI, una reserva no puede excluir ni modificar los efectos jurídicos de un tratado de manera contraria a una norma de *ius cogens*<sup>41</sup>.

Si bien la jerarquía normativa codificada por la CVDT se refiere únicamente a los tratados, se ha reconocido también que el *ius cogens* tiene «un rango más alto en la jerarquía internacional que el derecho de los tratados e incluso las normas consuetudinarias “ordinarias”»<sup>42</sup>. Más precisamente, el *ius cogens* puede tanto bloquear el proceso de formación de una norma consuetudinaria contraria, como hacer que una norma consuetudinaria existente deje de existir<sup>43</sup>. La regla del objetor persistente no tiene efecto en relación a la formación de una norma de *ius cogens*<sup>44</sup>.

En materia de aplicación del derecho existente, las normas de *ius cogens* afectan el tradicional enfoque basado sobre la reciprocidad, limitando la disponibilidad de circunstancias que excluyen la ilicitud<sup>45</sup> y la legalidad de las contramedidas<sup>46</sup>. La violación de normas imperativas implica además un régimen agravado de responsabilidad internacional<sup>47</sup> y el deber para los Estados de no asistencia en el mantenimiento de la situación creada por la infracción, así como de no reconocer la legalidad de la misma<sup>48</sup>. Finalmente, vale la obligación de cooperar con los demás Estados para poner fin, por medios lícitos, al incumplimiento de toda norma imperativa<sup>49</sup>.

En conclusión, se puede afirmar que las normas de *ius cogens* operan como una herramienta “cuasi constitucional” en el derecho internacional, en el sentido de que establecen una jerarquía de las normas imperativas sobre el derecho ordinario<sup>50</sup>. La primacía normativa del *ius cogens* ha sido reafirmada por varias decisiones de tribunales nacionales<sup>51</sup>, dejando sin embargo abierta la cuestión del rango de las normas imperativas vis-à-vis las normas de derecho interno.

## 2.2. La jerarquía del *ius cogens* en los ordenamientos jurídicos internos

Al parecer, la profunda reflexión sobre las implicaciones teóricas y prácticas del *ius cogens* en el derecho internacional no ha sido acompañada por un interés igualmente marcado por las implicaciones que esta noción tiene en los ordenamientos jurídicos internos<sup>52</sup>.

---

<sup>40</sup> *Actividades Armadas en el Territorio del Congo*, Opinión separada conjunta por los Jueces Higgins, Koojijmans, Elaraby, Owada y Simma, párr. 29.

<sup>41</sup> Véase la Conclusión 13 en CDI, 11 de mayo de 2022, *Normas Imperativas de derecho internacional (ius cogens). Texto del proyecto de conclusiones y de anexo aprobado por el Comité de Redacción en segunda lectura. Identificación y consecuencia jurídicas de las normas imperativas de derecho internacional general (ius cogens)*, UN Doc. A/CN.4/L.967, p. 4.

<sup>42</sup> *Fiscal c. Furundžija*, párr. 153.

<sup>43</sup> Véase la Conclusión 14 en CDI, 11 de mayo de 2022, *Normas Imperativas de derecho internacional (ius cogens). Texto del proyecto de conclusiones y de anexo aprobado por el Comité de Redacción en segunda lectura. Identificación y consecuencia jurídicas de las normas imperativas de derecho internacional general (ius cogens)*, UN Doc. A/CN.4/L.967, p. 4.

<sup>44</sup> Ivi. Véase también Tribunal de Apelaciones de los Estados Unidos (Noveno Circuito), Sentencia de 22 de mayo de 1992, núm. 965 F.2d 699, *Siderman c. Argentina*, p. 715.

<sup>45</sup> Artículo 26 de los ARS.

<sup>46</sup> Artículo 50, párr. 1, let. d, de los ARS.

<sup>47</sup> Sobre este punto véase E. CANNIZZARO, *On the Special Consequences of a Serious Breach of Obligations Arising out of Peremptory Rules of International Law*, en ID. (ed.), *The Present and Future of Jus Cogens*, Roma, 2015, p. 141 ss.

<sup>48</sup> Artículo 41, párr. 2, de los ARS.

<sup>49</sup> Artículo 41, párr. 1, de los ARS.

<sup>50</sup> A. PETERS, *Are We Moving towards Constitutionalization?*, en A. CASSESE (ed.), *Realizing Utopia: The Future of International Law*, Oxford, 2013, p. 123.

<sup>51</sup> Véanse los casos tratados en A. CONSTANTINIDES, *Jus Cogens*, en A. NOLLKAEMPER y Otros (eds.), *International Law in Domestic Courts: A Casebook*, Oxford, 2018, p. 278.

<sup>52</sup> Sobre este punto, véanse, E. DE WET, *The Prohibition of Torture as an International Norm of Jus Cogens and Its Implications for National and Customary Law*, en *Eur. Jour. Int. Law*, 2004, pp. 103-104, A. L. PAULUS, *Jus Cogens in a Time of Hegemony and Fragmentation – An Attempt at a Re-appraisal*, en *Nor. Jour. Int. Law*, 2005, pp. 319-323,

En verdad, esta cuestión podría parecer más una cuestión de derecho constitucional que de derecho internacional<sup>53</sup>. No obstante, las Constituciones nacionales, así como los órganos judiciales diputados a la interpretación y aplicación de las mismas, tanto en Europa como en América Latina, sólo excepcionalmente han aclarado el rango que ocupa el *ius cogens* en los ordenamientos jurídicos internos<sup>54</sup>.

De hecho, la Constitución Federal suiza es la única que toma en consideración expresamente el *ius cogens*. En particular, el artículo 139, párr. 4, prevé que cualquier revisión constitucional no puede violar las «disposiciones imperativas de derecho internacional»<sup>55</sup>.

Ni siquiera en uno de los ordenamientos jurídicos más monistas en el mundo, el de los Países Bajos, hay referencia expresa al *ius cogens*. El artículo 94 de la Constitución holandesa establece que «los preceptos legales en vigor dentro del Reino no serán de aplicación, si la aplicación de los mismos fuere incompatible con estipulaciones de tratados y de acuerdos de organizaciones internacionales de derecho público que obligan a toda persona». En uno de sus comentarios a los trabajos de la CDI, los Países Bajos han precisado que: «While any rule of *jus cogens* is binding on the Netherlands under international law, it may not overrule a rule of national law when the relevant rules [*sic*] is one of customary international law (as opposed to a rule contained in a treaty or a binding decision of an international organisation)»<sup>56</sup>. Esta posición – difícil de descifrar concretamente – parece conllevar la paradoja por la que el *ius cogens* sólo tendrá prioridad sobre el derecho interno cuando se incorpore en un tratado, es decir, en una fuente jurídica que, en el plano internacional, tiene un rango inferior al mismo.

Por lo que concierne Italia, conforme al artículo 10, párr. 1, de la Constitución, «el ordenamiento jurídico italiano se ajusta a las normas del derecho internacional generalmente reconocidas»<sup>57</sup>. Esta disposición implica que el ordenamiento italiano incorpora continua y automáticamente el derecho internacional consuetudinario, a medida que se produce y evoluciona, y que éste, al ingresar, goza de rango constitucional<sup>58</sup>. El artículo no hace explícita referencia al *ius cogens*, pero parece razonable argumentar que las normas imperativas, que comparten una matriz consuetudinaria, entran en el ordenamiento jurídico italiano del mismo modo. En lo que respecta a la cuestión de su jerarquía, se ha afirmado que, perteneciendo a la categoría de los principios supremos del ordenamiento italiano, las normas de *ius cogens*

A. PETERS, *The Globalization of State Constitutions*, en J. E. NIJMAN, A. NOLLKAEMPER (eds.), *New Perspectives on the Divide Between National and International Law*, Oxford, 2007, pp. 269-270, A. PETERS, *Supremacy Lost: International Law Meets Domestic Constitutional Law*, en *Vienna Journal on International Constitutional Law*, 2009, p. 185 ss, D. SHELTON, *Introduction*, en ID. (ed.), *International Law and Domestic Legal Systems: Incorporation, Transformation, and Persuasion*, Oxford, 2011, pp. 7-8, A. CASSESE, *For an Enhanced Role of Jus Cogens*, en ID., *Realizing Utopia: The Future of International Law*, Oxford, 2013, pp. 167-168 y A. MIRON, *International Ius Cogens in National Law*, en A. HARVEY (ed.), *Max Planck Encyclopedia of Comparative Constitutional Law*, edición online, 2019, párr. 5-6.

<sup>53</sup> Como lo señaló el propio Kelsen: «The question as to whether in case of a conflict between national and international law the one or the other prevails can be decided only on the basis of the national law concerned; the answer cannot be deduced from the relation which is assumed to exist between international and national law», H. KELSEN, *Principles of International Law*<sup>3</sup>, Clark (NJ), 2003, p. 420.

<sup>54</sup> Aunque se halle fuera del ámbito geográfico del presente análisis, parece oportuno mencionar aquí el caso *Planas c. Comelec*, donde la Corte Suprema de Filipinas afirmó que el pueblo soberano puede modificar la Constitución de la forma que desee, siempre que el cambio no sea incompatible con las normas de *ius cogens*, véase Y. ROZNAI, *The Theory and Practice*, cit., p. 590.

<sup>55</sup> Véase M. CHARITÉ, *Les règles impératives du droit international, limite matérielle à la révision de la Constitution fédérale de la Confédération suisse*, en *Rev. fr. droit const.*, 2016, p. 309 ss.

<sup>56</sup> Comunicación presentada por los Países Bajos de 20 de abril de 2016, p. 2, disponible en: [https://legal.un.org/ilc/sessions/68/pdfs/english/jc\\_netherlands.pdf](https://legal.un.org/ilc/sessions/68/pdfs/english/jc_netherlands.pdf).

<sup>57</sup> Véase M. CARTABIA, N. LUPU, *The Constitution of Italy: A Contextual Analysis*, Oxford, 2022, p. 29.

<sup>58</sup> Véase, por ejemplo, Corte Costituzionale italiana, Sentencia de 25 de marzo de 1976, núm. 96.



tendrían un valor supraconstitucional y, en consecuencia, no podrían modificarse ni siquiera por las normas constitucionales internas<sup>59</sup>. Sin embargo, la Corte Constitucional italiana no ha confirmado explícitamente esta teoría<sup>60</sup>.

Pasando a América Latina, en Colombia, en la sentencia núm. C-574 de 1992, la Corte Constitucional afirmó claramente que las normas de Derecho Internacional Humanitario gozan de un rango supraconstitucional, no sólo en relación con el artículo 214, párr. 2, de la Constitución<sup>61</sup>, sino también porque son normas de *ius cogens*<sup>62</sup>. Esta postura ha cambiado con el tiempo. En la sentencia núm. C-225 de 1995, la Corte Constitucional calificó el Derecho Internacional Humanitario como parte integrante del “bloque constitucional”. En particular, aunque la Corte volvió a reconocer el carácter de *ius cogens* del mismo, afirmó también que éste debe “armonizarse” con la Constitución nacional<sup>63</sup>. Otra vez, en la sentencia núm. C-269 de 2014, la Corte distinguió entre las normas de Derecho Internacional Humanitario con carácter de *ius cogens* y las que sólo son consuetudinarias. Estas últimas, en virtud del artículo 214, párr. 2, forman parte del bloque de constitucionalidad. Las primeras, sin embargo, «en tanto normas imperativas del derecho internacional, tienen una jerarquía especial y, en esa medida, la Constitución se encuentra a ellas sometida»<sup>64</sup>. Posteriormente, la Corte reiteró que no todas las normas de Derecho Internacional Humanitario tienen carácter de *ius cogens*, pero sin confirmar el rango supraconstitucional de las que gozan de dicho carácter<sup>65</sup>.

En otros Estados de América Latina, las Constituciones nacionales contienen cláusulas que podrían interpretarse en el sentido de otorgar al *ius cogens* un rango destacado e incluso superior al de la propia Constitución. A modo de ejemplo, es posible mencionar el artículo 5, párr. 2, de la Constitución de Chile<sup>66</sup> y el artículo 46, párr. 2, de la Constitución de Uruguay<sup>67</sup>.

Volviendo ahora a centrar el plano del discurso en el derecho internacional, a pesar de las prácticas constitucionales internas, como señala Andreas Paulus<sup>68</sup>, la inderogabilidad del

<sup>59</sup> Véase N. RONZITTI, *Introduzione al diritto internazionale*, Torino, 2019, p. 244.

<sup>60</sup> Véase G. CATALDI, *Italy*, en D. SHELTON (ed.), *International Law and Domestic Legal Systems: Incorporation, Transformation, and Persuasion*, Oxford, 2011, p. ss.

<sup>61</sup> «No podrán suspenderse los derechos humanos ni las libertades fundamentales. En todo caso se respetarán las reglas del derecho internacional humanitario».

<sup>62</sup> Corte Constitucional de Colombia, Sentencia de 28 de octubre de 1992, núm. C-574, p. 1.

<sup>63</sup> Corte Constitucional de Colombia, Sentencia de 18 de mayo de 1995, núm. C-225, p. 2.

<sup>64</sup> Corte Constitucional de Colombia, Sentencia de 2 de mayo de 2014, núm. C-269, p. 139.

<sup>65</sup> Corte Constitucional de Colombia, Sentencia de 24 de febrero de 2016, núm. C-084, pp. 128-129. Sobre la trayectoria del análisis de la Corte Constitucional de Colombia sobre el rango jerárquico del *ius cogens* en el ordenamiento jurídico colombiano véase J. P. ACOSTA PEÑALOZA, S. SEVERICHE VELÁSQUEZ, *Le jerarquía del derecho internacional humanitario en el ordenamiento jurídico colombiano: una mirada desde la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana*, en Sociedad Latinoamericana de Derecho Internacional (coord.), *Serie Documentos de Trabajos* n.º 7, 2016, p. 1.

<sup>66</sup> «El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes». Sin embargo, la jurisprudencia constitucional ha interpretado estas disposiciones en el sentido de otorgar un rango sólo sub-constitucional a los tratados sobre Derechos Humanos, véase Tribunal Constitucional Chileno, Sentencia de 8 de abril de 2002, núm. 346, párr. 59. Para un análisis sobre este tema véase C. TRONCOSO REPETTO, T. VIAL SOLAR, *Sobre los Derechos Humanos reconocidos en Tratados Internacionales y en la Constitución*, en *Revista chilena de derecho*, 1993, pp. 696, 701.

<sup>67</sup> «El Estado combatirá por medio de la ley y de las Convenciones Internacionales, los vicios sociales». No se ha encontrado algún comentario particular sobre este artículo.

<sup>68</sup> A. L. PAULUS, *Jus Cogens in a Time of Hegemony and Fragmentation*, cit., p. 319.

*ius cogens* plantea, desde una perspectiva de derecho internacional, la cuestión de su impacto en la jerarquía de las fuentes internas, es decir: ¿podría el derecho interno, incluida la propia Constitución nacional, violar el *ius cogens*, aunque ningún Estado tenga derecho a derogarlo internacionalmente?

En el caso *Furundžija*, el Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia (“TPIY”) afirmó que el carácter de *ius cogens* de la prohibición de la tortura, entre otras cosas, obliga a los Estados a investigar, perseguir y castigar esta conducta y que el delito no prescribe y no puede ser objeto de medidas de amnistía<sup>69</sup>.

Aunque, como lo subrayó Cassese – Juez en el mismo caso –, el TPIY no se atrevió a sostener que el *ius cogens* afecte directa e inmediatamente el ordenamiento jurídico interno como para anular cualquier ley, acto administrativo o decisión judicial adoptada a nivel interno que contraviniera el *ius cogens*<sup>70</sup>, la respuesta más lógica a la pregunta de Paulus parece ser positiva. De hecho, sería intrínsecamente contradictorio admitir (formalmente) la licitud, conforme al ordenamiento jurídico de un Estado, de una determinada conducta, aunque sea por vía de excepción, y, al mismo tiempo, negar, en términos absolutos, la licitud de la misma conducta en el ámbito internacional.

En verdad, desde una perspectiva internacional, la aparente paradoja de la “supraconstitucionalidad” del *ius cogens* puede resolverse bien adoptando un enfoque monista puro (o, si se quiere, iusnaturalista<sup>71</sup>) como uno más matizado.

En cuanto al primero, como internacionalistas, al menos, no parece imposible concebir que la *Grundnorm* del ordenamiento jurídico interno no coincida enteramente con la Constitución nacional, sino que esta última se apoye, a su vez, en un grado normativo más, es decir el Derecho (imperativo) de Gentes<sup>72</sup>. Coherentemente, diversos autores, tanto constitucionalistas como internacionalistas, han calificado el *ius cogens* como límite exterior al poder constituyente<sup>73</sup>.

En cuanto al segundo enfoque, respetando la separación formal entre el derecho internacional y los ordenamientos jurídico internos, la supraconstitucionalidad del *ius cogens* se justificaría considerando que las normas «che hanno acquisito il rango di norme di *ius cogens* (...) richiedono che gli Stati adottino la normativa di adattamento necessaria alla loro

<sup>69</sup> *Fiscal c. Furundžija*, párr. 155.

<sup>70</sup> A. CASSESE, *For an Enhanced Role of Jus Cogens*, cit., p. 167. Y véase A. L. PAULUS, *Jus Cogens in a Time of Hegemony and Fragmentation*, cit., p. 319.

<sup>71</sup> Como subrayado por el Juez Kōtarō Tanaka: «If a law exists independently of the will of the State and, accordingly, cannot be abolished or modified even by its constitution, because it is deeply rooted in the conscience of mankind and of any reasonable man, it may be called “natural law” in contrast to “positive law”. Provisions of the constitutions of some countries characterize fundamental human rights and freedoms as “inalienable”, “sacred”, “eternal”, “inviolable”, etc. Therefore, the guarantee of fundamental human rights and freedoms possesses a super-constitutional significance», CIJ, Sentencia de 18 de julio de 1966, *África Sudoccidental, Etiopía y Liberia c. Suráfrica*, Opinión disidente por el Juez Tanaka, en *I.C.J. Reports 1966*, p. 298.

<sup>72</sup> Y esto, por supuesto, con independencia de lo que disponga la propia Constitución. Véanse D. SHELTON, *Normative Hierarchy in International Law*, en *Am. Jour. Int. Law*, 2006, p. 305 y A. CASSESE, *For an Enhanced Role of Jus Cogens*, cit., p. 168.

<sup>73</sup> M. J. HERDEGEN, *Unjust Laws, Human Rights, and the German Constitution: Germany’s Recent Confrontation with the Past*, en *Col. Jour. Trans. Law*, 2005, p. 605, A. CHANDER, *Globalization and Distrust*, en *Yale Law Jour.*, 2005, p. 1228, V. J. SAMAR, *Can Constitutional Amendment be Unconstitutional?*, en *Oklahoma City University Law Review*, 2008, p. 669, J. TAPIA VALDÉS, *Poder constituyente irregular: los límites metajurídicos del poder constituyente originario*, en *Estudios Constitucionales*, 2008, p. 132, Y. ROZNAI, *The Theory and Practice*, cit., pp. 574-576, D. SHELTON, *Introduction*, cit., pp. 2 y 7 y Y. ROZNAI, *Unconstitutional Constitutional Amendments: The Limits of Amendments Powers*, Oxford, 2017, pp. 84-86.

attuazione all’interno dei rispettivi ordinamenti»<sup>74</sup>. En otras palabras, la naturaleza de *ius cogens* de una norma de derecho internacional conllevaría para los Estados no sólo la obligación de cumplir con ella sin excepciones, sino también la de convertir dicha obligación inderogable de derecho internacional en una obligación inderogable de derecho interno, es decir en una obligación que goza de un rango “supremo” en el ordenamiento jurídico nacional y, por ende, potencialmente superior al de la misma Constitución.

A este respecto, en su comentario al informe presentado por el Relator Especial sobre *ius cogens*, Bélgica notaba que «podría ser conveniente examinar la cuestión de si el *ius cogens* debería formar parte necesariamente del orden público en los sistemas jurídicos nacionales. Aclarar esto en el proyecto de conclusiones podría hacer que las normas imperativas fueran más eficaces en el contexto de las causas incoadas ante los tribunales nacionales»<sup>75</sup>. Lamentablemente, la CDI no ha profundizado en la cuestión.

Cabe destacar aquí que argumentar la supraconstitucionalidad del *ius cogens*, ya sea adoptando un enfoque más o menos monista, no equivale a invocar la aplicabilidad del artículo 27 de la CVDT<sup>76</sup> o, por extensión, el principio *pacta sunt servanda*<sup>77</sup>. Sin duda, «un Estado no puede aducir su propia Constitución para evadir las obligaciones internacionales que le incumben de conformidad con el derecho internacional o con los tratados en vigor»<sup>78</sup>. Pero el *pacta sunt servanda* no afecta, por sí mismo, a la jerarquía de las fuentes internas, ni impide que una Constitución nacional elija un enfoque más “cerrado” al derecho internacional<sup>79</sup>.

Más bien, lo que dicho principio prohíbe es que tales disposiciones operen como circunstancia que excluye la ilicitud de hechos internacionalmente ilícitos y, en consecuencia, la responsabilidad internacional del Estado<sup>80</sup>. Conforme con esto, los ARS no incluyen la

<sup>74</sup> A. CASSESE, *Diritto internazionale*<sup>3</sup>, M. FRULLI (a cura di), Bologna, 2017, p. 324. Conforme a esta interpretación de la supraconstitucionalidad del *ius cogens*, el Estado incurriría en responsabilidad internacional no sólo cuando viole una norma imperativa, sino también en el caso de que no haya promulgado la legislación de adaptación necesaria para que esa norma imperativa se convierta en inderogable en el ordenamiento interno, *ivi*.

<sup>75</sup> UN Doc. A/CN.4/748 de 13 de enero 2022, p. 6.

<sup>76</sup> «Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado».

<sup>77</sup> De hecho, el artículo 27 de la CVDT es un corolario de este principio, véase G. SCALESE, *L'impossibilità per lo Stato di invocare il proprio diritto interno al fine di sottrarsi al rispetto del diritto internazionale: una questione sottovalutata?*, en *Federalismi.it*, 2014, p. 2.

<sup>78</sup> CPJI, Opinión consultiva de 4 de febrero de 1932, *Trato de los súbditos polacos y otras personas de origen o habla polacos en el territorio de Danzig*, caso núm. Serie A/B, No. 44, párr. 62. Véase también Tribunal Arbitral, Laudo de 26 de julio de 1875, *Caso del “Montijo”, Estados Unidos de América c. Colombia*, en J. B. MOORE (ed.), *History and Digest of the International Arbitrations to which the United States Has Been a Party*, Washington D.C., 1989, Tomo II, p. 1440: «Classifying a State’s constitutional design as either monist or dualist is not so much an exercise in absolutes as a matter of degree (...). [N]either theory provides a satisfactory explanation for the practice of international and national courts in articulating the content and design of legal systems». Y véanse los casos mencionados en G. SCALESE, *L'impossibilità per lo Stato*, *cit.*, pp. 5-6, notas 18 y 19.

<sup>79</sup> Así, por ejemplo, el artículo 182 de la Constitución de Nicaragua establece la primacía de ella sobre los tratados, mientras que el artículo 232 de la Constitución de Suráfrica condiciona la aplicación del derecho internacional consuetudinario en el ordenamiento jurídico interno al respeto de las leyes del Parlamento.

<sup>80</sup> En este sentido, véanse X. FUENTES TORRIJO, *International and Domestic Law: Definitely an Odd Couple*, en *Revista Jurídica Universidad de Puerto Rico*, 2008, pp. 488-489, A. E. DULITZKY, *An Inter-American Constitutional Court? The Invention of the Conventionality Control by the Inter-American Court of Human Rights*, en *Tex. Int. Law Jour.*, 2015, pp. 63-64 y C. ORUNESU, *Conventionality Control and International Judicial Supremacy: Some Reflections on the Inter-American System of Human Rights*, en *Journal of Constitutional Theory and Philosophy of Law*, 2020, p. 48. En contra, véase E. DE WET, *The Prohibition of Torture*, *cit.*, p. 104: «It is a well-accepted principle of international law that states cannot rely on national (constitutional) law to evade obligations under international law. States would therefore

necesidad de cumplir con el derecho interno, ni siquiera en lo que respecta a las normas de rango constitucional, entre las circunstancias que excluyen la ilicitud del hecho ilícito del Estado<sup>81</sup>.

### 3. ¿Supraconstitucionalidad de los instrumentos jurídicos sobre protección de Derechos Humanos?

En su opinión disidente en el asunto *África Sudoccidental*, el Juez Tanaka subrayó que «surely the law concerning the protection of human rights may be considered to belong to the *jus cogens*»<sup>82</sup>.

Es cierto que el derecho internacional contemporáneo está caracterizado por una cierta “humanización”<sup>83</sup>, y que «there is an almost intrinsic relationship between peremptory norms and human rights»<sup>84</sup>. No obstante, hay que tener en cuenta la distinción entre normas *erga omnes* y de *jus cogens*<sup>85</sup>, y evitar de llegar demasiado rápido a la conclusión de que un instrumento jurídico internacional sobre Derechos Humanos, ya sea un instrumento de *soft-law* o, más frecuentemente, un tratado, codifica enteramente normas de *jus cogens*<sup>86</sup>.

Sin duda, existen tratados que se acercan a esta hipótesis como, por ejemplo, la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio<sup>87</sup>, la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanas o Degradantes<sup>88</sup>, la Convención Internacional sobre Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial<sup>89</sup> y los tratados sobre Derecho Internacional Humanitario<sup>90</sup>. La Declaración Universal de Derechos

---

also be obliged to effect constitutional reforms within the boundaries provided for by all elements of customary international law and not only those norms that constitute *jus cogens*».

<sup>81</sup> G. SCALESE, *L'impossibilità per lo Stato*, cit., p. 4, nota 14. Y véanse también los artículos 3 («La calificación del hecho del Estado como internacionalmente ilícito (...) no es afectada por la calificación del mismo hecho como lícito por el derecho interno») y 32 de los ARS («El Estado responsable no puede invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de las obligaciones que le incumben [en consecuencia del hecho internacionalmente ilícito]»).

<sup>82</sup> CIJ, Sentencia de 18 de julio de 1966, *África Sudoccidental, Etiopía y Liberia c. Suráfrica*, Opinión disidente por el Juez Tanaka, en *I.C.J. Reports* 1966, p. 298.

<sup>83</sup> Es decir, «the radiation, or the reforming effect that human rights and humanitarian law has had, and is having, on other fields of public international law», T. MERON, *The Humanization of International Law*, Leiden, 2006, p. xv. Sobre este fenómeno, véase también E. DE WET, J. VIDMAR (eds.), *Hierarchy in International Law: The Place of Human Rights*, Oxford, 2012 y M. T. KAMMINGA, M. SCHEIN (eds.), *The Impact of Human Rights in General International Law*, Oxford, 2009.

<sup>84</sup> A. BIANCHI, *Human Rights*, cit., p. 491.

<sup>85</sup> Véase P. PICONE, *The Distinction between Jus Cogens and Obligations Erga Omnes*, en E. CANNIZZARO (ed.), *The Law of Treaties Beyond the Vienna Convention*, Oxford, 2011, p. 411 ss.

<sup>86</sup> Véase J. TASIOLAS, *Custom, Jus Cogens and Human Rights*, en C. BRADLEY (ed.), *Custom's Future: International Law in a Changing World*, Cambridge, 2016, pp. 95-116.

<sup>87</sup> Adoptada el 9 de diciembre de 1948, entrada en vigor el 12 de enero de 1951, en *United Nations Treaty Series*, vol. 78, p. 277.

<sup>88</sup> Adoptada el 12 de diciembre de 1984, entrada en vigor el 26 de junio de 1987, en *United Nations Treaty Series*, vol. 1465, p. 85.

<sup>89</sup> Adoptada el 7 de marzo de 1966, entrada en vigor el 4 de abril de 1969, en *United Nations Treaty Series*, vol. 660, p. 1.

<sup>90</sup> Como, por ejemplo, el Convenio de Ginebra relativo a la Protección de Personas Civiles en Tiempo de Guerra, adoptado el 12 de agosto de 1949, entrado en vigor el 21 de octubre de 1950, *United Nations Treaty Series*, vol. 75, p. 287.

Humanos<sup>91</sup>, la que, como se sabe, es un instrumento de *soft-law* que codifica en gran medida normas consuetudinarias, también incluye algunas normas imperativas<sup>92</sup>. Pero los tratados sobre Derechos Humanos, al estar consagrados a garantizar el respeto de estos derechos en una dimensión primariamente individual, tienden a no codificar o a codificar sólo en mínima parte normas de *ius cogens*. De hecho, más en general y con raras excepciones, los Derechos Humanos no comparten totalmente la inderogabilidad del *ius cogens*.

Sin embargo, y sin pretender sobrestimar la “especialidad” de la rama de los Derechos Humanos<sup>93</sup>, es innegable que estos últimos gozan de algunas peculiaridades, incluso más allá del carácter *erga omnes* de sus obligaciones, desde la disciplina sobre las reservas a los tratados sobre esta materia hasta el papel jugado por los individuos en sus dinámicas. En este sentido, tanto los Derechos Humanos como el *ius cogens* constituyen herramientas de protección de valores fundamentales en la Comunidad Internacional<sup>94</sup>.

Es por lo tanto interesante observar como, de forma similar al *ius cogens*, a los instrumentos internacionales sobre Derechos Humanos se les haya otorgado a veces un rango supraconstitucional o, en todo caso, privilegiado, en los ordenamientos jurídicos internos.

Las Constituciones latinoamericanas, por ejemplo, parecen particularmente “abiertas” a la recepción del derecho internacional sobre Derechos Humanos. Esto se debe probablemente a razones históricas: tras el largo período de brutales dictaduras que caracterizó América Latina entre los años 70 y 80, varios Estados de la región han buscado, aunque de manera y según grado diferentes, fortalecer la relación entre el ordenamiento jurídico interno y el derecho internacional<sup>95</sup>. Así, las Constituciones de Bolivia<sup>96</sup>, Costa Rica<sup>97</sup>, Ecuador<sup>98</sup>, Guate-

---

<sup>91</sup> Asamblea General de las Naciones Unidas, Resolución de 10 de diciembre de 1948, núm. 217.

<sup>92</sup> Véanse, por ejemplo, los artículos 4 y 5.

<sup>93</sup> B. CONFORTI, *The Specificity of Human Rights and International Law*, en B. SIMMA y Otros (eds.), *From Bilateralism to Community Interest: Essays in Honour of Bruno Simma*, Oxford, 2011, p. 433 ss.

<sup>94</sup> R. PISILLO MAZZESCHI, *International Human Rights Law: Theory and Practice*, Berlin, 2021, p. 24.

<sup>95</sup> R. UREÑA, *Domestic Application of International Law in Latin America*, en A. C. BRADLEY (ed.), *The Oxford Handbook of Comparative Foreign Relations Law*, New York-Oxford, 2019, pp. 565-581, 566.

<sup>96</sup> Artículos 13, párr. IV («Los tratados y convenios internacionales ratificados por la Asamblea Legislativa Plurinacional, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los Estados de Excepción prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Constitución se interpretarán de conformidad con los Tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Bolivia») y 256, párr. I («Los tratados e instrumentos internacionales en materia de derechos humanos que hayan sido firmados, ratificados o a los que se hubiera adherido el Estado, que declaren derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, se aplicarán de manera preferente sobre ésta»). Sobre este punto véase N. V. VARGAS GAMBOA, *The Role of International Human Rights in Bolivia's New Constitution: A Fresh Step in Latin American Constitutional Theory and Practice*, en *University of Pennsylvania Journal of International Law*, 2021, p. 651 ss.

<sup>97</sup> Véase Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, Resolución de 9 de mayo de 1995, núm. 2313: «Los instrumentos de Derechos Humanos vigentes en Costa Rica, tienen no solamente un valor similar a la Constitución Política, sino que en la medida en que otorguen mayores derechos o garantías a las personas, priman por sobre la Constitución». Sobre este fallo véase también G. ARMIJO, *La tutela supraconstitucional de los Derechos Humanos en Costa Rica*, en *Revista Ius et Praxis*, 2003, p. 8.

<sup>98</sup> Artículos 417 («Los tratados internacionales ratificados por el Ecuador se sujetarán a lo establecido en la Constitución. En el caso de los tratados y otros instrumentos internacionales de derechos humanos se aplicarán los principios pro ser humano, de no restricción de derechos, de aplicabilidad directa y de cláusula abierta establecidos en la Constitución») y 424 («La Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público»). Sobre este punto véase L. BURGORGUE-LARSEN, *Conventionality Control: Inter-American Court of Human Rights (IACtHR)*, en A. PETERS (ed.), *Max P. Enc. Pub. Int. Law*, edición online, 2018, párr. 46.

mala<sup>99</sup>, Perú<sup>100</sup> y Venezuela<sup>101</sup> reconocen, directa o indirectamente, cierta “supraconstitucionalidad” a los tratados sobre Derechos Humanos.

A pesar de la ausencia de una disposición constitucional similar, en 1971 la Corte de Casación de Bélgica dictaminó que, igualmente, los tratados de los que Bélgica sea parte – incluidos los sobre Derechos Humanos – tienen prioridad sobre el ordenamiento jurídico interno<sup>102</sup>.

En otros casos, como en Argentina<sup>103</sup> y en unos Países europeos<sup>104</sup>, la Constitución confiere rango privilegiado, en cuanto constitucional, a una serie de tratados (o instrumentos jurídicos de *soft-law*) sobre Derechos Humanos expresamente listados.

Por otro lado, el problema de la supraconstitucionalidad de los tratados sobre Derechos Humanos, a pesar del rango que se les otorgue en las Constituciones nacionales, puede plantearse en el contexto de los correspondientes mecanismos regionales de protección. En particular, cabe preguntarse ahora si y en qué medida la participación de los Estados latinoamericanos en la CADH y de los Estados europeos en el CEDH podría resultar en una inversión *de facto* de la jerarquía de las fuentes, incluida su propia Constitución<sup>105</sup>.

<sup>99</sup> Artículos 46 («Se establece el principio general de que, en materia de derechos humanos, los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala, tienen preeminencia sobre el derecho interno»). La Corte de Constitucionalidad de Guatemala ha proporcionado una interpretación restrictiva de esta disposición, en el sentido de denegar la supraconstitucionalidad de los tratados sobre Derechos Humanos, véase P. L. MANILI, *La recepción del derecho internacional de los Derechos Humanos por el derecho constitucional iberoamericano*, en R. MÉNDEZ SILVA (coord.), *Derecho internacional de los Derechos Humanos*, Ciudad del México, 2002, pp. 387-388 y 408.

<sup>100</sup> Cuarta disposición final y transitoria («Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú»). La jurisprudencia constitucional no ha excluido la posibilidad que esta disposición le otorgue rango supraconstitucional al respeto de los Derechos Humanos, véase Tribunal Constitucional de Perú, Sentencia 21 de julio de 2006, núm. 2730, párr. 9 y 11. Y véase también F. J. EGUIGUEREN PRAELI, *Aplicación de los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos en la jurisprudencia constitucional peruana*, en *Revista Ius et Praxis*, 2003, p. 157 ss.

<sup>101</sup> Artículo 23 («Los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno, en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas por esta Constitución y en las leyes de la República, y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público»). De manera similar al caso de Guatemala, el Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela ha interpretado el artículo 23 de forma restrictiva, véanse P. L. MANILI, *La recepción del derecho internacional*, cit., pp. 389 y 408 y N. V. VARGAS GAMBOA, *The Role of International Human Rights*, cit., p. 656, nota 284.

<sup>102</sup> Corte de Casación de Bélgica, Sentencia de 27 de mayo de 1971, caso núm. 4626, *Etat belge c. SA Fromagerie Franco-Suisse “Le Ski”*. A este respecto véase también el caso *Vlaamse concentratie*, abajo, n. 3.2.

<sup>103</sup> Véase el artículo 75(22). Mientras que los demás tratados gozan de un rango sólo sub-constitucional en el ordenamiento jurídico argentino, Corte Suprema de Justicia de la Nación, Sentencia de 7 de julio de 1993, núm. 316:1669, *Fibraca Constructora c. Comisión Salto Grande*, párr. 3. Véase también R. HARO, *Los Derechos Humanos y los tratados que los contienen en el derecho constitucional y la jurisprudencia argentinos*, en *Revista Ius et Praxis*, 2003, p. 63 ss.

<sup>104</sup> Véanse artículo 10, párr. 2, de la Constitución de España, artículo 4, párr. 1, de la Constitución de Moldavia, artículo 16, párr. 2, de la Constitución de Portugal y artículo 20, párr. 1, de la Constitución de Rumania. Para las Constituciones que hacen una referencia específica al CEDH, véase abajo, n. 3.2.

<sup>105</sup> Para una visión de conjunto sobre el papel de la CIADH y del TEDH en los correspondientes sistemas de protección y el alcance y recepción de sus decisiones véase S. GARCÍA RAMÍREZ, C. ZANGHÌ, *Las jurisdicciones regionales de Derechos Humanos y las recepciones y efectos de las sentencias*, en J. GARCÍA ROCA y Otros (coords.), *El diálogo entre los Sistemas europeo y americano de Derechos Humanos*, Pamplona, 2012, p. 424 ss.

### 3.1. *Supraconstitucionalidad de la CADH*

La participación de los Estados latinoamericanos en la CADH parece implicar una reestructuración de la jerarquía de las fuentes internas en el sentido de reconocer a las disposiciones en ella contenidas, tal como las interpreta y aplica la CIADH, un rango supraconstitucional<sup>106</sup>. Esta consideración encontraría su fundamento jurídico en una interpretación orientada a garantizar el *effet utile* del artículo 2 de la CADH, según el cual «los Estados Partes se comprometen en adoptar (...) las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos y libertades reconocidos en la CADH misma».

En particular, el reconocimiento de la supuesta supraconstitucionalidad de la CADH se ha articulado a lo largo del tiempo según tres ejes diferentes y complementarios.

El primero es que la CIADH ha considerado las disposiciones constitucionales de los Estados partes como incluidas bajo el control de conformidad entre la normativa interna y la CADH<sup>107</sup>. Este control de conformidad tiene dos implicaciones: la primera es que, en caso de duda, las disposiciones constitucionales de los Estados partes deben interpretarse de manera que no den lugar a una violación de la CADH<sup>108</sup>.

En el caso *Radilla Pacheco c. Méjico*, por ejemplo, la CIADH se encontró juzgando la conformidad de los artículos 13 de la Constitución mexicana<sup>109</sup> y 57, fracción 2, inciso a), del Código de Justicia Militar mexicano<sup>110</sup> con el artículo 8, párr. 1, de la CADH<sup>111</sup>. Los dos primeros artículos parecían sugerir una calificación de los delitos comunes o federales cometidos por parte del personal militar en activo en tiempo de paz como delitos «contra la

---

<sup>106</sup> Véanse, entre otros, G. D'IGNACIO, *Integración regional y tutela de los Derechos Humanos: fragmentos de un constitucionalismo transnacional iberoamericano*, en *Inter-American and European Human Rights Journal*, 2010, pp. 238-239, 241, N. P. SAGÜÉS, *El “control de convencionalidad” como instrumento para la elaboración de un ius commune interamericano*, en E. FERRER MAC-GREGOR y Otros (coords.), *La justicia constitucional y su internacionalización: ¿hacia un ius constitutionale commune en América Latina?*, Ciudad de México, 2010, pp. 457-458 y C. ORUNESU, *Conventionality Control and International Judicial Supremacy*, cit., p. 48.

<sup>107</sup> Como se ha señalado, la CIADH parece seguir una tendencia iniciada por las Constituciones latinoamericanas, es decir aquel proceso de reforma constitucional que en las últimas tres décadas ha otorgado a los tratados sobre Derechos Humanos un rango especial dentro del marco constitucional, véanse A. E. DULITZKY, *An Inter-American Constitutional Court?*, cit., p. 56 y P. GONZÁLEZ DOMÍNGUEZ, *Implementación de la Convención Americana*, cit., p. 202. De forma similar, G. D'IGNACIO, *Integración regional y tutela de los Derechos Humanos*, cit., p. 241 observa que: «La vocación constitucional de la Corte IDH (...) es el resultado de la especial situación sociopolítica del continente latinoamericano, caracterizado antaño por las violaciones masivas y sistemáticas de los derechos humanos, en las que con frecuencia el Estado se constituyó en factor principal de los graves crímenes cometidos, configurándose una clara situación de “terrorismo de Estado”».

<sup>108</sup> N. P. SAGÜÉS, *El “control de convencionalidad”*, cit., pp. 464-465.

<sup>109</sup> «Nadie puede ser juzgado por leyes privativas ni por tribunales especiales. (...) Subsiste el fuero de guerra para los delitos y faltas contra la disciplina militar; pero los tribunales militares en ningún caso y por ningún motivo podrán extender su jurisdicción sobre personas que no pertenezcan al Ejército. Cuando en un delito o falta del orden militar estuviese complicado un paisano, conocerá del caso la autoridad civil que corresponda».

<sup>110</sup> «Los del orden común o federal, siempre y cuando no tenga la condición de civil el sujeto pasivo que resiente sobre su persona la afectación producida por la conducta delictiva o la persona titular del bien jurídico tutelado o puesto en peligro por la acción u omisión prevista en ley penal como delito, en los siguientes supuestos (...) que fueren cometidos por militares en los momentos de estar en servicio o con motivo de actos del mismo».

<sup>111</sup> «Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter».

disciplina militar», extendiendo a ellos la aplicación de la jurisdicción penal militar<sup>112</sup>. La CIADH negó la validez de esta interpretación extensiva<sup>113</sup>, sobre todo cuando el delito en cuestión cae en la categoría de violación de los derechos humanos, ya que «[c]uando la justicia militar asume competencia sobre un asunto que debe conocer la justicia ordinaria, se ve afectado el derecho al juez natural y, *a fortiori*, el debido proceso, el cual, a su vez, se encuentra íntimamente ligado al propio derecho de acceso a la justicia»<sup>114</sup>.

En todo caso, la CIADH se abstuvo de ordenar al Estado la reforma del artículo 13 constitucional, ya que esta disposición también podría interpretarse de manera conforme con la CADH, es decir, a la luz de lo especificado en la sentencia. La CIADH concluyó que «la interpretación del artículo 13 de la Constitución Política debe ser coherente con los principios convencionales (...) de debido proceso y acceso a la justicia, contenidos en el artículo 8.1 de la Convención Americana»<sup>115</sup> y que «bajo ese entendido (...) no es necesario ordenar la modificación del contenido normativo que regula el artículo 13 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos»<sup>116</sup>.

La segunda implicación es que, en caso de conflicto irreconciliable entre la disposición constitucional y la CADH, prevalece esta última y el Estado parte está obligado a modificar/revocar la primera<sup>117</sup>. En el caso *La Última Tentación de Cristo*, por ejemplo, la CIADH tuvo que evaluar la conformidad de la censura cautelar y permanente impuesta en Chile, tras una sentencia de la Corte Suprema de Justicia, a la película «La Última Tentación de Cristo» con los artículos 13, párr. 1 y 2, de la CADH<sup>118</sup>. La sentencia de la Corte Suprema de Justicia, además de valorizar el derecho a la honra, se basaba en la aplicación de una legislación nacional extremadamente estricta en materia de censura, la que, a su vez, radicaba su validez en el artículo 19, núm. 12, párr. séptimo, de la Constitución chilena, que establecía la vigencia de un «sistema de censura para la exhibición y publicidad de las producciones cinematográficas» en el país<sup>119</sup>.

La CIADH argumentó que la censura previa y permanente de la película constituía una violación del artículo 13 de la CADH y que, en consecuencia, Chile tenía la obligación de eliminar la legislación en contraste con ella, «de cualquier naturaleza»<sup>120</sup>. Más concretamente, la CIADH estableció que «al mantener la censura cinematográfica en el ordenamiento

<sup>112</sup> CIADH, Sentencia de 23 de noviembre de 2009, caso núm. Series C No. 209, *Radilla Pacheco c. Estados Unidos Mexicanos* (*Radilla Pacheco c. Estados Unidos Mexicanos* (2009)), párr. 269.

<sup>113</sup> «En el fuero militar sólo se debe juzgar a militares activos por la comisión de delitos o faltas que por su propia naturaleza atenten contra bienes jurídicos propios del orden militar», *Radilla Pacheco c. Estados Unidos Mexicanos* (2009), párr. 272.

<sup>114</sup> *Radilla Pacheco c. Estados Unidos Mexicanos* (2009), párr. 272.

<sup>115</sup> *Radilla Pacheco c. Estados Unidos Mexicanos* (2009), párr. 338.

<sup>116</sup> *Radilla Pacheco c. Estados Unidos Mexicanos* (2009), párr. 341. Véase también CIADH, Sentencia de 28 de noviembre de 2012, caso núm. Series C No. 257, *Caso Artavia Murillo y Otros (Fertilización en Vitro) c. Costa Rica* en el que la CIADH parece establecer que la Constitución de Costa Rica no puede interpretarse en el sentido de prohibir en absoluto la utilización de la técnica de la fertilización in vitro. Sobre este caso véase también J. CONTESSE, *The Final Word? Constitutional Dialogue and the Inter-American Court of Human Rights*, en *Int. Jour. Const. Law*, 2017, p. 427 ss.

<sup>117</sup> Véase también C. ORUNESU, *Conventionality Control and International Judicial Supremacy*, cit., pp. 48-49.

<sup>118</sup> «Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección». «El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura (...)».

<sup>119</sup> CIADH, Sentencia de 5 de febrero de 2001, caso núm. Series C No. 73, *Olmedo Bustos y Otros c. Chile* (*Olmedo Bustos y Otros c. Chile* (2001)), párr. 60, let. a).

<sup>120</sup> *Olmedo Bustos y Otros c. Chile* (2001), párr. 85.



jurídico chileno (artículo 19 número 12 de la Constitución Política y Decreto Ley número 679) el Estado está incumpliendo con el deber de adecuar su derecho interno a la Convención de modo a hacer efectivos los derechos consagrados en la misma»<sup>121</sup>. De hecho, el artículo 19, núm. 12, de la Constitución se modificó posteriormente para cumplir con el fallo<sup>122</sup>.

El segundo eje, complementario del primero, en torno al cual es posible sustentar el rango supraconstitucional de la CADH en los Estados partes es el llamado “control de convencionalidad”<sup>123</sup>. Este último constituye una cuestión compleja que no será aquí abordada en detalle<sup>124</sup>. Baste recordar que esta doctrina, que se asemeja mucho al principio de *primauté* del derecho de la Unión Europea<sup>125</sup>, obligaría a todos los órganos judiciales y autoridades públicas<sup>126</sup> de los Estados partes de la CADH – incluidos los constitucionales<sup>127</sup> – a inaplicar *ex officio* cualquier normativa interna – incluida la constitucional<sup>128</sup> – que fuera contraria a la CADH, tal como la interpreta y aplica la CIADH<sup>129</sup>. Como se ha observado: «Si el Estado debe cumplir con la convención a todo costo, y no puede alegar su constitución para incumplir al pacto, esto provoca, como resultado concreto final, que el pacto está jurídicamente por encima de la constitución. En efecto: la consecuencia del control de convencionalidad, es que la regla constitucional que lesiona al pacto debe quedar inaplicada, o si se prefiere, (...) “paralizada” (...). [D]esde otra perspectiva, puede constatar que el pacto puede

<sup>121</sup> *Olmedo Bustos y Otros c. Chile* (2001), párr. 88.

<sup>122</sup> Véase también CIADH, Sentencia de 20 de noviembre de 2007, caso núm. Series C No. 179, *Boyce y Otros c. Barbados*, párr. 75-80 en relación al artículo 26 de la Constitución de Barbados. De hecho, este artículo impide que los tribunales internos declaren la inconstitucionalidad de leyes que hayan sido promulgadas antes de la entrada en vigor de la Constitución, es decir, antes del 30 de noviembre de 1966, como la Ley de Delitos contra las Personas de 1868 que prevé la imposición obligatoria de la pena de muerte para los casos de asesinato. En opinión de la CIADH: «A la luz de la jurisprudencia de la Corte y en tanto que el artículo 26 de la Constitución de Barbados impide el escrutinio judicial sobre el artículo 2 de la Ley de Delitos contra la Persona, que a su vez es violatoria del derecho a no ser privado, arbitrariamente, de la vida, la Corte considera que el Estado no ha cumplido con el deber establecido en el artículo 2 de la Convención en relación con los artículos 1.1, 4.1, 4.2 y 25.1 de dicho instrumento». Sobre este caso véase P. GONZÁLEZ DOMÍNGUEZ, *Implementación de la Convención Americana*, cit., pp. 36-38.

<sup>123</sup> CIADH, Sentencia de 26 de septiembre de 2006, caso núm. Series C No. 154, *Almonacid Arellano y Otros c. Chile* (*Almonacid Arellano y Otros c. Chile* (2006)), párr. 124: «Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana».

<sup>124</sup> Véanse A. E. DULITZKY, *An Inter-American Constitutional Court?*, cit., p. 64 ss, J. CONTESSÉ, *The Final Word?*, cit., p. 416 ss, L. BURGORGUE-LARSEN, *Conventionality Control*, cit., párr. 1 ss y P. GONZÁLEZ DOMÍNGUEZ, *Implementación de la Convención Americana*, cit., p. 200 ss.

<sup>125</sup> A. E. DULITZKY, *An Inter-American Constitutional Court?*, cit., pp. 59-60. Y véase N. P. SAGÜÉS, *El “control de convencionalidad” en el sistema interamericano y sus anticipos en el ámbito de los derechos económico-sociales. Concordancias y diferencias con el sistema europeo*, en A. VON BOGDANDY y Otros (coords.), *Construcción y papel de los derechos sociales fundamentales. Hacia un ius constitutionale commune en América Latina*, Ciudad de México, 2011, pp. 381-417.

<sup>126</sup> CIADH, Resolución de 20 de marzo de 2013 (supervisión de cumplimiento de la sentencia), caso núm. Series C No. C No. 221, *Gelman c. Uruguay*, párr. 66.

<sup>127</sup> N. P. SAGÜÉS, *El “control de convencionalidad”*, cit., p. 453.

<sup>128</sup> N. P. SAGÜÉS, *El “control de convencionalidad”*, cit., p. 457. Y véase P. GONZÁLEZ DOMÍNGUEZ, *Implementación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en los sistemas jurídicos nacionales: la doctrina del control de convencionalidad*, Santiago de Chile, 2014, p. 38.

<sup>129</sup> *Almonacid Arellano y Otros c. Chile* (2006), párr. 124.

lesionar jurídicamente a la constitución, en tanto que su derecho puede acarrear la inaplicación de la regla constitucional que se le oponga, o exigir la modificación de ella (...). Por el contrario, según el control de convencionalidad, la Constitución no puede válidamente lesionar al pacto. Si ello no implica superioridad de la Convención sobre la Constitución, francamente no sabemos cómo denominar de otro modo a tal estado de cosas»<sup>130</sup>.

El tercer y último eje, que representa más bien una tendencia, es que, en ocasiones, los jueces constitucionales de los Estados partes, independientemente del rango que los tratados sobre Derechos Humanos ocupan en el ordenamiento jurídico interno, parecen haber aceptado el papel de la CIADH como instancia “supraconstitucional”. Sobre la Corte Suprema de Costa Rica ya se ha dicho<sup>131</sup>. El Tribunal Constitucional de Perú, por ejemplo, concedió que la CADH, como interpretada por la CIADH, es fuente de derecho relevante para la determinación del contenido de los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución peruana<sup>132</sup>. Análogamente, la Corte Suprema de la Nación de Méjico proporcionó una interpretación “convencional” del artículo 133 de la Constitución<sup>133</sup>, en el sentido de que, de acuerdo con la doctrina del control de convencionalidad, autorizaría a los tribunales nacionales a inaplicar cualquier legislación interna contraria a la CADH y a la propia Constitución<sup>134</sup>.

Este fenómeno de adaptación ha ocurrido incluso *oborto collo* cuando las decisiones de la CIADH entran en conflicto con derechos o intereses internos percibidos como de importancia fundamental. El ejemplo de Argentina es especialmente significativo<sup>135</sup>.

En el caso *Menem c. Editorial Perfil S.A.* de 2001, la Corte Suprema de Justicia de la Nación condenaba a los editores de un periódico local a pagar daños y perjuicios por violación de la vida privada del entonces presidente argentino, Carlos Menem, por publicar dos reportajes en los que se afirmaba que tenía un hijo no reconocido con una diputada<sup>136</sup>. Los dos editores llevaron el caso ante la CIADH y ésta dictaminó que dicha condena constituía una violación del artículo 13 de la CADH, ordenando al Estado argentino que dejara «sin efecto la condena civil impuesta a los [dos editores] así como todas sus consecuencias, en el

<sup>130</sup> N. P. SAGÜÉS, *El “control de convencionalidad”*, cit., pp. 462-463. Y véase A. E. DULITZKY, *An Inter-American Constitutional Court?*, cit., p. 62: «In this absolutist interpretation, the Convention becomes an integral component of the domestic legal system and is transformed from a complementary or subsidiary international treaty creating international obligations to a domestic norm hierarchically superior to the domestic legal system including national constitutions. [B]y placing the Convention above national legal orders, including national Constitutions, it appears that the Court is [promoting] a conception of the Convention as a federal Constitution and setting [itself] as a supreme court in a federal State». En contra, véase la reflexión por P. GONZÁLEZ DOMÍNGUEZ, *Implementación de la Convención Americana*, cit., p. 209 ss.

<sup>131</sup> Véase arriba.

<sup>132</sup> Tribunal Constitucional de Perú, Sentencia 21 de julio de 2006, núm. 2730, párr. 9 y 11.

<sup>133</sup> «Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión. Los jueces de cada entidad federativa se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de las entidades federativas».

<sup>134</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación de Méjico, Sentencia de 14 de julio de 2010, caso núm. 912, párr. 33. Sobre este fallo véase P. GONZÁLEZ DOMÍNGUEZ, *Implementación de la Convención Americana*, cit., p. 222. En el mismo fallo, además, la Corte estableció que: «El poder judicial de la federación mexicana implementará las medidas administrativas derivadas de la sentencia de la Corte Interamericana en el caso *Radilla Pacheco*», párr. 22. Véase también J. CONTESSÉ, *The Final Word?*, cit., p. 432.

<sup>135</sup> C. ORUNESU, *Conventionality Control and International Judicial Supremacy*, cit., p. 52.

<sup>136</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina, Sentencia de 25 de septiembre de 2001, núm. REM003, *Carlos Saúl Menem c. Editorial Perfil S.A. y Otros*.

plazo de un año»<sup>137</sup>. Posteriormente, en el ejercicio de su función jurisdiccional de supervisar el cumplimiento de sus decisiones, la CIADH señaló, entre otras cosas, que Argentina no había cumplido con su decisión anterior, ya que no había tomado ninguna medida para terminar los efectos de la sentencia de condena<sup>138</sup>.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación respondió a las observaciones de la CIADH señalando que lo solicitado equivalía a una orden de “revocación” de una sentencia que había pasado a ser cosa juzgada y que ello, además de convertir a la CIADH en una «cuarta instancia» en violación de lo dispuesto en el artículo 63, párr. 1, de la CADH<sup>139</sup>, resultaba en una violación «de los principios fundamentales del derecho público argentino»<sup>140</sup>. De hecho, «revocar la sentencia firme dictada por este Tribunal implica privarlo de su carácter de órgano supremo del Poder Judicial argentino y sustituirlo por un tribunal internacional, en clara transgresión a los arts. 27 y 108 de la Constitución Nacional»<sup>141</sup>.

Otra vez, en la subsiguiente supervisión de cumplimiento de la sentencia, la CIADH comentó tajante que «los Estados Parte en la Convención no pueden invocar disposiciones del derecho constitucional u otros aspectos del derecho interno para justificar una falta de cumplimiento de las obligaciones contenidas en dicho tratado»<sup>142</sup>, negando, además, que la revocación de la sentencia fuera la única medida idónea para dar cumplimiento a su decisión<sup>143</sup>. Finalmente, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, como sugerido por la misma CIADH, resolvió asentar junto a la decisión registrada una declaración de incompatibilidad con la CADH, ya que dicha anotación «no vulnera los principios de derecho público establecidos en la Constitución Nacional (artículo 27)»<sup>144</sup>.

Por otro lado, ha habido también casos en los que los Tribunales Constitucionales/Cortes Supremas de los Estados partes se han resistido a reconocer la supraconstitucionalidad de la CADH o a aceptar soluciones de compromiso, como en el caso argentino.

Por ejemplo, en el caso *Personas dominicanas y haitianas expulsadas c. República Dominicana*, la CIADH había condenado la República Dominicana por el trato fuertemente discriminatorio contra los ciudadanos de origen haitiano, criticando, además, un fallo de 2013 del Tribunal Constitucional en el que se sostenía que, conforme a la Constitución dominicana, los hijos de migrantes en situación irregular no tenían derecho a la nacionalidad dominicana, pese a haber nacido en territorio del Estado, y se ordenaba una política general a fin de auditar los registros de nacimiento desde 1929 y detectar retroactivamente a los “extranjeros irregularmente inscritos”<sup>145</sup>. Por esto, la CIADH instaba al Estado de «adoptar las medidas

---

<sup>137</sup> CIADH, Sentencia de 29 de noviembre de 2011, caso núm. Serie C No. 238, *Fontevéchia y D’Amico c. Argentina*, párr. 137.

<sup>138</sup> CIADH, Resolución de 22 de noviembre de 2016, caso núm. Serie C No. 238, *Fontevéchia y D’Amico c. Argentina*, p. 4.

<sup>139</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina, Sentencia 14 de febrero de 2017, *Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/ informe sentencia dictada en el caso “Fontevéchia y D’Amico c. Argentina” por la Corte Interamericana de Derechos Humanos* (Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto (2017)), párr. 13-14.

<sup>140</sup> *Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto* (2017), párr. 16.

<sup>141</sup> *Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto* (2017), párr. 17.

<sup>142</sup> CIADH, Resolución de 18 de octubre de 2017, caso núm. Serie C No. 238, *Fontevéchia y D’Amico c. Argentina* (*Fontevéchia y D’Amico c. Argentina* (2017)), párr. 14.

<sup>143</sup> *Fontevéchia y D’Amico c. Argentina* (2017), párr. 16 ss.

<sup>144</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina, Resolución 5 de diciembre de 2017, núm. 4015, párr. 4.

<sup>145</sup> CIADH, Sentencia de 23 de agosto de 2014, caso núm. Serie C. No. 282, *Personas dominicanas y haitianas expulsadas c. República Dominicana* (*Personas dominicanas y haitianas expulsadas c. República Dominicana* (2014)), párr.

necesarias de derecho interno para evitar que la sentencia (...) de 2013 continúe[] produciendo efectos jurídicos»<sup>146</sup>.

En 2014, en un caso relacionado incidentalmente con la cuestión de los ciudadanos dominicanos de origen haitiano, el Tribunal Constitucional dictaminó que la modalidad de aceptación de la República Dominicana a la jurisdicción de la CIADH, conforme al artículo 62, párr. 1, de la CADH – expresada en febrero de 1999 mediante una declaración unilateral del entonces presidente Fernández Reyna – era inconstitucional, ya que nunca había sido ratificada por el Parlamento<sup>147</sup>. En su opinión disidente, uno de los jueces del Tribunal Constitucional argumentó que esta decisión «responde más a un acto de reacción que a un razonamiento jurídico»<sup>148</sup>.

### 3.2. (*Falta de*) *supraconstitucionalidad del CEDH*

El enfoque abierto a la incorporación del derecho internacional del contexto latinoamericano no tiene un equivalente evidente en Europa. Sin embargo, no hay duda de que el CEDH (y el TEDH) tienen una importancia cada vez más destacada en los Estados partes del Consejo de Europa. Esta afirmación está respaldada por la reiterada caracterización del CEDH como un instrumento constitucional de orden público europeo<sup>149</sup>. Esto se debe también al hecho de que el CEDH, como todo tratado sobre Derechos Humanos, comprende más que meros compromisos recíprocos entre los Estados contratantes, creando una red de obligaciones que, en palabras de su Preámbulo, se benefician de una «aplicación colectiva»<sup>150</sup>.

Obviamente, al ratificar el CEDH, los Estados se comprometen para que su derecho interno sea compatible con sus obligaciones, pero esto no implica automáticamente que el mismo goce de un rango supraconstitucional en los ordenamientos jurídicos internos. El TEDH, por su parte, nunca se ha expresado claramente en este sentido, aunque sea verdad que, en unos casos, ha criticado las disposiciones constitucionales de algunos Estados partes

---

242. La sentencia en cuestión es Tribunal Constitucional de la República Dominicana, Sentencia de 23 de septiembre de 2013, núm. 168.

<sup>146</sup> *Personas dominicanas y haitianas expulsadas c. República Dominicana* (2014), párr. 468.

<sup>147</sup> Tribunal Constitucional de la República Dominicana, Sentencia de 4 de noviembre de 2014, núm. 256 (Sentencia núm. 256 (2014)).

<sup>148</sup> Sentencia núm. 256 (2014), Voto disidente de la magistrada Katia Miguelina Jiménez Martínez, párr. 4.2.12. Véanse también los casos de Venezuela y Brasil en L. BURGORGUE-LARSEN, *Conventionality Control*, cit., párr. 37.

<sup>149</sup> Véanse, entre otras, TEDH, Sentencia de 23 de marzo de 1995, caso núm. 15318/89, *Loizidou v. Turkey*, párr. 75, Sentencia de 7 de julio de 2011, caso núm. 55721/07, *Al-Skeini and Others v. the United Kingdom*, párr. 141 y Sentencia de 20 de septiembre de 2018, casos núm. 68762/14 y 71200/14, *Aliyev v Azerbaijan*, párr. 225. Y Véase G. ULFSTEIN, *Transnational Constitutional Aspects of the European Court of Human Rights*, en *Global Constitutionalism*, 2021, p. 151 ss.

<sup>150</sup> Véase TEDH, Sentencia de 18 de enero de 1978, caso núm. 5310/71, *Ireland v. the United Kingdom*, párr. 239.

por ser incompatibles con el CEDH<sup>151</sup>. Después de su decisión, Irlanda y Malta han incluso procedido a enmendar su Constitución<sup>152</sup>.

A este respecto, parecería que la idea de que, al igual que la CADH, el CEDH debe ser interpretado como preeminente sobre los ordenamientos jurídicos internos esté ganando terreno entre algunos de los miembros del TEDH. Por ejemplo, en su opinión parcialmente concurrente y parcialmente disidente en el caso *G.I.E.M. c. Italia*, el Juez Pinto de Albuquerque ha afirmado, en términos generales, que: «The time of constitutional parochialism is over in Europe. In the era of multilevel constitutionalism, the Convention is a “constitutional instrument of European public order”. It thus prevails over constitutional provisions and interests of the Contracting Parties (...). To put it in dogmatic terms, from the Strasbourg perspective, the old-fashioned distinction between monist and dualist constitutional orders has become irrelevant and does not impact upon the binding force of the Convention, as interpreted by the Court’s judgments, in the domestic legal order of the Contracting Parties. The multilevel constitutionalism sustained and practised by the Council of Europe is beyond such distinction, seeking a *reductio ad unitatem* in fundamental rights issues in all Contracting Parties»<sup>153</sup>.

Además, en relación al artículo 2 de la Constitución italiana<sup>154</sup> – el que hace posible que el ordenamiento jurídico interno reconozca “nuevos” derechos y libertades fundamentales – el Juez ha precisado que: «The embeddedness of the Convention in the Italian legal order is further promoted by the substantive intertwinement of Constitution and Convention and the interplay between Convention and domestic guarantees. Such interplay is evidently facilitated by Article 2 of the Constitution and the openness of the constitutional catalogue of human rights in so far as an open clause such as that of the Italian Constitution is the natural way of embedding rights and freedoms not explicitly granted by the Constitution, but derived from international law»<sup>155</sup>.

De todos modos, cualquier análisis de la jerarquía del CEDH en el sistema de fuentes jurídicas internas no puede ignorar que, a menudo, el rango del mismo en los ordenamientos

---

<sup>151</sup> Véase TEDH, Sentencia de 20 de mayo de 2010, caso núm. 38832/06, *Alajos Kiss v. Hungary* (en relación con el artículo 70, párr. 5, de la Constitución húngara, que establece, entre otras cosas, que las personas sometidas a tutela total o parcial no tienen derecho a votar), Sentencia de 22 de diciembre de 2009, caso núm. 27996/06 y 34836/06, *Seđić and Finci v. Bosnia and Herzegovina* (en relación con algunos artículos de la Constitución de Bosnia y Herzegovina que limitan el derecho a ser elegidas en las elecciones parlamentarias y presidenciales a las personas pertenecientes a los grupos bosnios, croatas, serbios, romaní y judíos) y Sentencia de 4 de julio de 2013, caso núm. 11157/04 y 15162/05, *Anchugov and Gladkov c. Russia* (en relación con el artículo 32, párr. 3, de la Constitución rusa que establece la prohibición absoluta del derecho de voto para todos los presos condenados, independientemente de la duración de su condena y de la naturaleza o gravedad de su delito o de sus circunstancias individuales).

<sup>152</sup> Véase TEDH, Sentencia de 27 agosto 1991, caso núm. 13057/87, *Demicoli c. Malta* (en relación al artículo 11 de la Constitución sobre la competencia de la Cámara de Representantes para juzgar el delito de violación del privilegio) y Sentencia de 29 octubre de 1992, casos núm. 14234/88 y 14235/88, *Open Door Dublin Weel v. Ireland* (en relación al artículo 40, párr. 3, de la Constitución sobre la vida de los “no nacidos”).

<sup>153</sup> TEDH, Sentencia de 28 de junio de 2018, caso núm. 1828/06 34163/07 19029/11, *G.I.E.L.M. S.R.L. and Others v. Italy*, Opinión parcialmente concurrente y parcialmente disidente del Juez Pinto de Albuquerque, párr. 79.

<sup>154</sup> «La República reconoce y garantiza los derechos inviolables del hombre, tanto como individuo, como en el seno de las formaciones sociales en las que desarrolla su personalidad, y exige el cumplimiento de los deberes inderogables de solidaridad política, económica y social».

<sup>155</sup> TEDH, Sentencia de 28 de junio de 2018, caso núm. 1828/06 34163/07 19029/11, *G.I.E.L.M. S.R.L. and Others v. Italy*, Opinión parcialmente concurrente y parcialmente disidente del Juez Pinto de Albuquerque, párr. 84.

jurídicos de los Estados partes se ha establecido por su Constitución o sus órganos judiciales supremos/constitucionales<sup>156</sup>. A este respecto, sólo excepcionalmente se le ha reconocido al CEDH un rango supraconstitucional.

En Bélgica, en el caso *Vlaamse concentratie c. Centre pour l'égalité* la Corte de Casación negaba la existencia de alguna fricción entre una ley antirracista nacional que restringía, en determinadas instancias, el derecho a la libertad de expresión y de asociación política y los artículos 10 y 11 del CEDH<sup>157</sup>. Los demandantes, sin embargo, argumentaban que, además de entrar en conflicto con el CEDH, esta ley también violaba ciertas disposiciones constitucionales. En teoría, esto podría haber supuesto la suspensión del juicio frente a la Corte de Casación y su remisión a la Corte de Arbitraje, es decir el Tribunal Constitucional belga. En consonancia con lo que se ha dicho sobre el rango supraconstitucional del que gozan los tratados en el derecho interno belga<sup>158</sup>, la Corte de Casación rechazó esta petición, argumentando que «the ECHR has priority over the Constitution» y que «in this matter the Constitution does not restrict the freedoms of expression, assembly and association any further than the ECHR»<sup>159</sup>.

En los Países Bajos, en virtud del mencionado sistema monista establecido por el artículo 94 de la Constitución, los tribunales holandeses no aplicarán una disposición interna cuando esta esté en contra de un tratado internacional. Por lo tanto, como destacado por el Tribunal de Apelación de la Haya en el famoso caso *Países Bajos c. Fundación Urgenda*, los órganos judiciales internos están obligados a aplicar las disposiciones con efecto directo de los tratados en los que los Países Bajos es parte, incluidos los artículos 2 y 8 del CEDH, ya que dichas disposiciones forman parte del ordenamiento jurídico holandés y prevalecen sobre las leyes internas contrarias<sup>160</sup>. Sin embargo, y a pesar de las opiniones afirmativas de algunos autores<sup>161</sup>, no queda totalmente claro si el CEDH goza, como en Bélgica, de un rango verdaderamente supraconstitucional.

En Bosnia y Herzegovina, el artículo II, párr. 2, de la Constitución establece que los derechos y libertades enunciados en el CEDH tendrán prelación sobre «todas las demás leyes», mientras que el artículo X, párr. 2, especifica que dichas libertades constituyen una limitación a cualquier enmienda constitucional. En este sentido, no queda claro si la Constitución sólo otorga un rango privilegiado al CEDH o también, de alguna forma, supraconstitucional<sup>162</sup>.

En otros Estados partes, al CEDH se le reconoce expresamente un rango privilegiado, pero no supraconstitucional. Por ejemplo, el artículo 17, párr. 2, de la Constitución albanesa otorga al CEDH rango constitucional en relación a limitaciones de los derechos

<sup>156</sup> Véase G. MARTINICO, O. POLLICINO (eds.), *The National Judicial Treatment of the ECHR and EU Laws: A Comparative Constitutional Perspective*, Groningen, 2010. Para un análisis comparado, véase A. COZZI y Otros, *Comparative Study on the Implementation of the ECHR at the National Level*, Belgrado, 2016.

<sup>157</sup> Corte de Casación de Bélgica, Sentencia de 9 noviembre 2004, *Vlaamse concentratie c. Centre pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme (Vlaamse concentratie c. Centre pour l'égalité (2004))*, párr. 14.1.

<sup>158</sup> Véase arriba, n. 2.2.

<sup>159</sup> *Vlaamse concentratie c. Centre pour l'égalité* (2004), párr. 14.1. Véase la traducción y el caso en E. BREMS, *The Vlaams Blok Political Party Convicted Indirectly of Racism*, en *Int. Comp. Law Quart.*, 2006, p. 702 ss.

<sup>160</sup> Tribunal de Apelación de La Haya, Sentencia de 9 de octubre de 2018, caso núm. 200.178.245/01, *Países Bajos c. Fundación Urgenda*, párr. 73.

<sup>161</sup> A. PETERS, *The Globalization of State Constitutions*, cit., p. 296.

<sup>162</sup> Para una opinión favorable, véase Y. ROZNAI, *The Theory and Practice*, cit., p. 559.

fundamentales de la persona<sup>163</sup>. En Austria, el CEDH goza de un “doble rango”, ya que, además de su carácter de tratado internacional, se ha convertido, a nivel interno, en una ley de rango constitucional<sup>164</sup>. Sin embargo, en *Miltner*, el Tribunal Constitucional austriaco subrayó la posibilidad de apartarse de la jurisprudencia del TEDH en el caso de que la adhesión a la misma suponga una violación de la Constitución<sup>165</sup>.

En Bulgaria, el Tribunal Constitucional ha especificado que la interpretación de las disposiciones constitucionales sobre Derechos Humanos debe hacerse, en la medida de lo posible, de acuerdo con el CEDH<sup>166</sup>, mientras que en Suecia el artículo 19 de la Constitución establece claramente que: «No se podrá adoptar ninguna ley u otra disposición que contravenga los compromisos asumidos por Suecia en virtud del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales»<sup>167</sup>.

En Italia, la Corte Constitucional, llamada a interpretar el alcance efectivo del artículo 117, párr. 1, de la Constitución<sup>168</sup>, ha aclarado que el CEDH tiene un valor sub-constitucional (es decir, su rango normativo se encuentra a medio camino entre la ley ordinaria y las normas constitucionales) y que, en algunos casos, puede servir de “parámetro interpuesto” para la revisión constitucional de las leyes ordinarias, ya que el conflicto con éstas puede suponer una violación indirecta de la Constitución<sup>169</sup>. Además, en unas recientes decisiones, la Corte de Casación italiana parece indicar que el CEDH se considera un simple parámetro de interpretación del derecho nacional y no podría invocarse directamente ante los tribunales nacionales<sup>170</sup>. En cualquier caso, cabe destacar que todo tratado – y no sólo el CEDH – goza de un rango sub-constitucional en el ordenamiento jurídico italiano<sup>171</sup>.

Asimismo, en otros Estados partes el CEDH goza de un rango privilegiado, ya sea constitucional o, de todos modos, superior a la ley, no como tal, sino de la misma manera que otros tratados<sup>172</sup>.

---

<sup>163</sup> «[L]as limitaciones (...) de los derechos y libertades (...) en ningún caso pueden exceder de las limitaciones previstas en el Convenio Europeo de Derechos Humanos». Sobre esta disposición véase también L. BIANKU, *Albania*, en I. MOTOC, I. ZIEMELE, (eds.), *The Impact of the ECHR on Democratic Change in Central and Eastern Europe*, Cambridge, 2016, p. 13 ss.

<sup>164</sup> «In 1964, the political parties revised the Constitution, to confer upon the Convention constitutional status and direct effect. Today, conflicts between the Austrian Constitution and the ECHR are governed by the *lex posteriori derogat legi priori* rule, an apparently unique situation», H. KELLER, A. STONE SWEET, *Assessing the Impact of the ECHR on National Legal Systems*, en ID. (eds.), *A Europe of Rights: The Impact of the ECHR on National Legal Systems*, Oxford, 2008, p. 684.

<sup>165</sup> Tribunal Constitucional de Austria, Sentencia de 14 de octubre de 1987 caso núm. 11500.

<sup>166</sup> Tribunal Constitucional de Bulgaria, Sentencia de 18 de febrero de 1998, caso núm. 2. Sobre este caso véase M. BELOV, *Bulgaria*, L. HAMMER, F. EMMERT (eds.), *The European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms in Central and Eastern Europe*, The Hague, 2012, p. 101 ss.

<sup>167</sup> En Alemania el artículo 16, let. a, párr 2, del *Grundgesetz* menciona el CEDH, pero sólo con el fin de especificar que nadie que entre en el País desde un Estado parte del CEDH podrá invocar el derecho de asilo político.

<sup>168</sup> «El poder legislativo es ejercido (...) dentro de los términos de la Constitución, así como de las obligaciones que derivan del ordenamiento comunitario y de los acuerdos internacionales».

<sup>169</sup> Corte Constitucional italiana, Sentencias de 24 de octubre de 2007, núm. 348 y 349.

<sup>170</sup> Corte de Casación italiana, Sentencia de 5 de julio 2021, núm. 18923. Véase L. ACCONCIAMESSA, F. TAMMONE, *About Misunderstandings: The Italian Judiciary's Approach to the “Direct Applicability” of the ECHR*, en *It. YB. Int. Law*, 2021, p. 475 ss.

<sup>171</sup> Para un cometario más detallado sobre las Sentencias núm. 348 y 349 de 2007 véase E. CANNIZZARO, *Sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo e ordinamento costituzionale italiano in due recenti decisioni della Corte costituzionale*, en *Rivista di diritto internazionale*, 2008, p. 138 ss.

<sup>172</sup> Véanse, por ejemplo, el artículo 10, párr. 2, de la Constitución de España («Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas

Desde esta rápida visión de conjunto, parecería que, aunque sea quizás verdad que «today, the issue of the ECHR’s primacy and direct effect does not depend just on what is written in the constitutions, it is something that seems to go beyond the full control of national constitutions»<sup>173</sup>, en comparación con el sistema interamericano, por lo menos, no se le concede una clara prevalencia al CEDH sobre las Constituciones nacionales.

Sin embargo, es interesante observar como, con instrumentos como el recién adoptado Protocolo 16, el TEDH esté cada vez más investido de funciones similares a las de control constitucional<sup>174</sup>. En particular, este Protocolo – que ha entrado en vigor en 2018<sup>175</sup> – establece un mecanismo que permite a las máximas competencias de los Estados partes solicitar voluntariamente al TEDH opiniones consultivas sobre la interpretación del CEDH. El objetivo principal es favorecer el diálogo entre los órganos judiciales nacionales y el TEDH y reforzar el papel “constitucional” del TEDH en el contexto de la eficacia a largo plazo del sistema<sup>176</sup>.

#### 4. Observaciones finales

Del análisis anterior pueden extraerse algunas observaciones finales.

La primera se refiere al *ius cogens*, en general. Como lo ha subrayado la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, este concepto se deriva de la idea antigua de la existencia de un «orden superior de normas jurídicas, que las leyes del hombre o de las naciones no pueden contravenir»<sup>177</sup>. De hecho, se podría afirmar que las normas imperativas, que ya forman parte del «ordre international public»<sup>178</sup>, deberían incorporarse también en el “ordre public” de los Estados<sup>179</sup>.

La segunda observación es que, sin embargo, los ordenamientos jurídicos internos, ya sea en la Constitución o “por boca” de sus Cortes Supremas/Tribunales Constitucionales, sólo excepcionalmente otorgan a las normas de *ius cogens* un claro rango supraconstitucional. Tal vez, como Paulus señala agudamente, los Estados no están dispuestos a “externalizar” la

---

materias ratificados por España») y el artículo 55 de la Constitución de Francia («Los tratados o acuerdos debidamente ratificados o aprobados tendrán, desde el momento de su publicación, una autoridad superior a las leyes, a reserva, para cada acuerdo o tratado de su aplicación por la otra parte»).

<sup>173</sup> G. MARTINICO, *Is the European Convention Going to Be ‘Supreme’? A Comparative-Constitutional Overview of ECHR and EU Law before National Courts*, en *Eur. Jour. Int. Law*, 2012, p. 424.

<sup>174</sup> *Protocol No. 16 to the Convention on the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*, adoptado 2 de octubre de 2013, entrado en vigor 1 de agosto de 2018, *Council of Europe Treaty Series*, vol. 214. Véase también W. SARDURSKI, *Quasi-constitutional Court of Human Rights for Europe? Comments on Geir Ulfstein*, en *Global Constitutionalism*, 2021, p. 175 ss.

<sup>175</sup> Véase L. SICILIANOS, *L’élargissement de la compétence consultative de la Cour européenne des droits de l’homme – À propos du Protocole n°16 à la Convention européenne des droits de l’homme*, en *Revue trimestrelle des droits de l’homme*, 2014, p. 9 ss, y N. POSENATO, *Il Protocollo n. 16 alla CEDU e il rafforzamento della giurisprudenza sui diritti umani in Europa*, en *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2014, p. 1421 ss.

<sup>176</sup> Consejo de Europa, *Explanatory Report to Protocol No. 16 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*, párr. 1-6, disponible en: [https://www.echr.coe.int/Documents/Protocol\\_16\\_explanatory\\_report\\_ENG.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Protocol_16_explanatory_report_ENG.pdf).

<sup>177</sup> Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Relación de 22 de octubre de 2002, caso núm. 12.285, *Domingues v. United States*, párr. 49.

<sup>178</sup> CDI, *Report on the Law of Treaties by Mr H. Lauterpacht, Special Rapporteur*, en *Yearbook of the International Law Commission*, Vol. II(2), 1955, pp. 154-155.

<sup>179</sup> W. SCHABAS, *The Customary International Law of Human Rights*, Oxford, 2021, p. 55.



producción de efectos jurídicos inmediatos en sus ordenamientos internos a la Comunidad Internacional en su conjunto<sup>180</sup>. El hecho es que, aunque el contenido de las normas de *ius cogens* esté reconocido, directa o indirectamente, por las Constituciones nacionales, el debate sobre el rango de las mismas en la jerarquía de las fuentes jurídicas internas no es sin consecuencias concretas, ya que la posibilidad de conflicto existe. Piénsese, por ejemplo, en la prohibición y represión de la tortura y de los tratos inhumanos y degradantes en relación con derechos e intereses de rango constitucional como la seguridad nacional y la incolumidad pública<sup>181</sup> o en el delicado equilibrio entre, por un lado, el principio de autodeterminación de los pueblos y, por otro, el de la unidad territorial del Estado.

En este contexto, merece la pena volver a subrayar como la “nebulosidad” del *ius cogens*, tanto en lo que se refiere a las normas de derecho internacional que han alcanzado esta calificación como a su contenido preciso, representa uno de los mayores obstáculos a su incorporación en los ordenamientos jurídicos internos, ya que: «In a system of power politics in disguise, apparent “progressiveness” can readily be made to serve hidden sectional interests, not apparent at first sight. The beauty of a general, as distinct from more specific, formula of international jus cogens is that it leaves everybody absolutely free to argue for or against the jus cogens character of any particular rule of international law»<sup>182</sup>.

A este respecto, baste mencionar las recientes decisiones del Tribunal Constitucional ruso, en las que este último se negó a aplicar unos fallos del TEDH considerando los mismos contrarios a los principios de igualdad soberana de los Estados y prohibición de interferencia en los asuntos internos, ambos calificados como normas de *ius cogens*<sup>183</sup>.

En términos más generales, las diferentes oscilaciones sobre la cuestión de la incorporación del *ius cogens* en los ordenamientos jurídicos internos, así como su posible “manipulación” para justificar un mayor cierre del ordenamiento jurídico de referencia, como en el caso ruso, no son más que una de las expresiones – quizás una de las más significativas – de la siempre problemática relación entre el derecho internacional y los ordenamientos jurídicos internos. Estas variaciones se pueden comprender mejor teniendo en cuenta que la dinámica del fenómeno jurídico siempre forma parte de la dinámica del proceso social y, por lo tanto, político, que en la Comunidad Internacional está en constante cambio. Será entonces difícil imaginar reglas de derecho imperativo que determinen de manera inderogable lo que es legalmente debido porque es moralmente correcto, o correcto porque es legalmente debido, en los ordenamientos jurídicos internos<sup>184</sup>.

La tercera observación es que, además del *ius cogens*, la cuestión de la supraconstitucionalidad – y de las relaciones entre diferentes sistemas jurídicos – también concierne los tratados (y otros instrumentos jurídicos internacionales) sobre Derechos Humanos. En este caso, empero, el análisis de la práctica constitucional latinoamericana y europea muestra una mayor disponibilidad de los Estados a reconocer un rango supraconstitucional o, en todo caso, privilegiado, a los tratados sobre Derechos Humanos (o, incluso, a todo tratado) en los ordenamientos jurídicos internos. Esto puede quizás explicarse a la luz de razones histórico-

---

<sup>180</sup> A. L. PAULUS, *Jus Cogens in a Time of Hegemony and Fragmentation*, cit., p. 323.

<sup>181</sup> A. PETERS, *The Globalization of State Constitutions*, cit., 270.

<sup>182</sup> G. SCHWARZENBERGER, *International Jus Cogens?*, en *Tex. Law Rev.*, 1965, p. 477.

<sup>183</sup> Tribunal Constitucional de la Federación de Rusia, Sentencia de 9 de abril de 2016, núm. 12-II y Sentencia de 19 de enero de 2017, núm. 1-II. Sobre estos fallos véase M. AKSENOVA, I. MARCHUK, *Reinventing or Rediscovering International Law? The Russian Constitutional Court's Uneasy Dialogue with the European Court of Human Rights*, en *Int. Jour. Const. Law*, 2019, p. 1322 ss.

<sup>184</sup> Véase, más en general, A. TANZI, *Introduzione al diritto internazionale contemporaneo*, Padova, 2021, p. 613 ss.

políticas, como en el caso de los Países latinoamericanos o, más generalmente, asumiendo que estos Estados están más “familiarizados” con el tema de la protección de Derechos Humanos y también tienden a percibir la incorporación voluntaria de normas escritas como menos problemática.

A pesar de esto, es necesario destacar que esta mayor apertura se da principalmente en los ordenamientos jurídicos europeos y latinoamericanos. Sin embargo, a nivel global, varios Estados siguen manifestando una actitud más estricta hacia los tratados sobre Derechos Humanos o, en todo caso, al ratificarlos reservan expresamente la aplicación interna de los mismos al respeto de (algunas normas de) su ordenamiento constitucional. Por ejemplo, Bahrein, Mauritania y Qatar reservan, en general, la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos a la aplicación de la “sharíá islámica”<sup>185</sup>. Por su parte, Botsuana, Corea del Sur, Estados Unidos, Laos, Maldivas y Turquía han reservado la aplicación de algunas disposiciones significativas del mismo (prohibición de torturas o penas o tratos crueles, libertad de asociación, libertad de pensamiento, conciencia y religión, derechos de las minorías) a su Constitución nacional<sup>186</sup>.

La cuarta observación es que los mecanismos regionales sobre protección de Derechos Humanos podrían forzar la aplicación de los instrumentos jurídicos correspondientes en detrimento de “cualquier norma interna”, incluida la Constitución nacional. Y ello con independencia del rango que se les haya otorgado a dichos instrumentos en los Estados partes. La probabilidad de que esto ocurra dependerá, principalmente, del enfoque más o menos monista que se elija para interpretar la relación entre el tratado y los ordenamientos jurídicos internos.

Como hemos visto, la CIADH ha desarrollado a lo largo del tiempo un enfoque monista, que ha terminado por suponer una inversión de la jerarquía de las fuentes de los Estados partes de la CADH. En particular, la doctrina del “control de convencionalidad” permite a la CIADH evaluar la legitimidad, en el marco de la CADH, de cualquier norma y/o decisión de los ordenamientos jurídicos internos, incluyendo las normas constitucionales y las decisiones de los órganos judiciales constitucionales. Por supuesto, esta doctrina no está exenta de polémica, y es probable que su invocación por parte de la CIADH sea recibida por los Estados partes de diferentes maneras, dependiendo principalmente de la orientación política del Gobierno en funciones, de la actitud jurídica de los jueces llamados a pronunciarse sobre un posible conflicto entre ordenamientos y, sobre todo, de los intereses involucrados en el caso concreto.

En cuanto al TEDH, siempre se ha abstenido de pronunciarse sobre el rango que los Estados parte del CEDH deberían otorgarle a este último en sus ordenamientos jurídicos internos, aunque haya a veces destacado una fricción entre el CEDH y las Constituciones nacionales. En cambio, algunos Estados partes han resaltado el rango del CEDH dentro de sus ordenamientos jurídicos, aunque sólo excepcionalmente se le haya otorgado un rango claramente supraconstitucional. De todos modos, como se ha notado, con instrumentos como el recién adoptado Protocolo 16, el TEDH esté cada vez más investido de funciones similares a las de control constitucional.

La quinta y última observación es que, como se ha señalado a modo de introducción, el problema de la supraconstitucionalidad de ciertas normas de derecho internacional tiende,

---

<sup>185</sup> La reservas están disponibles en: [https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?chapter=4&clang=\\_en&mtdsg\\_no=IV-4&src=IND#EndDec](https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?chapter=4&clang=_en&mtdsg_no=IV-4&src=IND#EndDec).

<sup>186</sup> La reservas están disponibles en: [https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?chapter=4&clang=\\_en&mtdsg\\_no=IV-4&src=IND#EndDec](https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?chapter=4&clang=_en&mtdsg_no=IV-4&src=IND#EndDec).

de alguna forma, a verse afectado por las posturas de partida del interprete, ya que, desde una postura marcadamente dualista, podría incluso argumentarse que la teorización de un rango jerárquico superior al constitucional constituye una contradicción en los términos.

Sin embargo, partiendo del entendimiento de la existencia de una “esfera de normatividad externa que hace que un ordenamiento jurídico se sienta menos solo en el universo”<sup>187</sup>, ya sea que la supraconstitucionalidad se imponga a los Estados “desde el exterior”, como en el caso del *ius cogens* o, incluso, del control de convencionalidad realizado por la CIADH, o que se reconozca, directa o indirectamente por los Estados mismos, no parece imposible concluir que, lejos de constituir una paradoja, este concepto se presenta como una manifestación más de la continua interacción, delegación de ciertas funciones normativas y referencia mutua que caracterizan las relaciones entre el derecho internacional, sus instituciones, y los ordenamientos jurídicos internos<sup>188</sup>.

---

<sup>187</sup> E. CANNIZZARO, B. I. BONAFÉ, *Beyond the Archetypes of Modern Thought*, cit., p. 95.

<sup>188</sup> Sobre la teorización de un enfoque similar a las relaciones entre el derecho internacional y los ordenamientos jurídicos internos, véase E. CANNIZZARO, B. I. BONAFÉ, *Beyond the Archetypes of Modern Thought*, cit., p. 95.