

LA CONSTITUCIÓN INVISIBLE DE LA COMUNIDAD INTERNACIONAL

Ángel J. Rodrigo
Profesor Titular de Derecho internacional público
Universitat Pompeu Fabra

(*Anuario Español de Derecho Internacional*, Vol. 34 (2018), en prensa).

INTRODUCCIÓN

Este trabajo tiene por objeto defender y argumentar la existencia de una constitución material de la comunidad internacional. Este empeño aconseja realizar algunas precisiones previas. La primera tiene por objeto el uso del lenguaje constitucionalista y la noción de constitución internacional. La utilización del lenguaje constitucionalista en el ámbito internacional¹ no tiene como finalidad, como bien advierte M. Kumm, defender la creación de un Estado federal mundial sino que tiene un propósito más modesto y pragmático: describir y analizar el Derecho internacional o una parte de él como un orden jurídico coherente. Para ello, el lenguaje constitucionalista es útil porque el actual ordenamiento jurídico internacional tiene algunas características formales, funcionales o sustantivas similares al Derecho constitucional estatal. En ningún caso pretende el establecimiento de una autoridad última, ni está conectado a poderes coercitivos de instituciones estatales ni a prácticas de autogobierno de un pueblo.² Asimismo, la idea de una constitución de la comunidad internacional debe ser entendida, como ha advertido B. Fassbender, como un 'concepto autónomo' en el Derecho internacional antes que como la extrapolación del concepto de constitución existente en el Derecho constitucional de los Estados.³ En el ámbito internacional, la idea de la constitución de la comunidad internacional no está vinculada a un Estado global, ni a un texto escrito ni a un poder constituyente.

La segunda precisión que conviene realizar es relativa al título del trabajo, *la constitución invisible de la comunidad internacional*. Se trata de una expresión que ya

¹ Una síntesis del recurso al lenguaje constitucionalista en la ciencia del Derecho internacional puede verse en FASSBENDER, B., "We the Peoples of the United Nations': Constituent Power and Constitutional Form in International Law", en LOUGHLIN, M. y Walker, N. (eds.), *The Paradox of Constitutionalism: Constituent Power and Constitutional Form*, Oxford, Oxford University Press, 2007, pp. 270-273.

² KUMM, M., "The Cosmopolitan Turn in Constitutionalism: On the Relationship between Constitutionalism in and beyond the State", en DUNOFF, J.L. y TRACHMAN, J.P. (eds.), *Ruling the World? Constitutionalism, International Law, and Global Governance*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, pp. 258-324, en particular, pp. 258-263.

³ FASSBENDER, B., "The Meaning of International Constitutional Law", en MACDONALD, R. St.J. y JOHNSTON, D.M. (eds.), *Towards Global Constitutionalism*, Dordrecht, Brill, 2005, pp. 837-851, en particular, p. 848.

han utilizado otros autores,⁴ pero cuyo origen, sentido y alcance conviene delimitar bien. La expresión *constitución invisible* procede de autores especialistas en el Derecho constitucional estatal.⁵ El constitucionalista norteamericano L.H. Tribe recurre a dicha expresión para hacer referencia al conjunto de mandatos, principios y formas de actuar que forman parte de la constitución pero que no están enunciados en el texto escrito de la constitución. Ésta, por tanto, no puede limitarse al texto escrito sino que debe ser complementada con la parte invisible de la misma.⁶ A. Wiener, por su parte, utiliza la expresión *la constitución invisible de la política* para capturar e identificar "los elementos invisibles que tienen impacto sobre la constitución de la política". En particular, se refiere a la dimensión cultural invisible de la constitución de una comunidad que está integrada por la experiencia y las expectativas, por los modelos de interpretación, evaluación y expresión que sirven como recursos para ayudar a los participantes a comprender la constitución de una comunidad. La 'constitución invisible de la política' está integrada por "los aspectos intangibles (emocionales, culturales, interpretativos o asociativos) y por su influencia en las decisiones políticas en un mundo de políticas que se extienden más allá de las fronteras de los Estados nación modernos".⁷

En el ámbito internacional, algunos autores han defendido la existencia de una constitución formal de la comunidad internacional representada por la Carta de las Naciones Unidas.⁸ No obstante, esta propuesta, a pesar de su atractivo y de los argumentos utilizados, tiene importantes limitaciones.⁹ Por ello, en este trabajo se propone la expresión 'la constitución invisible' para hacer referencia al conjunto de

⁴ KLABBERS, J., "Setting the Scene", en KLABBERS, J., PETERS, A. y ULFSTEIN, G., *The Constitutionalization of International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2009, p. 4.

⁵ SAJÓ, A., "Reading the Invisible Constitution: Judicial Review in Hungary", *Oxford Journal of Legal Studies*, 1995, Vol. 15, Nº 2, pp. 253-267. Este autor señala que la expresión fue utilizada por el Tribunal Constitucional húngaro en el asunto 23/1990 para hacer referencia al conjunto de fundamentos normativos y jurídicos básicos que sostienen la Constitución escrita y que pueden ser utilizados para su interpretación con el fin de crear un sistema coherente con un estándar seguro de constitucionalidad (p. 258).

⁶ TRIBE, L.H., *The Invisible Constitution*, Oxford, Oxford University Press, 2008, pp. 25-34. Este autor señala que su objetivo es hacer visible la parte invisible de la constitución "porque 'la materia oscura' (*the dark matter*) está el centro del significado de la constitución y su valor es inestimable (p. 22).

⁷ WIERNER, A., *The Invisible Constitution of Politics. Contested Norms and International Encounters*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008, pp. 13-18 (trad. propia).

⁸ FASSBENDER, B., "The United Nations Charter as Constitution of the International Community", *Columbia Journal of Transnational Law*, 1998, vol. 36, Nº 3, pp. 529-619, en particular, pp. 573-584; también en su monografía *The United Nations Charter as the Constitution of the International Community*, Leiden/Boston, Martinus Nijhoff, 2009.

⁹ CASANOVAS, O. y RODRIGO, A.J., *Compendio de Derecho internacional público*, 6ª ed., Madrid, Tecnos, 2017, pp. 206-210.

normas jurídicas internacionales que se pueden calificar como constitucionales y que integrarían lo que se puede denominar como la constitución material de la comunidad internacional. Por tanto, dicha constitución invisible, antes que una constitución no escrita,¹⁰ es una constitución en sentido material integrada por normas jurídicas internacionales que ya existen. Con dicha expresión se pretende dar visibilidad a algunas de las normas jurídicas internacionales que tienen una especial importancia sustantiva o sistémica. El objetivo, por ende, es doble: el redescubrimiento de tales normas constitucionales y el reforzamiento del proyecto de constitucionalización del Derecho internacional.

Las ideas fundamentales que se defienden son, por un lado, que en el ordenamiento jurídico internacional existen normas que tiene un carácter constitucional derivado de su validez formal (son normas de un Derecho internacional general cualitativamente diferente), del reconocimiento social (la *opinio iuris constitutionis*), de las prácticas culturales y de su contenido y/o funciones; y, por otro lado, tales normas constitucionales integran lo que se puede denominar la constitución material de la comunidad internacional que se caracteriza por ser invisible, por su carácter fragmentario y disperso, por su carácter acumulativo y dinámico y por su autoridad reforzada.

El trabajo se estructura en tres partes. En la primera se examinan los requisitos de los que depende la *constitucionalidad* de las normas jurídicas internacionales. En la segunda se identifican y analizan las características de la constitución material de la comunidad internacional. Y, en la tercera parte, se lleva a cabo una tentativa de sistematización de las normas constitucionales según sean principios organizativos y de gobierno del sistema internacional y de la comunidad internacional, normas constitucionales en razón de su contenido (las normas de *ius cogens*) o normas de importancia sistémica para el propio ordenamiento jurídico internacional.

I. EL CARÁCTER CONSTITUCIONAL DE ALGUNAS NORMAS JURÍDICAS INTERNACIONALES

¹⁰ En contra, FASSBENDER, B., “International Constitutional Law: Written or Unwritten?”, *Chinese Journal of International Law*, 2016, vol. 15, pp. 489-515 que rechaza que la constitución de la comunidad internacional sea una constitución no escrita. Para ello, examina la excepción inglesa, es decir, la ausencia de un documento escrito que haga las veces de constitución en el Reino Unido y concluye que “la comunidad internacional contemporánea carece de casi todas las características que hacen que funcione la ‘constitución política’ británica, entre otras, los valores constitucionales arraigados profundamente que son aceptados, sostenidos y defendidos por todas las instituciones políticas en un proceso continuo de discusión pública y de rendición de cuentas (*accountability*)” (p. 505, trad. propia).

En este trabajo, el carácter constitucional de las normas que integrarían la constitución material de la comunidad internacional vendría determinado por su contenido (el proteger valores e intereses esenciales de la comunidad internacional) y por las funciones que desempeñan en el sistema internacional y en el ordenamiento jurídico internacional. Como se ha apuntado, es posible hablar de una constitución material de la comunidad internacional basada en criterios normativos y funcionales. Por un lado, existen un conjunto de prácticas, acuerdos políticos compartidos de forma tácita e implícita y de normas que integran y regulan el sistema de gobierno político de la comunidad internacional en cuanto comunidad política, aunque sea en un estadio embrionario aun y sin un modelo organizativo definido. Y, además, hay algunas normas que desempeñan funciones básicas de gobierno en el sistema internacional y en el orden jurídico internacional. Y, por otro lado, existe una constitución material en sentido normativo porque existen un conjunto de normas jurídicas que limitan el ejercicio del poder de los miembros de la comunidad internacional, reconocen derechos y crean obligaciones para tales miembros, protegen intereses de la misma, diseña un modelo descentralizado de la misma y regula las competencias de los órganos que la integran.

El desafío fundamental es, por tanto, el reconocimiento de la *constitucionalidad* en algunas normas jurídicas del Derecho internacional ya existentes. El carácter constitucional, en principio, depende de cuatro rasgos: de su validez formal como normas generales básicas de Derecho internacional general, del reconocimiento social de su condición constitucional, de las prácticas culturales y de su contenido y/o funciones.

A. La validez formal: un Derecho internacional general cualitativamente diferente

Las normas que integran la constitución material de la comunidad internacional son, en primer lugar, normas de Derecho internacional general y, por ello, son obligatorias para todos los sujetos del ordenamiento jurídico y tienen una formulación general. Este requisito aporta la universalidad a las normas constitucionales entendida en el sentido de que son normas obligatorias para y aplicables a todos los miembros de la comunidad internacional. Se trata de una condición necesaria pero aún no suficiente. Porque, además y en segundo lugar, son normas de un Derecho internacional general cualitativamente diferente. El carácter constitucional de tales normas es una cualidad especial y diferente que no poseen las demás normas de Derecho internacional general.

El carácter constitucional no consiste únicamente en la juridificación (*legalization*) del poder público. La condición de normas constitucionales depende bien de su contenido o bien del desempeño de determinadas funciones y, además, en todas ellas del reconocimiento específico de tal carácter constitucional. Por un lado, el carácter constitucional de algunas normas derivaría de su contenido, del hecho de proteger y regular intereses y valores esenciales de la comunidad internacional (por ejemplo, la prohibición de la tortura que tiene por objeto la protección de la dignidad humana o el principio de prohibición del uso de la fuerza que protege el interés esencial en el mantenimiento de la paz y seguridad internacionales). Por tanto, las normas de *ius cogens* formarían parte de la constitución material de la comunidad internacional en razón de su contenido. Por otro lado, el carácter constitucional de algunas normas puede explicarse también porque desempeñan funciones básicas para la existencia y el gobierno del sistema internacional o porque tienen una importancia sistémica para el funcionamiento del ordenamiento jurídico internacional.

Las normas constitucionales tienen un carácter no consensual porque no están disponibles para la voluntad de los Estados, ya sea de forma individual o bien para un grupo pequeño de Estados.¹¹ Estas normas establecen un conjunto básico de derechos y obligaciones que todo Estado tiene "con o sin su voluntad".¹² Esta característica implica, por un lado, que su obligatoriedad para todos los Estados y otros miembros de la comunidad internacional no depende en absoluto de su consentimiento previo. Son normas que constituyen el núcleo básico de la constitución de la comunidad internacional que ningún Estado de forma individual puede rechazar.¹³ Y, por otro lado, el carácter no consensual no impide que se puedan crear nuevas normas de carácter constitucional o modificar el contenido de las existentes.

B. El reconocimiento social: la *opinio iuris constitutionis*

El rasgo que permite considerar a las normas de ese Derecho internacional general cualitativamente diferente como normas constitucionales es el reconocimiento social de dicho carácter. En ese proceso conviene recordar que, en primer lugar, las normas constitucionales son *normas principales*¹⁴ en el sentido de que son normas

¹¹ FASSBENDER, B., "The Meaning of International Constitutional Law", *op. cit.*, p. 843.

¹² TOMUSCHAT, Ch., "Obligations Arising for States without or against their Will", *R. des C.*, 1993-IV, pp. 195-374, en particular, p. 211.

¹³ TOMUSCHAT, Ch., *op. cit.*, 1993, pp. 292-293 respecto al principio de igualdad soberana.

¹⁴ DIEZ-PICAZO, L., *Experiencias jurídicas y teoría del derecho*, 3ª ed., corregida y puesta al día,

jurídicas internacionales 'generales básicas' para la organización y gobierno de la comunidad internacional y del ordenamiento jurídico internacional.¹⁵

En segundo lugar, el carácter constitucional de una norma no deriva de la fuente a través de la cual ha sido creada (costumbre o principios generales de Derecho), ni del instrumento jurídico en el que pueda estar contenida (un tratado multilateral o una resolución de una organización internacional o de una conferencia diplomática), ni de su formulación como reglas o como principios, sino del reconocimiento social de su importancia para la comunidad internacional y para el ordenamiento jurídico internacional. La fuente formal de la que proceden les proporciona su condición de normas jurídicas. Tampoco depende de que tales normas tengan una formulación más cercana a los principios que a las reglas, aunque en la mayoría de los casos, dadas las funciones que desempeñan, tienen un carácter general.¹⁶

Y, en tercer lugar, el carácter constitucional de algunas normas de Derecho internacional general, su *constitucionalidad*, derivaría de un segundo reconocimiento en la comunidad internacional de la importancia de su contenido y/o funciones que desempeñan. Se trataría de una forma especial de *opinio iuris*, es decir, de la convicción en los miembros de la comunidad internacional de la existencia de una norma que por su contenido y/o funciones tiene carácter constitucional. Esta *opinio iuris constitutionis*¹⁷ sería el resultado de un *segundo reconocimiento* de tal carácter tras de un proceso descentralizado de deliberación racional en el espacio público internacional en el que pueden participar los miembros de la comunidad internacional.¹⁸ Estas normas

Barcelona, Ariel, 1999, p. 219 señala que a las *normas principales* el carácter normativo les es dado por su propia fuente de producción, pero su carácter «principal» es ajeno a ella y deriva de la comunidad entera.

¹⁵ La expresión 'normas generales básicas' también es utilizada por la disposición 3ª de la Resolución 2625 (XXV), de 24 de octubre de 1970 de la Asamblea General, que contiene la *Declaración relativa a los principios de Derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas*, para calificar los principios en ella enumerados.

¹⁶ Cfr. KADELBACH, S. y KLEINLEIN, Th. "International – A Constitution for Mankind? An Attempt at a Re-appraisal with an Analysis of Constitutional Principles", *German Yearbook of International Law*, 2007, vol. 50, pp. 303-347, en particular, pp. 330-347.

¹⁷ Tomo prestada la expresión de Oliver Lohmann, citado por FASSBENDER, B., *op. cit.*, 2016, p. 507, nota 71.

¹⁸ La doctrina ha utilizado en otros casos una argumentación similar para explicar la identificación de las normas imperativas de Derecho internacional general (vid., entre otros, THIERRY, H., "L'évolution du droit international. Cours général de droit international public", *R. des C.*, vol. 222 (1990-III), p. 59 que utilizo ya esta expresión para referirse a la identificación y reconocimiento de las normas de *ius cogens*; también CAHIER, Ph., "Changements et continuité du droit international. Cours général de droit international public", *R. des C.*, vol. 195 (1985-VI), p. 198; GOWLLAND-DEBAS, V., *op. cit.*, 1997, p. 363 señala respecto a las normas de *ius cogens*, obligaciones *erga omnes* y crímenes internacionales que no son el resultado de un fuente específica, que no existe, sino del reconocimiento de sus cualidades por la Comunidad internacional) o para la identificación de las obligaciones multilaterales (DOMINICÉ, Ch., "The

son el resultado de una práctica generalmente aceptada como normas constitucionales. En otros términos, son una práctica generalmente aceptada acompañada de una *opinio iuris constitutionis*.

Esta *opinio iuris constitutionis* no es tanto una "fuente política primaria de normas constitucionales" derivada de un poder constituyente existente en la base social que es la comunidad internacional. Más bien, esta potencialidad para reconocer el carácter constitucional sería una función que opera dentro del sistema jurídico internacional por medio de diferentes procedimientos como una manifestación secundaria de algunas normas jurídicas que ya existen en el actual Derecho internacional público.¹⁹

La prueba de este segundo reconocimiento del carácter constitucional pueden proporcionarla algunas resoluciones y declaraciones de la Asamblea General, declaraciones finales de conferencias internacionales y los trabajos de codificación de la Comisión de Derecho Internacional, entre otros. En este proceso de reconocimiento del carácter constitucional de algunas normas tiene especial importancia la labor de los diferentes tribunales internacionales. En la comunidad internacional actual, los tribunales internacionales pueden concebirse como autoridades públicas que son, a la vez, un instrumento de las partes en la controversia, órganos de dicha comunidad internacional basada en valores generales e instituciones de regímenes jurídicos. Los tribunales internacionales, en la actualidad, además de la función tradicional de resolver las controversias entre las partes (principalmente entre los Estados), desempeñan otras funciones: contribuyen a la estabilización de las expectativas normativas, ayudan a la interpretación y evolución del Derecho internacional y controlan y legitiman la autoridad pública.²⁰ En el caso de la interpretación (entendida como descubrimiento) y evolución (concebida como clarificación) del Derecho internacional y, por lo tanto, en la identificación del carácter constitucional por medio de este segundo reconocimiento, la Corte Internacional de Justicia tiene una especial responsabilidad por su carácter

International Responsibility of States for Breach of Multilateral Obligations", *EJIL*, 1999, vol. 10, N° 2, p. 357 ha hablado de *doble cristalización* para referirse a la identificación de las obligaciones multilaterales, que son obligaciones que por su especial contenido conciernen a la Comunidad internacional en su conjunto).

¹⁹ La idea de que el poder constituyente existe ahora como una función intra-jurídica que se activa a través de procedimientos que operan dentro de un sistema jurídico cada vez más diferenciado procede de THORNHILL, Ch., "The Global Legal System and the Procedural Construction of Constituent Power", *Global Constitutionalism*, 2016, vol. 5, N° 3, pp. 405-442.

²⁰ VON BOGDANDY, A. y VENZKE, I., "On the Functions of International Courts: An Appraisal in Light of Their Burgeoning Public Authority", *Leiden Journal of International Law*, 2013, Vol. 26, pp. 49-72.

universal, ya que su jurisdicción puede alcanzar a cualquier tipo de controversia jurídica entre cualesquiera Estados de la comunidad internacional.²¹ En este sentido, ahora más que nunca la CIJ sería “una agencia para el desarrollo del Derecho internacional”.²² Una de las técnicas que pueden ayudar a la identificación del carácter constitucional de algunas normas del ordenamiento jurídico internacional es la *judicial cross-citation* entre diferentes tribunales internacionales. El diálogo jurisprudencial y las citas cruzadas entre decisiones judiciales pueden proporcionar a algunas normas un valor normativo reforzado y, a la vez, contribuir a la unidad del Derecho internacional.

C. Las prácticas culturales

Un tercer aspecto del que depende la cualidad constitucional de algunas normas es de las *prácticas culturales* de los miembros de la comunidad internacional. Estas prácticas culturales, que operan a través de un proceso de interacción social en el que los actores dan mayor o menor relevancia a determinadas normas o instituciones,²³ están integradas por un conjunto de elementos informales, escritos o no, de usos, de lenguajes que proporcionan la gramática a través de la cual determinadas normas pueden tener como objetivos la protección de intereses esenciales de la comunidad internacional o funciones básicas de gobierno y funcionamiento en el sistema internacional o en el ordenamiento jurídico internacional y ser reconocidas como tales por dicho grupo social. Estas prácticas culturales de los miembros de la comunidad internacional crean una realidad constitucional al reconocer a algunas normas jurídicas internacionales un carácter constitutivo de las relaciones internacionales y otorgarles un carácter constitucional.

Un buen ejemplo de ello sería el de la regla de reconocimiento de las normas jurídicas internacionales. Por su importancia sistémica para el ordenamiento jurídico internacional, se trata de una norma constitucional cuya constitucionalidad es el resultado de una convención constitutiva que tiene su origen en creencias, actitudes y

²¹ VENZKE, I., “The Role of International Courts as Interpreters and Developers of the Law: Working out the Jurisgenerative Practice of Interpretation”, *Loyola of Los Angeles International Law and Comparative Law Review*, 2011, Vo. 34, pp. 99-131.

²² La expresión ya clásica pertenece a LAUTERPACHT, H., *The Development of International Law by the International Court*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011 (1ª ed. 1958), *passim*.

²³ WIENER, A. y PUETTER, U., “The Quality of Norms is What Actor Make of It: Critical Constructivist Research on Norm”, *Journal of International Law and International Relations*, 2009, vol. 5, pp. 1-16, en especial, p. 12. Estos autores defienden que es posible identificar la cualidad constitucional más allá del Estado porque las normas son lo que los actores hacen de ellas (p. 4). Señalan tres indicadores de la cualidad y aplicación de las normas: la validez formal, el reconocimiento social y la validación cultural (p. 6); también WIERNER, A., *op. cit.*, 2008, p. 5.

comportamientos de los miembros de la comunidad internacional.²⁴ Es decir, dichos miembros, en especial los encargados de identificar y aplicar las normas jurídicas, le han dado validez cultural como una norma constitucional.

D. El contenido y/o funciones

Y, en cuarto lugar, el carácter constitucional no tiene carácter objetivo sino que tiene un fundamento sustantivo y funcional porque depende en unos casos del *contenido* y en otros de las *funciones* de las normas. Por un lado, el carácter constitucional de algunas normas puede explicarse porque desempeñan funciones básicas para la existencia y el gobierno del sistema internacional, al que aportarían orden y estabilidad en las relaciones internacionales; o porque tienen una importancia sistémica para el funcionamiento del ordenamiento jurídico internacional, al que proporcionarían autonomía respecto de la moral y de la política.

Pero, además de su importancia para la estructura tanto del sistema internacional como del ordenamiento jurídico internacional, el carácter constitucional se puede explicar por su importancia sustantiva. Dicho carácter se explica por el hecho de proteger y regular intereses y valores esenciales de la comunidad internacional (por ejemplo, la prohibición de la tortura que tiene por objeto la protección de la dignidad humana o el principio de prohibición del uso de la fuerza que protege el interés esencial en el mantenimiento de la paz y seguridad internacionales). Por tanto, las normas de *ius cogens* formarían parte de la constitución material de la comunidad internacional en razón de su contenido y aportarían legitimidad al sistema jurídico internacional.

II. CARACTERÍSTICAS DE LA CONSTITUCIÓN MATERIAL DE LA COMUNIDAD INTERNACIONAL

La evolución de la comunidad internacional y del Derecho internacional público permite defender la existencia de una constitución material en aquella. La cuestión no

²⁴ El reconocimiento del carácter constitucional de la mayoría de las normas que lo poseen se puede explicar por medio de la deliberación racional en el espacio público internacional con la participación de los miembros de la comunidad internacional. No obstante, algunas normas que desempeñan funciones esenciales para el funcionamiento del sistema jurídico internacional, como la regla de reconocimiento de las normas jurídicas internacionales, puede explicarse como una convención constitutiva que tiene su origen en creencias, actitudes y comportamientos de los miembros de la comunidad internacional. Vid. RODRIGO, A.J. y GARCÍA, C., “La vuelta a la teoría por medio del diálogo científico”, en RODRIGO, A.J. y GARCÍA, C.(eds.), *Unidad y pluralismo en el Derecho internacional y en la comunidad internacional*, Madrid, Tecnos, 2011, pp. 29-32; también VILAJOSANA, J.M., *El derecho en acción. La dimensión social de las normas jurídicas*, Madrid, Tecnos, 2010, p. 154.

está tanto en su existencia como en sus características, funciones, alcance y contenido. Algunos autores señalan que la constitución de la comunidad sería exclusivamente *sustantiva*, concebida tan sólo como "una herramienta académica de investigación (*academic research tool*) adecuada para centrar la actuación sobre las especificidades sustantivas de un grupo particular de normas jurídicas".²⁵ Otros autores, en cambio, postulan una concepción más amplia, más densa (*thick*) que incluiría elementos materiales y procedimentales y proporcionaría mayor legitimidad al Derecho internacional. La constitución material sería en este caso "el conjunto de normas formal y materialmente superiores del Derecho internacional que constituyen el 'background' de todos los demás regímenes especiales y normas del Derecho internacional".²⁶

La constitución material de la comunidad internacional tiene un carácter diferente a las constituciones internas y unas características propias y diferenciales. Aun cuando es posible trasladar la idea de constitución al ámbito internacional y reconocer que algunas ideas básicas del constitucionalismo han migrado hacia las relaciones internacionales y hacia el Derecho internacional,²⁷ como ya se ha advertido, conviene hacerlo con cautela y sin realizar analogías automáticas con los conceptos internos. Se trata, como ha advertido B. Fassbender, de 'un concepto autónomo' en el Derecho internacional antes que de la extrapolación del derecho constitucional de un Estado particular.²⁸ Dicha constitución se caracteriza por su carácter invisible, por tener carácter fragmentario y disperso, por su carácter acumulativo y dinámico, por estar formada por normas de Derecho internacional general que son cualitativamente diferente, por su carácter no consensual y porque sus normas tienen una autoridad reforzada respecto de otras normas internacionales.

1. *Carácter invisible*

²⁵ TOMUSCHAT, Ch., "International Law: Ensuring the Survival of Mankind on the Eve of a New Century: General Course on Public International Law", *R. des C.*, vol. 281, 1999, p. 88. Este autor concluye que "ninguna consecuencia adicional puede vincularse a la caracterización de una regla de Derecho internacional como perteneciente *ratione materiae* a la constitución de la humanidad" (traducción propia).

También SZUREK, S., "Les valeurs de la communauté internationale et la société civil internationale", en CHEMIN, R. y PELLET, A. (dirs.), *La Charte des Nations Unies, Constitution mondiale?*, Paris, Pedone, 2006, p. 46, párr. 23.

²⁶ BESSON, S., "Whose Constitution (s)", en DUNOFF, J.L. y TRACHMAN, J.P. (eds.), *op. cit.*, 2008, p. 387 (traducción propia).

²⁷ El estudio de referencia sobre el tema, incluidas las cautelas necesarias, es el de CHOUDHRY, S. (ed.), *The Migration of Constitutional Ideas*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006.

²⁸ FASSBENDER, B., *op. cit.*, 2005, p. 848.

En la actualidad no existe ningún documento formal y solemne al que pueda considerarse la constitución de la comunidad internacional. Existen, como ya se ha señalado, algunas normas jurídicas en el Derecho internacional que se pueden calificar como constitucionales, ya sea por su contenido o por las funciones que desempeñan. La constitución de la comunidad internacional, como apuntan algunos autores, más que creada *ex novo* debe ser redescubierta en el ordenamiento jurídico internacional existente.²⁹ La constitución material, por tanto, debe ser identificada en el actual sistema jurídico internacional antes que creada de forma sistemática. Dicho redescubrimiento puede ser el resultado de la reinterpretación del ordenamiento jurídico internacional por medio de un nuevo enfoque (el constitucionalismo internacional como perspectiva de análisis); de un nuevo marco conceptual (el derivado del reconocimiento de una dimensión pública en el Derecho internacional); y de un nuevo contexto (la posición y funciones que algunas normas desempeñan en una comunidad internacional que es a la vez una comunidad social, política y jurídica). El ejercicio de reinterpretación basado en un nuevo enfoque, marco conceptual y contexto puede ofrecer nuevos resultados. Los miembros de la comunidad internacional, las normas que tienen por objeto el gobierno del sistema internacional y del ordenamiento internacional, las normas que protegen intereses públicos internacionales, sean esenciales o no, las instituciones creadas para la gestión de los intereses colectivos cobran un nuevo significado en cuanto que forman parte de una *comunidad constitucional global*³⁰ y desempeñan nuevas funciones. El redescubrimiento de las normas que pueden ser calificadas como constitucionales es una tarea en la que no sólo pueden participar los miembros de la comunidad internacional sino en la que tanto la doctrina iusinternacionalista como la jurisprudencia³¹ tienen un papel fundamental.

²⁹ FASSBENDER, B., "Rediscovering...", *op. cit.*, 2008, p. 133; y KENNEDY, D., "The Mystery of Global Governance", en DUNOFF, J.L. y TRACHMAN, J.P. (eds.), *Ruling the World? Constitutionalism, International Law, and Global Governance*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, pp. 37-68, en particular, pp. 39-40.

³⁰ La expresión 'comunidad constitucional global' es de PETERS, A., "Membership in the Global Constitutional Community" en: KLABBERS, J., PETERS, A. y ULFSTEIN, G., *The Constitutionalization of International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2009, pp. 153-262. Esta autora afirma que la consideración de la comunidad internacional como una *comunidad constitucional global* evoca el principio constitucionalista de la democracia y ofrece un marco argumentativo para luchar contra los privilegios de algunos Estados. Además, proporciona explicación para la existencia de las obligaciones *erga omnes*; elimina la distinción entre sujetos originales (*pouvoirs constituants*) y derivados o parciales (*pouvoirs constitués*); postula a las personas naturales como la unidad última de preocupación jurídica, la humanidad y no la soberanía; y produce una reapertura del círculo de miembros de la comunidad global (pp. 154-155).

³¹ Un buen ejemplo de la importancia del diálogo jurisprudencial, de las referencias cruzadas entre decisiones de diferentes tribunales (*cross-citation*) como son los tribunales regionales de protección de

2. *Carácter fragmentario y disperso*

Las normas que integran la constitución material no están en un único instrumento, como ya se ha demostrado respecto de la Carta de las Naciones Unidas,³² ni se encuentran formuladas de forma sistemática. Al contrario, las normas constitucionales internacionales se encuentran en una pluralidad de instrumentos de diferente naturaleza jurídica (la CNU, tratados internacionales, normas consuetudinarias, resoluciones de organizaciones internacionales. Junto a la CNU y al derecho de las Naciones Unidas,³³ tienen especial importancia los que Ch. Tomuschat denomina ‘tratados sobre el orden mundial’ (*world order treaties*), que serían tratados que tienen como objetivo “concretar y elaborar sobre principios que en parte son elementos constitutivos del orden jurídico internacional. No es entonces el tratado el que genera por sí mismo, con efecto constitutivo, nuevos derechos y obligaciones jurídicos; si no que el tratado da expresión a relaciones jurídicas que existían de alguna forma, sin estar claramente definidas, sin embargo”.³⁴ Algunos ejemplos de tales tratados son los Pactos internacionales sobre los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales, la Convención contra la tortura, la Convención contra el *apartheid*, los Convenios de Ginebra y los Protocolos I y II de Derecho internacional humanitario, el Estatuto de la Corte Penal Internacional, etc. Por tanto, su contenido se ha de redescubrir, reconstruir e interpretar a partir de las normas contenidas en una pluralidad de instrumentos jurídicos. Se trata, como ha apuntado B. Fassbender, de un *constitutionalism by-laws*.³⁵

3. *Carácter acumulativo y dinámico: A common law international constitution*

derechos humanos, los tribunales arbitrales y los tribunales internos para la unidad del Derecho internacional en materia de indemnización de daños no materiales es la sentencia de la CIJ de 19 de junio de 2012 en el asunto *Diallo (Indemnización debida por la República Democrática del Congo a la República de Guinea)*. Este ejemplo es una muestra de las posibilidades que puede tener para la identificación de normas constitucionales.

³² CASANOVAS, O. y RODRIGO, A.J., *Compendio de Derecho internacional público*, 6ª ed., Madrid, Tecnos, 2017, pp. 206-210.

³³ SCHACHTER, O., "United Nations Law", *AJIL*, 1994, vol. 88, Nº 1, pp. 1-23, en particular, pp. 7-9 señala que el *derecho de las Naciones Unidas* no está integrado sólo por las disposiciones de la Carta sino también por el *corpus iuris* que ha sido adoptado por o bajo los auspicios de los órganos de las Naciones Unidas. Vid. entre otros desarrollos posteriores de la Carta de especial importancia para la identificación de las normas que integra la estructura constitucional la Resolución 217 (III) que incluye la *Declaración universal de los derechos humanos*, la Resolución 1514 (XV) que contiene la *Declaración sobre la concesión de la independencia a los países y pueblos coloniales* y la Resolución 2.625 (XXV) que incluye la *Declaración relativa a los principios de Derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas*.

³⁴ TOMUSCHAT, Ch., *op. cit.*, 1993, p. 269 (trad. propia).

³⁵ FASSBENDER, B., *op. cit.*, 1998, p. 588 y ss.; y *op. cit.*, 2005, p. 848.

La constitución material de la comunidad internacional tiene también un carácter acumulativo, abierto y dinámico; es decir, es a la vez una realidad y un proyecto en construcción. Por un lado, no es el resultado de un acto constituyente adoptado en un único momento constituyente, sino que es el resultado de la evolución de la comunidad internacional y del Derecho internacional. Ante la inexistencia de un ‘poder constituyente’ en el plano internacional, dicha constitución ha sido formada paso a paso de acuerdo con la evolución de la comunidad internacional y, en particular, de sus principales componentes, los Estados.³⁶ Este carácter acumulativo, resultado de la formación gradual a lo largo del tiempo pero con especial importancia después de la II Guerra Mundial, hace de ella una *common law international constitution* antes que una constitución según el modelo continental.³⁷

Por otro lado, se trata de una constitución abierta y dinámica cuyo contenido, en función de las necesidades sociales, políticas y jurídicas de la comunidad internacional, puede evolucionar bien mediante el reconocimiento social del carácter constitucional de algunas nuevas normas o bien por medio de la interpretación evolutiva de las ya existentes. Así, su contenido puede ampliarse de forma progresiva por medio de nuevas normas a las que la comunidad internacional les reconozca el carácter constitucional bien por su contenido o bien por las funciones que desempeñan. Un ejemplo de la creación de nuevas normas constitucionales son algunas disposiciones contenidas en el Estatuto de Roma de la CPI de 1998, en especial el art. 6 (que tipifica el crimen de genocidio), el art. 7 (crímenes de lesa humanidad), el art. 8 (crímenes de guerra) y el art. 8bis (crimen de agresión), introducido por la Conferencia de Revisión del Estatuto celebrada en Kampala en 2010.³⁸

³⁶ TOMUCHAT, Ch., *op. cit.*, 1999, p. 88; y *op. cit.*, 1993, p. 218 donde señala que la constitución de la comunidad internacional tendría más similitudes con el sistema de gobierno británico que con las constituciones escritas del ámbito continental; también FERNÁNDEZ LIESA y ALCOCEBA, A., "La idea de Constitución y el fenómeno jurídico internacional", en PECES-BARBA, G. y RAMIRO, M.A. (Coords.), *La Constitución a examen: un estudio académico 25 años después*, Madrid, Marcial Pons, 2004, pp. 747-791, en especial, p. 750.

Una crítica de esta equiparación de la constitución internacional con el sistema británico puede verse en FASSBENDER, B., *op. cit.*, 2016, pp. 505-506. Este autor advierte que la comunidad internacional contemporánea carece de casi todas las características que hacen que funcione la ‘constitución política’ de Gran Bretaña, en especial, “que los valores constitucionales profundamente arraigados son aceptados, sostenidos y defendidos por todas las instituciones políticas en un proceso continuo de discusión pública y de rendición de cuentas” (p. 505) (traducción propia).

³⁷ HURRELL, A., *On Global Order. Power, Values, and the Constitution of International Society*, Oxford, Oxford University Press, 2007, p. 53: “If we can talk at all of the constitution of international society, then it is much more like a common law constitution, that is to say a pattern of institutional practices, laws, conventions, and political norms that together define how a society is constituted”.

³⁸ Vid. el Estatuto de Roma. Para el crimen de agresión la Res. RC/Res. 6, aprobada el 11 de junio de 2010 por la Conferencia de Revisión, Anexo I.

Además, el cambio en la constitución puede producirse no sólo por la creación de nuevas normas sino también por cambios en el contenido de las normas constitucionales ya existentes. Algunos ejemplos de esta posibilidad son, por un lado, el principio de libre determinación de los pueblos, que ha evolucionado desde su configuración como un derecho aplicable solo a los pueblos coloniales hasta llegar a ser un derecho del que son titulares también todos los pueblos y otros grupos.³⁹ Y, por otro lado, el ejemplo del principio de no intervención que tiene carácter constitucional por las funciones que desempeña en el sistema internacional y cuyo contenido ha evolucionado para permitir la protección de la propia población del Estado en determinados supuestos en los que tiene la responsabilidad primordial de protegerla y, si no la ejerce, la comunidad puede ejercerla de forma subsidiaria.⁴⁰

4. Autoridad reforzada

Las normas constitucionales son normas que tienen una ‘autoridad reforzada’⁴¹ porque gozan, al menos, de aplicación preferente sobre las demás normas que no poseen tal carácter. Tienen, por tanto, una especie de legalidad superior (*higher law*) respecto a las normas jurídicas ordinarias.⁴² La autoridad reforzada de las normas constitucionales implica admitir que existe una cierta gradación entre las normas de Derecho

³⁹ CASANOVAS, O., *op. cit.*, 1999, pp. 159-176 muestra como el principio de libre determinación de los pueblos ha evolucionado desde su configuración como un derecho aplicable a los pueblos coloniales a ser atribuible a todos los pueblos, a los grupos e incluso a los individuos; también respecto a su ampliación a todos los pueblos GUTIÉRREZ ESPADA, C., *op. cit.*, 1995, p. 48.

Cf. también ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, M.P., "La libre determinación de los pueblos en la nueva sociedad internacional", *CEBDI*, 1997, vol. I, pp. 113-203; MARIÑO MENÉNDEZ, F.M., "Naciones Unidas y el derecho de autodeterminación", en: MARIÑO MENÉNDEZ, F.M. MARIÑO MENÉNDEZ, F.M. (ed.), *Balance y perspectivas de Naciones Unidas en el cincuentenario de su creación*, Madrid, BOE/Universidad Carlos III de Madrid, 1996, pp. 77-110.

⁴⁰ Vid. El Documento Final de la Cumbre Mundial 2005 (doc. A/RES/60/1, párs. 138 y 139) y el Informe del Secretario General, *Hacer efectiva la responsabilidad de proteger* (doc. A/63/677, de 12 de enero de 2009, párs. 1-12

KOHEN, M., "The Principle of Non-Intervention 25 Years after the *Nicaragua* Judgment", *Leiden Journal of International Law*, 2012, vol. 25, pp. 157-164 defiende que la interpretación que la CIJ hizo del principio de no intervención en el asunto de *Nicaragua* (párs. 202-214) constituye un precedente que permite armonizar los desarrollos en materia de protección de los derechos humanos por un lado y la salvaguardia de la soberanía del Estado y del sistema de seguridad colectiva por otro.

⁴¹ La expresión es utilizada por la doctrina francesa pero con dos características principales: tiene un sentido más restringido para incluir sólo a las normas imperativas de Derecho internacional general y es objeto de una crítica vehemente por su fracaso relativo. Vid. WEIL, P., "Le droit international en quête de son identité. Cours général de droit international public", *R. des C.*, vol. 237 (1992-VI), p. 261; también SUR, S., "Quelques observations sur les normes juridiques internationales", *RGDIP*, 1985, N° 4, pp. 903-928, en especial, pp. 910-916.

⁴² LAUTERPACHT, H., "The Convent as the «Higher Law», *BYIL*, 1936, Vol. 17, en particular pp. 54-55, había utilizado ya la expresión para calificar al Pacto de la Sociedad de las Naciones; también MOSLER, H., *op. cit.*, 1973, pp. 31-32 se refiere a los *elementos constitucionales* como *the highest law* de la Comunidad internacional.

internacional general que no está basada en criterios objetivos sino en el reconocimiento de su importancia en el ordenamiento jurídico internacional y en la comunidad internacional.⁴³ En este sentido, ya la Corte Internacional de Justicia, en el asunto de la *delimitación de la frontera marítima en la región del Golfo de Maine*, reconoció también la distinción entre un tipo de normas consuetudinarias relativas a asegurar la coexistencia y la cooperación de los miembros de la Comunidad internacional y las demás que debían ser identificadas por inducción a partir de la práctica y la *opinio iuris*.⁴⁴

Los efectos jurídicos concretos que se derivan de la autoridad reforzada de las normas constitucionales se han de examinar de forma individual antes que de una forma general. En todo caso, en razón del motivo que proporciona a una norma el carácter constitucional, su importancia estructural en el sistema internacional, su contenido sustantivo y su importancia sistémica para el ordenamiento jurídico internacional y del instrumento en el pudieran estar recogidas, se pueden producir diferentes consecuencias jurídicas. En primer lugar, las normas imperativas (*ius cogens*) mantienen una relación de jerarquía respecto de las demás normas, ya que no admiten acuerdo en contrario y los efectos del mismo son la nulidad o la terminación de los tratados internacionales que las contengan o de los actos unilaterales con tal contenido.⁴⁵ Además, en caso de violación grave de una obligación derivada de este tipo de normas se deriva una responsabilidad agravada (art. 41 de los Artículos sobre la responsabilidad internacional del Estado por hecho internacionalmente ilícito). Y, por último, suponen un límite para el legislador.

En segundo lugar, las normas constitucionales que, sin llegar a ser normas de *ius cogens*, se encuentran incluidas en la CNU, según lo previsto de forma expresa en el art. 103, gozan de primacía respecto de las obligaciones derivadas de cualquier otro

⁴³ CASANOVAS, O., *op. cit.*, 1998, pp. 77-78; también SHELTON, A., "Normative Hierarchy in International Law", *AJIL*, vol. 100, pp. 291-323.

TOMUCHAT, Ch., *op. cit.* 1993, pp. 291-309 defiende la posibilidad de distinguir entre diferentes clases de Derecho consuetudinario. Por un lado, estarían las normas consuetudinarias que integran los fundamentos constitucionales de la Comunidad internacional, las derivadas mediante razonamiento deductivo de los mismos (del principio de igualdad soberana y de los valores comunes de humanidad) y las normas de *ius cogens* en las que la identificación y la práctica pueden ser dispensadas (p. 299), bastaría con una conducta que en general fuera consistente con ellas y que las inconsistencias fueran consideradas violaciones y no indicadores de nuevas normas. Y, por otro, lado, las demás normas consuetudinarias, las *contingentes*, que serían el resultado de un proceso inductivo a partir de la práctica internacional y de la *opinio iuris*.

También HENKIN, L., "International Law: Politics, Values and Functions. General Course of Public International Law", *R. des C.*, 1989, Vol. IV, pp. 9-416, defiende la gradación de efectos entre las normas consuetudinarias. Este distingue entre *constitutional norms*, *basic law* y *established customary law* que tendría un carácter ordinario (pp. 52-61).

⁴⁴ *CIJ, Recueil 1984*, para. 111.

⁴⁵ *Cfr.* KOLB, R., "Nulité, inapplicabilité ou inexistence d'une norme coutumière contraire au *ius cogens* universel?", *RGDIP*, 2013, vol. 117, N° 2, pp. 281-298.

convenio internacional para los Estados miembros. Este supuesto suscita, al menos, dos cuestiones: los efectos y el alcance de dicha primacía. La primacía de las normas constitucionales incluidas en la CNU significa que, en caso de conflicto normativo con otras obligaciones derivadas de otros tratados internacionales, aquéllas serán de aplicación preferente y éstas últimas no se aplicarán pero en nada afecta a su validez, a su existencia o a su terminación. Además, tales normas constitucionales serían de aplicación preferente respecto a las obligaciones derivadas de contratos privados, actos unilaterales y normas consuetudinarias.⁴⁶ La segunda cuestión es la relativa a qué normas gozan de dicha primacía, si sólo las normas constitucionales contenidas de forma expresa en la Carta o también a las normas constitucionales que pudieran estar contenidas en las decisiones⁴⁷ o incluso a las autorizaciones⁴⁸ obligatorias adoptadas por sus órganos, en especial, por el Consejo de Seguridad para el mantenimiento de la paz y seguridad internacionales que pudieran tener carácter constitucional. Por tanto, la primacía de las normas constitucionales contenidas o derivadas de la CNU se puede basar en dos argumentos: el primero, más explícito, sería el efecto de la cláusula de supremacía contenida en el art. 103 de la CNU; y el segundo, en mi opinión más sólido, es que dicha primacía se explica por la naturaleza constitucional de las normas en conflicto que, en virtud de la importancia de su contenido y/o funciones, sería de aplicación preferente a las demás normas jurídicas internacionales.

Por último, otras normas constitucionales, que no tienen carácter imperativo y no están recogidas en la CNU, gozarían de primacía, y por ende serían de aplicación preferente, respecto de las normas de carácter ordinario. Éstas no verían afectada ni su existencia ni su validez, sólo que, en algunos supuestos concretos de conflictos normativos, serían desplazadas por otras normas de carácter constitucional.

III. LAS NORMAS CONSTITUCIONALES: UNA TENTATIVA DE SISTEMATIZACIÓN

La doctrina ha utilizado diversas expresiones para hacer referencia al conjunto de principios y reglas que por su contenido y funciones desempeñan un papel fundamental en

⁴⁶ LIIVOJA, R., "The Scope of the Supremacy Clause of the United Nations Charter", *ICLQ*, 2008, vol. 57, pp. 583-612. Este autor defiende que la primacía no alcanzaría a las normas consuetudinarias (pp. 602-612), pero no se plantea el caso de que una de las normas de conflicto tenga carácter constitucional.

⁴⁷ Entre otros, COMBACAU, J., *Le pouvoir de sanction de l'ONU*, Paris, Pedone, 1974, pp. 268 y ss.

⁴⁸ Entre otros, VIRALLY, M., *L'Organisation mondiale*, Paris, Pedone, 1972, p. 188; y más recientemente KOLB, R., "Does Article 103 of the Charter of the United Nations Apply only to Decisions or also to Authorizations Adopted by Security Council?", *ZaöRV*, 2004, vol. 64, pp. 31-35, que aduce razones de eficacia, de equidad funcional, de orden público y de necesidad funcional, entre otras (p. 34).

la comunidad internacional y en el Derecho internacional: principios constitucionales,⁴⁹ elementos constitucionales,⁵⁰ principios estructurales,⁵¹ principios fundamentales,⁵² normas fundamentales⁵³ o estructura constitucional.⁵⁴ No obstante, el sentido de estos términos no siempre es similar puesto que no designan el mismo conjunto de principios y reglas y, además, destacan determinadas funciones específicas de unas u otras normas. Las expresiones que tienen una especial proximidad a la de 'constitución material de la comunidad internacional' son las de orden público internacional⁵⁵ o la de orden público de la comunidad internacional. Este orden público estaría integrado por "principios y reglas cuya ejecución es tal importancia para la Comunidad internacional en su conjunto de forma que cualquier acción unilateral o acuerdo que contravenga tales principios no puede

⁴⁹ CARRILLO SALCEDO, J.A., *Soberanía de los Estados y derechos humanos en derecho internacional contemporáneo*, Madrid, Tecnos, 1985, pp. 15 y 103; y en *Dignidad frente a barbarie. La Declaración Universal de Derechos Humanos, cincuenta años después*, Madrid, Trotta, 1999, *passim*, la utiliza para hacer referencia a la protección de los derechos humanos como uno de los principios constitucionales.

Vid. también DANILENKO, G.M., "The Changing Structure of the International Community: Constitutional Implications" *Harvard International Law Journal*, 1991, vol. 32, Nº 2, p. 353; MARIÑO MENEDEZ, F.M., *op. cit.*, 1993, p. 62.

ORTEGA CARCELEN, M.C., "Naturaleza y evoluciones de los principios fundamentales del Derecho internacional", *REDI*, 1996, vol. XLVIII, Nº 2, pp. 45-70 define los *principios constitucionales* como "aquellas grandes reglas que se identifican por el criterio de su importancia. La raíz «constitucional» se emplea en un sentido general básico, sustentador, esencial" (p. 49). Estos principios, según su contenido, pueden ser de tres tipos: organizativos, fundamentales y nomegenéticos (p. 51).

⁵⁰ MOSLER, H., *op. cit.*, 1973, pp. 31-32; y en "International Legal Community", *EOPIL*, 1984, vol. 7, p. 312.

⁵¹ DÍEZ DE VELASCO, M., *Instituciones de Derecho internacional público*, 12ª ed., Madrid, Tecnos, 1999, pp. 101-105; GONZÁLEZ CAMPOS, J.D., SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, L.I. y ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, M.P., *Curso de Derecho internacional público*, 6ª ed., Madrid, Civitas, 1998, pp. 86-88; ROLDÁN BARBERO, J., *Ensayo sobre el Derecho internacional público*, Almería, Universidad de Almería, Servicio de publicaciones, 1996, pp. 56-67.

⁵² DIEZ BARRADO, C., "La sociedad internacional en busca de un orden constitucional", *Anuario Argentino de Derecho internacional*, 1994-1995, vol. VI, pp. 13-39; GUTIÉRREZ ESPADA, C., *Derecho internacional público*, Madrid, Trotta, 1985, pp. 40-42; ORTEGA CARCELÉN, M.C., *op. cit.*, 1996, pp. 45-70 utiliza esta expresión para hacer referencia a uno de los tres tipos de principios constitucionales; REMIRO BROTONS, A., *Derecho internacional público.1. Principios fundamentales*, Madrid, Tecnos, 1982.

⁵³ Vid. MACDONALD, R.St.J., "Fundamental Norms in Contemporary International Law", *Canadian Yearbook of International Law*, 1987, vol. XXV, pp. 115-149.

⁵⁴ Esta expresión ha sido utilizada ya en la teoría de las Relaciones internacionales con un sentido más restringido por REUS-SMIT, Ch., "The Constitutional Structure of International Society and the Nature of Fundamental Institutions", *International Organization*, 1997, vol. 51, Nº 4, pp. 555-589, para el que las *estructuras constitucionales* son "conjuntos coherentes de creencias intersubjetivas, principios y normas que desempeñan dos funciones para ordenar la sociedad internacional: definen qué constituye un actor legítimo, dotado de todos los derechos y privilegios de la estatalidad; y definen los parámetros básicos de la acción estatal correcta" (p. 566). Son constitucionales, añade este autor, porque "son sistemas de principios básicos que definen y forman las políticas internacionales" y son también estructuras porque "limitan y modulan agentes y agencias y les señalan las vías que tienden hacia resultados comunes incluso aunque los esfuerzos y aspiraciones de los agentes y agencias varíen" (p. 566) (trad. propia).

⁵⁵ Cfr. ROLIN, H., "Vers un ordre public réellement international", en: *Hommage d'une génération de juristes au président Basdevant*, Paris, Pedone, 1960, pp. 441-462 ofrece una síntesis del debate sobre el concepto de orden público internacional en la doctrina iusinternacionalista.

tener fuerza legal".⁵⁶ Aunque se trata de un concepto vago cuyo contenido ha de ser determinado por la práctica internacional, la mayoría de la doctrina entiende que no debe confundirse con ni reducirse al contenido del *ius cogens*, ya que, además de las normas imperativas, incluye otras normas fundamentales del Derecho internacional.⁵⁷ No obstante, "el orden público internacional (*international public policy*) no es idéntico al derecho global constitucional que aboga por la aplicación de principios constitucionales a la sociedad internacional".⁵⁸ Las normas que integran la constitución material de la comunidad internacional no sólo representan límites a la conducta individual o colectiva de sus miembros privando de efectos jurídicos a las acciones unilaterales o colectivas de los mismos. La constitución material tiene un objetivo más amplio y un contenido también más amplio. La constitución material no sólo tiene como objetivo establecer límites a algunas acciones individuales o colectivas sino que pretende sujetar todo el poder al Derecho, regular el poder por medio del Derecho y exigir responsabilidad al poder ante el Derecho. Por ello, la constitución material incluye normas que, además de limitaciones, permiten la organización y gobierno del sistema internacional, exigen determinadas conductas para la protección de intereses esenciales y otorgan poderes y competencias para ello. Además, "la constitucionalización del Derecho internacional implica una opción axiológica, una asunción de valores traducidos jurídicamente en una serie de principios básicos afirmados normativamente".⁵⁹ El contenido de la constitución de la comunidad internacional no es sólo una cuestión de estructura o de sustancia sino que es de estructura y de sustancia. Por tanto, dicho contenido no puede quedar reducido

⁵⁶ MOSLER, H., "International Community As a Legal Community", *R. des C.*, 1973, vol. 140, pp. 33-36 prefiere denominarlo *orden público de la Comunidad internacional* y advierte de la posible confusión de este concepto con el concepto de *ius cogens*, que formaría parte de aquél pero que tiene un significado más reducido; también utiliza la expresión *orden público de la Comunidad internacional* DUPUY, P.M., *op. cit.*, 1995, p. 316.

⁵⁷ JAENICKE, G., "International Public Order", *EOPIL*, 1984, vol. 7, pp. 314-318, en particular, p. 315.

GUTIÉRREZ ESPADA, C., "El orden publico internacional", en RODRIGO, A.J. y GARCÍA, C., (eds.), *op. cit.*, 2011, pp. 411-422 ha defendido que dicha noción incluiría también lo que algunos autores han denominado 'normas de aplicación necesaria' a las que no les sería aplicable la doctrina del objeto persistente.

También KOLB, R., *Theorie du ius cogens international*, Paris, PUF, 2001, p. 172.

⁵⁸ GOWLLAND-DEBBAS, V., "An Emerging International Public Policy", en: FASTENRATH, U. et al., *From Bilateralism to Community Interest. Essays to Honour of Bruno Simma*, Oxford, Oxford University Press, 2011, pp. 241-256, en particular, p. 245 (traducción propia).

⁵⁹ AZNAR, M.J., "La 'constitucionalización' del Derecho internacional", en A.J. Rodrigo y C. García (eds.), *op. cit.*, 2011, pp. 446-458, en p. 458.

Como sostienen MACCORMICK, N. y WEINBERGER, O., *An Institutional Theory of Law: New Approaches to Legal Positivism*, Dordrecht, Reidel, 1986, p.73: "los principios son el punto de encuentro entre las reglas y los valores" (traducción propia).

ni a las normas de *ius cogens* ni tampoco a un conjunto de normas que regulan los conflictos interconstitucionales entre regímenes internacionales.⁶⁰

La identificación del contenido de la constitución material de la comunidad internacional no es tarea fácil dadas las características que se han destacado de dicha constitución. Para ello, mediante un enfoque inductivo es preciso proceder, antes que a su creación, a un redescubrimiento de las normas constitucionales basado en la reinterpretación del ordenamiento jurídico existente por medio de un nuevo enfoque (el constitucionalismo internacional), de un nuevo marco conceptual (el derivado de la dimensión pública del Derecho internacional) y de un nuevo contexto (la actual comunidad internacional como una comunidad que no es exclusivamente interestatal ni cosmopolita y que es una comunidad política sin modelo organizativo definido).⁶¹ En esta tarea son de especial importancia los rasgos examinados de los que depende el carácter constitucional de determinadas normas del Derecho internacional que integrarían, por tanto, la constitución material de la comunidad internacional.

Algunos autores han defendido que el contenido de la constitución material de la comunidad internacional sólo podría estar integrado por normas de carácter sustantivo.⁶² Por contra, en este trabajo se defiende que la constitución material de la comunidad internacional contiene normas de carácter sustantivo y también normas organizativas y procedimentales.⁶³ Por tanto, en dicha constitución se pueden distinguir tres tipos de normas: las normas constitucionales en razón de su importancia esencial para el sistema internacional, las normas constitucionales en razón de su contenido y las normas constitucionales por su importancia sistémica para el ordenamiento jurídico internacional.

1. Los principios organizativos y de gobierno del sistema internacional y de la comunidad internacional.

⁶⁰ La concepción del Derecho internacional constitucional como un meta-derecho constitucional que tendría por objeto únicamente la reducción de conflictos inter-constitucionales es una propuesta de TEUBNER, G., *Constitutional Fragments: Societal Constitutionalism and Globalization*, trad. Norduny, Oxford, Oxford University Press, 2012, pp. 171-173. Una análisis crítico de esta tesis puede verse en RODRIGO, A.J., "El pluralismo radical del constitucionalismo societal: La fragmentación constitucional", *Revista electrónica de estudios internacionales*, 2014, N° 27, pp. 1-16.

⁶¹ RODRIGO, A.J., "El pluralismo del constitucionalismo internacional", *Anuario Español de Derecho Internacional*, 2013, Vol. 29, pp. 61-109; y "Entre *Westfalia* y *Worldfalia*: La comunidad internacional como comunidad social, política y jurídica", en GARCÍA, C., (ed.), *La tensión cosmopolita: Avances y límites en la institucionalización del cosmopolitismo*, Madrid, Tecnos, 2016, pp. 23-63.

⁶² TOMUSCHAT, Ch., *op. cit.*, 1999, p. 88; y SZUREK, S., *op. cit.*, 2006, p. 46.

⁶³ En un sentido similar BESSON, S., *op. cit.*, 2008, p. 387.

Estos principios son normas generales básicas que regulan aspectos fundamentales de la estructura relacional y, en algún caso, de la de cooperación. Su carácter constitucional deriva de la función que cumplen para la existencia del sistema internacional actual y para el funcionamiento de la comunidad internacional contemporánea. Son lo que Ph. Allot denomina *necessary law of nations*, porque regulan las "relaciones jurídicas estructurales que son intrínsecas para la coexistencia de todos los tipos de sociedades subordinadas", determinan los participantes en el sistema jurídico internacional y las condiciones de participación.⁶⁴ Sin estos principios organizativos y de gobierno, el modelo organizativo de la base social que regula el Derecho internacional, es decir, una comunidad internacional que se encuentra entre una comunidad de Estados y una comunidad cosmopolita, sería diferente. Estos principios proporcionan el ADN al sistema internacional y a la comunidad internacional, contribuyen al funcionamiento del mismo, desempeñan una función estructural y son susceptibles de ampliación y evolución.

Una primera enumeración de los principios tradicionales que desempeñan estas funciones podría incluir el principio de igualdad soberana, el principio de arreglo pacífico de las controversias internacionales; el principio de no intervención en los asuntos internos de otros Estados; el principio de cooperación internacional; el principio de inmunidad jurisdiccional y de ejecución del Estado; el principio de inmunidad y de inviolabilidad de los agentes diplomáticos y de los locales diplomáticos; el principio de inmunidad de jurisdicción penal de los funcionarios del Estado; y las reglas que regulan la subjetividad internacional.

El *principio de igualdad soberana* es el principio constitutivo básico del sistema internacional desde la creación del sistema internacional de Estados a partir de los Tratados Westfalia en 1648 hasta la actualidad (entonces concebido como el principio de soberanía).⁶⁵ Es el principio constitutivo esencial que hace que el actual sistema internacional sea como es. Sin entidades soberanas e iguales no existiría un sistema internacional como el actual, tendríamos otro modelo organizativo diferente. El principio de igualdad soberana es una ficción jurídica pero, como afirma P.M. Dupuy, una *ficción*

⁶⁴ ALLOT, Ph., "The Concept of International Law", *EJIL*, 1999, vol. 10, pp. 31-50, en particular, p. 37 (trad. propia).

⁶⁵ BULL, H., *The Anarchical Society. A Study on the Order in World Politics*, 2n.ed., New York, Columbia University Press, 1995, pp. 8-9 y 70.

jurídica constituyente,⁶⁶ que pertenece al “corazón de la constitución de la comunidad internacional”.⁶⁷ No obstante, el hecho de que el principio de soberanía fuera el principio constitutivo del sistema internacional no implica necesariamente que tenga que seguir siendo así, ya que tal principio constitutivo puede evolucionar. De hecho, el propio principio de soberanía evolucionó para convertirse tras la CNU (art. 2.1) en el principio de igualdad soberana. Además, “el principio organizativo último de un sistema es el resultado del proceso y no de su origen genético”.⁶⁸ En este sentido, algunos autores han defendido que el principio de igualdad soberana habría dejado de ser ya el principio constitutivo del sistema internacional y de la comunidad internacional.⁶⁹

2. Las normas constitucionales en razón de su contenido (las normas de *ius cogens*)

Las normas de *ius cogens* dan expresión normativa a los valores e intereses esenciales de la comunidad internacional, forman la identidad de este grupo social en la actualidad y son uno de los principales elementos para la ordenación de las relaciones sociales en ella. Las normas de *ius cogens*, como destacó el juez *ad hoc* J. Dugard, son “una mezcla de principios y de políticas. De una parte, enuncian los principios superiores del Derecho internacional [...]; y de otra parte, dan forma jurídica a las políticas y objetivos fundamentales de la comunidad internacional [...]”.⁷⁰

Su condición de normas constitucionales deriva de su contenido, del hecho de proteger valores e intereses esenciales de la comunidad internacional en su conjunto. Estas normas son normas imperativas de Derecho internacional general que se caracterizan por su

⁶⁶ DUPUY, P.M., "Unité de l'ordre juridique internationale", *R. des C.*, vol. 297 (2002), pp. 9-490, en particular, pp. 261. Este autor afirma que el recurso a la técnica de la ficción jurídica no tiene por objeto la negación de la realidad social sino "la economía de su demostración".

⁶⁷ TOMUSCHAT, Ch., *op. cit.*, 1993, p. 291.

⁶⁸ TOLLAKSEN, J., "New Insights from Quantum Theory on Time, Consciousness, and Reality", en S. HAMEROFF, S., KASZNIAK, A. y SCOTT, A., (eds.), *Toward a Science of Consciousness*, Cambridge, Cambridge MA, MIT Press, 1996, pp. 551-567, citado por WENDT, A., "Why a World State is Inevitable", *EJIR*, 2003, Vol. 9(4), pp. 491-552, en particular en p. 528.

⁶⁹ En la Teoría de las Relaciones Internacionales, los autores englobados en el postinternacionalismo que defienden un sistema internacional bifurcado compuesto por Estados y por otras comunidades fragmentadas de actores no estatales sostienen que la soberanía ya no es el principio ordenador de la política internacional. Vid. ROSENAU, J., *Turbulence in World Politics: A Theory of Change and Continuity*, Princeton, Princeton University Press, 1990; también MORENO, D., "The Limits of Sovereignty in a Bifurcated World", en: HOBBS, H.H., (eds.), *Pondering Postinternationalism. A Paradigm for the Twenty-First Century?*, Albany, University of New York Press, 2000, pp. 25-37, en especial, pp. 35-36.

En la ciencia del Derecho internacional PETERS, A., "Humanity as the Λ and Ω of Sovereignty", *European Journal of International Law*, 2009, vol. 20, N° 3, pp. 513-544.

⁷⁰ Opinión individual del juez *ad hoc* John Dugard en el asunto de las *actividades armadas en el territorio del Congo (Nueva Demanda: 2002) (República Democrática del Congo c. Rwanda)*, Competencia del tribunal y admisibilidad de la demanda, sentencia de 3 de febrero de 2006, pár. 10 (trad. propia).

contenido, por su alcance, por su superioridad jerárquica, por su reconocimiento, por sus efectos jurídicos respecto de otras normas y por las consecuencias agravadas en caso de incumplimiento.⁷¹ El relator especial de la CDI sobre “las normas imperativas de derecho internacional (*ius cogens*)”, D. Tladi, distingue entre los elementos característicos de las normas de *ius cogens* y los criterios para su determinación. Las características de las normas imperativas serían que reflejan y amparan valores o intereses fundamentales de la comunidad internacional, su superioridad jerárquica respecto a otras normas internacionales y su aplicación universal a todos los Estados. Los criterios para identificar y determinar las normas de *ius cogens* son dos: deben ser normas de Derecho internacional general y el reconocimiento y aceptación por la comunidad internacional de Estados en su conjunto de que no admiten acuerdo en contrario.⁷²

El contenido es un requisito fundamental que caracteriza a una norma como norma de *ius cogens*. “La especial naturaleza de su objeto”⁷³ es la regulación y protección de valores e intereses esenciales de la comunidad internacional como algunos derechos humanos básicos (la vida, la integridad física, la prohibición de la tortura, del *apartheid*, del genocidio, etc.), la paz y seguridad internacionales (el principio de prohibición del uso de la fuerza) o la libre determinación de los pueblos. En suma, las normas imperativas refuerzan y protegen el *ethos* de la actual comunidad internacional.⁷⁴

Algunos autores tienen una concepción más amplia del *ius cogens* de forma que incluyen en el todas las normas generales básicas o los principios fundamentales por su importancia estructural. G. Schwarzenberger equiparó los principios fundamentales por su importancia estructural con el *ius cogens*. Para este autor un principio es un principio fundamental cuando sólo puede ser eliminado del Derecho internacional al precio de la destrucción del propio Derecho internacional ya que forma necesariamente del orden

⁷¹ CASANOVAS, O. y RODRIGO, A.J., *op. cit.*, 2017, p. 46.

ORAKHELASHVILI, A., *Peremptory Norms in International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2008, pp. 67-82, por su parte, señala que sus características distintivas son su carácter incondicional y su inderogabilidad.

⁷² TLADI, D., *Segundo informe sobre el ius cogens*, doc. A/CN.4/706, de 16 de marzo de 2017.

⁷³ Vid. el comentario de la Comisión de Derecho Internacional al Proyecto de artículos sobre el derecho de los tratados en el *Anuario C.D.I.*, 1966, vol. II, pp. 271-272; también SIMMA, B., *op. cit.*, 1994, p. 288 y 292 para el que lo esencial de las normas de *ius cogens* es que consagran valores que no están a disposición de los Estados individuales.

⁷⁴ CONKLIN, W.E., “The Peremptory Norms of the International Community”, *EJIL*, 2012, Vol. 23, N 3, pp. 837-861, en especial, pp. 855-860.

público internacional.⁷⁵ G. Abi-Saab, por su parte, distingue en las normas generales básicas del Derecho internacional entre las *normas imperativas sistémicas*, que son inherentes al concepto de Derecho o sistema legal, que están impuestas por la lógica o la necesidad jurídica para que un sistema jurídico funcione, y las *normas imperativas sustantivas*, las normas de *ius cogens* de la comunidad internacional cuya violación debe tener un sistema agravado de responsabilidad.⁷⁶ Esta distinción ha sido elaborada y conceptualizada por R. Kolb por medio de las nociones de *ius cogens sistémico* y de *ius cogens de interés público*. El primero incluiría las reglas imperativas para las necesidades lógicas vinculadas al funcionamiento del sistema jurídico internacional, mientras que el segundo comprendería las normas para la salvaguarda de intereses fundamentales de la comunidad internacional.⁷⁷

No obstante, el elemento característico específico de las normas de *ius cogens* no es si dicha norma es indestructible o imprescindible para el sistema jurídico internacional. El número de normas de *ius cogens* ha ido aumentando después de la II Guerra mundial conforme evolucionaba la comunidad internacional y se identificaban y compartían intereses y valores compartidos de una determinada sociedad, la comunidad internacional, en un determinado momento, por ello, tiene carácter dinámico y evolutivo. Además, no todas las normas que son importantes o indispensables para la existencia del sistema jurídico internacional o para el sistema internacional tienen el carácter de normas de *ius cogens*.⁷⁸ Por ello, es preferible reservar la expresión de normas de *ius cogens* para aquellas normas imperativas de Derecho internacional general que regulan y protegen intereses y valores esenciales de la comunidad internacional.

En segundo lugar, las normas de *ius cogens* tienen un alcance general ya que son de aplicación universal, son aplicables a todos los Estados, y de ellas se derivan obligaciones *erga omnes*. Son, por tanto, normas de Derecho internacional general pero que reúnen algunas características especiales.

⁷⁵ SCHWARZENBERGER, G., "The Fundamental Principles of International Law", *R. des C.*, Vol. 87 (1955), pp. 191-385, en particular, pp. 326-328. Algunos ejemplos, según este autor, serían el principio del consentimiento y el principio de buena fe.

⁷⁶ ABI-SAAB, G., "The Uses of Article 19", *EJIL*, 1999, vol. 10, N° 2, p. 349; Este autor afirma que muchos aspectos del Estatuto de la CIJ en materia de procedimiento serían normas de *ius cogens*: vid. "Cours général de Droit international public", *R. des C.*, 1987-V (vol. 207), pp. 9-464, en particular, p. 259.

⁷⁷ KOLB, R., *Theorie du ius cogens international*, Paris, PUF, 2001, pp. 172-173 y pp. 181 y ss.

⁷⁸ En este sentido, SIMMA, B., *op. cit.*, 1994, p. 288 puntualiza que no todas las normas importantes y aun indispensables para la existencia y funcionamiento del Derecho internacional son normas de *ius cogens*; también ORAKHELASHVILI, A., *op. cit.*, 2008, pp 44-47.

En tercer lugar, las normas imperativas se caracterizan porque tienen una autoridad reforzada respecto a las demás normas. Esta especial intensidad de sus efectos jurídicos se manifiesta por medio de una relación jerárquicamente superior respecto a otras normas del ordenamiento jurídico internacional.⁷⁹

En cuarto lugar, el carácter imperativo de tales normas no deriva del consentimiento de los Estados,⁸⁰ sino de una forma especial de *opinio iuris*, “la convicción de la existencia de un derecho o una obligación jurídica de carácter imperativo”, es decir, de una *opinio iuris cogentis*.⁸¹ En la identificación y en el reconocimiento de dicho carácter pueden participar todos los Estados miembros de la comunidad internacional a través de cualesquiera de sus órganos (legislativo, ejecutivo o judicial), la doctrina iusinternacionalista, la CDI y otras instituciones, pero en la que tiene una especial trascendencia las decisiones de los tribunales internacionales, en especial, de la CIJ.⁸² En dicha práctica se observa una progresiva evolución que ha pasado de calificarlas como principios fundamentales del ordenamiento jurídico a pronunciarse de forma explícita y específica sobre la condición de normas de *ius cogens* de algunas de ellas.

Una quinta característica fundamental de las normas de *ius cogens* es el no estar disponibles para la voluntad individual de los Estados. Por ello, dado que no admiten acuerdo en contrario en sus relaciones con otras normas y obligaciones internacionales, los conflictos normativos producen efectos jurídicos de especial intensidad ya que provocan la nulidad o la terminación de los tratados internacionales y de los actos unilaterales contrarios a las mismas.

⁷⁹ TLADI, D., *op. cit.* 2017, párrs. 23-27; y las conclusiones de los trabajos del Grupo de Estudio sobre la fragmentación del Derecho internacional, *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 2006, vol. II, segunda parte, cap. XII, párrs 33 y 34.

⁸⁰ HAMEED, A., "Unravelling the Mystery of *Ius Cogens* in International Law", *British Yearbook of International Law*, 2013, Vol. 84, N° 1, pp. 52-102

⁸¹ Informe de la CDI de 2016, Doc. A/71/10, Supl. 10, p. 115; D. Tladi, *Segundo informe...*, *op.cit.*, 2017, p. 77. Esta explicación la había apuntado ya REMIRO, A., *Principios de Derecho internacional*, Madrid, Tecnos, 1981, pp. 65-66; también de WET, E., “*Ius cogens* and obligations *erga omnes*”, en SHELTON, D., (ed.), *Oxford Handbook of International Human Rights Law*, Oxford, Oxford University Press, 2013, p. 542; y VIDMAR, J., “Norms conflicts and hierarchy in international law: towards a vertical international legal system?”, en de WET, E. y VIDMAR, J., (eds.), *Hierarchy in International Law: The Place of Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2011, p. 25.

⁸² ZEMANEK, K., “How Identify Peremptory Norms of International Law”, en: DUPUY, P.M. et al (eds.), *Commons Values in International Law. Essays in Honour of Ch. Tomuschat*, Kehl, Engel, pp. 1103 y ss.; TAVERNIER, P., “L’identification des règles fondamentales- un problème résolu?”, en TOMUSCHAT, Ch. y THOUVENIN, J-M., (eds.), *The Fundamental Rules of the International Legal Order. Ius Cogens and Obligations Erga Omnes*, The Hague, Martinus Nijhoff, 2006, pp. 1-20; y KADELBACH, S., “*Ius Cogens*, Obligations *erga omnes* and other Rules- The Identification of Fundamental Norms”, en TOMUSCHAT, Ch. y THOUVENIN, J-M.(eds.), *op. cit.*, 2006, pp. 21-40.

Y, por último, se caracterizan porque su violación genera, además de las consecuencias generales de todo hecho internacionalmente ilícito, algunas consecuencias específicas que agravan la responsabilidad como son la obligación positiva de cooperar para poner fin a la situación creada y las obligaciones negativas de no reconocer como lícita y de no prestar ayuda o asistencia para mantener esa situación (art. 41 de los artículos sobre responsabilidad internacional del Estado).⁸³

Un examen global de su origen, evolución e identificación permite afirmar que este tipo de normas, que por su contenido forman parte de la constitución material de la comunidad internacional, todas ellas son posteriores a la II Guerra mundial; que se ha incrementado su número conforme ha ido evolucionando la comunidad internacional al dejar de ser exclusivamente interestatal para pasar a incluir también a otros miembros y a los intereses esenciales de los mismos;⁸⁴ y, porque en los últimos años ha aumentado la práctica internacional que califica a normas concretas como normas de *ius cogens*.⁸⁵

Algunas de las normas a las que se les ha reconocido el carácter de normas imperativas, unas veces de forma indirecta y otras de forma expresa, son: el principio de prohibición de la amenaza o uso de la fuerza;⁸⁶ las normas básicas del derecho internacional humanitario que deben ser respetadas en todos los lugares y circunstancias⁸⁷,

⁸³ Cfr. CASTELLOE, D., *Legal Consequences of Peremptory Norms in International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017.

⁸⁴ CANÇADO TRINDADE, A.A., "International Law for Humankind: Towards a New *Ius Gentium* - General Course on Public International Law – Part I", *R. des C.*, 2005, vol. 316, Cap. XII, pp. 336-346 va más allá y sostiene que el *ius cogens* constituye un auténtico *ius gentium* e integraría el Derecho internacional de la humanidad de nuestros días.

⁸⁵ Una recopilación reciente de las normas, de la práctica estatal e internacional y de las decisiones judiciales de diferentes tribunales internos e internacionales relativas al *ius cogens* puede verse en los dos primeros informes del Relator especial D. Tladi sobre el tema, docs. A/CN.4/693, de 8 de marzo de 2016 y A/CN.4/706, de 16 de marzo de 2017; también en ESPALIÚ, C., "El *ius cogens* ¿salió del garaje?", *REDI*, 2015, vol. 67, N° 1, pp. 93-121, en particular, en pp. 109-115.

⁸⁶ La Corte Internacional de Justicia en el asunto de *las actividades militares y para militares en Nicaragua y en contra de Nicaragua* destacó que las partes en dicho litigio estaban de acuerdo en el carácter imperativo de dicha norma, de su condición de norma de *ius cogens* (vid. *CIJ, Recueil 1986*, para. 190).

Asimismo, la Comisión de Derecho Internacional, en su proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados considera que "una violación grave de una obligación internacional de importancia esencial para el mantenimiento de la paz y la seguridad internacional, como la que prohíbe la agresión" constituye un crimen internacional (art. 19.3.a/).

⁸⁷ La Corte Internacional de Justicia, en el asunto de *las actividades militares en Nicaragua y contra ella*, reconoció su importancia (vid. *CIJ, Recueil 1986*, para. 218) y en la opinión consultiva sobre *la legalidad de la amenaza o uso de las armas nucleares*, concluyó que "constituyen principios intransgredibles del derecho internacional consuetudinario" (*CIJ, Recueil 1996*, para. 79).

Una enumeración sintética de las normas básicas de Derecho internacional humanitario puede verse en el *Boletín* de 6 de agosto de 1999 del Secretario General de las Naciones Unidas que extiende la aplicación a las fuerzas de las Naciones Unidas los principios y reglas fundamentales de Derecho internacional humanitario (vid. *RDI*, 1999, vol. LXXXII, N° 4, pp. 1177-1181).

en particular, las que prohíben los crímenes contra la humanidad y el genocidio,⁸⁸ la norma que prohíbe matar a los civiles en territorio ocupado y la que impide deportar a los civiles y a los prisioneros de guerra para destinarlos a trabajos forzados,⁸⁹ y cuya violación da origen a una responsabilidad internacional agravada de individuos y Estados respecto a la cual ya existe, en el caso de los individuos, una importante práctica internacional;⁹⁰ las normas de protección de los derechos humanos, especialmente aquellas que integran el denominado *núcleo duro* de los mismos⁹¹ (el derecho a la vida y a la integridad física, la prohibición del genocidio, de la tortura,⁹² de la esclavitud, del *apartheid*, de los tratos humillantes y degradantes, de las condenas dictadas y de las ejecuciones sin previo juicio ante un tribunal legítimamente constituido);⁹³ el principio que prohíbe causar daños graves y duraderos al medio ambiente tanto sometido a la jurisdicción estatal como al de los espacios situados más allá de la jurisdicción estatal;⁹⁴ y el principio de libre determinación de los pueblos.⁹⁵

⁸⁸ Vid. La sentencia de 14 de enero de 2000 del Tribunal Penal para la antigua Yugoslavia en el asunto *Prosecutor v. Kupreski et al.* (caso N° IT-95-16-T), pág. 520.

⁸⁹ La CIJ, en su sentencia de 3 de febrero de 2012, en el asunto de las *inmunidades jurisdiccionales del Estado (Alemania c. Italia; Grecia, interviniente)*, par. 93 reconoció de carácter de *ius cogens* de tales normas.

⁹⁰ Vid. CASANOVAS, O., "Derecho internacional humanitario en los conflictos armados (II): La protección de las víctimas y la aplicación de sus normas", en: DIEZ DE VELASCO, M., *op. cit.*, 1999, pp. 863-882.

⁹¹ Una lista de las normas de protección de derechos humanos que tendrían carácter de *ius cogens* puede verse en *Third Restatement*, p. 702.

⁹² La CIJ en su sentencia de 20 de julio de 2012 en el asunto sobre las *Cuestiones relativas a la obligación de perseguir o extraditar* (Bélgica c. Senegal), par. 99 ha calificado la norma que prohíbe la tortura como una norma de *ius cogens*; también el Tribunal para la antigua Yugoslavia en el asunto *Prosecutor v. Anto Furundzija* (case n IT-95-15/1-T 10, Trial Chamber, Judgment, 10 december 1998, pars. 153-157 y 183 consideró que la norma que prohíbe la tortura es una norma de *ius cogens*. Cfr. de WET, E., "The Prohibition of Torture as an International Norm of *ius cogens* and Its Implications for National and Customary Law", *EJIL*, 2004, vol. 15, N 1, pp. 97-121.

⁹³ CARRILLO SALCEDO, J.A., *Soberanía de los Estados y derechos humanos en Derecho internacional contemporáneo*, Madrid, Tecnos, 1995, p. 105 señala que el *núcleo duro* de los derechos humanos, "*en tanto que expresión jurídica de una conciencia jurídica universal: la del rechazo de la barbarie*" (cursiva en el original), está integrado por los derechos contenidos en el art. 3 común de los Convenios de Ginebra de 1949 y por algunos de los proclamados en la Declaración universal de los derechos humanos, que son absolutos e inderogables, y que forman parte del *ius cogens* al que han contribuido a dar concreción y precisión jurídica (pp. 106-111).

Vid. también la resolución sobre «La aplicación del derecho internacional humanitario y de los derechos fundamentales en los conflictos armados en los que son parte entidades no estatales», adoptada por el *Institut de Droit International* en su sesión de Berlín de 1999 (reproducida en *RDI*, 1999, vol. LXXXII, N° 4, pp. 1188-1192), en la que se concluye que los principios básicos de derecho internacional humanitario y los derechos humanos fundamentales son aplicables a todas las partes del conflicto, con independencia de su carácter estatal o no estatal, y en todas las circunstancias; que el respeto a estas normas está bajo supervisión de la Comunidad internacional; y que la violación de las mismas habilita a los órganos de Naciones Unidas a adoptar todas las medidas apropiadas.

⁹⁴ Algunas formulaciones, no del todo coincidentes, se hallan en el principio 21 de la Declaración sobre el medio humano, adoptada en Estocolmo en 1972 y en el principio 2 de la Declaración de Río sobre el medio ambiente y el desarrollo sostenible, adoptada en Río de Janeiro en 1992, en el art. 19.3.d/ del proyecto de artículos sobre la responsabilidad internacional de los Estados elaborado por la Comisión de Derecho

3. Normas de importancia sistémica para el ordenamiento jurídico internacional

El tercer grupo de normas constitucionales estaría integrado por aquellas normas que tienen una importancia sistémica fundamental para la organización y funcionamiento del ordenamiento jurídico internacional. Son las normas que constituyen la estructura del sistema jurídico internacional y que permiten su funcionamiento como son algunas de las normas fundamentales sobre la creación y la aplicación de las normas jurídicas internacionales. La doctrina ha utilizado diversas expresiones para referirse a ellas que, en algún caso, conviene matizar: *derecho internacional constitucional moderno o necesario*, creado por medio de un ‘consensus informal’ entre los Estados en la fase de formación del Derecho internacional moderno;⁹⁶ *normas constitucionales de organización del ordenamiento internacional* para hacer referencia a las normas secundarias que regulan funciones esenciales del mismo;⁹⁷ *principios generales sobre la naturaleza del derecho internacional*;⁹⁸ *normas sistémicas*;⁹⁹ derecho constitucional sistémico;¹⁰⁰ o *meta-rules*, para destacar que son “reglas sobre cómo el conjunto de otras reglas han sido creadas, cómo han entrado en vigor, cómo son implementadas y quién, en caso de diferencias sobre

Internacional (vid. Doc. A/51/332, de 30 de julio de 1996).

La Corte Internacional de Justicia ha dicho, respecto a una formulación concreta del mismo, la obligación general que tienen los Estados de velar para que las actividades ejercidas en los límites de su jurisdicción o bajo su control respeten el medio ambiente de otros Estados o de zonas que no estén sometidas a jurisdicciones nacionales, que forma parte "del *corpus* de normas de Derecho internacional del medio ambiente". Vid. la opinión consultiva sobre la *legalidad de la amenaza o del uso de armas nucleares*, (CIJ, *Recueil* 1996, para. 29) y el asunto *Gabcíkovo-Nagymaros*, (CIJ, *Recueil* 1997, para. 53).

⁹⁵ La Corte Internacional de Justicia, en el asunto del *Timor oriental*, declaró que "el principio del derecho de los pueblos a disponer por ellos mismos es uno de los principios esenciales del derecho internacional contemporáneo, que tiene un valor *erga omnes*" (vid. *CIJ, Recueil* 1995, para. 103).

⁹⁶ VERDROSS, A., *Die Quellen des universellen Völkerrechts: Eine Einführung*, Rombach, 1973, p. 20, citado por FASSBENDER, B., *op. cit.*, 2016, pp. 491-492. Este autor advierte que estas normas serían “más una constitución del Derecho internacional que una constitución de la comunidad internacional” (p. 492).

⁹⁷ Vid. MARIÑO MENÉNDEZ, F.M., "Situaciones jurídicas subjetivas constitucionales en el Derecho internacional", *Cursos Euromediterráneos Bancaja de Derecho Internacional*, Vol. III (1999), pp. 315-361, en particular, pp. 330-340. Este autor señala que este tipo de normas son "normas que organizan funciones del propio ordenamiento internacional" (creación, reconocimiento, aplicación, solución pacífica de controversias o responsabilidad). Dado que regulan "conductas relativas a normas [pueden] ser denominadas *normas de segundo orden*, además de su denominación más tradicional de *normas de organización*" (p. 324).

⁹⁸ AREND, A.C., *Legal Rules and International Society*, Oxford, Oxford University Press, 1999, p. 60, aunque estos principios tienen un contenido más reducido.

⁹⁹ ZEMANEK, K., "Legal Foundations of International System", *R. Des C.*, 1997, vol. 266, p. 62 habla de *normas sistémicas* entendiendo por ellas las normas que regulan el funcionamiento del sistema jurídico, incluidas las relativas a la creación, que son necesariamente universales en el sentido de que obligan a todos y a cada uno de los miembros, ya que de otra forma el sistema no podría funcionar.

¹⁰⁰ HENKIN, L., *op. cit.*, 1989, p. 60 utiliza dicha expresión para hacer referencia exclusivamente a las normas de *ius cogens*. También utiliza la expresión “submerged rules of the game...” en *How Behave the Nations: Law and Foreign Policy*, 2d ed., 1979, pp. 20-21 para referirse a las reglas básicas que proporciona el Derecho internacional a las relaciones internacionales.

su interpretación y aplicación, es competente para arreglar tal diferencia".¹⁰¹ Algunos autores han propuesto la expresión *ius cogens sistémico*¹⁰² para denominar a las consideradas reglas imperativas para las necesidades lógicas del funcionamiento del sistema jurídico internacional. Pero, como ya se ha argumentado anteriormente, el verdadero carácter de las normas de *ius cogens* no deriva de su importancia para las necesidades lógicas del ordenamiento jurídico sino de su contenido, del hecho de proteger y regular el *ethos* de la comunidad internacional. Por ello, es preferible reservar la expresión para ese tipo de normas y utilizar la de 'normas constitucionales por su importancia sistémica para el ordenamiento jurídico internacional' antes que la de *ius cogens sistémico*.

Algún autor ha defendido incluso que el carácter constitucional derivaría de la naturaleza sistémica del Derecho internacional. Las cualidades sistémicas del Derecho internacional, derivadas de la interrelación entre normas primarias y secundarias, añadiría una cualidad diferente, la constitucionalización del ordenamiento jurídico internacional que representa un grado de refinamiento mayor que la simple obligatoriedad de las normas jurídicas.¹⁰³

El elemento especial que permite atribuirles carácter constitucional deriva de la función que desempeñan en el sistema jurídico. Se trata de normas primarias o, en su gran mayoría, de normas secundarias que desempeñan funciones esenciales para la organización y funcionamiento del ordenamiento jurídico internacional. En el reconocimiento de la importancia sistémica pueden tener una gran importancia, por un lado, el *pedigrí* de tales normas, en especial en el caso de las normas secundarias, el que posean legitimidad de origen que derive "del arraigo y de su antigüedad en la historia y la cultura" de la comunidad internacional.¹⁰⁴ Por otro lado, pueden contribuir a él las prácticas culturales de los miembros de la comunidad internacional, en especial, las prácticas jurídicas de los Estados, de las instituciones internacionales relacionadas con la creación y aplicación del

¹⁰¹ TOMUSCHAT, Ch., *op. cit.*, 1993, p. 216. Esta concepción de las normas constitucionales como *meta-rules* es semejante a la noción de normas secundarias de H. Hart. Sin embargo, señala que tales *meta-rules* pueden tener carácter formal o sustantivo (por ejemplo, la prohibición del uso de la fuerza), en cuyo caso ya no serían normas secundarias sino normas primarias.

¹⁰² ABI-SAAB, G., *op. cit.*, 1999, p. 349; también R. Kolb, *op. cit.*, 2001, p. 171-172.

¹⁰³ PAULUS, A.L., "The International Legal System as a Constitution", en: DUNOFF, J.L. y TRACHMAN, J.P., *Ruling the World? Constitutionalism, International Law and Global Governance*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, pp. 69-109, en particular, pp. 72-75.

¹⁰⁴ FRANCK, Th.M., "The Legitimacy in the International System", *AJIL*, 1988, vol. 82, pp. 725-735; y *The Power of Legitimacy among Nations*, Oxford, Oxford University Press, 1990, pp. 94-95 destaca que el *pedigrí* es un requisito especialmente importante para la legitimidad de las normas secundarias del Derecho internacional.

Derecho internacional (CDI, tribunales internacionales) y de la comunidad de iusternacionalistas, el denominado "colegio invisible de internacionalistas".¹⁰⁵

La identificación de este tipo de normas constitucionales es una cuestión abierta y sometida a debate, pero una primera enumeración a título tentativo podría incluir, entre las normas primarias, el principio de buena fe para el cumplimiento de las obligaciones contraídas, el principio del consentimiento y el principio *pacta sunt servanda* que explican la obligatoriedad de algunas obligaciones internacionales.

Entre las normas secundarias sobre la identificación de las normas internacionales, se pueden apuntar los criterios de identificación que derivan de la regla de reconocimiento sobre la costumbre y sobre los principios generales de Derecho.¹⁰⁶ Estas reglas de identificación tienen un carácter constitucional porque su función es regular el tránsito de lo político a lo jurídico; es decir, identificar qué aspiraciones políticas se pueden convertir en normas jurídicas. Su constitucionalidad deriva de la función que desempeñan: el ser el control de la puerta de entrada entre el proceso político en la comunidad internacional hasta determinar su relevancia jurídica.

Entre las normas secundarias de creación y cambio estarían algunas de las relativas a los tratados internacionales como el principio *pacta tertiis*, las reglas básicas sobre la interpretación de los tratados, entre ellas el principio de interpretación sistémica;¹⁰⁷ algunas reglas sobre la nulidad y terminación de los tratados como la coacción sobre un Estado por medio de la amenaza o el uso de la fuerza (art. 52) o sobre el representante del Estado (art. 51), la violación grave de un tratado (art. 60), la imposibilidad subsiguiente de cumplimiento (art. 61), el cambio fundamental de las circunstancias (art. 62).

Entre las normas secundarias relativas a la aplicación de las normas se pueden enumerar el principio de primacía del Derecho internacional sobre el derecho interno;¹⁰⁸ la regla que impide invocar el derecho interno para justificar el incumplimiento de un tratado internacional (art. 27 CVDT);¹⁰⁹ la regla sobre el objetor persistente que es una norma

¹⁰⁵ SCHACHTER, O., "The Invisible College of International Lawyers", *Northwestern University Law Review*, 1977, Vol. 72, pp. 217-226.

¹⁰⁶ CASANOVAS, O., "Unidad y pluralismo en derecho internacional público", *Curso Euromediterráneo de Derecho Internacional*, vol. II, 1998, pp. 84-86 y 130-132.

¹⁰⁷ MCLACHLAN, C., "The Principle of Systemic Integration and Article 31 (3)(c) of the Vienna Convention", *ICLQ*, 2005, vol. 54, pp. 279-320 lo califica como una regla que tiene el estatuto de norma constitucional (p. 280); ANDRÉS, P., "El principio de integración sistémica y la unidad del Derecho internacional", en RODRIGO, A.J. y GARCÍA, C. (eds.), *op cit.*, 2011, pp. 356-374.

¹⁰⁸ Vid. la opinión consultiva de la CPJI sobre la *Cuestión de las 'comunidades greco-búlgaras'*, de 31 de julio de 1930, (*Serie B, N 17*, p. 32).

¹⁰⁹ También la opinión consultiva de la Corte Permanente de Justicia Internacional sobre el *trato a las nacionales polacos o a otras personas de origen o lengua polaca en el territorio de Danzing* (CPJI, *Série*

secundaria sobre el ámbito de aplicación de una norma consuetudinaria o sobre su oponibilidad;¹¹⁰ el principio general de Derecho que establece que todo hecho internacionalmente ilícito de un Estado o de una organización internacional genera responsabilidad internacional (art. 1 de los correspondientes Artículos sobre la responsabilidad internacional de los Estados de 2001 [ARIE] y de las organizaciones internacionales de 2011 [ARIOI]);¹¹¹ y el principio de que la responsabilidad internacional produce dos consecuencias básicas: el cese del incumplimiento si el hecho continúa (art. 30.a/ Estados) y la obligación de reparar íntegramente el perjuicio causado (art. 31.1 Estados).¹¹²

CONCLUSIONES

En este trabajo se ha defendido y argumentado la existencia de normas jurídicas internacionales que tiene un carácter constitucional. Su *constitucionalidad* deriva de su validez formal (son normas de un Derecho internacional general cualitativamente diferente); del reconocimiento social en la comunidad internacional que se puede calificar como una *opinio iuris constitutionis*; de las prácticas culturales existentes en la actualidad respecto a tales normas que las perciben como normas constitucionales; y del contenido y/o funciones que desempeñan para dicha comunidad. Tales normas constitucionales conformarían la constitución de la comunidad internacional entendida en sentido material. Dicha constitución se caracteriza por su carácter invisible, por su carácter fragmentario y disperso, por su carácter acumulativo y dinámico antes que por estar escrita de forma sistematizada, y por su autoridad reforzada respecto a otras normas jurídicas internacionales. El contenido de la constitucional material de la comunidad internacional se puede sistematizar, en una primera tentativa, en tres tipos de

A/B, N° 44, p. 24); también Kelsen, H., *General Theory of Law and State*, Cambridge (MA), Harvard University Press, 1945, p. 388.

¹¹⁰ GREEN, J.A., *The Persistent Objector Rule in International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2016, p. 3.

¹¹¹ Vid. el comentario de la CDI al art. 1 de los Artículos sobre responsabilidad internacional de los Estados (par. 3) en el Informe de la Comisión de Derecho Internacional (doc. A/56/10, Supl. 10, pp. 45-46). También el comentario al art. 3 de los Artículos sobre responsabilidad internacional de las organizaciones internacionales en el Informe de la CDI (doc. A/66/10, Supl. 10, pp. 86-87).

¹¹² NOLLKAEMPER, A., "Constitutionalization and the Unity of Law of International Responsibility", *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 2009, vol. 16, pp. 535-563, afirma que el Derecho internacional tradicional de la responsabilidad internacional tenía como objetivo la protección de los derechos "subjetivos" de los Estados pero, ahora, además, tiene como funciones proteger la integridad del sistema jurídico internacional y, en algunos supuestos, con la ampliación de la legitimación para exigir la responsabilidad internacional sin necesidad de ser Estado lesionado, la función de proteger el interés público.

normas constitucionales: los principios organizativos y de gobierno del sistema internacional y de la comunidad internacional; las normas constitucionales en razón de su contenido (las normas de *ius cogens*); y las normas de importancia sistémica para el ordenamiento jurídico internacional.

La idea de una constitución material de la comunidad internacional no es sólo una “herramienta académica de investigación adecuada para centrar la atención sobre las especificidades sustantivas de un grupo particular de normas jurídicas” de la que no puede derivar consecuencias jurídicas adicionales.¹¹³ Aquí se defiende que, aunque no esté bien identificada la naturaleza, efectos y características que pueden tener la idea y la identificación de una constitución material de la comunidad internacional, parece que es algo más que una simple herramienta analítica. Es verdad que no están claras cuáles pueden ser las consecuencias jurídicas adicionales de la existencia de una constitución material y de la calificación de algunas normas jurídicas internacionales como normas constitucionales, pero existen ya algunos indicios tanto en la práctica institucional y estatal como en la jurisprudencia y en la doctrina. Por un lado, la atribución de carácter constitucional a algunas normas se utiliza para dar visibilidad y reconocer la importancia que tiene el contenido y/o funciones de dichas normas para la gobernanza del sistema internacional y del propio ordenamiento jurídico internacional. En segundo lugar, se derivan algunas ventajas de la autoridad reforzada de las normas constitucionales en los supuestos de relaciones con otras normas que no tengan dicho carácter. La intensidad de los efectos jurídicos concretos (primacía o jerarquía u otros posibles criterios como la ponderación) dependen de cada caso concreto. En tercer lugar, los tribunales internacionales prefieren evitar el conflicto entre las normas constitucionales por medio de diferentes estrategias argumentativas: la CIJ ha distinguido en función de la distinta naturaleza y momento de aplicación en el caso de las relaciones entre las normas imperativas (que tienen un carácter sustantivo y operan en el momento de decidir) y las normas sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados (calificadas por ella como normas procedimentales que operan *in limine litis*);¹¹⁴ y el TEDH ha recurrido a una presunción de compatibilidad (rebatible) entre las

¹¹³ TOMUSCHAT, Ch., *op. cit.*, 1999, p. 88.

¹¹⁴ Asunto relativo a las *Inmunidades jurisdiccionales de los Estados [Alemania c. Italia; Grecia (interviniente)]*, de 3 de febrero de 2012 (*ICJ, Reports, 2012*, párs. 93-96); vid. una crítica de esta estrategia en ESPÓSITO, C., «*Ius Cogens and Jurisdictional Immunities of States at the International Court of Justice: A Conflict Does Exist*», *Italian Yearbook of International Law*, 2011, vol. 21, pp. 161-174.

normas contenidas en resoluciones del Consejo de Seguridad que imponen sanciones selectivas para el mantenimiento de la paz y las normas que protegen derechos humanos.¹¹⁵ En cuarto lugar, se pueden identificar algunas consecuencias jurídicas adicionales en materia de interpretación ya que tiene un mayor potencial fertilizador sobre las normas ordinarias y, además, en dicha interpretación se puede recurrir a principios de interpretación como el principio de integración sistémica, el armonización sistémica, etc. Y, por último, implican un plus en materia de aplicación ya que se puede defender la existencia de una presunción de aplicación preferente de las normas constitucionales respecto de las normas ordinarias. En definitiva, las normas constitucionales contribuyen a reforzar el carácter sistémico del ordenamiento jurídico internacional y a profundizar en su complejidad, apertura y refinamiento dada la autoridad reforzada de tales normas.

La defensa y argumentación de la existencia de normas constitucionales en el Derecho internacional que integrarían una constitución en sentido material debe analizarse como parte de un proceso de constitucionalización de la comunidad internacional. Este proceso no es el resultado de la evolución natural de las relaciones internacionales, sino que es construido socialmente, es el resultado de las decisiones sociales, políticas y jurídicas adoptadas en la comunidad internacional que tiene como objetivo someter el poder dentro del Derecho, la protección de los derechos fundamentales y la regulación del interés público global. La constitucionalización de la comunidad internacional, por tanto, es algo más que la simple regulación jurídica de las relaciones internacionales (*legalization*). Representa un modelo determinado de regulación de dichas relaciones que proporciona orden y estabilidad al sistema internacional, legitimidad a las normas constitucionales derivada de su contenido (el proteger y regular intereses y valores esenciales de la comunidad internacional) y autonomía al ordenamiento jurídico internacional. La constitución material de la comunidad internacional es también en cierto sentido una idea, junto a otras, para cambiar normas.

La idea de la existencia de una constitución material de la comunidad internacional es un concepto autónomo respecto de las concepciones existentes en el

¹¹⁵ Ésta ha sido la estrategia utilizada por el TEDH en varias sentencias recientes: el asunto *Al-Jedda*, sentencia de 7 de julio de 2011, pár. 102; el asunto *Nada c. Suiza*, sentencia de 12 de septiembre de 2012, pár. 170; y el asunto *Al-Dulimi c. Suiza*, sentencia de 21 de junio de 2016, pár. 140.

constitucionalismo estatal vinculado a un Estado, un texto escrito y un poder constituyente. En el constitucionalismo internacional, dicha idea tiene rasgos propios ya que no existe un poder constituyente, ni se prevé un momento constitucional para la adopción de una constitución formal escrita. No obstante, se trata de una idea que tiene una gran capacidad para estimular, incentivar y contribuir a la evolución de la comunidad internacional y del Derecho internacional en dicha dirección. En este sentido, dicha idea tiene una innegable función simbólica que tiene manifestaciones propias que inspiran la práctica de instituciones internacionales, Estados, actores no estatales y doctrina iusinternacionalista en esta dirección.