

*La norma obligatoria e inderogable de reconocer y garantizar los derechos humanos es exigible al poder constituyente**



Iris Marín-Ortiz*

UNIFEM, Bogotá, D. C., Colombia

Fecha de recepción: 19 de febrero de 2010

Fecha de aceptación: 18 de marzo de 2010

RESUMEN

El trabajo plantea la existencia de límites al poder constituyente en momentos de ruptura constitucional derivados del desarrollo actual del derecho internacional, según el cual los Estados constitucionales contemporáneos se afilian a postulados básicos de la Carta de las Naciones Unidas, la Declaración Universal de Derechos Humanos y las normas imperativas de *ius cogens*. Esos límites se traducen en la norma inderogable de establecer un régimen respetuoso de los derechos humanos, oponibles incluso al constituyente primario. Además, se abordan los retos para la exigibilidad de la norma que establece la obligación de mantener un régimen respetuoso de los derechos humanos, a partir del monismo, del dualismo y de la reticularidad. En la parte final se proponen algunas posibilidades de exigibilidad.

Para citar este artículo: Marín-Ortiz, Iris, "La norma obligatoria e inderogable de reconocer y garantizar los derechos humanos es exigible al poder constituyente", *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, 2010, 12,(1), pp. 305-336.



* Este artículo es parte de la investigación conducente a la Tesis de grado de Maestría de la autora, denominada: "¿Límites al Poder Constituyente? Derechos humanos, constitucionalismo y democracia". Este escrito presenta opiniones personales de la autora, no una posición institucional del Fondo de Desarrollo de las Naciones Unidas para la Mujer.

** Abogada de la Universidad del Rosario, magíster en Derecho de la Universidad Nacional de Colombia. Ha trabajado durante más de diez años en defensa y promoción de derechos humanos, principalmente a través del análisis de medias legislativas y litigio constitucional.
Correo electrónico: iris_marin_ortiz@hotmail.com.

Palabras clave: Derechos Humanos, *ius cogens*, monismo, dualismo y reticularidad, poder constituyente.

Obligatory and Non-Derogable Rule to Recognize and Guarantee Human Rights Is Binding of the Constituent Power of the State

ABSTRACT

This paper argues the existence of limits to the Constituent Power in moments of constitutional break. This is derived from the current development of international law according to which constitutional contemporary States agree upon the basic rules of the Charter of the United Nations, the Universal Declaration of Human Rights and the mandatory *ius cogens* rules. Those limits are obligatory, even to the constituent power. This paper deals with the challenges for the enforceability of the rule that establishes the obligations of preserving a regime that respects human rights, taking into account the theories about monism, dualism, and *reticularidad*. In the last part, the research proposes some enforceability alternatives.

Key words: Human Rights, *ius cogens*, monism, dualism and *reticularidad*, constituent power.

INTRODUCCIÓN

La Carta de Naciones Unidas, la Declaración Universal de Derechos Humanos y las normas imperativas de *ius cogens* de derechos humanos constituyen una limitación al poder constituyente, incluso al originario. Planteado de mejor manera, el poder constituyente local o nacional está sometido a unas normas superiores que son el consenso reflejado en el derecho internacional de los derechos humanos.

Dos razones sustentan esta tesis. En primer lugar, el hecho de que la pertenencia a las Naciones Unidas implica la obligación de los Estados miembros de mantener un régimen respetuoso de los derechos humanos. En segundo lugar, el hecho de que existan normas jurídicas que expresen ese consenso superior, y se trata de las normas imperativas de *ius cogens* con contenido de derechos humanos. A continuación se desarrollan estos argumentos en dos capítulos. Posteriormente, se desarrollará un tercer capítulo sobre los retos para la exigibilidad de los límites al poder constituyente. Por último, se desarrollará una conclusión.

1. LA PERTENENCIA A NACIONES UNIDAS IMPLICA ACEPTAR LA OBLIGATORIEDAD DE UN RÉGIMEN DE RECONOCIMIENTO DE LOS DERECHOS HUMANOS

Los derechos humanos están ligados de manera inescindible a la constitución de las Naciones Unidas. Hay razones fuertes para sostener que no puede haber discusión sobre la obligación de todo Estado que sea parte de Naciones Unidas de mantener un régimen respetuoso de los derechos humanos.

La Carta de San Francisco de 1945, constitutiva de la Organización de las Naciones Unidas, es el primer instrumento de carácter universal que reconoció los derechos fundamentales de todos los seres humanos, la dignidad y el valor de la persona humana.¹ Eso significó reconocer la obligación de los Estados de aplicar un estándar de trato único respetuoso de los derechos humanos y sin que hubiera ningún tipo de discriminación. El preámbulo de la Carta de las Naciones Unidas menciona la determinación de los Estados de reafirmar la fe *“en los derechos fundamentales del ser humano, en la dignidad y el valor de la persona humana y en la igualdad de derechos de hombres y mujeres y de las naciones grandes y pequeñas”*. Igualmente, la Carta de Naciones Unidas señala como uno de los propósitos de la organización la realización de la cooperación internacional *“en el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos”*.²

En el momento de expedición de la Carta de San Francisco no hubo consenso para precisar cuáles eran esos derechos humanos a los que se refería como uno de los propósitos de la organización. El primer consenso fue la Declaración Universal de los Derechos Humanos. La misma Declaración Universal de Derechos Humanos señala en su preámbulo que su propósito es proveer un *“entendimiento común”* de los derechos humanos a que se refiere la Carta de San Francisco y servir *“como una norma común para ser alcanzada por todos los pueblos y todas las naciones”*. Por eso algunas personas doctrinantes sostienen que la Declaración, más que ser un instrumento nuevo, precisa las obligaciones de la Carta de Naciones Unidas.



¹ Incluso antes de la fundación de las Naciones Unidas, en 1919, la Liga de las Naciones introdujo la obligación de los Estados de garantizar ciertos derechos subjetivos. Esta obligación se introdujo especialmente para los Estados emergentes del este de Europa, con el fin de obligarlos a respetar los derechos de las minorías raciales, religiosas y lingüísticas presentes en sus territorios. Más recientemente el art. 15 del Tratado de Paz firmado con Italia, en París, el 10 de febrero de 1947, obligaba a respetar los derechos de todos los ciudadanos y sus libertades fundamentales. El artículo 17 del mismo tratado buscaba evitar la reaparición en Italia de organizaciones fascistas de carácter político, militar o paramilitar capaces de atentar contra la democracia. Al respecto ver: Rigaux, Marie-Francoise. *La Theorie des Limites Materielles a l'exercice de la fonction constituante*. Mision Ferdinand Larquier S.A. editeurs, Bruselas, 1985, p. 159.

² Naciones Unidas, *Carta de las Naciones Unidas*, adoptada en San Francisco el 26 de junio de 1945, artículo 13.1.

La Declaración Universal de Derechos Humanos fue reconocida por los Estados como obligatoria en 1968. En efecto, en la Proclamación de Teherán expedida por la Conferencia Internacional de Derechos Humanos celebrada oficialmente por Naciones Unidas se declaró solemnemente, entre otros, que:

2. La Declaración Universal de Derechos Humanos enuncia una concepción común a todos los pueblos de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana y la declara obligatoria para la comunidad internacional.

Por su parte, la Declaración de Viena de la Conferencia Mundial de los Derechos Humanos de Naciones Unidas, que fue expedida en 1993 y aprobada por 171 Estados, señaló que el carácter universal de los derechos humanos y las libertades fundamentales “*no admite dudas*”. En efecto la Declaración señala:

1. La Conferencia Mundial de Derechos Humanos reafirma el solemne compromiso de todos los Estados de cumplir sus obligaciones de promover el respeto universal, así como la observancia y protección de todos los derechos humanos y de las libertades fundamentales de todos de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, otros instrumentos relativos a los derechos humanos y el derecho internacional. El carácter universal de esos derechos y libertades no admite dudas.

La Declaración de Viena también estipula:

Destacando que la Declaración Universal de Derechos Humanos, que constituye una meta común para todos los pueblos y todas las naciones es fuente de inspiración y ha sido la base en que se han fundado las Naciones Unidas para fijar las normas contenidas en los instrumentos internacionales de derechos humanos.

El carácter fundacional de la Declaración Universal de los Derechos Humanos es actualmente un hecho indudable. Es invocada en el preámbulo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Es igualmente citada consistentemente en los considerandos de los tratados de Naciones Unidas que reconocen y desarrollan los derechos humanos.

Hoy en día no hay discusión sobre el carácter normativo de la Declaración. Como lo manifiesta Buergenthal, la discusión sobre el valor jurídico de la Declaración se centra en si todos los derechos proclamados en ella son vinculantes y en qué circunstancias, y cuál es la fuente de su carácter vinculante; esto es, si se deriva del hecho de ser una interpretación autorizada de las obligaciones de derechos humanos de la Carta o de su estatus de derecho internacional consuetudinario, o de su estatus como principio general del derecho. Sin embargo, no hay discusión sobre su carácter normativo.³



³ Buergenthal, Thomas. *International Human Rights in a Nutshell*. 2ª edición, West Group, Saint Paul, 1990, p. 29.

La hipótesis es que la Declaración es obligatoria por ser costumbre internacional, lo que implicaría que es obligatoria siempre que no exista un tratado que la modifique o derogue., pues la Declaración Universal desarrolla las obligaciones concretas de la Carta de Naciones Unidas.⁴ Las obligaciones previstas allí –incluyendo las de la Declaración Universal como interpretación autorizada de la Carta– prevalecen sobre cualquier otro tratado diferente a la Carta y, por consiguiente, sobre la costumbre. Además, aunque se considerara que la Declaración no es una interpretación directa de la Carta de Naciones Unidas, hasta el momento ningún tratado internacional se ha dirigido a derogar disposición alguna de la Declaración. Al contrario, los tratados internacionales de derechos humanos generalmente invocan en su preámbulo la Declaración de Naciones Unidas y ningún Estado objeta su obligatoriedad.

Algo similar ocurre con la tesis según la cual las normas contenidas en la Declaración Universal constituyen *principios generales de Derecho* que son “*principios reconocidos en los ordenamientos jurídicos de los Estados cuya utilización debe considerarse supletoria, actuando sólo cuando el juez o el árbitro no encuentre tratado o costumbre aplicable al caso e impidiendo el non liquet, a menos que se reclame como fuente normativa por un acuerdo o compromiso. La práctica seguida por la CIJ confirma lo que acabamos de decir, ya que sólo de manera muy limitada, excepcional y a falta de otra norma ha recurrido a esta fuente*”.⁵ No se trata aquí de oponerse al hecho de que la Declaración Universal contenga principios generales de Derecho, lo que ocurre es que, aunque puede que así sea, no es necesario acudir a tal hipótesis pues la Declaración es reconocida y desarrollada por tratados posteriores y la fuente de su obligatoriedad es la Carta de Naciones Unidas.

Siendo la Declaración obligatoria por tratarse de una interpretación autorizada de la referencia a los derechos humanos y las libertades fundamentales que hace la Carta de Naciones Unidas, no cabe duda de que la pertenencia a Naciones Unidas implica la obligación de establecer un régimen respetuoso de los derechos humanos estipulados en la Declaración Universal. Como lo afirma el tratadista Sohn:

La Declaración (...) es considerada actualmente como una interpretación autorizada de la Carta de la ONU, que enuncia en forma detallada el contenido de la frase “derechos humanos y libertades fundamentales”, es decir aquellos derechos y libertades fundamentales que los Estados Miembros se comprometieron en la Carta a promover y observar. La Declaración Universal se ha unido a la Carta (...) como parte de la estructura constitucional de la comunidad mundial. La Declaración como catálogo autorizado de derechos humanos se ha convertido en el componente básico del



⁴ Naciones Unidas. *Carta de las Naciones Unidas*, adoptada en San Francisco, el 26 de junio de 1945, artículo 103.

⁵ Brotóns, Antonio Remiro. *Derecho Internacional*. Ciencias Jurídicas, Mc Graw Hill, Madrid, 1997, p. 329.

derecho consuetudinario internacional, vinculante para todos los estados, no sólo los miembros de las Naciones Unidas.⁶

El vínculo directo con la Carta de Naciones Unidas hace que la Declaración sea parte de la “constitución universal”, o lo más parecido a ella. De conformidad con lo anterior, la Declaración, como parte de la Carta de Naciones Unidas, tiene una jerarquía superior en el derecho internacional derivado del hecho de que a la Carta han adherido casi todos los Estados y de que su artículo 103 señala que las obligaciones allí previstas prevalecen sobre cualquier otro tratado.⁷

Por todas las razones anteriores, la obligación ineludible de los Estados miembros de Naciones Unidas de establecer un régimen respetuoso de los derechos humanos es además una norma imperativa de *ius cogens*. Se puede afirmar que esta obligación es imperativa e inderogable porque *i.* es interpretación directa de la “Constitución” de Naciones Unidas, *ii.* ningún tratado puede derogarla,⁸ *iii.* es reconocida como obligatoria por toda la comunidad internacional pues ningún Estado niega su obligatoriedad y, *iv.* es la fuente del desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos y está citada en el preámbulo de los tratados más relevantes de derechos humanos. No sobra recordar, además que en el caso de Barcelona Traction, la Corte Internacional de Justicia reconoció que la obligación de mantener un régimen respetuoso de los derechos humanos es norma imperativa de *ius cogens*.

No hay que perder de vista el carácter universal que quiso dar la Carta de Naciones Unidas y la Declaración Universal a los derechos humanos. Tal pretensión se puede afirmar por varias razones. En primer lugar, conceptualmente es uno de los rasgos definitorios de los derechos humanos. En segundo lugar, las Naciones Unidas fundamentan la cooperación internacional en el respeto de los derechos humanos. En tercer lugar, la Declaración de Derechos Humanos se tituló como *universal*, y no sólo como internacional.

Algo similar ocurre con la Declaración Americana sobre los Derechos y Deberes del Hombre. Como lo ha precisado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la obligatoriedad de tal declaración no deviene del alcance que originalmente le dieron los Estados al darle el carácter de “declaración”, sino del reconocimiento que ha alcanzado hasta la actualidad. Hoy en día



⁶ Sohn, Louis B. “The New International Law: Protection of the Rights of Individuals Rather than Status”. En: Rodríguez Pinzón, Diego; Martín, Claudia & Ojea Quintana, Tomás. *La dimensión internacional de los derechos humanos*. Banco Interamericano de Desarrollo, American University, Washington D.C., 1999, p. 32.

⁷ El artículo 30.1 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados reconoció este cierto carácter constitucional de la Carta de Naciones Unidas al disponer la primacía de las obligaciones contraídas en virtud de la Carta sobre cualesquier otra obligación.

⁸ Naciones Unidas, *Carta de las Naciones Unidas*, adoptada en San Francisco, el 26 de junio de 1945, artículo 103.

la Declaración Americana es reconocida como obligatoria en el marco del sistema interamericano. Como lo menciona la Corte Interamericana, la Declaración corresponde a una “*expresión regional*” de la corriente del derecho internacional actual en la que, por ejemplo “*la obligación de respetar ciertos derechos humanos esenciales es considerada hoy como una obligación erga omnes*” y el carácter *erga omnes* de tales obligaciones no deriva de la existencia de un tratado, sino del reconocimiento como obligatoria que ha alcanzado tal declaración.⁹

Esto implica que la universalidad de los derechos humanos es paralela y lleva a la imperatividad de los mismos, al menos en el marco de las Naciones Unidas. Las normas imperativas y los principios estructurales del Derecho Internacional de los Derechos Humanos son universales porque han sido aceptados como tales por la comunidad internacional de los Estados en su conjunto, y no admiten derogación por parte de pretendidas normas basadas en particularismos¹⁰ y en esos términos han sido aceptados, reconocidos y desarrollados por la mayoría de los ordenamientos constitucionales del mundo.

Así, de lo anterior se puede concluir que uno de los propósitos de las Naciones Unidas es el respeto a los derechos humanos y que el entendimiento común de los derechos humanos de Naciones Unidas está plasmado en la Declaración Universal de los Derechos Humanos. A pesar de que pueden existir discusiones sobre su fuente de obligatoriedad, y cuáles son sus alcances, al menos en lo que tiene que ver con las normas de derechos humanos que han sido reconocidas como normas imperativas de *ius cogens*, o que en lo sucesivo alcancen ese reconocimiento, estas no pueden ser derogadas por la voluntad de los Estados.

Aunque es claro que toda la Declaración Universal es obligatoria, la diferencia de sostener una u otra teoría sobre la fuente de su obligatoriedad podría igualmente generar consecuencias diferenciadas en su aplicación. Si es obligatoria por ser costumbre internacional admitiría acuerdo en contrario por un tratado; si toda la Declaración es *ius cogens* no podría ser derogada por la voluntad de los Estados; si la Declaración es obligatoria por contener principios de derecho internacional, debería ser guía de interpretación y creación



⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-10, 1989, *Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del hombre y del ciudadano en el marco del artículo 64 de la Convención Americana de Derechos Humanos*.

¹⁰ Al afirmar el universalismo de los derechos humanos no se está haciendo referencia al debate entre universalismo y relativismo cultural, por consiguiente no se está tomando partido por el universalismo. Sólo se está afirmando la realidad jurídica según la cual, los derechos humanos en el marco de Naciones Unidas son de carácter universal lo cual trae como consecuencia que, los países miembros de Naciones Unidas deben establecer un régimen respetuoso de los derechos humanos como obligación ineludible derivada de su pertenencia a la organización.

del derecho internacional, pero no sería claro que sus contenidos no puedan ser matizados o admitir mayor grado de ponderación en casos concretos.

De acuerdo con lo anterior, no existe fundamento jurídico para que un Estado pueda a la vez ser parte de Naciones Unidas y desconocer en su sistema jurídico interno –incluyendo su régimen normativo constitucional– un régimen de derechos humanos, tampoco podría establecer normas que vulneraran disposiciones imperativas de *ius cogens*.

2. EL CONTENIDO Y ALCANCE DE LA OBLIGACIÓN DE MANTENER UN RÉGIMEN RESPETUOSO DE LOS DERECHOS HUMANOS SE CONCRETA A TRAVÉS DE LAS NORMAS IMPERATIVAS DE IUS COGENS CON CONTENIDO DE DERECHOS HUMANOS

Ya se ha visto que la pertenencia a Naciones Unidas implica necesariamente la obligación de mantener un régimen respetuoso de los derechos humanos. Pues bien, además de la obligación general de reconocer y respetar los derechos reconocidos en la Declaración Universal de Derechos Humanos, esta obligación se concreta y cristaliza a través de normas imperativas de *ius cogens* que, en materia de derechos humanos, traducen jurídicamente un consenso superior al consenso que logre el poder constituyente en el nivel nacional. Se trata del consenso que reflejan las normas imperativas de *ius cogens* que, por definición son inderogables y ese carácter inderogable obliga incluso al poder constituyente de los Estados.

Para sustentar este planteamiento se expondrá el marco conceptual de las normas imperativas de *ius cogens*. La definición de las normas imperativas de derecho internacional o normas de *ius cogens* se encuentra en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, que estipula en su artículo 53:

Para los efectos de la presente Convención, una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter.

De conformidad con esa definición, una norma imperativa de *ius cogens* tiene varias características: *i.* es aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados como norma que no admite acuerdo en contrario y, *ii.* sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter.¹¹ A continuación se desarrollan algunos



¹¹ Brotóns, Antonio Remiro. *op. cit.*, p. 279.

puntos relevantes sobre el concepto de estas normas y sus características. En primer lugar, se mostrará que las normas de *ius cogens* son, por definición, oponibles a los Estados que no las hayan aceptado. En segundo lugar, se señalará que las normas de *ius cogens* son *erga omnes* e inderogables. En tercer lugar, se hará referencia a los efectos de las normas de *ius cogens*. Por último, se hará un repaso sobre las normas que aparentemente habrían alcanzado el reconocimiento de normas imperativas de *ius cogens*, particularmente en derechos humanos.

2.1. Por definición, las normas de *ius cogens* son oponibles a Estados que no las hayan aceptado

Las normas de *ius cogens* deben ser aceptadas y reconocidas por la comunidad internacional, pero no necesariamente por todos los Estados, ya que es de su esencia el ser oponible a los Estados que no la acaten. Para concluirlo es útil determinar el alcance de la calificación como “una norma aceptada y reconocida por la comunidad de Estados” y si tal calidad se debe verificar a través de un estándar cualitativo o cuantitativo.

En la discusión de la Convención de Viena se intentó la *proclamación* de algunas normas. No se triunfó debido a que las normas allí proclamadas garantizarían su supervivencia por largo tiempo con ese carácter. También se pensó que podría incurrirse en graves omisiones y en la petrificación de una materia esencialmente dinámica. Francia buscó una teoría *voluntarista*, según la cual, no podía una norma imperativa ser opuesta a un Estado que probara que no la había aceptado. Francia fracasó porque justamente el *ius cogens* es un límite a la voluntad de los Estados. Por eso se estipuló en el artículo 53 que son imperativas las normas aceptadas y reconocidas “por la comunidad internacional en su conjunto” como normas que no admiten acuerdo en contrario.¹²

Lo decisivo para la formación e identificación de una norma imperativa es la percepción de un hecho psicológico, una *opinio iuris cogentis* que se aprecia en función de un juicio de valor ampliamente compartido por los miembros de la sociedad internacional, aunque no necesariamente unánime, y que puede expresarse a través de los procesos ordinarios de formación de las normas generales, por ejemplo un tratado de vocación universal o una declaración de la Asamblea General de Naciones Unidas.

Una norma de *ius cogens* no puede ser determinada por un sólo Estado como tal. Lo que pasa es que la “comunidad internacional en su conjunto”



¹² Henkin, Louis *et al.* *International Law. Cases and materials*. 4th edition, American Casebook Series, West Publishing Co., Saint Paul, 2001, pp. 91-93.

no está debidamente institucionalizada, de manera que no es claro qué órgano tiene competencia para decidir según reglas de formación de voluntad de sus órganos las normas que son imperativas. Parece ser que lo relevante en el tema es que se trate de un consenso de los más numerosos y los más poderosos. Como lo reseñan algunos tratadistas, una “amplia mayoría” es suficiente; otros sostienen que se requeriría esa amplia mayoría incluyera estados “esenciales” o “muy importantes”.¹³

Algunas tendencias sostienen que la oposición a una norma propuesta por una parte o al menos por un elemento importante de la comunidad internacional impediría que se concretara la aspiración de que tal norma es de *ius cogens*.¹⁴

Sin embargo otros tratadistas señalan que es inherente a la definición de *ius cogens* que se trate de una norma oponible a Estados que no la han aceptado o no la quieren aceptar. De hecho, es evidente que ese es su verdadero alcance y, por explicarlo en términos coloquiales, es la gracia de las normas de *ius cogens*. Esto es, por definición, las normas escapan a la voluntad de los Estados, luego, el reconocimiento y aceptación del que habla la Convención de Viena no significa la aceptación de todos los países. Si así fuera, no sería necesaria la norma que le da competencia a la Corte Internacional de Justicia para resolver solicitudes de nulidad de tratados por vulneración de normas de *ius cogens*, pues si el hecho de que dos Estados no deseen reconocerla fuera suficiente para desvirtuarla, la norma sería derogable por la voluntad de los Estados y ese justamente es lo que no es una norma imperativa de derecho internacional.¹⁵ Por esa razón algunos tratadistas han señalado que es inherente a la concepción de normas imperativas de derecho internacional que éstas aplican contra Estados que no han aceptado la norma.¹⁶

Sobre el particular es de destacar el caso de la prohibición de la discriminación racial y del apartheid en Sudáfrica. Es generalmente aceptado que el apartheid era prohibido por una norma imperativa de *ius cogens*, a pesar de que Sudáfrica objetara reiteradamente esa regla y a pesar de que Sudáfrica era el Estado más claramente “importante”.



¹³ *Ibid.*, p. 92.

¹⁴ *Ibid.*, pp. 92-93.

¹⁵ Por ejemplo, durante la conferencia sobre la Convención del Derecho del Mar, una amplia mayoría de Estados declaró que existía una norma imperativa de derecho internacional consuetudinario consistente en que las aguas internacionales son un patrimonio que no puede ser abierto a explotación de Estados individuales, excepto cuando es aceptado por una norma de la convención. El hecho de que los Estados industrializados, incluyendo los Estados Unidos, se opusieran a esa propuesta no fue óbice para negar el nuevo principio. Un esfuerzo similar ha sido también hecho en los cuerpos de Naciones Unidas para establecer el principio de “soberanía permanente sobre los recursos” como norma de *ius cogens*, a pesar de la oposición de considerable cantidad de estados industrializados. Ver: *Ibid.*

¹⁶ *Ibid.*

2.2. Las obligaciones surgidas en virtud de normas imperativas de *ius cogens* son *erga omnes* y de carácter inderogable

Las obligaciones que surgen de normas de *ius cogens* tienen carácter *erga omnes*; esto es, no son obligaciones surgidas por el hecho de hacer parte de un tratado, sino que son obligaciones de todos los Estados para con la comunidad internacional en su conjunto.¹⁷ Así, generan obligaciones para los Estados desde el momento en que surgen como normas de *ius cogens*. Si un tribunal internacional debe examinar un conflicto a la luz de una norma imperativa de *ius cogens*, puede examinar la responsabilidad de las partes desde que la norma es reconocida como tal y no sólo desde que los Estados han reconocido su existencia. Así lo estableció la Corte Internacional de Justicia en el asunto de la Convención contra el Genocidio.¹⁸

Además, ningún acto contrario a normas imperativas de *ius cogens* puede ser legitimado por consentimiento o reconocimiento; no es necesaria ninguna protesta para preservar los derechos afectados por un acto violatorio de *ius cogens*; tampoco se puede ejercer un acto violatorio de *ius cogens* justificado como una represalia contra un acto ilegal previo; ninguna regla de derecho consuetudinario internacional que entre en conflicto con una norma de *ius cogens* continúa existiendo a menos que tenga igual carácter. Por esa razón se generan los efectos señalados en los artículos 53, 64 y 71 de la Convención de Viena sobre los Tratados.

2.3. Efectos de normas de *ius cogens*

De acuerdo con la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, son varios los efectos de la aplicación de las normas de *ius cogens*. En primer lugar, genera la nulidad de todo tratado que, en el momento de su celebración esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general. De conformidad con eso, se deberá *i.* eliminar en lo posible las consecuencias de todo acto que se haya ejecutado con fundamento en



¹⁷ Así ha sido establecido por la Corte Internacional de Justicia en varios casos, a saber: Barcelona Traction, Timor Oriental y Convención contra el genocidio. Igualmente, así ha sido señalado por el Tribunal Penal de la Ex-Yugoslavia en la sentencia del caso vs. A. Furundzija de diciembre 12 de 1998.

¹⁸ La Corte Internacional de Justicia nunca se ha tenido que pronunciar directamente sobre el concepto de *ius cogens*, en la medida en que nunca ha surgido un diferendo puesto a su consideración de conformidad con el artículo 66.a de la Convención de Viena. Tal artículo dispone la competencia de la Corte para resolver a solicitud de las partes los diferendos surgidos cuando un Estado notifica su decisión de retirarse de un tratado por existir nulidad, otro Estado objeta tal solicitud y en los doce meses siguientes no se llega a un acuerdo. Sin embargo la CIJ ha hecho referencia al concepto en algunos casos, principalmente para reconocer normas que tienen tal carácter.

normas contrarias a la norma imperativa y *ii.* ajustar las relaciones entre los Estados a la norma imperativa de derecho internacional.¹⁹

En segundo lugar, genera la nulidad y terminación de tratados existentes que resulten contrarios a una norma nueva de *ius cogens*. En consecuencia, se exige a las partes de toda obligación de seguir cumpliendo el tratado aunque no afecta ningún derecho, obligación o situación jurídica de las partes creados por la ejecución del tratado antes de su terminación, a menos que su mantenimiento, en sí mismo, esté en oposición con la nueva norma de *ius cogens*.²⁰

2.4. Normas que han alcanzado el reconocimiento de normas imperativas de *ius cogens* y particularidades de estas normas en materia de derechos humanos

A continuación se presentarán algunos ejemplos de postulados reconocidos como normas de *ius cogens*. No se trata de agotar acá la discusión sobre un tema esencialmente dinámico, sencillamente se trata de ilustrar con asuntos concretos el tema de las normas de *ius cogens* que a continuación se enumeran.

La Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas consideró que la disposición de la Carta de Naciones Unidas que prohíbe el uso de la fuerza es un ejemplo evidente de ese tipo de normas.²¹ Aunque no se incluyeron ejemplos de estas normas en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, la Comisión recordó que en ese contexto se entienden como ejemplos de esas normas la prohibición de crímenes internacionales, de actos como la esclavitud, la piratería y el genocidio, en cuya supresión todo Estado debe cooperar; la observancia de los derechos humanos, la equidad de los Estados y el principio de autodeterminación. En todo caso, un completo contenido del *ius cogens* debe ser determinado en la práctica de los Estados y en la jurisprudencia de los tribunales internacionales.²²

Existe también consenso de la gran mayoría de los Estados de reconocimiento de los principios fundamentales de la Carta de Naciones Unidas desarrollados por la Declaración relativa a los principios de Derecho Interna-



¹⁹ Naciones Unidas. *Convención de Viena Sobre el Derecho de los Tratados*, suscrita en Viena el 23 de mayo de 1969 y vigente desde el 23 de enero de 1980, artículos 53 y 71.1.

²⁰ Naciones Unidas. *Convención de Viena Sobre el Derecho de los Tratados*, suscrita en Viena el 23 de mayo de 1969 y vigente desde el 23 de enero de 1980, artículos 64 y 71.2.

²¹ La Corte Internacional de Justicia ha dicho que la prohibición del empleo de la fuerza y el principio de no intervención está reconocida al menos en el plano de derecho internacional consuetudinario. La Corte Internacional de Justicia ha considerado que hay una costumbre internacional “*como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho*” (art. 38 del Estatuto de la Corte).

²² Sohn, Louis B. *op. cit.*, p. 92.

cional referentes a las relaciones de amistad y la cooperación de los Estados de conformidad con la Carta. La declaración no las llama normas imperativas, pero sí consensos “básicos”, califica algunos principios de “esenciales”, a otros de “indispensables”, a algunos de “importante contribución”. Esos principios básicos son los que señalan que *i*. Los Estados se abstendrán de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado; *ii*. Los Estados arreglarán sus controversias internacionales por medios pacíficos de manera que no se pongan en peligro la paz, la seguridad internacional, ni la justicia; *iii*. Los Estados no han de intervenir en los asuntos que son de la jurisdicción interna de los otros; *iv*. Los Estados están obligados a cooperar entre sí, de conformidad con la Carta; *v*. Los pueblos son iguales en derechos y tienen el derecho a la libre determinación; *vi*. Los Estados gozan de igualdad soberana; *vii*. Los Estados han de cumplir de buena fe las obligaciones contraídas por ellos de conformidad con la Carta.²³

La CIJ señaló que para determinar la existencia de una norma de este carácter debe haber un elemento subjetivo.²⁴ En el caso de Timor Oriental, la Corte Internacional de Justicia encontró que el derecho de los pueblos a la libre determinación era una norma de *ius cogens*.²⁵

Teniendo en cuenta que el objeto principal de este trabajo es examinar las limitaciones en materia de derechos humanos, a continuación se hará un listado de las normas que en materia de derechos humanos y derecho internacional humanitario gozan en este momento de aceptación como normas imperativas de *ius cogens*:

- Cláusula Martens y, en general, normas de derecho internacional humanitario aplicables a conflictos armados que constituyen “principios elementales de humanidad”.²⁶
- El artículo 3 común a los Convenios de Ginebra,²⁷ así como en general la prohibición de violaciones graves a los Convenios de Ginebra como las establecidas en el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra. Este reconocimiento incluye la consecuencia de poder perseguir penalmente



²³ Brotóns, Antonio Remiro. *op.cit.*

²⁴ Corte Internacional de Justicia. *Caso de apoyo de Estados Unidos a paramilitares en Nicaragua, Nicaragua vs. USA*, 27 de junio de 1986.

²⁵ Corte Internacional de Justicia. *Timor Oriental de Portugal contra Australia*, 30 de junio de 1995.

²⁶ Corte Internacional de Justicia. *Caso de apoyo de Estados Unidos a paramilitares en Nicaragua, Nicaragua vs. USA*; Corte Internacional de Justicia. *Opinión consultiva sobre el uso y la amenaza de uso de armas nucleares*, 8 de julio de 1996; Chetail, Vencent. “La contribución de la Corte Internacional de Justicia al derecho internacional humanitario”. En: *Revista Internacional de la Cruz Roja*, No. 850. Comité Internacional de la Cruz Roja, Ginebra, junio 30 de 2003.

²⁷ Corte Internacional de Justicia. *Caso de apoyo de Estados Unidos a paramilitares en Nicaragua, Nicaragua vs. USA*, sentencia de 27 de junio de 1986.

a la persona responsable sin vulneración del principio de *nullum crimen sine lege*.²⁸

- La prohibición de los actos de agresión y la protección de los derechos fundamentales de la persona, en particular frente a la esclavitud y la discriminación racial.²⁹
- La prohibición de los crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad que supone la investigación, juzgamiento y sanción de los responsables.³⁰ La prohibición del genocidio³¹ y de la tortura incluyendo su responsabilidad penal individual.³²

Tratándose de crímenes cuya prohibición tiene el carácter de *ius cogens*, jurisdiccionalmente se ha determinado que estos pueden ser perseguidos penalmente sin vulneración del principio de *nullum crimen sine lege* siempre y cuando sean violaciones del derecho internacional humanitario, la regla tenga carácter consuetudinario, las violaciones sean graves, esto es, debe constituir una infracción grave a las reglas que protegen valores importantes, y dicha regla debe acarrear graves consecuencias para la víctima. Además, la violación de la regla debe entrañar, en los términos del derecho internacional humanitario o convencional, la responsabilidad de su autor.³³

- El estatus de *ius cogens* de la prohibición de estos crímenes implica que no se pueden aplicar reglas de prescripción, ni leyes de amnistía.³⁴ Al referirse a la prohibición de la tortura, el Tribunal Penal para la Ex-Yugoslavia señaló que el hecho de que tal prohibición tuviera el carácter de *ius cogens* implicaba que *i.* no puede ser derogada por costumbre local; *ii.* a nivel interestatal implica que internacionalmente no tiene legitimidad ninguna medida legislativa, administrativa o judicial autorizando la tortura; *iii.* cualquier medida disminuyendo tal prohibición será nula desde el inicio y será inadmisibles cualquier medida nacional autorizando o dando am-



²⁸ Tribunal Penal para la Ex-Yugoslavia. *Caso Dusko Tadic alias "Dule"*, 7 de mayo de 1997.

²⁹ Corte Internacional de Justicia. *Barcelona Traction, Bélgica vs. España*, 5 de febrero de 1970.

³⁰ Corte Internacional de Justicia. *Bélgica vs. Congo*, febrero 14 de 2002; Tribunal Penal para la Ex-Yugoslavia. *Caso Kupresik*, 14 de enero de 2000.

³¹ Corte Internacional de Justicia. *Barcelona Traction, Bélgica vs. España*, 5 de febrero de 1970.

³² Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-18. *La Condición Jurídica y los derechos de los migrantes indocumentados*, 17 de septiembre de 2003; Corte Interamericana de Derechos Humanos, voto concurrente de Cancado Trindade. *Caso Maritza Urrutia vs. Guatemala*, 27 de noviembre de 2003; Tribunal Penal de la Ex-Yugoslavia. *Caso A. Furundzija*, diciembre 12 de 1998; Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, Observación General 24. "Cuestiones relacionadas con las reservas formuladas con ocasión de la ratificación del Pacto o de sus Protocolos Facultativos, o de la adhesión a ellos, o en relación con las declaraciones hechas de conformidad con el artículo 41 del Pacto", 4 de noviembre de 1994; Corte Internacional de Justicia. *Bélgica vs. Congo*, febrero 14 de 2002.

³³ Tribunal Penal para la Ex-Yugoslavia. *Caso Dusko Tadic alias "Dule"*, 7 de mayo de 1997.

³⁴ Corte Internacional de Justicia. *Bélgica vs. Congo*, febrero 14 de 2002.

nistía a la tortura; iv. todos los Estados tienen titularidad para investigar, perseguir y sancionar o extraditar personas acusadas de tortura –jurisdicción universal–; y v. no se puede aplicar ninguna norma de prescripción o prohibición de extradición.³⁵

- El principio de igualdad y no discriminación.³⁶
- Los derechos fundamentales que constituyen un “núcleo duro” inderogable que se identifica con las normas que no deben ser derogadas en ninguna circunstancia.³⁷ Entre los derechos inderogables se encuentran no sólo los derechos reconocidos como inderogables en el artículo 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos sino además otros como actos que violan el derecho humanitario o normas imperativas de derecho internacional, por ejemplo, la toma de rehenes, la imposición de castigos colectivos, la privación arbitraria de la libertad o la inobservancia de los principios fundamentales de juicio imparcial, en particular la presunción de inocencia. Por lo mismo, el artículo 4 del Pacto no justifica la comisión de crímenes contra la humanidad, tal como se han definido en los artículos 6 y 7 del Estatuto de Roma. Tampoco pueden ser objeto de suspensión el derecho de toda persona privada de la libertad a ser tratada humanamente, la prohibición del secuestro o detención no reconocida de personas; la protección de personas pertenecientes a minorías contra el genocidio; la libertad de movimiento para justificar actos de deportación, traslado forzoso de la población o desplazamiento forzado de la misma, que constituyen crímenes de lesa humanidad; o la suspensión del artículo 20 del Pacto para cometer actos de propaganda a favor de la guerra o apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia.³⁸ El *habeas corpus*, así lo ha dicho la Corte Interamericana de Derechos Humanos que además ha señalado que las garantías judiciales indispensables para proteger los derechos y libertades tampoco pueden suspenderse durante estados de excepción.³⁹



³⁵ Tribunal Penal de la Ex-Yugoslavia. Caso A. *Furundzija*, diciembre 12 de 1998.

³⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Opinión Consultiva OC-18, La Condición Jurídica y los derechos de los migrantes indocumentados*, 17 de septiembre de 2003.

³⁷ Naciones Unidas. *Pacto Internacional de Derechos Políticos y Civiles*, adoptado el 16 de diciembre de 1966, entrado en vigor el 23 de marzo de 1976, artículo 4; Organización de Estados Americanos. *Convención Americana sobre Derechos Humanos “Pacto de San José”*, entrado en vigor el 18 de julio de 1978, artículo 27.

³⁸ Comité de Derechos Humanos. *Observación General 29 sobre el artículo 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. “Estados de excepción y suspensión de derechos”*, 2001.

³⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Opinión Consultiva OC- 8. El Habeas Corpus bajo suspensión de garantías (artículos 27.2, 25.1 y 7.6 - Convención americana sobre Derechos Humanos)*, 1987.

- La prohibición de la pena de muerte para niños y niñas.⁴⁰
- El derecho a un recurso efectivo ante la violación de cualquier derecho reconocido en el PIDCP constituye una obligación inherente del Pacto que tampoco puede ser suspendida, incluye el derecho a un juicio imparcial, el acceso a tribunales –*hábeas corpus*–, la presunción de inocencia.⁴¹

Este listado no es exhaustivo, ni pretende ser concluyente sobre los estándares de *ius cogens* en materia de derechos humanos. Se presenta con ánimo ilustrativo, pero su determinación dependería de un estudio más a fondo y, particularmente, de decisiones judiciales que así lo reconozcan y lo apliquen en casos concretos.

No sobra mencionar además que las el incumplimiento de obligaciones de derechos humanos se produce, no sólo frente a otros Estados, sino también frente a individuos, además del carácter *erga omnes* de las normas de *ius cogens* frente a toda la comunidad internacional. En consecuencia, la “legitimidad activa” para exigir el respeto de normas de *ius cogens* que tengan carácter de normas de derechos humanos no se encuentra únicamente en los otros Estados, sino también en los individuos.⁴²

2.5. Retos para la exigibilidad de los límites al poder constituyente

Ya se han señalado, en el capítulo anterior, las razones que permiten sustentar la obligatoriedad para los Estados miembros de Naciones Unidas de mantener un régimen respetuoso de los derechos humanos. De allí se puede deducir que no puede un Estado tener un régimen que desconozca los derechos humanos. El hecho de que la norma que implantara un régimen que desconozca los derechos humanos hubiere sido expedida por el constituyente primario, parece irrelevante. Máximo si se tiene en cuenta que las obligaciones en materia de derechos humanos se generan no sólo respecto de otros Estados –responsabilidad internacional del Estado–, sino esencialmente respecto de las personas.



⁴⁰ Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Caso 9647*. Estados Unidos, Resolución No. 3 de 1987; Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1988*. Doc. OEA/Ser.L/V/II.71/, Doc. 9, rev. 1, 22 de septiembre de 1987.

⁴¹ Comité de los Derechos Humanos. *Observación General No. 29 sobre el artículo 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: Estados de Excepción y suspensión de derechos*, 2001.

⁴² Corte Internacional de Justicia. *Caso concerniente a la aplicación de la Convención sobre la prevención y Castigo del crimen de genocidio, Bosnia Herzegovina vs. Yugoslavia*, 1996; Comisión Europea de Derechos Humanos. *Caso No. 788/60 Austria c. Italia*, 1961. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-2/82. *El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, Serie A No. 2, 1982; Corte Europea de Derechos Humanos. *Caso de Irlanda c. Reino Unido*. Juicio de 18 de enero de 1978, No. 91, 1978.

No obstante, en la práctica, existen problemas para la exigibilidad del cumplimiento de las normas cuando estas no han sido reconocidas constitucionalmente.

La tratadista Rigaux estudió el tema de los eventuales límites materiales a la función constituyente y, entre ellos, los límites derivados del Derecho Internacional, en particular, de las normas imperativas de *ius cogens*. Allí sostiene que la soberanía de los Estados miembros de Naciones Unidas se ve limitada por los objetivos esenciales de la organización necesarios para el mantenimiento de la paz y la seguridad internacional,⁴³ entre ellas, la prevención y represión de actos de agresión, el respeto del principio de la autodeterminación de los pueblos, la realización de una cooperación internacional económica, social e intelectual, el respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales.

Sin embargo, la tratadista señala que “la complejidad de las relaciones diplomáticas, la amplitud y vaguedad de esas aspiraciones, la ausencia de sanciones practicables y eficaces disminuyen el impacto de esas disposiciones constitutivas sobre el derecho interno de los Estados miembros”.⁴⁴ Además, sostiene la doctrinante, la regla básica de derecho internacional consistente en la no injerencia en los asuntos internos de los Estados, contemplada en el artículo 7 de la Carta de Naciones Unidas, ha llevado a que se deriven reglas que impedirían que estos límites impuestos por la misma Carta sean oponibles a los Estados. En particular, la interpretación que sostiene la regla de la no injerencia de organismos internacionales en asuntos de los Estados, y la no injerencia de particulares en asuntos bilaterales de Estados. Estas interpretaciones se traducen, desde el punto de vista del Derecho Estatal, en la autonomía constitucional del Estado.

No obstante, anota la autora, que en Naciones Unidas se sostiene una regla de legitimidad colectiva, según la cual las Naciones Unidas no reconocen, por ejemplo, actos de agresión, o de violación del derecho a la autodeterminación. Esa práctica le podría poner límite a la interpretación de la autonomía constitucional del Estado.⁴⁵

El asunto del incumplimiento por parte de los Estados de normas imperativas de *ius cogens*, pone en evidencia la tensión entre soberanía y derechos humanos que implicaría, sin lugar a dudas, la fuerza normativa de normas internacionales que limitan la soberanía de cada Estado, incluso las facultades del cuerpo democrático básico nacional: el poder constituyente. Sobre este asunto el profesor Carrillo Salcedo sostiene:



⁴³ Naciones Unidas. *Carta de las Naciones Unidas*, artículo 1, párrafo 1.

⁴⁴ Rigaux, Marie-Francoise. *op. cit.*, p. 177.

⁴⁵ Rigaux, Marie-Francoise. *op. cit.*, p. 183.

Sin embargo, la soberanía de los Estados, principio constitucional del orden internacional, no ha sido desplazada ni por el desarrollo del fenómeno de Organización Internacional ni por los derechos humanos en tanto que nuevo principio constitucional del Derecho Internacional, aunque sí erosionada y relativizada. Soberanía de los Estados y derechos humanos son por ello dos principios constitucionales del Derecho Internacional contemporáneo, que coexisten y se interaccionan recíprocamente en una tensión dialéctica cuya consideración es indispensable para comprender la complejidad de las contradicciones intrínsecas del derecho internacional de los derechos humanos en la fase actual de su evolución histórica.

(...)

En lo que concierne a la promoción y protección de los derechos humanos hemos pasado, en efecto del principio tradicional de no intervención en los asuntos internos de los Estados al principio opuesto del deber de injerencia de la comunidad internacional respecto de las situaciones de violaciones graves y masivas de derechos humanos o, al menos, al derecho de todos los seres humanos que sufran la violación sistemática y grave de sus derechos fundamentales a la injerencia humanitaria por parte de la comunidad internacional, en las situaciones en que un Estado viole gravemente la obligación *omnium y erga omnes* de respetar los derechos fundamentales de toda persona que se encuentre bajo su jurisdicción, incluidos sus nacionales.⁴⁶

Ahora bien, aunque parece evidente la obligatoriedad de la norma de mantener un régimen respetuoso de los derechos humanos, existe un reto sobre la exigibilidad de misma, ya sea derivada de los débiles mecanismos de sanción, o ya sea de la norma de no injerencia en los asuntos internos del Estado, que se traduce en la autonomía constitucional del mismo, desde la perspectiva del derecho constitucional.

No es objeto de este trabajo dar respuesta a fondo sobre las dificultades para la exigibilidad de la norma imperativa de *ius cogens* que impone límites de derechos humanos al poder constituyente. En este capítulo, se planteará el problema cuyo análisis a fondo debe ser objeto de desarrollo en trabajos posteriores. Para tal fin, se expondrán primeramente los mecanismos de exigibilidad cuando un tratado vulnera una norma imperativa de *ius cogens*. En segundo lugar, se presentarán las preguntas relacionadas con los mecanismos de exigibilidad cuando una norma constitucional vulnera una norma imperativa de *ius cogens*. En tercer y último, se presentarán las teorías sobre relaciones entre derecho internacional y derecho interno: monismo, dualismo y reticularidad. En cuarto y último lugar, se mencionarán algunas posibilidades concretas de exigibilidad.



⁴⁶ Carrillo Salcedo, Juan Antonio. *Soberanía de los Estados y derechos humanos en el derecho internacional*. Editorial Tecnos, Madrid, 1995, p. 135.

2.5.1. Mecanismos de exigibilidad cuando un tratado vulnera una norma imperativa de *ius cogens*

Se plantea la pregunta de si las normas imperativas de *ius cogens* son obligatorias. La respuesta ineludible es que sí. La fuente de su obligatoriedad es la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Dicha Convención ha sido ratificada por los Estados conforme a los procedimientos previstos en la misma Convención, en el Derecho Internacional, y en el derecho interno de cada Estado. Es decir, se ha seguido el procedimiento necesario para que este tratado sea obligatorio. Una de las consecuencias de este tratado ha sido la de señalar la existencia de una nueva fuente de derecho internacional, cual es las normas imperativas de *ius cogens*.

En segundo lugar, se plantea la pregunta de cuál es la consecuencia normativa o sanción de la vulneración de dichas normas. La sanción prevista por la misma Convención de Viena es la nulidad de los tratados que la vulneren.

En tercer lugar, se plantea cuál es el mecanismo de exigibilidad sobre el cumplimiento de la norma imperativa de *ius cogens*. El mecanismo previsto por la Convención de Viena está regulado por el artículo 65 que contempla, en primer lugar, un mecanismo directo entre los Estados que han suscrito un tratado. Si éste fracasa, la Convención remite a los mecanismos a los que hace referencia el artículo 33 de la Carta de Naciones Unidas, que señala:

1. Las partes en una controversia cuya continuación sea susceptible de poner en peligro el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales tratarán de buscarle solución, ante todo, mediante la negociación, la investigación, la mediación, la conciliación, el arbitraje, el arreglo judicial, el recurso a organismos o acuerdos regionales u otros medios pacíficos de su elección. El Consejo de Seguridad, si lo estimare necesario, instará a las partes a que arreglen sus controversias por dichos medios.

Hasta aquí, resulta relativamente fácil resolver el problema sobre la obligatoriedad y exigibilidad de las normas imperativas de *ius cogens*, dado que la Convención de Viena prevé los mecanismos para hacerlas exigibles, por lo menos en relación con tratados internacionales que las vulneren.

2.5.2. Mecanismos de exigibilidad cuando una norma constitucional expedida por el poder constituyente vulnera una norma imperativa de *ius cogens*

Ahora bien, a lo largo de este capítulo se ha mostrado cómo, la obligación de mantener un régimen respetuoso de los derechos humanos se deriva no sólo de la norma de *ius cogens* que así lo dispone, sino también, de la pertenencia a la Organización de las Naciones Unidas. Es decir, la norma de *ius*

cogens cristaliza una intención plasmada en la Carta de Naciones Unidas, desarrollada en la Declaración Universal de los Derechos Humanos y consolidada con el desarrollo del Derecho Internacional.

La pregunta es, ¿cómo hacer exigible dicha norma obligatoria cuando su vulneración no proviene de un tratado internacional sino sencillamente del pronunciamiento del poder constituyente?

En el orden interno las cortes nacionales argumentan que se trata de actos ilícitos en el orden internacional, pero no en el orden nacional. Tratándose de una norma interna de rango constitucional las facultades de anulación de esa norma estarán limitadas también por la competencia de los tribunales que están sometidos a la supremacía constitucional y por consiguiente, tendrán –en principio– que defender la obligatoriedad de la norma constitucional o incluso una norma de rango legal aún si esta es violatoria del *ius cogens*.

Así ocurrió, por ejemplo, en el caso de Estados Unidos de mexicanos detenidos forzosamente sin protección internacional y en el asunto de balseros haitianos devueltos. En esos asuntos se presentaban violaciones al derecho internacional y la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos no asumió la competencia por no ser violación de normas internas.⁴⁷

Sobre la facultad de las cortes e instancias internacionales para aplicar las normas de *ius cogens* no existe duda alguna. Sin embargo, en el Derecho Internacional, la competencia de los órganos internacionales de protección en relación con la vulneración del derecho internacional a través de medidas legislativas, se encuentra circunscrita a aquellas situaciones en que la norma haya producido un daño en un caso específico. Así, un tribunal internacional no tiene facultad para pronunciarse sobre la nulidad o no de la norma, sino sobre la vulneración a derechos producida por ella.⁴⁸

Revisemos por ejemplo, el caso de la ley 15848 del Uruguay que estableció la caducidad de la pretensión punitiva del Estado en casos de delitos cometidos por agentes estatales antes del régimen democrático. A través de dicha ley se concedió impunidad para todos los delitos cometidos por agentes estatales durante la dictadura, incluyendo violaciones a los derechos humanos. La ley fue aprobada por referendo.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos se pronunció sobre la ley 15848 de Uruguay y declaró que era incompatible con las obligaciones del Estado uruguayo bajo la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Sobre el conflicto de las decisiones mayoritarias de un país y la



⁴⁷ Brotóns, Antonio Remiro. *op. cit.*, pp. 33-34.

⁴⁸ Rigaux, Marie-Francoise. *op. cit.*, pp. 302-305.

violación de estas de normas de derechos humanos la Comisión no hizo mayor análisis y señaló:

31. Con respecto a la legitimidad interna y la “aprobación de la Ley de Caducidad por la vía de un referendium popular”, cabe observarse que a la Comisión no le compete pronunciarse sobre la legalidad o constitucionalidad internas de las legislaciones nacionales. Sin embargo, sí es de su competencia la aplicación de la Convención y el examen de los efectos jurídicos de una medida legislativa, judicial o de otro carácter, en tanto en cuanto surta efectos incompatibles con los derechos y garantías consagrados por la Convención o la Declaración Americana.⁴⁹

Así, confirmando lo visto en el capítulo que antecede, resulta irrelevante la forma de toma de decisiones –incluso ampliamente mayoritarias–, pues si son violatorias del derecho internacional, constituyen una vulneración del derecho internacional y el Estado es responsable. Sin embargo, esta conclusión, aunque adecuada y necesaria, es altamente insuficiente a la luz de la protección efectiva de los derechos humanos y de la eficacia misma de las normas de *ius cogens* pues su respeto sigue dependiendo de la voluntad graciosa del Estado. El órgano internacional puede llamar la atención, en incluso declarar la responsabilidad internacional del Estado por los daños ocasionados por la expedición de una norma, incluso constitucional, violatoria de una norma de *ius cogens*. Sin embargo, la nulidad de la norma o su derogación sólo puede ser declarada por un tribunal nacional.

Supongamos que por tratarse de delitos de lesa humanidad, la expedición de esa ley y su refrendación por el referendo popular vulneran la norma imperativa de *ius cogens* que prohíbe los crímenes de lesa humanidad y, consiguientemente, las normas que conceda impunidad a los responsables⁵⁰. En ese caso la responsabilidad internacional del Estado subsiste, independientemente de la fuente de la violación a la norma internacional. Sin embargo, en la práctica, no hay forma de hacer valer la norma de *ius cogens* en el orden interno.

Lo anterior se debe a dos circunstancias. La primera, que se presenta en el orden internacional, es que surge un problema de exigibilidad. En principio, no hay forma adicional desde la perspectiva del derecho internacional de hacer exigible la responsabilidad internacional del Estado.

La segunda se presenta en el orden nacional. El régimen constitucional interno no suele contener herramientas suficientes para que las normas



⁴⁹ Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Informe No. 29/92 respecto a los casos 10.029, 10.036, 10.145, 10.305, 10.372, 10.373, 10.374 y 10.275 contra el Estado de Uruguay*, 1993.

⁵⁰ Aquí se rebasan los límites del ejemplo, aunque puede que en la realidad coincidan los factores que se añaden. Se agregan los elementos de dar por supuesta la vulneración a la norma de *ius cogens* y enmarcar la discusión en el ámbito de Naciones Unidas –no del sistema interamericano–. Lo anterior se hace para ilustrar la problemática de una manera didáctica.

imperativas de *ius cogens* puedan ser efectivamente respetadas con todas sus características, esto es, como normas de carácter inderogable. Aparentemente, y desde la perspectiva del derecho interno, se ha presentado la *derogatoria* de una norma *inderogable* de derecho internacional, debido a la manifestación del poder soberano radicado en el pueblo.

Podemos así concluir que desde la perspectiva internacional hay un problema de exigibilidad. Incluso, para poder superar el problema de exigibilidad es también necesario solventar la contradicción que se genera en la circunstancia de orden nacional.

2.5.3. ¿Monismo, dualismo o reticularidad?

En esta problemática subyace la clásica discusión del derecho internacional entre monismo y dualismo. De acuerdo con el dualismo, el derecho internacional y el derecho interno son dos ordenamientos separados que, si no existe una norma jurídica interna que reconozca el derecho internacional, éste ordenamiento no tiene validez en el régimen jurídico interno. Por su parte, de acuerdo al monismo, la interconexión entre el sistema jurídico interno y el internacional es tal que se presenta una incorporación automática y una aplicación directa del derecho internacional en el régimen interno.⁵¹

Triepel, fundador de la tesis del dualismo, explicaba esta relación entre los dos ordenamientos comparando el derecho internacional con un mariscal de campo que puede dar órdenes a los generales pero no a los soldados. Así, los individuos no podían ser destinatarios de las normas del derecho internacional, pues sólo lo eran los Estados con respecto a otros Estados. Para que los individuos se pudiesen beneficiar u obligar por normas internacionales, debería existir una norma de derecho interno que así lo determinara.⁵²

Tal teoría es insuficiente a la luz del derecho internacional contemporáneo y a la luz de los argumentos que se han venido planteando. Eso se debe a dos razones. En primer lugar, como ya se vio, las obligaciones surgidas del derecho internacional de los derechos humanos no se adquieren exclusivamente frente a los otros Estados, sino particularmente frente a los individuos. Esto es, cuando un Estado a nivel internacional asume una obligación de derechos humanos los titulares del derecho correlativo que surge de tal obligación son las personas mismas, de manera que las personas individuales



⁵¹ Existen dos tendencias dentro de las teorías monistas. En primer lugar, aquellas que dan primacía al derecho internacional sobre el derecho nacional; y, en segundo lugar, las que dan primacía al derecho nacional sobre el internacional.

⁵² Jiménez de Aréchega, Eduardo. "La Convención Interamericana de Derechos Humanos como Derecho Interno". En: *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, No. 7. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José de Costa Rica, 1988, pp. 25-40.

pueden jurídicamente exigir su cumplimiento, independientemente de la relación de cumplimiento con los otros Estados. Por ponerlo en los términos de Triepel, si el general se comprometió ante el mariscal a que sus soldados no matarían y sus soldados matan, los familiares de la persona asesinada pueden exigir la responsabilidad del general, a pesar de que este “arregle cuentas” con el mariscal. Esto es, la obligación subsiste respecto de las personas afectadas por el incumplimiento.

En segundo lugar, esa teoría también es insuficiente tratándose de obligaciones estipuladas en normas de carácter de *ius cogens*, pues entender la problemática del cumplimiento de las normas de *ius cogens* únicamente como un asunto de responsabilidad internacional, llevaría a la contradictoria conclusión de que el *ius cogens* es imperativo e inderogable, siempre que sea reconocido como tal por los poderes democráticos de ese Estado y, como ya se vio, es de la esencia de las normas de *ius cogens*, que pueda ser oponible a Estados que no las reconocen –como ocurrió en Sudáfrica respecto del *apartheid*–.

Como lo menciona Brotóns, el debate entre monismo y dualismo supera con mucho la esfera propiamente académica. En realidad, menciona, la asunción de cualquiera de estos criterios “*por los Derechos estatales favorece o perjudica las expectativas de paz, seguridad y justicia internacionales*”. Justo por razones paz, seguridad y justicia internacionales, es necesario entrar a enfrentar el problema de la exigibilidad de las normas de derecho internacional de los derechos humanos.

Brotóns utiliza dos criterios para evaluar los derechos internos en su relación con el derecho internacional, sin embargo, para efectos de este trabajo el análisis se centrará en el primero de ellos⁵³ que es el denominado “*internacionalismo de la acción del Estado*”. Este aspecto “*supone la asunción de los principios fundamentales del derecho internacional y adecuada protección en el orden interno*”. No se trata simplemente de, como lo dice el profesor español, recordar lo obvio, es decir, que los Estados deben cumplir sus obligaciones internacionales. La cuestión tiene que ver, sobre todo, con “*arbitrar los instrumentos técnico-jurídicos internos para que así sea*”. En el marco de esta postura internacionalista señala que existe una vertiente denominada *internacionalismo extremo*, que es por ejemplo la encarnada en la Constitución de Bosnia



⁵³ El segundo criterio de evaluación es el “*carácter democrático de la acción exterior del Estado*”. Según Brotóns, un país cuya soberanía se dice popular, debe romper con la clásica prerrogativa del ejecutivo para manejar como le parezca –sin controles– la acción exterior del Estado. En palabras del autor “*no hay razón que justifique la impermeabilidad de la dimensión exterior de la acción del Estado, cuya dirección y gestión compete al Gobierno*”. Tal criterio es desechado para este trabajo en la medida en que se pretende centrar en la tensión que surge entre normas de derecho internacional imperativo y decisiones del poder constituyente primario, esto es, fundadas en la soberanía popular.

y Herzegovina de 1995 que “expresa el desgarramiento de quienes han padecido mortalmente en su tejido social la violación de los principios y normas cuyo respeto se convierte ahora en la única oportunidad de supervivencia como Estado”.

Las limitaciones de estas dos tendencias de entendimiento de las relaciones entre derecho interno y derecho internacional –monismo y dualismo–, son también señaladas por la tratadista RIGAUX, quien ha planteado la teoría de la *reticularidad*. Esta tesis parte de tres consideraciones básicas: *i*. El Estado no ocupa sólo un espacio jurídico; *ii*. El orden jurídico estatal no es el maestro absoluto de su espacio; y, *iii*. El orden jurídico estatal está abierto finalmente, a órdenes normativos no jurídicos. Así, para la autora, la reticularidad consiste en que, “más que haber una coexistencia de diversos sistemas, lo que hay es una red de combinaciones normativas que nos lleva a la hipótesis del pluralismo normativo y no solamente jurídico”.⁵⁴

De acuerdo a esta teoría, el Derecho Internacional puede llegar a limitar la *libertad* de los Estados, más no su capacidad, pues de ser así, se vulneraría la norma de autonomía del orden jurídico estatal:

El obstáculo mayor puesto para la admisión de la tesis de una reducción de la capacidad del Estado no podría provenir de la estimación de reglas consideradas superiores por la razón de pertenecer a un orden jurídico integrador, que sería en este momento el orden jurídico internacional. La hipótesis de la estructuración reticular de la normatividad condena toda explicación de este tipo puesto que no respeta el principio de autonomía de cada uno de los órdenes normativos. Desde el punto de vista de la teoría de la reticularidad, es absurdo preguntarse si la capacidad de un orden jurídico está o no afectada debido a reglas que salen por un tercer Estado. La autonomía de cada sistema normativo supone precisamente que el potencial de normatividad de cada uno sea, en un sentido, indefinido, y que únicamente pueda ser reducida su libertad de disponer en razón de las circunstancias particulares de su inserción en un momento dado en el conjunto de la red normativa general.⁵⁵

Sin embargo, la misma doctrinante sostiene que las normas imperativas de *ius cogens*, a diferencia de las otras normas de derecho internacional, no afectan únicamente la libertad, sino la *capacidad* de los Estados, y esto deriva de su carácter imperativo e inderogable: “Pero la regla de *ius cogens* deroga precisamente ese principio, en virtud de su carácter imperativo. Este generaría la erosión de las capacidades de un Estado, y en particular, de su constituyente, más allá del alcance del ejercicio propiamente dicho de sus competencias”.⁵⁶ Ahora bien, Rigaux sostiene que debido al principio de autonomía de los ordenamientos jurídicos –que se encuentra en la base de la teoría de la estructura-



⁵⁴ Rigaux, Marie-Francoise. *op. cit.*, pp. 263-264.

⁵⁵ Rigaux, Marie-Francoise. *op. cit.*, p. 288.

⁵⁶ Rigaux, Marie-Francoise. *op. cit.*, p. 302.

ción reticular del ordenamiento— sólo un tribunal nacional puede declarar la nulidad de la norma.

A continuación se resumen los tres planteamientos revisados hasta ahora:

	Relaciones entre los órdenes nacional e internacional	Consecuencias en exigibilidad por instancias nacionales e internacionales
Dualismo	El derecho estatal y el derecho internacional son dos órdenes separados.	La violación de normas de <i>ius cogens</i> sólo compromete la responsabilidad internacional del Estado y por consiguiente éstas sólo son exigibles internacionalmente, sin que tengan efectos en el orden interno.
Monismo	El derecho estatal y el derecho internacional se integran en un sólo orden jurídico.	La violación de normas de <i>ius cogens</i> genera vulneraciones tanto en el ámbito nacional como en el internacional. Se podría deducir de allí que sean exigibles tanto por los tribunales nacionales, como por los tribunales internacionales.
Reticularidad	El derecho estatal y el derecho internacional son autónomos, pero no autárquicos. Algunas normas de derecho internacional limitan la libertad, pero no la capacidad de los Estados. Las normas de <i>ius cogens</i> limitan la capacidad de los Estados	Las normas de <i>ius cogens</i> son exigibles por los tribunales nacionales.

Fuente: elaboración propia.

El dualismo es insuficiente porque el incumplimiento de la norma de *ius cogens* no generaría una consecuencia concreta en el orden interno. La teoría de la estructura reticular del derecho, que es impecable argumentativamente, lleva a la conclusión de que depende de los órganos nacionales la exigibilidad de la norma imperativa de *ius cogens*. Esta última parece también restringida para la protección material de los derechos humanos.

Si nos encontráramos ante una hipótesis extrema en la que el constituyente primario decide derogar en su estipulación o en sus efectos una norma imperativa de *ius cogens*, aunque se pueda sostener validamente que la norma de *ius cogens* sigue existiendo y sigue siendo obligatoria en el orden interno, podría ser que no exista un órgano competente dentro de la misma jurisdicción interna para señalar el incumplimiento. Esto se debe a que los órganos jurisdiccionales serían poderes constituidos y, como tales, tendrán

las competencias que el poder constituyente les otorgue. Sólo en el marco de esas competencias podrá un tribunal interno definir la vulneración de la norma internacional.⁵⁷

Así, parece que el monismo es la teoría que más potencialidad tiene para permitir una protección de las normas imperativas de *ius cogens*. Sin embargo, habría que hacer una revisión y reformulación para adaptarla a las necesidades de protección material de los derechos humanos.

2.6. Algunas posibilidades concretas de exigibilidad de normas internacionales de derechos humanos no reconocidas constitucionalmente

Aquí se ofrecen tres vías para solventar las dificultades de exigibilidad. Estas posibilidades se dejan abiertas para que sean motivo de profundización, validación o rechazo en un trabajo posterior.

Una primera posibilidad es *anticiparse constitucionalmente a la controversia*. La dificultad de exigibilidad puede ser solventada por las normas constitucionales de cada país. Así por ejemplo, las Constituciones de Países Bajos de 1956 y 1983, la de Guatemala, Honduras y Perú señalan procedimientos para que la Constitución nunca se encuentre en oposición con tratados internacionales de derechos humanos. Sin embargo, todas las normas, que son claramente progresistas y buscan la efectiva existencia de un régimen monista, son insuficientes porque hacen depender de la voluntad del constituyente la contracción de las obligaciones, procedimiento que en teoría no es posible en normas de *ius cogens*, que por definición no son disponibles por voluntad de los Estados.⁵⁸

Ahora bien, se pueden examinar los *mecanismos ordinarios de Naciones Unidas para el cumplimiento de sus obligaciones derivadas de la Carta*. Se ha visto antes que los órganos jurídicos y los poderes políticos de los Estados que hacen parte de Naciones Unidas –incluyendo el poder constituyente– se encuentran sometidos a los propósitos de las Naciones Unidas y al régimen jurídico internacional –incluyendo las obligaciones de *ius cogens* a las que no puede renunciar por su propia voluntad–.

Así, si el poder constituyente nacional no comparte las normas imperativas de Derecho Internacional en materia de derechos humanos y no logra



⁵⁷ Sin embargo, los límites a la competencia del tribunal constitucional pueden ser diferentes dependiendo del órgano que expida la norma constitucional, esto es, si lo hace el constituyente primario o si lo hace el constituyente derivado.

⁵⁸ Rodríguez Pinzón, Diego; Martín, Claudia & Ojea Quintana, Tomás. *La dimensión internacional de los derechos humanos*. Banco Interamericano de Desarrollo, American University, Washington D.C., 1999, pp. 87-97.

un consenso superior en Naciones Unidas para transformar ese consenso básico, podría enfrentar las consecuencias de esta decisión quedándole dos alternativas: o asume el cumplimiento de sus obligaciones, o se retracta de ellas. Sin embargo, como las normas imperativas de carácter inderogable no pueden ser retractadas, se debería acudir a los mecanismos a los que hace referencia el artículo 33 de la Carta, a saber, la negociación, la investigación, la mediación, la conciliación, el arbitraje, el arreglo judicial, el recurso a organismos o acuerdos regionales u otros medios pacíficos de su elección. Si es necesario, el Consejo de Seguridad puede invitar a un arreglo por estos medios. De no llegarse a un consenso, se podría enfrentar la suspensión o expulsión de Naciones Unidas.⁵⁹

Por último, aunque sujeta a las limitaciones antes examinadas, no se descarta *la aplicación de las normas de ius cogens por tribunales nacionales*. Un ejemplo de las facultades de tribunales internos al respecto se encuentra en la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina en la que se declaró la inconstitucionalidad retroactiva de las leyes 23.492 y 23.521 conocidas como de punto final y de obediencia debida. En tal fallo, la Corte señaló que los Estados –incluido Argentina– ha reducido ampliamente el ámbito de su jurisdicción interna por vía convencional y por su participación en la conformación del derecho consuetudinario internacional sobre derechos humanos. De tal postulado derivó la competencia de la Corte Suprema Argentina para velar por el cumplimiento del *ius cogens*. Tal Corte señaló que los delitos de lesa humanidad “*nunca han sido prescriptibles en el derecho internacional ni en el derecho argentino*”. Cabe recordar que el tribunal se estaba refiriendo a normas legales que justamente contradecían la imprescriptibilidad de tales normas, esto es, el tribunal afirmó, justamente que no importa la normatividad interna, tales crímenes, por ser prohibidos por



⁵⁹ El mecanismo viable, agotados los métodos políticos y diplomáticos, sería la suspensión o la expulsión de Naciones Unidas, conforme a los artículos de la Carta de San Francisco referentes a la membresía. El artículo 2.1 de la Carta señala que “*Podrán ser Miembros de las Naciones Unidas todos los demás Estados amantes de la paz que acepten las obligaciones consignadas en esta Carta, y que, a juicio de la Organización, estén capacitados para cumplir dichas obligaciones y se hallen dispuestos a hacerlo*”. Por su parte, los artículos 5 y 6 de la Carta prevén la suspensión y la expulsión de los miembros. La primera, para Estados que hayan sido objeto de acciones preventivas o coercitivas y, la segunda, para Estados que hayan violado repetidamente los principios de la Carta. No obstante, es muy poco probable que Naciones Unidas tome una decisión de tal magnitud en la medida en que nunca ha dado aplicación a esos artículos. Sudáfrica, por ejemplo, fue objeto durante más de 30 años de fuertes y reiterados llamamientos del Consejo de Seguridad y de la Asamblea General por el hecho de que el régimen del *apartheid* constituía un crimen contra la conciencia de la humanidad. Incluso, a Sudáfrica se le aplicaron medidas como la ruptura de relaciones diplomáticas, el cierre de fronteras (AGNU, 1963) y el embargo de armas (CSNU, 1963 y 1970); sin embargo, el Estado sudafricano nunca fue suspendido ni expulsado de Naciones Unidas. Sobre la consideración de la Asamblea General de la expulsión de Sudáfrica y otros países, ver la nota al artículo 6 de la Carta de Naciones Unidas en: http://untreaty.un.org/cod/repertory/art6/spanish/rep_supp3_vol1-art6_s.pdf, Consultada el 14 de abril de 2006.

medio de normas de *ius cogens* siempre fueron imprescriptibles aún desde la perspectiva jurídica interna. Al respecto señala la Corte Suprema Argentina:

No obsta a las conclusiones precedentes la circunstancia de que la Convención de la Imprescriptibilidad de Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad y la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas no estuvieren vigentes al momento de sanción y promulgación de las leyes de punto final y obediencia debida. Ello por cuanto, en razón de la calificación provisional de los delitos corresponde considerar (...) que no se presenta en el caso una cuestión de conflicto de leyes en el tiempo pues el crimen de lesa humanidad lesionó antes y ahora el derecho internacional, antes el consuetudinario ahora también el convencional, codificador del consuetudinario.⁶⁰

Esto es, de acuerdo con la sentencia de la Corte Argentina la obligación de no dar impunidad a los crímenes siempre existió, aunque no hubiese sido formalmente aceptada por las reglas de las mayorías nacionales.⁶¹ Tanto así que la Corte pudo anular las leyes con todos los efectos que estas produjeron desde el inicio de su vigencia. Una discusión diferente se podría dar sobre las facultades del Tribunal. El Tribunal tiene estas facultades debido fundamentalmente a una reforma constitucional que dio rango constitucional a los tratados y al derecho consuetudinario en 1993.

CONCLUSIONES

Existen límites al poder constituyente derivados del desarrollo actual del derecho internacional. Esos límites, en materia de derechos humanos se concretan y definen a través de normas de derecho internacional que se han perfilado como una autolimitación a la soberanía de los Estados y al poder constituyente.

La fuente de obligatoriedad de esas normas se deriva de: *i.* La pertenencia a Naciones Unidas, que es un acto voluntario de los Estados; *ii.* La adhesión a la Declaración Universal de Derechos Humanos, que en un principio, en 1948, fue un acto voluntario, pero ahora parecería que la Declaración Universal no podría ser objetada en su obligatoriedad por ningún Estado, y tampoco ningún Estado ha alegado su no obligatoriedad; *iii.* El reconocimiento de las normas de *ius cogens*, que es un acto voluntario hecho a través de la ratificación de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.



⁶⁰ Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina. Sentencia que resuelve el recurso de hecho en la causa contra Julio Héctor Simón por la privación ilegítima de la libertad de José Liborio Pobrete Rosa, su esposa y su hija; causa No. 17.78, junio 14 de 2005.

⁶¹ Cabe recordar que las leyes de obediencia debida y punto final fueron expedidas una vez restablecido el régimen democrático.

Tal desarrollo del derecho internacional ha tenido impacto en el derecho constitucional, y ha tendido hacia la consolidación de un modelo de Estado constitucional que se encuentra inescindiblemente unido a la garantía de los derechos humanos.

Existen cuestiones procedimentales para la exigibilidad de la norma que establece la obligación de mantener un régimen respetuoso de los derechos humanos. Se plantean así retos para la exigibilidad y justiciabilidad de los límites al poder constituyente. Las doctrinas dualistas y, más recientemente, la de la reticularidad de los órdenes normativos, formulada por la profesora RIGAUX, son insuficientes para garantizar la protección efectiva de los derechos humanos. Pareciera que la alternativa de protección material se puede perfilar a partir de una actualización de la teoría monista.

En este artículo se proponen tres posibilidades de acción. En primer lugar, la posibilidad de aprobar constituciones que establezcan expresamente la primacía de los tratados internacionales de derechos humanos. Esta posibilidad anticipa la dificultad para tratar de evitarla. Además, ha sido aplicada en la expedición de numerosas constituciones en el siglo XX después de transiciones constitucionales. Sin embargo, esta posibilidad sigue siendo limitada ante una ruptura constitucional que desconozca la obligación de establecer un régimen de derechos humanos.

En segundo lugar, otra opción la da la misma Carta de Naciones Unidas, que contempla mecanismos para solución pacífica de controversias que puedan poner en riesgo el mantenimiento de la paz y la seguridad internacional. Agotadas éstas, se pueden imponer sanciones para exigir el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la Carta, que pueden generar incluso la expulsión. Sin embargo, en la práctica nunca se ha expulsado a ningún país de Naciones Unidas y no se ha debido a que no se hayan presentado casos que lo ameriten. Por ejemplo, a pesar del incumplimiento deliberado y evidente de Sudáfrica de las obligaciones conforme a la Carta durante el régimen del Apartheid, nunca se decidió su expulsión.

En cuanto a los tribunales nacionales, aunque se pueda sostener válidamente que la norma de *ius cogens* sigue existiendo y sigue siendo obligatoria en el orden interno, incluso en el caso extremo en que la Constitución negara la vigencia de los derechos humanos, podría ser que no exista un órgano competente dentro de la misma jurisdicción interna para establecer el incumplimiento. De esta manera, este artículo, más que plantear respuestas, propone preguntas sobre la forma de hacer exigible la obligación de los Estados de mantener un régimen respetuoso de los derechos humanos.

BIBLIOGRAFÍA

1. Brotóns, Antonio Remiro. *Derecho Internacional*. Ciencias Jurídicas, Mc Graw Hill, Madrid, 1997.
2. Buergenthal, Thomas. *International Human Rights in a Nutshell*. 2ª edición, West Group, Saint Paul, 1990.
3. Carrillo Salcedo, Juan Antonio. *Soberanía de los Estados y derechos humanos en el derecho internacional*. Editorial Tecnos, Madrid, 1995.
4. Chetail, Vincent. "La contribución de la Corte Internacional de Justicia al derecho internacional humanitario". En: *Revista Internacional de la Cruz Roja*, No. 850. Comité Internacional de la Cruz Roja, Ginebra, junio 30 de 2003.
5. Comisión Europea de Derechos Humanos. *Caso No. 788/60 Austria c. Italia*, 1961.
6. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Caso 9647*. Estados Unidos, Resolución No. 3 de 1987.
7. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1988*. Doc. OEA/Ser.L/V/II.71/, Doc. 9, rev. 1, 22 de septiembre de 1987.
8. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Informe No. 29/92 respecto a los casos 10.029, 10.036, 10.145, 10.305, 10.372, 10.373, 10.374 y 10.275 contra el Estado de Uruguay*, 1993.
9. Comité de Derechos Humanos. *Observación General 29 sobre el artículo 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. "Estados de excepción y suspensión de derechos"*, 2001.
10. Comité de Derechos Humanos. *Observación General No. 29 sobre el artículo 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: Estados de Excepción y suspensión de derechos*, 2001.
11. Corte Europea de Derechos Humanos. *Caso de Irlanda c. Reino Unido*. Juicio de 18 de enero de 1978, No. 91, 1978.
12. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-18. *La Condición Jurídica y los derechos de los migrantes indocumentados*, 17 de septiembre de 2003.
13. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-2/82. *El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Serie A No. 2*, 1982.
14. Corte Interamericana de Derechos Humanos, voto concurrente de Cançado Trindade. *Caso Maritza Urrutia vs. Guatemala*, 27 de noviembre de 2003.
15. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-8. *El Habeas Corpus bajo suspensión de garantías (artículos 27.2, 25.1 y 7.6 - Convención americana sobre Derechos Humanos)*, 1987.

16. Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Opinión Consultiva OC-18, La Condición Jurídica y los derechos de los migrantes indocumentados*, 17 de septiembre de 2003.
17. Corte Internacional de Justicia. *Barcelona Traction, Bélgica vs. España*, 5 de febrero de 1970.
18. Corte Internacional de Justicia. *Caso concerniente a la aplicación de la Convención sobre la prevención y Castigo del crimen de genocidio, Bosnia Herzegovina vs. Yugoslavia*, 1996.
19. Corte Internacional de Justicia. *Caso de apoyo de Estados Unidos a paramilitares en Nicaragua, Nicaragua vs. USA*, 27 de junio de 1986.
20. Corte Internacional de Justicia. *Opinión consultiva sobre el uso y la amenaza de uso de armas nucleares*, 8 de julio de 1996.
21. Corte Internacional de Justicia. *Timor Oriental de Portugal contra Australia*, 30 de junio de 1995.
22. Corte Internacional de Justicia. *Bélgica vs. Congo*, febrero 14 de 2002.
23. Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina. Sentencia que resuelve el recurso de hecho en la causa contra Julio Héctor Simón por la privación ilegítima de la libertad de José Liborio Pobrete Rosa, su esposa y su hija; causa No. 17.78, junio 14 de 2005.
24. Henkin, Louis *et al.* *International Law. Cases and materials*. 4th edition, American Casebook Series, West Publishing Co., Saint Paul, 2001.
25. Jiménez de Aréchega, Eduardo. "La Convención Interamericana de Derechos Humanos como Derecho Interno". En: *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, No. 7. Comité Internacional de la Cruz Roja, Ginebra, 1988.
26. Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, Observación General 24. "Cuestiones relacionadas con las reservas formuladas con ocasión de la ratificación del Pacto o de sus Protocolos Facultativos, o de la adhesión a ellos, o en relación con las declaraciones hechas de conformidad con el artículo 41 del Pacto", 4 de noviembre de 1994.
27. Naciones Unidas. *Carta de las Naciones Unidas*, adoptada en San Francisco, el 26 de junio de 1945.
28. Naciones Unidas. *Convención de Viena Sobre el Derecho de los Tratados*, suscrita en Viena el 23 de mayo de 1969 y vigente desde el 23 de enero de 1980.
29. Naciones Unidas. *Pacto Internacional de Derechos Políticos y Civiles*, adoptado el 16 de diciembre de 1966, entrado en vigor el 23 de marzo de 1976, artículo 4.
30. Nota al artículo 6 de la Carta de Naciones Unidas [en línea], disponible en: http://untreaty.un.org/cod/repertory/art6/spanish/rep_supp3_vol1-art6_s.pdf, recuperado: 14 de abril de 2006.

31. Organización de Estados Americanos. *Convención Americana sobre Derechos Humanos "Pacto de San José"*, entrado en vigor el 18 de julio de 1978, artículo 27.
32. Rigaux, Marie-Francoise. *La Theorie des Limites Materielles a l'exercice de la fonction constituante*. Mision Ferdinand Larcier S.A. editeurs, Bruselas, 1985.
33. Sohn, Louis B. "The New International Law: Protection of the Rights of Individuals Rather than Status". En: Rodríguez Pinzón, Diego; Martín, Claudia & Ojea Quintana, Tomás. *La dimensión internacional de los derechos humanos*. Banco Interamericano de Desarrollo, American University, Washington D.C., 1999.
34. Tribunal Penal de la Ex-Yugoslavia. *Caso A. Furundzija*, diciembre 12 de 1998.
35. Tribunal Penal para la Ex-Yugoslavia. *Caso Dusko Tadic alias "Dule"*, 7 de mayo de 1997.
36. Tribunal Penal para la Ex-Yugoslavia. *Caso Kupresik*, 14 de enero de 2000.