

**Víctor Bazán (Argentina)\***

# **La tarea de control de constitucionalidad de los tratados y convenios internacionales por la jurisdicción constitucional.**

## **Un análisis en clave de Derecho Comparado**

### **I. Introducción, señalamiento de los perfiles del trabajo y anticipo de la posición aquí defendida**

En primer lugar, se abordará un señalamiento de las soluciones que, desde el plano de las respectivas normativas constitucionales, ofrece el Derecho Comparado de los países que adoptaron en Iberoamérica la institucionalización de Tribunales o Cortes Constitucionales<sup>1</sup> en relación con la problemática del control de constituciona-

---

\* Profesor titular (catedrático) de las asignaturas Derecho Constitucional y Derecho Internacional Público y Comunitario de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Católica de Cuyo (San Juan, República Argentina). Miembro titular e integrante del Comité Ejecutivo de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional.

<sup>1</sup> Si bien en Venezuela no se ha instituido un Tribunal o Corte Constitucionales, igualmente hemos decidido incluir el análisis del ordenamiento venezolano en el presente trabajo, por cuanto allí se ha diseñado recientemente un interesante sistema en materia de control de constitucionalidad de los tratados y convenios internacionales, por el que el ejercicio de tal competencia queda monopolizado concentrada y preventivamente en la Sala Constitucional del Tribunal Supremo.

De cualquier modo, no se nos escapa la existencia en el Derecho Constitucional Comparado iberoamericano de otros antecedentes de creación de Salas Constitucionales en las respectivas Cortes Supremas, mas cuyo análisis desbordaría los propósitos específicos del presente trabajo. Baste, al efecto ilustrativo, dejar reseñados algunos ejemplos sobre el particular: a) en El Salvador, la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia (artículo 174); b) en Nicaragua, la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia (artículo 163); c) en Costa Rica, la Sala Constitucional (Sala Cuarta) de la Corte Suprema de Justicia (artículo 10); d) en Paraguay, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia (artículo 258).

lidad de los tratados y convenios internacionales,<sup>2</sup> intercalando, asimismo, algunas respuestas brindadas por aquellos órganos de jurisdicción constitucional. Ello en función de la innegable importancia hermenéutica que dichos pronunciamientos ostentan, pues en definitiva en tales entidades jurisdiccionales converge la competencia relativa al ejercicio del control de constitucionalidad de los instrumentos internacionales, cualesquiera sean los modelos de fiscalización constitucional imperantes en los ordenamientos correspondientes al contexto examinado, a saber: “concentrados”, en los que se verifica la atribución exclusiva de la facultad examinadora a un órgano *ad hoc* y autónomo; “duales o paralelos”, en los que confluyen, en el mismo sistema normativo y sin fusionarse, los modelos difuso y concentrado);<sup>3</sup> o “mixtos”, que resultan (valga la tautología) de la mixtura de elementos constitutivos de los dos modelos clásicos que dan lugar a un *tertium* que ni es lo que son los dos anteriores ni algo enteramente autóctono y original.<sup>4</sup>

El recorrido proyectado, que incluirá el análisis de los casos de Bolivia, Colombia, Chile, Ecuador, Guatemala, Perú y Venezuela, y —claro está— dejando a buen resguardo las peculiaridades de los respectivos sistemas de control de constitucionalidad diseñados en cada uno de tales ordenamientos, no persigue una mera yuxtaposición de datos del Derecho Comparado, sino que intenta comprometerse en la búsqueda de los perfiles consonantes y disonantes que ellos evidencian, para pasar a proponer nuestra visión personal respecto del tema en análisis, sin eludir la formulación de una proposición de *lege ferenda* para la hipótesis de eventuales reformas constitucionales, revisiones que, por lo demás y en algunos casos, se encuentran en trance de discusión, por ejemplo, en Bolivia, Chile y Perú.

La cuestión anunciada (contralor constitucional de los instrumentos internacionales por los Tribunales Constitucionales —en los supuestos de Bolivia, Chile, Ecuador y Perú—; las Cortes Constitucional colombiana y de Constitucionalidad guatemalteca, y la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia venezolano) se

---

<sup>2</sup> Sin perjuicio de que la expresión *tratados internacionales* puede entenderse comprensiva del resto de las denominaciones, por ejemplo, de las de *acuerdos internacionales*, *convenios internacionales*, etc. (artículo 2.1.a de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados —de 1969—), utilizamos la de *tratados y convenios internacionales* dado que —como se apreciará en el desarrollo del trabajo— la terminología empleada por las diversas normativas constitucionales (y, en algún caso, infraconstitucional) analizadas no es unívoca al respecto, y alude a *tratados o convenios internacionales*, *tratados y convenios internacionales* o, simplemente, *tratados internacionales*. En consecuencia, y aun cuando aquella expresión pueda ser considerada impropia o redundante, igualmente nos valdremos de ella por resultar suficientemente abarcativa de las opciones léxicas volcadas en los cuerpos normativos en examen.

<sup>3</sup> Empleamos ilustrativamente la categorización taxonómica ofrecida por Domingo García Belaunde, *Derecho Procesal Constitucional*, Temis, Santa Fe de Bogotá, 2001, pp. 133 y ss.

<sup>4</sup> Cf. *ibídem*, p. 132.

vincula con una problemática de mayor magnitud: la presencia o la ausencia de disposiciones expresas que determinen el modo de recepción de las normas convencionales y los principios consuetudinarios internacionales en el Derecho Interno y el sitio que ellos ocupan entre las fuentes del ordenamiento jurídico doméstico.

Como factores de análisis para una visión integral del problema, no cabría soslayar —*inter alia*— la creciente interdependencia de los Estados, la imposibilidad de aislamiento frente a los fenómenos de globalización e integración económica, la necesaria imagen de seriedad y confiabilidad hacia la comunidad internacional sustentada en la garantía de la seguridad jurídica fronteras adentro y la solidificación de la política de cumplimiento de los compromisos internacionales que acometa el Estado en cuestión. En esa realidad contextual no nos parece que la temática en estudio (tipologías de examen de la constitucionalidad de los instrumentos internacionales) recepte una importancia menor o secundaria; tampoco, que sea indiferente que un determinado ordenamiento jurídico diseñe normativamente o habilite jurisprudencialmente un control de constitucionalidad represivo o posterior de los tratados y convenios internacionales en vigor.

Con lo anterior, desnudamos anticipadamente nuestra percepción sobre el particular, en el sentido de que, una vez que el instrumento internacional en cuestión se encuentre en vigor y plenamente *integrado* en el ordenamiento jurídico interno, resultaría inconveniente la posibilidad de habilitar a su respecto un control de constitucionalidad *a posteriori*, pues —hipotizando—, ¿qué sucedería si el órgano jurisdiccional pertinente concluyera que éste es total o parcialmente inconstitucional? Percibimos que tal alternativa podría coadyuvar al vaciamiento del contenido axiológico y jurídico de la exigencia que se impone a todo Estado en punto a honrar sus compromisos internacionales, no supondría —precisamente— respetar los principios generales del derecho<sup>5</sup> de las naciones civilizadas y, ya en particular, las pautas *pacta sunt servanda* (norma fundamental de todo el Derecho de los Tratados), buena fe e improcedencia de alegar disposiciones de Derecho Interno para justificar el incumplimiento de los acuerdos internacionales,<sup>6</sup> y, por el contrario, propiciaría el

---

<sup>5</sup> Se ha advertido que los *principios generales del Derecho* no deben ser confundidos con los *principios generales del Derecho Internacional*, ya que éstos están recogidos por el Derecho Internacional convencional o consuetudinario, mientras que aquéllos no siempre lo han sido; se afirma también que los *principios del Derecho Internacional* no son fuente por sí mismos del Derecho Internacional, sino sólo manifestaciones de éste, corporizadas a través de costumbres o convenciones (Ernesto de la Guardia, *Derecho de los tratados internacionales*, Ábaco, Buenos Aires, 1997, p. 41).

<sup>6</sup> Paralelamente a tal obligación de carácter negativo en cabeza del Estado que ha ratificado o aprobado un tratado internacional, coexiste un deber positivo trasuntado en la carga de “introducir en su legislación las modificaciones que sean necesarias para asegurar la ejecución de los compromisos adquiridos” (CPJI, Serie B, O.C. de 21 de febrero de 1925, “Intercambio de poblaciones griegas y turcas”, n° 10, p. 20; cf. Emmanuel Roa Ortiz, “Tratados internacionales y control previo de constitucionalidad:

demérito de la seguridad jurídica y la potencial responsabilidad internacional<sup>7</sup> del país en cuestión.

Colateralmente, afirmamos que en orden a superar y justificar las precedentemente enunciadas violaciones y consecuencias negativas no nos parece convincente ni suficientemente sólido uno de los argumentos con que se pretende legitimar el control represivo de los instrumentos internacionales, sustentándolo en que, para poder dar origen en sede interna al proceso que conduzca, verbigracia, a la denuncia del tratado, es menester que exista un pronunciamiento *desencadenante* en tal sentido por parte del respectivo órgano de jurisdicción constitucional. Es que las eventuales *inconveniencias* o *dificultades* políticas, estratégicas, jurídicas o de cualquier otra índole sobrevinientes que genere un instrumento internacional pueden ser verificadas por los órganos constitucionales competentes en los respectivos ordenamientos (Poder Ejecutivo, con el complemento participativo —si fuere del caso— del Poder Legislativo) para movilizar el proceso de rigor que transporte a la decisión política de denunciarlo, lo que, por su parte, guardaría armonía con el principio de paralelismo de las competencias debido a que quien ostenta constitucionalmente la atribución de obligar internacionalmente al Estado y manifestar exógenamente esa voluntad estatal, también la recepta para expresarla en aras de concluir o terminar el mencionado vínculo convencional internacional, con las limitaciones y los efectos determinados por la Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados.

Pensando —hipotéticamente— en un supuesto de descalificación *a posteriori* del tratado por inconstitucional, el órgano jurisdiccional sólo podría —eventualmente— declarar la *inaplicabilidad* del tratado, mas no su nulidad (como supondría la decisión de inconstitucionalidad de la ley en los sistemas de control concentrado de constitucionalidad), puesto que aquella sanción nulificante puede fundarse exclusivamente en las causas establecidas en el derecho internacional (cf. artículo 42.1 de la Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados), no pudiendo ser determinada unilateralmente por una de las partes, aunque —como enseña Díez de Velasco respecto del derecho español— también la inaplicación significaría incurrir en *responsabilidad internacional*.<sup>8</sup>

---

Una propuesta para evitar que la impartición de justicia sea motivo de responsabilidad internacional para el Estado mexicano”, en Diego Valadés y Rodrigo Gutiérrez Rivas [coords.], *Memoria del IV Congreso Nacional de Derecho Constitucional* [“Justicia”], t. I, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2001, p. 188 y nota 46).

<sup>7</sup> Ya en el caso de la Fábrica de Chorzow, el Tribunal (Corte) Permanente de Justicia Internacional (luego reemplazado por la Corte Internacional de Justicia) dijo: “*es un principio de Derecho Internacional, e incluso una concepción general del Derecho, que toda violación de un compromiso implica obligación de reparar*” —énfasis añadido— (CPJI, Serie A, n° 17, p. 24).

<sup>8</sup> Manuel Díez de Velasco, *Instituciones de Derecho Internacional Público*, t. I, 8ª ed., Tecnos, Madrid, 1988, pp. 177-178.

Luego de sostener que España incurriría en responsabilidad internacional, matiza tal afirmación sosteniendo que el Estado tendría varias opciones, aunque reconoce que ellas no serían “nada fáciles”.

Corresponde, claro está, no perder de vista la necesidad de actuar con mesura y prudencia al momento de negociar, concluir, firmar, aprobar y ratificar los tratados y convenios internacionales, cuidando que las cláusulas de éstos no violen precepto constitucional alguno, en aras de preservar la *supremacía constitucional*. De cualquier modo, en un sistema de control *preventivo y potestativo*, si existiera “duda fundada” acerca de la posibilidad de lesión constitucional, quedaría habilitada la competencia del tribunal competente para verificar la verosimilitud de aquel estado de duda y, en su caso, descalificar el instrumento internacional si, como resultado de ese examen previo de constitucionalidad a cargo de tal órgano, se constatará una efectiva colisión de su preceptiva con la Constitución Política.

De ello se infiere que adscribimos al modelo de contralor *previo* de constitucionalidad, mas añadiéndole la modalidad *obligatoria* de ejercicio de dicha actividad fiscalizadora, que —pensamos— prefigura una mayor dosis de seguridad en beneficio del despliegue vivencial de los instrumentos internacionales una vez incorporados al ordenamiento jurídico interno correspondiente y luego de haber superado sin sobresaltos el forzoso tamiz preventivo al que fuera sometido para alejar el peligro de una contradicción con el texto de la Ley Fundamental.

Sin embargo, cuando el tratado o el convenio hayan sido suscritos, aprobados, ratificados y con comunicaciones de ratificación canjeadas (o cumplimentado el mecanismo estipulado por el instrumento en cuestión) y tales actividades hayan sido ejecutadas por las respectivas autoridades nacionales con competencia para dichos menesteres, sin que mediara cuestionamiento constitucional (en la hipótesis del control previo facultativo) o con la declaración de constitucionalidad por el Tribunal pertinente (en el caso del contralor previo obligatorio), habiéndose integrado los instrumentos internacionales al plexo normativo respectivo, es razonable entender extinguida la competencia del tribunal para efectivizar el control de constitucionalidad respecto de aquéllos, quedando potencialmente subsistente, verbigracia, la vía de la denuncia<sup>9</sup> como salida alternativa.

---

Al respecto, y si la sentencia fuese de *inconstitucionalidad externa*, permitiría a España alegar internacionalmente la nulidad del tratado siguiendo el procedimiento previsto en los artículos 65 a 68 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, aunque también —dice— podría subsanarse el vicio del consentimiento iniciándose nuevamente, de forma correcta, el procedimiento previsto constitucionalmente para la prestación del consentimiento. Por su parte, y si la sentencia declarara la *inconstitucionalidad interna* del tratado, puntualiza que, entre varias opciones, podría concertarse con la otra parte para dar por terminado o suspendido (total o parcialmente) el tratado, o modificarlo en el punto en cuestión; asimismo, y si el tratado lo permite, éste podría ser denunciado, aunque la denuncia no surtiría efectos hasta agotado el plazo del preaviso, enfrentando —en todo caso— la responsabilidad internacional a que hubiese lugar por el período de inaplicación; y, por último, estima que podría iniciarse el procedimiento de reforma de la Constitución con el objeto de compatibilizarla con el tratado y, al eliminarse el conflicto con aquélla, éste podría aplicarse plenamente (op. cit., p. 178).

<sup>9</sup> Según la óptica de Barboza, al respecto no existirían mayores inconvenientes si el tratado en cuestión contuviera expresamente la posibilidad de denuncia. Si nada dijera, cabría siempre la posibilidad de encontrar que ha habido una cláusula tácita en tal sentido (artículo 56 de la Convención de Viena

## II. Recorrido por la normativa constitucional comparada y referencia a ciertos casos jurisprudenciales relevantes

De acuerdo con lo anticipado, valorando —*mutatis mutandi*— la afirmación que da cuenta que *el derecho propio no es el único posible*<sup>10</sup> y dado que siempre resulta enriquecedor recurrir a la metodología comparatista, acometeremos un recorrido por el Derecho Constitucional de los Estados de la región andina, para visualizar qué tratamiento normativo dispensan, desde las correspondientes Cartas Fundamentales a la ardua problemática del control constitucional de los tratados internacionales, intercalando —además y en ciertos casos— algunos precedentes verificables en las respectivas praxis jurisdiccionales.

A continuación, recorreremos sucesivamente los casos de Bolivia, Colombia, Chile, Ecuador, Guatemala, Venezuela y Perú. Veamos:

### 1. Bolivia

#### A. Una alusión al modelo de control de constitucionalidad vigente. Presentación del elenco normativo relacionado con la problemática en análisis

Por conducto de la reforma constitucional de 1994 se creó normativamente y se dio albergue en la Ley Fundamental al Tribunal Constitucional (en adelante: TC), plasmándose una importante modificación al sistema de control de constitucionalidad hasta entonces vigente en Bolivia; tanto es así que el artículo constitucional 116.IV declara que “el control de constitucionalidad se ejerce por el Tribunal Constitucional”, en torno de lo cual se ha afirmado que en Bolivia, reforma constitucional de 1994 mediante, se produjo la incorporación a la Constitución del modelo de control concentrado de constitucionalidad.<sup>11</sup> Por su parte, y en función de la previsión del artículo 228 *ibídem*, que establece que la Constitución Política es la ley suprema del ordenamiento jurídico nacional y que los tribunales, jueces y autoridades la aplicarán con preferencia a las leyes, Eguiguren Praeli indica que, en realidad, se trata de un sistema formalmente mixto con indudable tendencia hacia un modelo concentrado;<sup>12</sup>

---

de 1969 sobre el Derecho de los Tratados), para lo que debería demostrarse “que fue intención de las partes admitir la posibilidad de denuncia o retiro” —artículo 56.1.a— o que ello “pueda inferirse de la naturaleza del tratado” —artículo 56.1.b— (cf. Julio Barboza, *Derecho Internacional Público*, Zavalía, Buenos Aires, 2001, p. 136).

<sup>10</sup> Paráfrasis de la afirmación de G. Gorla en el libro colectivo dirigido por S. Cassese, *Guida alla Facoltà di Giurisprudenza*, 3ª ed., Bolonia, 1984, pp. 91-92; citado por José L. Cascajo Castro y Manuel B., García Álvarez, en el “Estudio introductorio” a la obra: *Constituciones extranjeras contemporáneas*, 3ª ed., Tecnos, Madrid, 1994, p. 12.

<sup>11</sup> Jorge Asbun, *Derecho Constitucional General*, Universidad Privada de Santa Cruz de la Sierra y Academia Boliviana de Derecho Constitucional, Santa Cruz de la Sierra, 2001, p. 257.

<sup>12</sup> Francisco Eguiguren Praeli, *Estudios constitucionales*, ARA, Lima, 2002, p. 266.

añade García Belaunde que aquel Tribunal es parte integrante del Poder Judicial, el que puede ejercer el control difuso.<sup>13</sup>

Específicamente en el artículo 120, atribución 9ª, viene fijada la competencia del TC para conocer y resolver “la constitucionalidad de tratados o convenios con gobiernos extranjeros u organismos internacionales”.

Colateralmente, permítasenos indicar que la Constitución confiere al Presidente de la República la potestad de “negociar y concluir tratados con naciones extranjeras; canjearlos, previa *ratificación* [sic] del Congreso” —sobremarcado agregado— (artículo 96, atribución 2ª); además, acuerda al Poder Legislativo la de “aprobar los tratados, concordatos y convenios internacionales” (artículo 59, atribución 12ª).

En cumplimiento del mandato constitucional contenido en el artículo 121.iv, se dictó la ley n° 1.836 del TC —de 1 de abril de 1998—, la que fue reformada el 24 de mayo de 1999, por virtud de la ley n° 1.979.

La competencia discernida al Tribunal en el citado artículo 120, 9ª, de la Constitución Política ha sido desarrollada por medio de los artículos 113 a 115 de la ley n° 1.836 del TC, regulatoria del procedimiento de consulta a este órgano cuando emerja “duda fundada” acerca de la constitucionalidad de los tratados o convenios internacionales, trámite que deberá observarse con carácter previo a la “ratificación” de éstos.

Por último, es posible verificar que el texto constitucional no contiene previsiones expresas referentes a la recepción de la norma internacional en el sistema del Derecho interno del Estado boliviano; ni a la determinación del lugar jerárquico que en dicho sistema ocupa la norma internacional.

Tal carencia normológica provoca que la labor jurisprudencial del TC recepte, en el particular, una innegable plusvalía como instrumento hermenéutico idóneo para desentrañar la posición que los señalados instrumentos internacionales adquieren de cara a la legislación interna.

#### *B. El TC y la consulta acerca de la constitucionalidad de tratados y convenios internacionales. La regulación legal*

El procedimiento de la consulta, su trámite, la declaración que expida el TC y los efectos de ésta han sido detallados en el capítulo XIII (“De la constitucionalidad de tratados o convenios internacionales”) del título cuarto (“De los procedimientos constitucionales”) de la ley n° 1.836, modificada por la ley n° 1.979.

De un análisis de la regulación legal de la cuestión, surge que se está ante la presencia de una hipótesis de control *previo* de constitucionalidad de los tratados o convenios internacionales, ejercitable por el TC antes de la sanción de la ley de aprobación de aquéllos. Como tendremos oportunidad de verificar *infra*, dicho control *no tiene carácter obligatorio ni automático*.

---

<sup>13</sup> García Belaunde, op. cit., p. 139.

El procedimiento puede ser iniciado por el Presidente del Congreso Nacional cuando en dichos instrumentos internacionales exista “duda fundada” acerca de su constitucionalidad. En tal caso, y con resolución camaral expresa, deberá enviarlos en consulta al TC *antes de su ratificación*. Se nos ocurre que el momento legal oportuno para formular el requerimiento de consulta es aquel en el que el texto esté definitivamente fijado, sin que puedan someterse al TC borradores, anteproyectos o propuestas previas.

En torno a la legitimación activa para formalizar la consulta, se ha sostenido que la previsión establecida por la ley n° 1.836 constituye una restricción ilegítima, dado que, al acordarla sólo al Presidente del Congreso Nacional y sujetarla a una decisión camaral aprobada por mayoría, “deja a la voluntad del o los partidos gobernantes la toma de decisión y, por ende, el planteamiento de la consulta, lo que disminuye las posibilidades de que pueda ejercitarse el control previo”, con lo que se restringe —según esta óptica— el derecho de las minorías parlamentarias, por cuanto en muchos casos en que éstas propongan la realización de la consulta, salvo que se obtengan acuerdos previos, “en la votación la mayoría oficialista impedirá la aprobación de la resolución camaral, ya que en el fondo se trata de someter al control de la jurisdicción constitucional un tratado o convenio suscrito por el gobierno”.<sup>14</sup>

El reduccionismo plasmado en la ley, con relación a la legitimación, ha sido criticado por Fernández Segado, quien acota que en este punto concreto el legislador se ha separado, tanto del texto del anteproyecto redactado por la Comisión (que legitimaba al Presidente de la República, al Presidente del Congreso Nacional o a un tercio de los miembros de ambas Cámaras), como del anteproyecto finalmente remitido al Congreso (que lo hacía respecto del Presidente del Congreso Nacional, a petición de un representante nacional apoyado por la mayoría absoluta de votos).<sup>15</sup> El catedrático español juzga que no es razonable que el Presidente de la República haya quedado privado de legitimación, sobre todo si se toma en consideración que la negociación y la conclusión de tratados internacionales —previa ratificación del Congreso— es una de sus atribuciones constitucionales —artículo 96, 2ª, de la Ley Fundamental.<sup>16</sup>

También se ha precisado que, una vez sancionada la ley de aprobación del tratado o convenio internacionales, no puede plantearse la consulta respectiva, es decir que el órgano ejecutivo no está facultado a someter aquellos instrumentos al control

---

<sup>14</sup> José A. Rivera Santivañez, *Jurisdicción constitucional*, Academia Boliviana de Estudios Constitucionales, Cochabamba, 2001, pp. 212-213.

<sup>15</sup> Francisco Fernández Segado, “La jurisdicción constitucional en Bolivia: La Ley Núm. 1.836, de 1 de abril de 1998, del Tribunal Constitucional”, *Cuadernos Constitucionales México-Centroamérica*, n° 40, Centro de Estudios Constitucionales México-Centroamérica, Universidad Nacional Autónoma de México-Corte de Constitucionalidad de Guatemala, México, 2002, p. 84.

<sup>16</sup> *Ibidem*, pp. 84-85.

previo antes de promulgar la ley de su aprobación ni de proceder a la correspondiente ratificación, pues ello implicaría un desplazamiento de la legitimación activa que, por ley, viene deferida al Poder Legislativo y no al Ejecutivo.<sup>17</sup>

En cuanto a los requisitos de la presentación,<sup>18</sup> y más allá de la exigencia de formulación por escrito de la petición, la adjunción de los instrumentos pertinentes para acreditar la personalidad jurídica y la existencia de la resolución camaral expresa y demás documentos de rigor (v. g., texto del tratado o convenio internacionales), etc., deberá precisarse en términos claros y concretos en qué consiste la duda de constitucionalidad de dichos instrumentos internacionales, individualizarse la/s norma/s de la Ley Fundamental potencialmente violada/s por ellos y fundamentarse acabadamente y suficientemente las razones que originan el estado de duda que motoriza la consulta.

Una vez recibida la consulta por el TC, éste dispondrá la citación del Ministro de Relaciones Exteriores, en representación del Poder Ejecutivo y con noticia del Presidente del Congreso Nacional, a fin de que el aludido Ministro exprese, en el plazo de quince (15) días, su opinión fundada acerca de la consulta; luego de lo cual, el TC emitirá “declaración constitucional”, en el término de treinta (30) días.

Dicha “declaración” tendrá efecto vinculante.

La ley describe dos hipótesis relativas a los efectos de la “declaración constitucional” a efectuar por el TC. Veamos:

- En el supuesto de que el TC declarara que el tratado o convenio es contrario a la Constitución, el instrumento *no podrá ser aprobado*;
- por su parte, si el objeto de la consulta y posterior declaración del TC giraran en torno de tratados o convenios multilaterales, la calificación de inconstitucionalidad de alguna de sus cláusulas no impedirá la aprobación de aquéllos, siempre que se formule reserva<sup>19</sup> que refleje la decisión del TC.

---

<sup>17</sup> Rivera Santivañez, op. cit., p. 215.

<sup>18</sup> Cuyos lineamientos vienen determinados, paralelamente a la ley n° 1.836, por el Reglamento de Procedimientos Constitucionales.

<sup>19</sup> Cabe aclarar que, en los términos del artículo 2.1.d de la Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados, se entiende por *reserva* una declaración unilateral, cualquiera sea su enunciado o denominación, hecha por un Estado al firmar, ratificar, aceptar o aprobar un tratado o al adherirse a él, con el objeto de excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones del tratado en su aplicación a ese Estado.

Acerca de la pretendida “unilateralidad” de la reserva, no deja de ser interesante traer a colación la reflexión de De la Guardia, quien sostiene que aquélla es un *acto unilateral aparente*, pues si bien es *unilateral* en su formulación, sólo produce efectos jurídicos *una vez aceptada* (artículo 20.4.c de la Convención de Viena), por lo que la voluntad de la otra parte la convierte en un *acto jurídico bilateral* (De la Guardia, op. cit., pp. 169-170). Coincidente con tal visión, Rey Caro proyecta su duda —en torno de la unilateralidad o bilateralidad— hacia la solución plasmada por la Convención en materia de retiro de las reservas (Ernesto Rey Caro, “Las reservas en la Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados”, *Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, año XXXIX, n°s 4-5, Córdoba (Argentina), agosto-diciembre de 1975, pp. 60-61 y 107-113).

C. *El criterio sentado por el TC en la sentencia constitucional n° 036/01*

- a. En el caso identificado como expediente 2001-02180-05-RII, registro del TC, éste expidió la sentencia constitucional n° 036/01, en fecha 30 de mayo de 2001.<sup>20</sup> El magistrado relator fue el Dr. René Baldivieso Guzmán y el correlator el Dr. Willman Ruperto Durán Ribera.
- b. Por medio del recurso indirecto o incidental de inconstitucionalidad, los apoderados del Sr. E. G. P. cuestionaban la constitucionalidad del inciso *b* del artículo XVII del Tratado de Extradición firmado entre los Gobiernos de Bolivia y los Estados Unidos el 27 de junio de 1995, aprobado por ley n° 1.721 de 6 de diciembre de 1996.

Sustentaban la solicitud en la presunta violación del principio constitucional de irretroactividad de la ley establecido en los artículos 33 y 81 de la Constitución Política, sosteniendo que la ley promulgatoria del tratado recién fue publicada y puesta en vigencia el 6 de noviembre de 1996.

Añaden que aquella norma (artículo XVII, inciso *b*) del tratado en cuestión también viola el principio de la territorialidad de la ley y la prevalencia de la soberanía del Estado nacional.

La correspondiente provisión citatoria emitida por la Corte Suprema de Justicia para la notificación, con la demanda, a la Embajada de los Estados Unidos fue oportunamente diligenciada, cumpliéndose los requisitos respectivos.

- c. La Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, mediante auto supremo de 19 de febrero de 2001, rechazó (por mayoría<sup>21</sup>) la petición por considerarla manifiestamente infundada, en virtud de que:

---

Para ampliar sobre el particular, véase Víctor Bazán, "Las reservas a los tratados internacionales sobre derechos humanos, con particular énfasis en el efecto de aquéllas respecto de la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos", *Ius et Praxis*, año 6, n° 2, Universidad de Talca, Chile, 2000, pp. 171-225, en esp. pp. 186-197.

<sup>20</sup> Una síntesis referencial de tal pronunciamiento puede consultarse en Víctor Bazán, "El control de constitucionalidad de los tratados y convenios internacionales en la reciente percepción jurisprudencial del Tribunal Constitucional de Bolivia", en *La Ley (Suplemento de Derecho Constitucional)*, Buenos Aires, 15-07-2002, pp. 62-74. Para un análisis más detallado, véase del mismo autor: "Jurisdicción constitucional y control de constitucionalidad de los tratados y convenios internacionales", en VV.AA., *Derecho Procesal Constitucional boliviano*, Academia Boliviana de Estudios Constitucionales, Santa Cruz de la Sierra, 2002, pp. 187-236.

<sup>21</sup> En disidencia votaron los ministros Dres. Kenny Prieto Melgarejo y Jaime Ampuero García, quienes entendieron que el recurrente había observado los requisitos señalados en los numerales 1 a 3 del artículo 60 de la ley n° 1.836 y que es atribución privativa del TC declarar la constitucionalidad de tratados o convenios con gobiernos extranjeros u organismos internacionales, de acuerdo con lo establecido por el artículo 120, letra *i* de la Constitución Política, competencia recogida por el artículo 7, numeral 10, de la ley n° 1.836. Por ello, juzgaban atendible el recurso incidental dentro de la disposición del ordinal 2 del artículo 62 del cuerpo legal citado en último término.

- el tratado en cuestión surge de la atribución constitucional prevista para el Presidente de la República en el sentido de “negociar y concluir tratados con naciones extranjeras; canjearlos, previa ratificación del Congreso” (artículo 96, 2ª) y la del Poder Legislativo, para “aprobar los tratados, concordatos y convenios internacionales” (artículo 59, 12ª);
  - la aprobación del tratado a través del mencionado procedimiento constitucional incorporó a aquél al ordenamiento jurídico nacional y rige desde entonces las relaciones en materia de extradición con los Estados Unidos;
  - la vigencia y la aplicación del tratado, por su naturaleza bilateral, sólo pueden alterarse mediante los procedimientos señalados expresamente en él, es decir, a través de la denuncia que cualquiera de las partes puede realizar de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 18, numeral 3, de dicho instrumento;
  - si bien la Constitución reconoce al TC la atribución de conocer y resolver “la constitucionalidad de tratados y convenios con gobiernos extranjeros u organismos internacionales” (*sic*), esta capacidad sólo puede ser efectiva antes de efectuarse el canje de las comunicaciones de ratificación, pues una decisión posterior que afecte su vigencia, sin observar los procedimientos del derecho internacional y aquellos dispuestos en los tratados, alteraría las facultades constitucionales del Presidente de la República y el Poder Legislativo y afectaría los compromisos adoptados entre los Estados, que deben ser cumplidos de buena fe (*pacta sunt servanda*); y
  - siendo la solicitud de extradición posterior al tratado impugnado no es atendible el argumento relativo a la vulneración del principio de irretroactividad; ni lo es con referencia a la data de los delitos por los que se solicita la entrega, ya que el tratado mantiene el compromiso de cooperación entre los Estados en materia de extradición adoptado desde el convenio suscrito en abril de 1900 (dejado sin efecto por el de 1996) y preserva la garantía relativa a que los delitos por los cuales se solicita a una persona tengan tal carácter en la legislación de ambos países en la fecha de su comisión.
- d. El auto supremo de rechazo fue elevado en consulta al TC, de conformidad con lo determinado en el artículo 62, inciso 1º, de la ley nº 1.836.

En cuanto a su competencia para pronunciarse, el TC sostuvo que las atribuciones fijadas en el artículo 120, 9ª, de la Constitución Política le acuerdan dicha facultad, del modo como lo estableció la Comisión de Admisión a través del auto constitucional nº 059/2001-CA.

En tal sentido, entendió que el artículo 7, inciso 2º, de la ley nº 1.836 le otorga la atribución de conocer y resolver los recursos indirectos o incidentales de inconstitucionalidad de leyes, decretos y cualquier género de resoluciones no judiciales; es decir, que se trata del control concreto de constitucionalidad por vía incidental, vale decir, dentro de un proceso judicial o administrativo, que debe ser ejercido de acuerdo con los artículos 59 a 67 de la señalada ley. Indica a continuación que es dentro de esta

acción incidental que se ha planteado el recurso en examen, con efecto al caso concreto, por cuanto se demanda la inconstitucionalidad del artículo XVII, inciso b, de la ley n° 1.721 en el proceso de extradición de E. G. P.<sup>22</sup> promovido por la Embajada de los Estados Unidos.

- e. Ya en lo tocante al *thema decidendum* (consistente en dilucidar si el texto de la norma impugnada implica, en cuanto al orden constitucional boliviano, una aplicación retroactiva de la ley —prohibida por el artículo 33 de la Ley Suprema—), el TC determinó que la extradición es un instituto jurídico de naturaleza procesal y que, en materia procesal, la ley que rige es la que se encuentra vigente en el momento de sustanciar la causa en cuestión, sin que ello importe aplicación retroactiva de la ley, ya que “la Ley procesal rige el proceso y no la conducta o comportamiento que se juzgan a su través”.<sup>23</sup>

Luego de remitirse a ciertos instrumentos internacionales (la Declaración Universal de los Derechos Humanos y el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos) y algunas normas de Derecho Comparado (el Código Federal de Procedimientos Penales de México —de 1934— y el Código del Proceso Penal del Uruguay —de 1980—) y señalar que la legislación procesal boliviana sigue la misma línea de estos últimos y que se asemeja aún más a la fórmula adoptada por el Tratado de Extradición objeto de impugnación, concluyó el TC puntualizando: “La ley procesal aplicable es siempre la vigente, y se aplica en algunos casos tanto a las causas en trámite como a las que se inicien con posterioridad a su vigencia, aunque los hechos se hubieran cometido con anterioridad a su entrada en vigor; sin que por ello se esté frente a una aplicación retroactiva de la Ley en el sentido del artículo 33 de la Constitución Política del Estado, dado que —como quedó precisado— el objeto de las leyes procesales son los actos del proceso y no los hechos delictivos que se juzgan; consiguientemente, la aplicación de un precepto procesal nuevo a una conducta delictiva realizada con anterioridad a su entrada en vigor no implica, de manera alguna, infracción al principio de irretroactividad proclamado por el citado artículo 33 constitucional, mucho menos aun al artículo 81 de la misma norma constitucional”.<sup>24</sup>

Finalizó el TC afirmando que, en virtud de la jurisdicción que ejerce por mandato de los artículos 120, 1<sup>a</sup>, de la Constitución Política y 62, inciso 2°, de la ley n° 1.836,

---

<sup>22</sup> Del auto supremo de rechazo expedido por la Corte Suprema surge que el Sr. E. G. P., ciudadano de nacionalidad colombiana, estaba sujeto —según afirmaron sus representantes— a un proceso ante la Corte de Distrito de Florida, bajo el cargo de conspiración de posesión de cocaína, con el intento de distribución, cargos de los que fue declarado culpable el 1 de noviembre de 1995 (cf. Vistos y primer considerando del señalado auto supremo).

<sup>23</sup> El entrecomillado pertenece al considerando IV.4.

<sup>24</sup> La parte transcrita y entrecomillada corresponde al considerando V.1.

declaraba constitucional el inciso *b* del artículo XVII del Tratado Bilateral de Extradición suscrito entre los Gobiernos de Bolivia y los Estados Unidos.

- f. Como corolario de lo expuesto, consideramos que el TC ha abierto una brecha hermenéutica con base en una autodisposición de acrecimiento de su plexo de atribuciones (*vis-à-vis* el modelo prefigurado por la ley n° 1.836), al viabilizar que, por la senda del recurso indirecto o incidental de inconstitucionalidad, se permita la revisión constitucional de un *tratado o convenio internacionales en vigor*, lo que sienta un precedente discutible y genera el riesgo de situar a dichos instrumentos internacionales en una situación jurídica inestable, pues aun cuando vigentes, podrían igualmente ser objeto de declaración de inconstitucionalidad, lo que supondría —conjeturamos— la unilateral decisión de “desaplicarlos” o de “suspender” la vigencia de las cláusulas reputadas incompatibles con la Carta Magna.

*D. Rápido señalamiento de algunas cuestiones vinculadas al actual proyecto de reforma constitucional*

Creemos útil efectuar una breve referencia al proyecto de reforma constitucional en Bolivia, que en el corriente año (2002) se encuentra en curso de plasmación definitiva.

En torno del tema, es importante resaltar que —según la información a nuestro alcance— se proyecta introducir un apartado, el tercero, al artículo 6, en el que se reconozca: “Los preceptos de esta Constitución que enuncian los derechos y garantías de la persona, se interpretarán y aplicarán conforme con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados, convenciones y convenios internacionales en esta materia ratificados por Bolivia, que se aplican con preferencia a las leyes, cuando sean más favorables a las personas”.

Tangencialmente, diremos que esa cláusula ofrece alguna semejanza con las contenidas, verbigracia, en los artículos 16.2 de la Constitución portuguesa, 10.2 de la española, 20 de la rumana, 93 de la colombiana y en la disposición final y transitoria cuarta de la Constitución peruana vigente.

Volviendo a la cláusula boliviana en proyecto, es claro que ella aloja una directriz que implica un avance axiológico, al menos desde el plano normológico. Descomponiendo su texto, y en síntesis, éste postula que:

- la interpretación y la aplicación de los preceptos constitucionales que enuncian los derechos y garantías de la persona deben hacerse de acuerdo con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los tratados, convenciones y convenios internacionales que, en esta materia, hayan sido ratificados por Bolivia;
- la aplicación de tales instrumentos internacionales con preferencia a las leyes cuando aquéllos sean más favorables a las personas; y
- la adopción del principio *pro homine* o *favor libertatis*, es decir, la operativi-

zación hermenéutica y aplicativa de la fuente, ya de derecho interno, ya de derecho internacional, que exhale una dosis tuitiva más favorable al ser humano.

El texto proyectado importa una evolución en punto al marco protectorio de los derechos humanos y supone una cierta superación de la estrechez normativa actual de la Constitución sobre el particular, al elaborar criterios hermenéuticos más favorables para la persona humana.

Por lo demás, y entre otras cuestiones, se prevén las siguientes modificaciones:

- En el artículo 1, se agrega que Bolivia es un Estado social y democrático de Derecho, literalizando como *valores superiores*<sup>25</sup> de su ordenamiento jurídico a la libertad, la igualdad y la justicia.
- Se propicia una mayor participación popular en la toma de decisiones públicas, lo que se corporiza, por ejemplo, en el artículo 4, que dispone que el pueblo delibera y gobierna por medio de sus representantes y *mediante la iniciativa legislativa ciudadana*; también, en el artículo 71, en el que avanza en el sentido apuntado, al institucionalizar la *iniciativa legislativa vía presentación directa por los ciudadanos*, respecto de cualquier materia, ante el Poder Legislativo; asimismo, aquella idea-fuerza se patentiza en los artículos 222 y 224, al establecer —en la primera de dichas normas— que la representación popular se ejerce a través de los partidos políticos y *agrupaciones ciudadanas* con arreglo a la Constitución y las leyes, y disponer —ya en la segunda de ellas— que tales *agrupaciones ciudadanas podrán postular directamente candidatos* a presidente, vicepresidente, senadores, diputados, concejales, alcaldes y agentes; por último, en los artículos 231 y 232, se incluye al *referéndum* dentro del proceso de reforma de la Constitución.
- En el artículo 6 se incluye expresamente la *igualdad de hombres y mujeres* y la circunstancia de que el Estado sancionará la discriminación; en el artículo 7 se agregan algunos derechos a la nómina explícita contenida en el texto vigente (libertad de pensamiento y religión, a la información pública, al nombre, a la intimidad, a un medio ambiente sano); en los artículos 9 y 12 se

---

<sup>25</sup> Parafraseando a Díaz Revorio, y siguiendo su elaboración, podría afirmarse que los valores superiores actúan como elementos de legitimidad del sistema; poseen carácter jurídico, en tanto son Derecho, desplegando la eficacia propia de las normas constitucionales; producen una apreciable influencia en el proceso interpretativo; provocan como concreta consecuencia (manifestable tanto en relación con el proceso interpretativo como con su resultado) la “creación” de nuevos derechos fundamentales con base constitucional (en el caso boliviano) en la libertad, la igualdad y la justicia; no son conceptos vacíos, sino que tienen contenido; e —*inter alia*— afectan la posición constitucional del legislador y del Tribunal Constitucional, entre otras razones porque asumir la eficacia de los valores en la aplicación del derecho supone defender un rol preponderante del Tribunal Constitucional (ver Francisco Javier Díaz Revorio, *Valores superiores e interpretación constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997, pp. 551 y ss.).

proyectan ciertas modificaciones —*inter alia*— a las garantías procesales; en el artículo 23, se introduce expresamente el *habeas data*, lo que guarda correlación con la previsión del artículo 120, atribución 7ª, que discierne en el TC competencia para la revisión de los recursos de *habeas data*.

- Por último, y —suponemos— como modo de reflejar una nueva percepción ideológica en relación con el tenor deontológico del vínculo entre los sujetos que desempeñan una función pública y ésta, se reemplaza la expresión “funcionarios públicos” por la de “servidores públicos” (artículos 43, 44 y 45).

Ya a manera de modesta propuesta de *lege ferenda*, estimamos que debería, asimismo, diseñarse una solución para superar definitivamente las carencias normativo-constitucionales actuales en cuanto al rango o la alcurnia de los tratados y convenios internacionales frente al Derecho Interno.

Sería deseable configurar reglas claras que zanden la cuestión y que, en forma inequívoca, acuerden prioridad a los tratados y convenios internacionales (no sólo sobre derechos humanos) respecto de, al menos, la legislación interna aun posterior. Por lo demás, aparece igualmente conveniente que se establezca que el control de constitucionalidad de los tratados y convenios internacionales por parte del TC sólo sería operable preventivamente (añadiéndose su carácter obligatorio), es decir, antes de su ratificación por el Congreso Nacional, obturando la posibilidad de ejercitar una fiscalización represiva o posterior de dichos instrumentos internacionales que se encuentren en vigor.

Al mismo tiempo, sería útil adoptar consensualmente una determinada categorización lingüística, por ejemplo, la genérica de “tratado internacional” (paralelamente a la de “concordatos” que emplean los artículos constitucionales 3 y 59, atribución 12ª) y procurar mantenerla en el texto constitucional implementando una línea homogénea y coherente de redacción de éste, buscando precisión conceptual, coherencia sintáctica y univocidad de semántica jurídica, en orden a evitar confusiones, facilitar la tarea de quienes deben interpretar y aplicar la Constitución y aportar en pro de que el texto constitucional resulte más sencillo y comprensible para el pueblo, principal consumidor jurídico.

Por último, y particularmente con relación al ámbito de los derechos humanos, por qué no debatir acerca de la posibilidad de adjudicar a ciertas declaraciones, convenciones y pactos internacionales en la materia la valencia constitucional, esto es que, sin quedar incorporados al texto de la Constitución formal, *valgan* tanto como ésta e integren el bloque de constitucionalidad.

## 2. Colombia

### A. Elenco normativo y sistema de control de constitucionalidad imperante

La Constitución colombiana confía a la Corte Constitucional (creada, precisamente, por la vigente Carta Fundamental de 1991) la guarda de la integridad y supre-

macía de la Constitución, “en los estrictos y precisos términos” del artículo 241, fin para el que cumplirá —entre otras— la función de decidir definitivamente sobre la exequibilidad de los tratados internacionales y de las leyes que los aprueben, para cuyo fin el Gobierno los remitirá a la Corte, dentro de los seis (6) días siguientes a la sanción de la ley (inciso 10).<sup>26</sup>

Añade dicho inciso del artículo 241 que cualquier ciudadano podrá intervenir para defender o impugnar la constitucionalidad de aquéllos. Si la Corte los declara constitucionales, el Gobierno podrá efectuar el canje de notas; en caso contrario, no serán ratificados.

El mencionado tramo del artículo 241 se clausura preceptuando que, cuando una o varias normas de un tratado multilateral sean declaradas inexecutable por la Corte Constitucional, el Presidente de la República sólo podrá manifestar el consentimiento formulando la correspondiente reserva.

El artículo constitucional 189 atribuye al Presidente de la República —como Jefe de Estado, Jefe de Gobierno y Suprema Autoridad Administrativa— competencia para dirigir las relaciones internacionales y celebrar con otros Estados y entidades de Derecho Internacional tratados o convenios que se someterán a la aprobación del Congreso (inciso 2°).

A su tiempo, el artículo 150, *ibídem*, dispone que corresponde al Congreso hacer las leyes, por medio de las cuales ejercerá las funciones que enumera, entre las que cabe destacar la de aprobar o improbar los tratados que el Gobierno celebre con otros Estados o con entidades de Derecho Internacional, tratados por medio de los cuales podrá el Estado, sobre bases de equidad, reciprocidad y conveniencia nacional, transferir parcialmente determinadas atribuciones a organismos internacionales que tengan por objeto promover o consolidar la integración económica con otros Estados (inciso 16).

Para graficar conclusivamente el punto, corresponde indicar que se ha sostenido que el esquema de control de constitucionalidad imperante se inscribiría en el modelo mixto, “aunque la labor de la Corte Constitucional viene plasmando un sistema ‘real’ que tiende a orientarse hacia formas de control concentrado de la constitucionalidad de las normas legales”.<sup>27</sup>

A modo de digresión, dejamos puntualizado que —desde nuestra óptica— la Corte Constitucional de Colombia evidencia en líneas generales una notable trayectoria en el ejercicio de su labor jurisdiccional, que le permite ser observada con respeto

---

<sup>26</sup> Cifuentes Muñoz cataloga al control que la Corte Constitucional ejerce sobre los tratados internacionales y las leyes que los aprueban, como “control oficioso de constitucionalidad” (Eduardo Cifuentes Muñoz, “Informe sobre la jurisdicción constitucional en Colombia”, *loc. cit.* en nota 19, *in fine* [*Ius et Praxis*], p. 71).

<sup>27</sup> Eguiguren Praeli, *op. cit.* (*Estudios ...*), p. 265.

y situarse en una posición de prestigio en la consideración comparativa de los Tribunales o Cortes Constitucionales iberoamericanos.

*B. Tipología de control de constitucionalidad de los tratados internacionales*

Según apunta Rivera Santivañez, la Corte Constitucional se ha expedido por la obligatoriedad del control preventivo de constitucionalidad de los tratados internacionales.<sup>28</sup> En tal sentido, el autor citado puntualiza que en la sentencia n° C-178 de 1995 el Tribunal dijo que, al ser el control de constitucionalidad un procedimiento judicial previo al perfeccionamiento del instrumento internacional y posterior a la sanción de la ley que lo aprueba, debe concluirse que, sin el fallo de constitucionalidad de la ley proferido por el Tribunal, el Jefe de Estado no puede adelantar actuaciones enderezadas a perfeccionar el instrumento y aquél no tendría valor alguno, no obstante haber sido aprobado por el Congreso y sancionado por el Presidente de la República como ley.<sup>29</sup>

Como refuerzo del argumento relativo a la procedencia *preventiva* del control de constitucionalidad de los instrumentos internacionales, cabe recordar que en la ponencia presentada en forma conjunta por los constituyentes que integraron la Comisión Tercera de la Asamblea Nacional Constituyente (que decantara en la Ley Fundamental de 1991), se expuso:

[...] Consideramos que el control debe tener lugar tanto sobre el contenido del Tratado como sobre la ley aprobatoria del mismo, una vez ésta haya sido sancionada, trámite que de una parte permitiría un control total sobre el fondo y la forma, pero que a su vez evitaría duplicidad en la función de este control y por tanto dilaciones en la obtención de una seguridad jurídica. *La declaratoria de inconstitucionalidad, ya sea del tratado o de la ley, por parte de la Corte, impediría la ratificación o el canje de notas.*

*Sobre este particular todos los miembros de la subcomisión estuvieron de acuerdo en que es conveniente establecer el control de constitucionalidad sobre los tratados públicos y sus leyes aprobatorias, de manera expresa, antes de que se proceda a ratificarlo; pero hubo discrepancias en cuanto a la etapa del proceso interno, en que dicho control debe ser ejercido, y en cuanto si este debe ser automático o solamente cuando se haga uso por cualquier ciudadano, de la acción de inexequibilidad.*<sup>30</sup>

Asimismo, en el acta n° 1 emanada de la Subcomisión de Relaciones Internacionales de la mencionada Asamblea, se puntualizó lo siguiente:

*Hubo consenso [...] respecto a que la Constituyente no puede modificar unilateralmente un Tratado Internacional como lo es el Concordato.*

*Hubo acuerdo en que deben ser celebrados por el Presidente, aprobados por el Congreso, revisados a la luz de la Constitución por la Corte Suprema o la Corte Constitucional y ratificados por el Presidente de la República.*<sup>31</sup>

---

<sup>28</sup> Rivera Santivañez, op. cit., pp. 209-210.

<sup>29</sup> Véase texto del párrafo glosado correspondiente a la sentencia n° C-178/95, loc. cit. (ídem nota anterior).

<sup>30</sup> *Gaceta Constitucional*, n° 68, t. II, 1991, p. 13 (en ambos párrafos, el énfasis ha sido añadido).

<sup>31</sup> *Gaceta Constitucional*, n° 89, t. II, 1991, p. 11 (énfasis añadido).

### C. *Una reciente percepción de la Corte Constitucional*

No obstante todo lo precedentemente manifestado, y para evitar la parcialización del enfoque que deseamos trasuntar, cabe efectuar una matización relativa al curso hermenéutico que, sobre la cuestión, viene discurriendo la Corte Constitucional de Colombia.

En efecto, en la sentencia n° C-400, de 10 de agosto de 1998 (M. P. Alejandro Martínez Caballero), respecto de la “Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales”, formalizada en Viena el 21 de marzo de 1986, y de la ley n° 406 de 24 de octubre de 1997 por medio de la cual se aprueba dicha Convención, la Corte Constitucional dejó en claro que abandonaba la doctrina desarrollada en la sentencia n° C-276 de 1993 (M. P. Vladimiro Naranjo Mesa) relativa a su inhibición de examinar la constitucionalidad de un tratado internacional perfeccionado; criterio, este último, ya expuesto por la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 6 de junio de 1985 (M. P. Carlos Medellín Forero). A su vez, con la sentencia n° C-276 de 1993 la Corte Constitucional había corregido el curso tomado mediante la sentencia n° C-027 de 5 de febrero de 1993 (M. P. Simón Rodríguez Rodríguez), en la que decidió sobre el mérito de las demandas incoadas contra la ley n° 20 de 1974 y contra el Concordato celebrado entre Colombia y la Santa Sede en 1973, algunos de cuyos artículos fueron declarados inexecutable, no obstante que el aludido instrumento internacional había sido objeto de canje de ratificaciones desde el 2 de julio de 1975.

Concretamente, y por mayoría de los miembros de la Sala Plena, en la sentencia n° C-400 de 1998,<sup>32</sup> la Corte Constitucional sostuvo que el control material de las

---

<sup>32</sup> En síntesis, y en primer lugar, dicha Sentencia declaró “executable” la ley n° 406 de 24 de octubre de 1997, por medio de la cual se aprueba la “Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales”, formalizada en Viena el 21 de marzo de 1986.

En segundo lugar, juzgó “executable” la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y organizaciones internacionales o entre organizaciones internacionales, hecha en Viena el 21 de marzo de 1986, “*siempre y cuando el Gobierno de Colombia formule, al depositar el instrumento de ratificación, las siguientes reservas y la siguiente declaración interpretativa:*

”a) En relación con los artículos 11 a 17, y en consonancia con el artículo 46, Colombia precisa que el representante plenipotenciario de Colombia sólo podrá manifestar el consentimiento del Estado colombiano una vez que el tratado haya sido aprobado por el Congreso y revisado por la Corte Constitucional.

”b) En relación con el artículo 25, Colombia precisa que sólo son susceptibles de aplicación provisional por Colombia, sin previa aprobación por el Congreso y revisión por la Corte Constitucional, los tratados de naturaleza económica y comercial acordados en el ámbito de organismos internacionales que así lo dispongan.

”c) En relación con el artículo 27-1, Colombia precisa que acepta que un Estado no puede invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento del tratado, en el entendido de que esta norma no excluye el control judicial de constitucionalidad de las leyes aprobatorias de los tratados”.

leyes aprobatorias de tratados ya perfeccionados en manera alguna constituye una intromisión de su parte en la competencia de los jueces internacionales, ya que una declaratoria de inconstitucionalidad de la ley aprobatoria de un tratado no afecta el vínculo internacional como tal, pues frente al Derecho Internacional esa sentencia no tiene ninguna validez jurídica sino que es un mero aspecto fáctico a ser considerado para evaluar si el Estado está o no cumpliendo sus compromisos internacionales (apartado 49).

En ese sentido, estimó que la interpretación del artículo constitucional 241 que mejor armoniza con las funciones de la Corte como guardiana de la supremacía y la integridad de la Constitución es la que marca que, en materia de leyes aprobatorias de tratados, las competencias previstas por los ordinales 4º y 10 son complementarias, por lo cual debe concluirse que, salvo que exista ya cosa juzgada, el Tribunal es competente para conocer de fondo de las demandas ciudadanas contra leyes aprobatorias de tratados, incluso si éstos se encuentran perfeccionados (ap. 56).

En síntesis, admite su competencia para conocer sobre demandas que instauren los ciudadanos contra las leyes aprobatorias de tratados internacionales perfeccionados con anterioridad a la vigencia de la Constitución de 1991, posición de doctrina judicial mayoritaria frente a la cual se verificaron un salvamento de voto del magistrado José Gregorio Hernández Galindo y sendos salvamentos parciales de voto de los magistrados Vladimiro Naranjo Mesa y Hernando Herrera Vergara, mociones disidentes que —sustentadas en sólidos fundamentos jurídicos— dejaron en claro que la finalidad perseguida por el constituyente de 1991 fue establecer un control automático y previo a la ratificación del instrumento internacional, hipótesis que agota las posibilidades competenciales de examen constitucional al respecto por parte de la Corte Constitucional.

### 3. Chile

#### A. Referencias normativas y modalidad de control de constitucionalidad

La Constitución chilena dispone, en el artículo 82, inciso 2º, que corresponde al Tribunal Constitucional (TC) resolver las cuestiones sobre constitucionalidad *que se susciten durante la tramitación* de los proyectos de ley o de reforma constitucional y *de los tratados sometidos a la aprobación del Congreso*. En otras palabras, y como recuerda Nogueira Alcalá, el mecanismo de fiscalización establecido por la Ley Fundamental para los tratados y su incorporación al orden jurídico interno se centra en el *control preventivo de constitucionalidad* que realiza el Tribunal a requerimiento de autoridad expresamente facultada para ello.<sup>33</sup>

---

<sup>33</sup> Humberto Nogueira Alcalá, “Los tratados internacionales en el ordenamiento jurídico chileno”, *Revista de Derecho Político*, nº 43, UNED, Madrid, 1997, p. 242.

En ese sentido, el TC sólo podrá conocer de la materia a requerimiento del Presidente de la República, de cualquiera de las Cámaras o de una cuarta parte de sus miembros en ejercicio (véase artículo 82, parte aclaratoria referida a la atribución establecida en el inciso 2° de la norma señalada), de lo que se infiere que el control preventivo dispuesto no es obligatorio para el Tribunal, sino facultativo y a instancia de autoridad legitimada.

Pfeffer Urquiaga señala que el Tribunal sólo se pronunciará en relación con el fondo del tratado o el procedimiento de su tramitación, resolviendo si dicho instrumento se ajusta o no a la Constitución.<sup>34</sup> Por último, advierte que aquél no podrá actuar mientras el Presidente de la República no lo haya sometido aún a la aprobación del Congreso.<sup>35</sup>

Conviene recordar que por imperio del artículo 32, inciso 17, ibídem, se reconoce al Presidente de la República la atribución especial de conducir las relaciones políticas con las potencias extranjeras y organismos internacionales y llevar a cabo las negociaciones; además, está facultado para concluir, firmar y ratificar los tratados que estime convenientes para los intereses del país, los que deberán ser sometidos a la aprobación del Congreso. En concordancia con esta última imposición constitucional, el artículo 50, inciso 1°, de la Ley Fundamental dispone como atribución exclusiva del Congreso la de aprobar o desechar los tratados internacionales que le presentare el Presidente de la República antes de su ratificación, aclarándose que *la aprobación de un tratado se someterá a los trámites de una ley* (párrafo 1°, *in fine*).

Fuera de la especificidad relativa al examen de constitucionalidad de tratados y convenios internacionales, y ya en una dimensión general, la cuestión del modelo de control de constitucionalidad puede esquematizarse sosteniendo que en el ordenamiento chileno se permite la inaplicación mediante el sistema difuso pero sólo ante la Corte Suprema,<sup>36</sup> que ejerce el control incidental de la constitucionalidad de las leyes, declarando dicha inaplicabilidad al caso concreto;<sup>37</sup> por su parte, el TC tiene prerrogativas limitadas y en materia de control de constitucionalidad ostenta un carácter preventivo, esto es, previo a la sanción. Se ha aclarado que se trata de una suerte de modelo político *sui generis*, dado que el Tribunal actúa como un filtro de la actividad legislativa.<sup>38</sup>

---

<sup>34</sup> Emilio Pfeffer Urquiaga, "El control constitucional en Chile: Tribunal Constitucional", en Víctor Bazán (coord.): *Desafíos del control de constitucionalidad*, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1996, p. 424.

<sup>35</sup> Ibídem, pp. 424-425.

<sup>36</sup> García Belaunde, op. cit., p. 138.

<sup>37</sup> Eguiguren Praeli, op. cit. (*Estudios...*), p. 263.

<sup>38</sup> García Belaunde, op. cit., p. 138.

Como habrá ocasión de apreciar, adelantamos que el sistema constitucional chileno guarda silencio respecto de la regulación del Derecho Internacional y su relación con el Derecho Interno.

*B. Acerca de la visión jurisprudencial del Tribunal Constitucional*

a. Si bien la mencionada porción aclaratoria del artículo 82, relativa a la atribución contenida en el inciso 2°, se refiere expresamente a que tal competencia puede ser desplegada siempre que el requerimiento para el análisis de la constitucionalidad *sea formulado antes de la promulgación de la ley*, es dable colacionar aquí un precedente del Tribunal (la sentencia rol n° 288, de 24 de junio de 1999), en el que dicho órgano ofreció una interpretación particular respecto del límite temporal para el planteamiento de la cuestión de constitucionalidad acerca de los tratados internacionales.<sup>39</sup>

En efecto, en dicho caso se vio urgido a analizar un requerimiento de doce senadores encaminado a que se declarara la inconstitucionalidad del Acuerdo entre las Repúblicas de Chile y Argentina para precisar el recorrido del límite desde el monte Fitz Roy hasta el cerro Daudet. Al respecto, y como anunciábamos, el Tribunal entendió que debía dilucidar si la oportunidad determinada por el inciso 4° del artículo 82 de la Constitución (es decir, *requerimiento formulado antes de la promulgación de la ley*) es aplicable también a los tratados o si sólo se refiere a la ley. Sobre el punto, y luego de indicar que “el tratado y la ley son fuentes de derecho diferentes”<sup>40</sup> (considerando 6°), manifestó que no era posible fijar la promulgación de la ley como la oportunidad límite para formular un requerimiento en contra de un proyecto de tratado internacional (considerando 13), pues “la total incertidumbre acerca de la fecha de promulgación de un tratado erosionaría seriamente la seguridad jurídica tanto en el ámbito nacional como en el internacional, ya que después de la ratificación formal, el Estado se encuentra obligado a respetar sus cláusulas” (considerando 14).

Finalizó exponiendo que, en el caso de los tratados internacionales, *el requerimiento sólo puede formularse mientras el tratado se encuentra sometido a la aprobación del Congreso*, razón por la cual —en el supuesto particular— como la aprobación del tratado por el Congreso concluyó el 2 de junio de 1999 y se comunicó formalmente al Presidente el 9 del mismo mes, el requerimiento (formulado el día 10 de tal mes) era inadmisibles por extemporáneo, en tanto el tratado ya no se encontraba

---

<sup>39</sup> Hemos consultado el texto de la sentencia rol n° 288 en loc. cit. nota 19, *in fine* (*Ius et Praxis*), pp. 497-501.

<sup>40</sup> No dejaría de ser conveniente analizar el nivel de compatibilidad de tal afirmación con la que —como veremos— sería volcada posteriormente por el Tribunal en la *supra* citada sentencia rol n° 312, ocasión en que dijo contundentemente que, “*teniendo el tratado fuerza de ley*, nada impide que pueda modificar a una norma de igual jerarquía, sin lesionar con ello el ordenamiento jurídico vigente” —remarcado añadido— (considerando 31).

sometido a la aprobación del Congreso y, por consiguiente, *no podía promoverse conflicto de constitucionalidad, dado que la facultad que para ello tenían los órganos legitimados, se había extinguido por encontrarse fuera de los límites previstos por la Constitución*.<sup>41</sup>

b. Respecto de un precedente posterior al reseñado, específicamente la sentencia rol n° 312, de 3 de octubre de 2000, en la que analizó la petición de inconstitucionalidad del Tratado entre las Repúblicas de Chile y Argentina sobre Integración y Complementación Minera, se ha sostenido que el Tribunal afirma, sin razonamiento jurídico que lo avale, que el tratado tiene “fuerza de ley”, añadiendo que puede “modificar a una norma de igual jerarquía”, con lo que homologa en jerarquía el tratado a la ley interna,<sup>42</sup> conclusión que no tiene base en el texto constitucional, contraría la tendencia jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia y —tal como se aseverara— obedece a los fuertes vacíos y ausencias normativos de regulación del Derecho Internacional y su relación con el Derecho Interno, exigiendo un *aggiornamento* constitucional que tenga presente la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (que, según tenemos entendido, está vigente en Chile desde 1981) y, además, la realidad cada vez más interdependiente que presenta el mundo del siglo XXI.<sup>43</sup>

c. No deseábamos concluir este repaso de algunos precedentes del TC sin efectuar una breve referencia a un reciente pronunciamiento, rol n° 346 (de 8 de abril de 2002), en el que decidió acoger estimatoriamente la petición de inconstitucionalidad planteada por treinta y cinco diputados dirigida a que se declarara la inconstitucionalidad del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, adoptado en tal ciudad el 17 de julio de 1998, contenido en el Acta Final de la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el Establecimiento de una Corte Penal Internacional.

Sintéticamente, y por mayoría,<sup>44</sup> dispuso que el tratado que contiene el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional *requiere de reforma constitucional previa*

---

<sup>41</sup> De tal interpretación se separó el ministro Eugenio Valenzuela Somarriva, para quien, como el proyecto de acuerdo del Congreso por el cual se aprobaba el tratado no había sido sancionado por el presidente ni tampoco promulgado, el requerimiento era tempestivo (es decir, presentado dentro del plazo del artículo 82, inciso 2°), respecto de lo que no estimaba óbice que se tratara de un proyecto de acuerdo para aprobar o desechar un tratado y no de un proyecto de ley, porque de conformidad con el artículo constitucional 50, inciso 1°, la aprobación de un tratado debe someterse a los trámites de una ley.

<sup>42</sup> Cf. “Presentación” (de las sentencias rol n°s 288 y 312 del Tribunal Constitucional de Chile), loc. cit. en nota 19, *in fine* (*Ius et Praxis*), p. 496.

<sup>43</sup> Ídem.

<sup>44</sup> El fallo recibió una disidencia de parte del ministro Marcos Libedinsky Tschorne (quien propiamente rechazó la petición de inconstitucionalidad expresando que el tratado de mención no requiere de reforma constitucional previa para su eventual aprobación por el Congreso Nacional y posterior ratificación por el Presidente de la República) y también las prevenciones del ministro Juan Agustín Figueroa Yávar en relación con los considerandos 59 a 73 de la mayoría. Por último, el magistrado nombrado en último término y el presidente del Tribunal —magistrado Juan Colombo Campbell—, en forma conjunta, previnieron que no compartían el considerando 89 de la sentencia dada por la vertiente mayoritaria.

para su aprobación por el Congreso Nacional y su posterior ratificación por el Presidente de la República.<sup>45</sup>

Si bien el pronunciamiento proporciona rica materia prima para el debate, sólo nos ocuparemos de resaltar algunos aspectos, pues el abordaje de la totalidad de éstos excedería los objetivos prefijados para el presente trabajo.

En ese contexto de análisis, nos ocuparemos de formular una breve referencia a una afirmación que, con todo respeto, consideramos anacrónica a la luz del actual grado de desarrollo obtenido por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Concretamente, el fallo (en el voto mayoritario) trasunta una concepción que tiene por justo que los tratados sobre derechos humanos esenciales revisten una fuerza jurídica superior a la de la ley, “sin dejar de estar comprendidos, desde el punto de vista formal, en el nivel de ésta, en virtud de que, de acuerdo con la Carta Fundamental, toda normativa sobre derechos de los gobernados pertenece a la órbita legislativa. Así, pues, aun cuando, por su propia índole, los preceptos contenidos en los tratados que consideramos recaigan, según ya se ha anotado, en asuntos de la más diversa naturaleza, cuando ellos inciden en lo que se pudiera llamar el ‘estatuto de la libertad’ consagrado por la Constitución, *quedan siempre evidentemente situados en la categoría formal de la ley...*” —remarcado añadido— (considerando 75).

Parecería subyacer la idea de que el escenario jurídico no habría cambiado como consecuencia de la reforma constitucional producida en 1989, por medio de la que se modificó el artículo 5, quedando su inciso 2° redactado de la siguiente manera: “El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. *Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes*” —énfasis añadido—. A criterio de la mayoría del Tribunal, resulta relevante recordar que, “aunque parezca obvio, la norma constitucional reformada no consagró que los tratados internacionales sobre derechos humanos esenciales tuvieran una jerarquía igual o superior a la Ley Fundamental” (considerando 62).

En claro contraste con las señaladas apreciaciones, parece conveniente recrear textualmente lo puntualizado en torno del asunto por el ministro Libedinsky Tschorne (en su sugerente discrepancia de la mayoría), quien al aludir al inciso 2° de aquel precepto constitucional inquiere y se autoinquire: “¿Frente al tenor categórico de esta cláusula podría el intérprete sostener que son contrarias a la Constitución disposiciones contenidas en el Tratado de Roma que posibilitan la intervención de una Corte Penal Internacional que permita el castigo efectivo de quienes han atropellado ‘derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana’? En otras palabras, ¿es

---

<sup>45</sup> El texto de la sentencia puede ser consultado en *Ius et Praxis*, año 8, n° 1, Universidad de Talca, Chile, 2002, pp. 583-634.

concebible que la Constitución, por una parte, imponga a todos los órganos del Estado el deber de respetar y promover los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana y, por otro lado, ella misma considere que mecanismos dirigidos, inequívocamente, a cumplir su mandato y obtener el respeto que ella exige, sean declarados inconstitucionales?” (considerando 9 de su disidencia). La claridad de la exposición y de la idea-fuerza que propulsa exime de mayores comentarios.

En relación con otro tema de sustancial importancia, y que desnuda la percepción que recorre el voto mayoritario, se sostuvo que el constituyente ha sido claro al referirse a la *soberanía*, señalando con precisión quién es su titular: la Nación; indicando, también, quiénes la ejercitan: el pueblo y las autoridades que la Constitución establece, entre las que destaca el Presidente de la República, el Congreso Nacional y los Tribunales de la Nación (considerandos 40 y 41). De ello infiere que el otorgamiento de jurisdicción a la Corte Penal Internacional por el Tratado, para eventualmente conocer de conflictos ocurridos dentro del territorio de la República y que deberían ser de competencia de algún tribunal nacional, entra en frontal colisión con la Constitución (al reconocer potestad jurisdiccional para ser ejercida por una autoridad no establecida constitucionalmente) y hace evidente su inconciliabilidad (considerando 45).

Al efectuar una valoración de la sentencia, Nogueira Alcalá anuncia que se está ante la presencia de un fallo “controvertido y que muestra las falencias de nuestro texto constitucional en materia de tratados internacionales, lo que exige una normativa constitucional explícita acorde con los cambios suscitados en el derecho público y su dogmática, como asimismo, en la inserción de los Estados en el nuevo derecho internacional de los derechos humanos, además de asumir los principios contenidos en la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969”.<sup>46</sup> A criterio del doctrinario citado, el Tribunal (en la posición mayoritaria) se ha sustentado en una concepción de soberanía superada, tanto en el contexto del mundo contemporáneo (por la doctrina y el Derecho Internacional Público), cuanto en el de la Carta Fundamental chilena (inclusive, en el propio texto de la Constitución de 1980);<sup>47</sup> además de que aquel órgano opta por una interpretación que no asume ni la práctica de quienes establecieron el texto constitucional (la Junta de Gobierno y el entonces presidente Augusto Pinochet) ni, ya desde una dimensión práctica, la perspectiva de los límites de la soberanía que expresamente establece el artículo 5, inciso 2°, de la Ley Fundamental.<sup>48</sup>

---

<sup>46</sup> Humberto Nogueira Alcalá, “Consideraciones sobre el fallo del Tribunal Constitucional respecto del Tratado de Roma que establece la Corte Penal Internacional”, loc. cit. nota 45, p. 563.

<sup>47</sup> *Ibidem*, p. 568.

<sup>48</sup> *Ibidem*, p. 580.

### C. Ante una eventual reforma constitucional

A modo de proposición de *lege ferenda*, y vinculado con la referencia inmediatamente anterior, Nogueira Alcalá, ante una eventual reformulación de las competencias del Tribunal Constitucional chileno (solución que postula), deja en claro su preferencia por el *control preventivo obligatorio de constitucionalidad de los tratados internacionales antes de su ratificación* (por sobre el de carácter facultativo vigente), “de manera que no puedan integrarse al derecho interno aquellos que tengan normas en contradicción con la Carta Fundamental”, situación en la que sólo podrían incorporarse por el quórum de reforma de la Constitución correspondiente u otro que el constituyente determine.<sup>49</sup>

Asimismo, el autor citado puntualiza, al referirse a la revisión de las competencias del Tribunal Constitucional, que debería explicitarse que el control represivo de constitucionalidad a través del recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de los preceptos legales, establecido en el artículo 80 de la Constitución, “no es susceptible de aplicarse a los tratados internacionales porque ellos no son preceptos legales, al no ser expresión unilateral de los órganos colegisladores, sino expresión de la voluntad bilateral o multilateral de diversos Estados, además de vulnerar las disposiciones de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados en su artículo 27, incurriendo en vulneración del derecho interno y del derecho internacional”.<sup>50</sup>

Resulta de interés recordar que en el corriente año (2002) se lleva adelante en el Congreso un proyecto de reforma constitucional, de cuyo texto (aprobado por la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado) puede extraerse, en relación con el tema que nos ocupa, que el TC adquiere competencia para ejercer el *control preventivo obligatorio* de los tratados internacionales antes de su ratificación por el Presidente de la República, aunque limitado a las materias que sean de carácter orgánico constitucional, de modo tal que aquéllos no pueden incorporarse al Derecho Interno chileno si presentan algún vicio de constitucionalidad, caso en el que debería considerarse la previa modificación de la Constitución o la aprobación de ellos por el quórum de reforma constitucional de acuerdo con la materia respectiva;<sup>51</sup> lo que, a nuestro criterio, entraña un avance *vis-à-vis* el sistema actualmente vigente.

---

<sup>49</sup> Humberto Nogueira Alcalá, “El Tribunal Constitucional chileno y sus competencias. Situación presente y visión prospectiva”, *Revista Peruana de Derecho Constitucional*, n° 2, Tribunal Constitucional, Lima, 2000, p. 129.

<sup>50</sup> *Ibidem*.

<sup>51</sup> Cf. Humberto Nogueira Alcalá, en la conferencia titulada: “La Reforma Constitucional en el constitucionalismo chileno”, pronunciada en el marco del VII Congreso Nacional de Derecho Constitucional, desarrollado en Piura, Perú, del 8 al 10 de agosto de 2002 (véase la transcripción, p. 18).

#### 4. Ecuador

##### A. Panorama general del modelo de control de constitucionalidad.

###### *Un breve recorrido normativo*

Una caracterización general del modelo adoptado por la Ley Fundamental evidencia —según García Belaunde— un sistema dual o paralelo, con la existencia del Tribunal Constitucional con plena autonomía funcional y efectivos poderes jurisdiccionales y de control, aunque el Poder Judicial mantiene determinadas competencias en materia de inaplicación de leyes inconstitucionales.<sup>52</sup>

La Norma Fundamental ecuatoriana prevé, dentro del marco competencial del Tribunal Constitucional (artículo 276), la atribución de dictaminar, de conformidad con la Constitución, *tratados o convenios internacionales previo a su aprobación por el Congreso Nacional* (inciso 5°).

Tal preceptiva está de acuerdo con la previsión del artículo 161, en cuanto a que el Congreso Nacional aprobará o improbará los siguientes tratados y convenios internacionales: que se refieran a materia territorial o de límites; que establezcan alianzas políticas o militares; que comprometan al país en acuerdos de integración; que atribuyan a un organismo internacional o supranacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución o la ley; que se refieran a los derechos y deberes fundamentales de las personas y a los derechos colectivos; y que contengan el compromiso de expedir, modificar o derogar alguna ley.

Al parecer, los tratados y convenios internacionales no referidos a las temáticas individualizadas en el párrafo inmediatamente anterior (es decir, las contenidas en el artículo constitucional 161) pueden ser celebrados y ratificados directamente por el Presidente de la República (quien define la política exterior y dirige las relaciones internacionales) sin la previa aprobación del Congreso Nacional (véase artículo 171, inciso 12, *ibídem*).

Valga rememorar que el artículo 162, *ibídem*, preceptúa que la aprobación de los tratados y convenios internacionales se hará en un solo debate y con el voto conforme de la mayoría de los miembros del Congreso (párrafo 1°), para lo que, *previamente, se solicitará el dictamen del Tribunal Constitucional respecto a la conformidad del tratado o convenio con la Constitución* (párrafo 2°).

##### B. Modalidad de fiscalización constitucional específicamente ceñida a los instrumentos internacionales

Para cerrar la referencia al Derecho ecuatoriano y despejar cualquier duda acerca del momento en que el examen de constitucionalidad debería concretarse, reenvia-

---

<sup>52</sup> García Belaunde, op. cit., pp. 137-138.

mos a Salgado Pesantes, quien precisa que la atribución acordada al Tribunal Constitucional (artículo 276, inciso 5º) está vinculada al *control previo de constitucionalidad de los instrumentos internacionales*, lo cual es necesario hacer *antes* de que el Congreso apruebe o ratifique un tratado o convenio internacionales que luego deban ser cumplidos por el Estado<sup>53</sup> —el énfasis no corresponde al original—.

## 5. Guatemala

### A. *Acerca del sistema general de contralor de constitucionalidad en vigor y, en particular, sobre la fiscalización respecto de los instrumentos internacionales. Otras aristas de interés*

a. De la convergencia de los artículos constitucionales 204 y 266, por un lado, y 267, por el otro, surge que el sistema de control de constitucionalidad vigente responde al esquema *mixto*, con tendencia a afianzar el elemento de control *concentrado* y a atenuar el *difuso*.<sup>54</sup>

El último de los ingredientes mencionados (*difuso*) emerge de la interacción de los artículos 204 y 266. Aquél dispone que los tribunales de justicia, en toda resolución o sentencia, observarán obligadamente el principio de que la Constitución prevalece sobre cualquier ley o tratado; al tiempo que el artículo 266 establece la posibilidad de que las partes planteen la inconstitucionalidad total o parcial de una ley (como acción, excepción o incidente), en casos concretos, en todo proceso de cualquier competencia o jurisdicción, en cualquier instancia y en casación, y hasta antes de dictarse sentencia.

El elemento *concentrado* se extrae del artículo 267, por cuya virtud las acciones en contra de leyes, reglamentos o disposiciones de carácter general que contengan vicio parcial o total de inconstitucionalidad serán planteadas directamente ante el Tribunal o Corte de Constitucionalidad.

b. La Corte de Constitucional, que —según García Laguardia— aparece por vez primera en la anterior Constitución de 1965, deviene ya en la Carta Fundamental de 1985 (que entró en vigor el 14 de enero de 1986) en un tribunal permanente y de jurisdicción privativa, encargado de garantizar la supremacía de la Constitución y dar plena eficacia a sus normas, configurando un nuevo sistema de justicia constitucional.<sup>55</sup> El artículo 268 le acuerda expresamente la función esencial de defensa del or-

<sup>53</sup> Hernán Salgado Pesantes, “Jurisdicción y procesos constitucionales en el Ecuador”, en Eduardo Ferrer Mac-Gregor (coord.): *Derecho Procesal Constitucional*, 2ª ed., Porrúa, México, 2001, p. 1270.

<sup>54</sup> Eguiguren Praeli, op. cit. (*Estudios...*), pp. 264-265.

<sup>55</sup> Jorge M. García Laguardia, “La Constitución guatemalteca de 1985”, *Cuadernos Constitucionales México-Centroamérica*, n° 2, Centro de Estudios Constitucionales México-Centroamérica, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México-Corte de Constitucionalidad de Guatemala, México, 1992, p. 32.

den constitucional, que actúa como tribunal colegiado con independencia de los demás organismos del Estado. Sobre tal Tribunal se ha dicho que es el supremo intérprete o intérprete final de la Constitución<sup>56</sup> (artículo constitucional 268 y artículos 69, 142, 149 y 185 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad).

c. Cabe recordar que la Corte de Constitucionalidad de Guatemala recepta competencia para emitir opinión sobre la constitucionalidad de los tratados, convenios y proyectos de ley, a solicitud de cualquiera de los organismos del Estado; ello, de conformidad con los artículos 272, inciso e, de la Constitución y 163, inciso e, de la mencionada Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, en conexión con los artículos 171 a 177 de la normativa mencionada en último término. De ello surge, naturalmente, la tipología *preventiva* y *abstracta* del control de constitucionalidad de dichos instrumentos internacionales.

d. En cuanto a la distribución competencial en el *iter* a discurrir para la ratificación de los tratados y convenios internacionales, es dable recordar que se dispone constitucionalmente que el Presidente de la Nación deberá someter tales instrumentos a la consideración del Congreso para su aprobación, antes de su ratificación (artículo 183, inciso k, de la Ley Fundamental), lo que guarda compatibilidad con la atribución que al Congreso le viene deferida en el artículo 171, inciso l, *ibidem*.

e. Para concluir esta reseña introductoria, permítasenos formular una aproximación a un tema de singular importancia: la relación de los tratados y convenios internacionales frente al Derecho Interno.

En orden a adelantar el análisis de rigor, resultan de valía los siguientes preceptos constitucionales: 44, *in fine* (que prevé la nulidad *ipso iure* de las leyes y disposiciones gubernativas, o de cualquier otra orden, que disminuyan, restrinjan o tergiversen los derechos que la Constitución garantiza); 175, párrafo 1º (que dispone que ninguna ley podrá contrariar las disposiciones de la Constitución, añadiendo que las que violen o tergiversen los mandatos constitucionales son nulas *ipso iure*); y, fundamentalmente, 204 (que preceptúa que los tribunales de justicia, en toda resolución o sentencia, observarán obligadamente *el principio de que la Constitución prevalece sobre cualquier ley o tratado*).

De un análisis literal del precedente mosaico normativo surge la supremacía constitucional sobre toda ley o tratado; sin embargo, para añadir un elemento de discordia a lo que se suponía un esquema de lectura lineal, no podemos soslayar la presencia del artículo 46 que, bajo el epígrafe “Preeminencia del Derecho Internacional”, establece el principio general de que, en materia de derechos humanos, *los tratados y*

---

<sup>56</sup> Adolfo González Rodas, “La Corte de Constitucionalidad de Guatemala”, *Cuadernos Constitucionales México-Centroamérica*, n° 1, Centro de Estudios Constitucionales México-Centroamérica, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México-Corte de Constitucionalidad de Guatemala, México, 1992, p. 11.

*convenciones aceptados y ratificados por Guatemala tienen preeminencia sobre el Derecho Interno.* Ello agrega un ingrediente conflictivo a la cuestión, dejándose abierto el interrogante (no resuelto por los Constituyentes) acerca de si los tratados internacionales relativos a derechos humanos receptan valencia supraconstitucional, pues, al referirse la norma a la preeminencia de éstos sobre el Derecho Interno, razonablemente cabría inteligir que en este postulado podría quedar incluida la Ley Fundamental.

Piza Rocafort se expide por tal opción de supraconstitucionalidad, parangonando los casos de Guatemala y Honduras.<sup>57</sup> En similar sentido parecería pronunciarse Ayala Corao, quien aporta un importante dato para enriquecer el debate cuando asegura que el origen del artículo constitucional 46 obedeció al impacto de la OC-3/83, de 8 de setiembre de 1983, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la que estableció que un Estado no puede, aunque su Constitución se lo permita (como era el caso de Guatemala), “aplicar la pena de muerte a delitos para los cuales no estaba contemplada anteriormente en su legislación interna”.<sup>58</sup>

En la banda contraria se presenta Gros Espiell, para quien (de resultas del cuadro normativo que examina —artículos constitucionales 272, inciso e; 171, inciso j, ap. 1º; 173, inciso j; y 175— y de una interpretación “contextual”) los tratados sobre derechos humanos continúan situándose bajo la Constitución, pero ostentan preeminencia sobre la ley ordinaria y el resto del Derecho Interno.<sup>59</sup> En visión convergente, García Laguardia ha precisado que lo que da jerarquía superior a la Constitución sobre todas las restantes normas (además de los artículos 44, 175 y 204 de la Ley Fundamental), es la disposición del artículo 272, inciso e, ibídem, que atribuye a la Corte de Constitucionalidad la competencia para “emitir opinión sobre la constitucio-

---

<sup>57</sup> Rodolfo E. Piza Rocafort, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos: la Convención Americana*, San José, Costa Rica, 1989, pp. 88 y 89; cit. por Carlos M. Ayala Corao, “La jerarquía constitucional de los tratados relativos a derechos humanos y sus consecuencias”, ponencia presentada al VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional e Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, México, 12 a 15 de febrero de 2002 (véase la transcripción, p. 8).

<sup>58</sup> Cf. Carlos M. Ayala Corao, op. cit., pp. 8-9.

Adicionalmente, corresponde mencionar que el Gobierno de Guatemala había solicitado a la Corte que se abstuviera de rendir la opinión consultiva solicitada por la Comisión Interamericana, lo que fue rechazado por el Tribunal, que por unanimidad se declaró competente para evacuarla; paralelamente, y también en forma unánime, expresó de modo textual que “la Convención prohíbe absolutamente la extensión de la pena de muerte y que, en consecuencia, no puede el Gobierno de un Estado Parte aplicar la pena de muerte a delitos para los cuales no estaba contemplada anteriormente en su legislación interna” (OC 3/83, de 8 de setiembre de 1983, “Restricciones a la pena de muerte [artículos 4.2 y 4.4. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos]”, Serie A: Fallos y Opiniones, nº 3, Secretaría de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José [Costa Rica], 1983, p. 44).

<sup>59</sup> Héctor Gros Espiell, “Los tratados sobre derechos humanos y el derecho interno”, *Estudios en Homenaje al Doctor Héctor Fix Zamudio*, t. II (“Derecho Comparado”), Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1988, p. 1039.

nalidad de los tratados”, sin hacer distingos entre ellos, lo que —a su criterio— “deja abierta la posibilidad de su posible constitucionalidad” (*sic*).<sup>60</sup>

Como elemento adicional de análisis, se ha afirmado que la visión de la Corte de Constitucionalidad sobre el particular apunta a indicar que los tratados de derechos humanos ingresan al ordenamiento jurídico guatemalteco con carácter de norma constitucional pero sin potestad reformadora o derogatoria (sentencia de 19 de octubre de 1990, expediente n° 280/90, considerando VIII).<sup>61</sup>

Por nuestra parte, pensamos que aquella duda de interpretación exegética (en torno de la cual se han brindado —como vimos— visiones divergentes) podría ser salvada a partir de la aplicación del principio *pro homine* o *favor libertatis*, al que aludiéramos *supra*, acudiendo a la norma, ya de fuente doméstica, ya de fuente internacional, que exhale una dosis tuitiva más densa en aras de la protección de los derechos humanos (artículos 5 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; 5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos —en adelante: CADH—; 1, apartado 2°, de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, y 41 de la Convención sobre los Derechos del Niño); lo que —*inter alia*— reconoce una raíz axiológicamente trascendente en la especial naturaleza que ostentan los tratados internacionales de derechos humanos<sup>62</sup> cuyos objeto y fin confluyen en un punto en común: la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, con independencia de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado cuanto a los restantes Estados contratantes; es decir, como dijo la Corte Interamericana en la OC 2/82, que no son tratados multilaterales del tipo tradicional, concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos, para el beneficio mutuo de los signatarios.<sup>63</sup>

<sup>60</sup> García Laguardia, op. cit., p. 24.

<sup>61</sup> Cf. Ariel E. Dulitzky, “Los tratados de derechos humanos en el constitucionalismo iberoamericano”, en Thomas Buergenthal y Antônio A. Cançado Trindade, *Estudios especializados de derechos humanos*, t. I, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José (Costa Rica), 1996, p. 158.

<sup>62</sup> Ver, ejemplificativamente, al respecto: O.C. 1/82, de 24 de setiembre de 1982, “‘Otros tratados’ objeto de la función consultiva de la Corte (artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)”, Serie A: Fallos y Opiniones, n° 1, Secretaría de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 1982, § 24, p. 13; Corte Europea de Derechos Humanos, *Caso Soering*, 7 de julio de 1989, § 87; “Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide”, Opinión Consultiva, CIJ, 28 de mayo de 1951, *Reports of Judgements, Advisory Opinions and Orders*, Leyden A. W. Sijthoff’s Publishing Company, 1951, o *Recueil*, 1951, p. 23.

<sup>63</sup> Cf. O.C. 2/82, de 24 de setiembre de 1982, “El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículos 74 y 75)”, Serie A: Fallos y Opiniones, n° 2, Secretaría de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 1982, § 29, p. 44.

Sobre el particular, véase para ampliar, Víctor Bazán, “La Convención Americana sobre Derechos Humanos y el efecto de las reservas respecto de su entrada en vigencia: a propósito de la O.C. 2/82 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en AA.VV., *Derechos humanos. Corte Interamericana*, t. I, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2000, pp. 91-165.

### B. *Breve reseña de un interesante antecedente verificado en la praxis de la Corte*

Al solo efecto ilustrativo, y para verificar la mecánica de la praxis de la Corte de Constitucionalidad guatemalteca, evocamos sucintamente la ocasión en que ésta emitió opinión consultiva, el 18 de mayo de 1995, expidiéndose por la constitucionalidad del Convenio 169 de la OIT (sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes), ante la consulta al respecto formulada por varios diputados y el envío formal que el Congreso de la República le realizara el 29 de marzo de 1995. Se ha sostenido que un importante antecedente de la opinión consultiva evacuada por la Corte de Constitucionalidad de Guatemala, lo constituye el previo pronunciamiento de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica sobre dicho Convenio, consulta preceptiva que le había sido dirigida —en los términos del artículo 96 de la Ley de Jurisdicción Constitucional costarricense— por el Directorio de la Asamblea Legislativa.<sup>64</sup>

Volviendo al ámbito guatemalteco, cabe consignar que el Convenio fue ratificado por Guatemala el 5 de marzo de 1996, instrumento de ratificación que consta de tres considerandos, dejándose expuesto en el último de ellos que la Corte había emitido opinión favorable a la aprobación de aquél.<sup>65</sup>

## 6. *Perú*

### A. *Modelo de control de constitucionalidad en general.*

#### *Situación normativa actual relativa a la fiscalización constitucional de instrumentos internacionales*

Preliminarmente, cabe advertir —con Eguiguren Praeli y García Belaunde— que en Perú rige el sistema de control de constitucionalidad dual o paralelo, dado que los modelos difuso y concentrado coexisten simultánea pero separadamente, sin mezclarse, deformarse ni desnaturalizarse.<sup>66</sup> En efecto, en la Carta Magna es dable verificar la institucionalización del control difuso (cuando en el artículo 138 dispone que en todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una legal, los jueces prefieren la primera), y, coetáneamente, la del concentrado, al estatuir —en el artículo 202, inciso 1°, y su remisión al artículo 200, inciso 4°, ibídem— la competencia del Tribunal Constitucional para conocer y resolver, en instancia única, las acciones de inconstitucionalidad contra las normas que tienen rango de ley.

---

<sup>64</sup> Cf. José Emilio Rolando Ordóñez Cifuentes, “La opinión consultiva de la Corte de Guatemala sobre la constitucionalidad del Convenio 169 de la OIT”, *Cuadernos Constitucionales México-Centroamérica*, n° 30, Centro de Estudios Constitucionales México-Centroamérica, Universidad Nacional Autónoma de México-Corte de Constitucionalidad de Guatemala, México, 1998, p. 133.

<sup>65</sup> Véase, para ampliar, Ordóñez Cifuentes, op. cit. nota anterior, en especial pp. 133-142.

<sup>66</sup> Eguiguren Praeli, op. cit. (*Estudios...*), p. 266, y García Belaunde, op. cit., pp. 133-136.

Ya en punto al control de constitucionalidad de los tratados internacionales, la Constitución peruana presenta un complejo mosaico normativo.

Así, es posible comprobar que, en mérito al artículo 32, inciso 2°, puede ser sometida a referéndum la aprobación de normas con rango de ley, categoría en la que correspondería entender incluidos los tratados internacionales, en función de lo dispuesto por el artículo 200, inciso 4°, *ibídem*, por conducto del cual se individualizan las normas que adquieren tal rango y que resultan susceptibles de la acción de inconstitucionalidad; garantía esta última cuyo conocimiento compete, en instancia única, al Tribunal Constitucional (cf. mencionado artículo 202, inciso 1°, *ibídem*).

No deja de ser polémico —a nuestro criterio— que se adjudique al Tribunal la atribución de controlar *repressivamente* la constitucionalidad de los tratados internacionales, tarea cuyo ejercicio puede concluir en una sentencia de inconstitucionalidad que se publica en el diario oficial y que, al día siguiente de dicha publicación, la norma catalogada como inconstitucional queda sin efecto (artículo 204, *ibídem*). La preocupación surge a poco de pensar en el grado de inestabilidad normativa en que se sume al tratado internacional, aun cuando vigente, con el consecuente demérito de la seguridad jurídica que ello podría desencadenar, la potencial responsabilidad internacional en que el Estado peruano incurriría, y la violación de los principios generales del Derecho que tal conducta irrogaría, cuadro que se agrava si sólo nos detenemos a pensar que Perú ha ratificado —bien que con posterioridad a la entrada en vigencia de la actual Constitución de 1993— la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, que suscribiera el 23 de mayo de 1969; ratificación concretada por decreto supremo n° 029-2000-RE, publicado en el *Diario Oficial El Peruano* de 21 de setiembre de 2000.

De regreso de la digresión, cabe aclarar que el sometimiento del tratado internacional al mencionado mecanismo de democracia semidirecta (referéndum) sólo puede configurarse en el supuesto de que dicho instrumento se encuentre en trance de aprobación, pues la propia Ley Fundamental proscribe esa posibilidad cuando se refiera a “tratados internacionales en vigor” (artículo 32, *in fine*).

Es importante destacar, en torno a la aprobación de los tratados, que la Constitución diseña una duplicidad de procedimientos, con modalidades diversas de acuerdo con la temática a la cual aquéllos se refieran.

En efecto, si versan sobre derechos humanos; soberanía, dominio o integridad del Estado; defensa nacional; u obligaciones financieras del Estado, deberán ser aprobados por el Congreso *antes* de su ratificación por el Presidente de la República. Igualmente requerirán aprobación de aquel cuerpo legisferante los tratados que crean, modifican o suprimen tributos; los que exigen modificación o derogación de alguna ley y los que requieren medidas legislativas para su ejecución (artículo 56).

Por el contrario, no se exige previa aprobación del Congreso si los tratados versan sobre materias no contempladas en el artículo 56; el Presidente de la República puede celebrarlos, ratificarlos o adherir a ellos debiendo sólo dar cuenta al Congreso

(artículo 57, párrafo 1°). Entendemos, sin embargo, que cuando los instrumentos internacionales señalados en último término afecten disposiciones constitucionales deben ser aprobados por el mismo procedimiento que rige la reforma de la Constitución,<sup>67</sup> *antes de ser ratificados por el Presidente de la República* (ibídem, párrafo 2°).

Pareciera que, paralelamente al aludido mecanismo de control *represivo*, coexiste otro, ya *previo*, operable respecto de los tratados que no versen sobre las materias descritas en el artículo 56 de la Constitución y que afecten disposiciones de ésta, los que, *con anterioridad a su ratificación por el Presidente de la República* (artículo 57, párrafo 2°, ibídem), deben ser aprobados por el mismo procedimiento que rige la reforma de la Constitución.

### B. *Proyecto de reforma constitucional y modificaciones propuestas*

Cabe destacar que en el texto definitivo del proyecto de reforma constitucional concluido durante el año en curso (aprobado en la respectiva Comisión del Congreso, debiendo pasar al pleno de éste para su debate), el mencionado artículo 32 de la actual Constitución peruana queda reenumerado como artículo 48 y, en éste, desaparece del apartado 2° la referencia a la aprobación de “normas con rango de ley” y se incorpora como apartado 5° (siempre de ese artículo 48), y como materia susceptible de referéndum, a “los tratados antes de su ratificación”, manteniéndose en el parágrafo final de tal norma la prohibición de someter a referéndum a los tratados en vigor.

Como se anticipara, en la enumeración actual del artículo constitucional 200, inciso 4° (referente a las normas que *tienen rango de ley* y, por tanto, posibles blancos de la acción de inconstitucionalidad), quedan incluidos: las leyes, los decretos legislativos, los decretos de urgencia, *los tratados*, los reglamentos del Congreso, las normas regionales de carácter general y las ordenanzas municipales que contravengan la Constitución en la forma o en el todo. Por su parte, en el texto de reforma constitucional en proyecto desaparece la expresión “acción de inconstitucionalidad”, la que es sustituida por la de “proceso de inconstitucionalidad”, el que —de acuerdo con el proyectado artículo 59— procede contra leyes, decretos legislativos, decretos de urgencia, reglamentos del Congreso, normas regionales de carácter general, ordenanzas municipales y *tratados*.

A su tiempo, en la redacción proyectada se deja sentado, como principio general, que “todo tratado debe ser aprobado por el Congreso, antes de su ratificación por el Presidente de la República” (artículo 79), eliminándose la enumeración de materias

---

<sup>67</sup> El artículo constitucional 206, párrafo 1°, prevé que toda reforma constitucional debe ser aprobada por el Congreso con mayoría absoluta del número legal de sus miembros, y ratificada mediante referéndum, el que puede omitirse cuando el acuerdo del Congreso se obtiene en dos legislaturas ordinarias sucesivas con una votación favorable, en cada caso, superior a los dos tercios del número legal de congresistas.

(contenida en el actual artículo 56) respecto de las que se requiere la convergencia de tal mecanismo aprobatorio. Sea como fuere, se mantiene un segmento de atribución competencial privativa del Presidente de la República, quien puede —en materias de su exclusiva competencia— “celebrar tratados con Estados extranjeros u organizaciones internacionales o adherir a ellos sin el requisito previo de la aprobación del Congreso. En todo caso debe dar cuenta inmediata a éste en un plazo no mayor de noventa (90) días” (cf. proyectado artículo 81 que, con algunas variantes, coincide con el actual artículo 57).

Por lo demás, y como uno de los principios fundamentales (el IX) dentro del título preliminar, el proyecto establece que “los tratados sobre derechos humanos tienen *jerarquía constitucional*”, principio que se compadece —*inter alia*— con otras normas constitucionales propuestas, tales como el artículo 82, que establece que “los preceptos contenidos en los tratados relativos a derechos humanos tienen *jerarquía constitucional*. No pueden ser modificados sino por el procedimiento que rige para la reforma de la Constitución” —en todos los casos, el destacado ha sido añadido—. Paralelamente, y a modo de importante pauta hermenéutica, se dispone —como otro principio fundamental (el II) dentro del esquema de aquel título—, que “los derechos fundamentales [...] *se interpretan de conformidad con los tratados y declaraciones internacionales, en la medida que sean más favorables a la persona humana*. El Estado garantiza el goce y ejercicio de estos derechos” —subrayado propio—.

Es de resaltar que en el título II (“Del Estado y la Nación”), específicamente como capítulo III de ese título (y bajo el siguiente epígrafe: “De los tratados”) se despliega un *continuum* normativo, que comprende los artículos 78 a 83, referido a la determinación de las pautas básicas regulatorias de la materia. De ellas sobresalen, ilustrativamente y además de las ya adelantadas: la previsión del artículo 78, *in fine*, en cuanto a que, en caso de conflicto entre el tratado y la ley, prevalece el primero, declaración de primacía que no contiene el texto actual del artículo 55 (con lo que se volvería —en líneas generales— a la redacción del artículo 101 de la Constitución de 1979),<sup>68</sup> y, fundamentalmente, el precepto literalizado en el artículo 83, en virtud del cual se autoriza al Estado a que, sobre la base de los principios de equidad, reciprocidad y dignidad de la persona humana, celebre “tratados mediante los cuales reconozca determinadas competencias a organismos internacionales con jurisdicción para cautelar los derechos humanos, combatir el crimen internacional, la corrupción y el

---

<sup>68</sup> Un interesante trabajo sobre las diferencias entre las Constituciones de 1979 y 1993 en relación con el respectivo (y diverso) tratamiento dispensado, en general, a la problemática de la posición de los tratados internacionales respecto del derecho interno y, en particular, a la de los convenios relativos a derechos humanos, puede verse en Marcial Rubio Correa, “La ubicación jerárquica de los tratados referentes a derechos humanos dentro de la Constitución peruana de 1993”, *Pensamiento Constitucional*, año V, n° 5, Maestría en Derecho con Mención en Derecho Constitucional, Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, Lima, 1998, pp. 99-113.

terrorismo, así como para auspiciar los procesos de integración” (párrafo 1°), postulando a continuación un tándem de cuestiones que —a nuestro juicio— ostentan importancia capital: por una parte, la especificación relativa a que los fallos de dichos organismos son de aplicación inmediata y de cumplimiento obligatorio en el territorio peruano y exigibles de cumplimiento por los participantes ante los tribunales nacionales (párrafo 2°), y, por otra, la clara previsión atinente a que “la terminación de un tratado, su suspensión o modificación, no podrá tener lugar sino como resultado de la aplicación de las disposiciones del propio tratado o de acuerdo con las normas generales del Derecho Internacional” (párrafo 3°).

Las dos últimas cuestiones referenciadas (de un lado, aplicación inmediata, cumplimiento obligatorio y exigibilidad ante los tribunales nacionales de los fallos de los organismos internacionales para cautelar derechos humanos, y, del otro, la inequívoca determinación de los caminos jurídicos para concretar la terminación, suspensión o modificación de los tratados) adquieren una connotación axiológica sumamente relevante, pues suponen una suerte de inmunización institucional para descartar preventivamente el eventual intento de reiteración de ciertos acontecimientos censurables de la historia peruana reciente, anudados a la gestión del ex presidente Fujimori;<sup>69</sup> despropósitos afortunadamente superados —complementaria y sucesivamente— por la restauración democrática del gobierno de transición de V. Paniagua y del actual primer mandatario elegido popularmente, A. Toledo.<sup>70</sup> Nos referimos al desconocimiento de ciertas sentencias emitidas contra Perú por la Corte Interamericana de Derechos Humanos; a la declaración, por organismos de justicia internos, de “inejecutabilidad” de dichos pronunciamientos; a la “devolución” de las demandas notificadas por tal organismo jurisdiccional internacional; y al “retiro con efectos inmediatos” del Estado peruano de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana, aprobado mediante resolución legislativa n° 27.152 el 8 de julio de 1999.

---

<sup>69</sup> Al respecto, ver —por todos— César Landa, “Invalidez del retiro del Perú de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, y Francisco Eguiguren Praeli, “El sistema interamericano de protección de los derechos humanos y sus problemas: el retiro del Estado peruano de la competencia de la Corte”, ambos publicados en *Revista Peruana de Derecho Público*, año I, n° 1, diciembre de 2000, Grijley, Lima, pp. 27-51 y 53-69, respectivamente.

Por su parte, y a favor de la viabilidad del retiro del reconocimiento de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos por un Estado parte en el Pacto de San José de Costa Rica (y de los efectos inmediatos que produce), con aclaración de que el trabajo no hace referencia específica al retiro formulado por Perú, véase Héctor Gros Espiell, “Retiro del reconocimiento de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, loc. cit. párrafo anterior, pp. 15-26.

<sup>70</sup> Véase, por ejemplo, Francisco Eguiguren Praeli, “El ‘retorno’ del Perú al sistema interamericano de Derechos Humanos”, *Revista Peruana de Derecho Público*, año I, n° 2, enero-junio de 2001, Grijley, Lima, pp. 27-32.

No deseábamos finalizar esta reseña de la propuesta de modificación constitucional sin efectuar una breve mención a un precepto importante. Aludimos al proyectado artículo 52, que estipula que “toda persona tiene derecho a recurrir ante los órganos supranacionales, jurisdiccionales o no jurisdiccionales, encargados de velar por el respeto de los derechos humanos según los tratados de la materia de los que el Perú es parte. Todos los órganos del Estado tienen el deber de cumplir con las sentencias dictadas por los órganos jurisdiccionales supranacionales”. Huelga recordar que ello se conecta (para intentar ocluir las jurídicamente hacia el futuro) con las precitadas circunstancias del tristemente famoso retiro de la competencia de la Corte, el desconocimiento de las sentencias emitidas por ésta y la declaración de “inejecutabilidad” de sus fallos en el plano interno.

## 7. Venezuela

### A. Modelo de control de constitucionalidad y plexo normativo vigente

Liminarmente, es útil evocar que en la Constitución vigente (1999) se recogen, en punto al sistema de “justicia constitucional”,<sup>71</sup> todos los principios del modelo mixto o integral; es decir, el *control difuso*, a cargo de todo juez de la República, y el *control concentrado* de la constitucionalidad de los actos estatales conforme a la Constitución, que se ejerce por dos jurisdicciones diversas: la *constitucional*, que corresponde exclusivamente a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, respecto de las leyes y demás actos de los órganos del Poder Público dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución; y la *contencioso-administrativa*, ejercitable por los órganos competentes para controlar la constitucionalidad de los actos administrativos, normativos y no normativos, aunque siempre de rango sublegal.<sup>72</sup>

Por virtud del artículo constitucional 335, el Tribunal Supremo de Justicia garantizará la supremacía y efectividad de las normas y principios constitucionales, será el máximo y último intérprete de la Constitución y velará por su uniforme interpretación y aplicación. Añade que las interpretaciones que establezca la Sala Constitucional de dicho Tribunal sobre el contenido o el alcance de las normas y principios cons-

---

<sup>71</sup> Brewer-Carías critica la apreciación formulada por la Sala Constitucional del Supremo Tribunal de Justicia en su sentencia n° 129, de 17 de marzo de 2000, en el sentido de que tal Sala “tiene atribuida competencia para ejercer la jurisdicción constitucional, es decir, la potestad de juzgar y de hacer ejecutar lo juzgado en materia constitucional” (énfasis del original), pues entiende que la noción de *justicia constitucional* es diversa de la de *jurisdicción constitucional*, además de que —estima— no es posible identificar la *jurisdicción constitucional* con “la potestad de juzgar en materia constitucional”, que equivaldría a *justicia constitucional*. En otras palabras, entiende que la Sala Constitucional del Tribunal Supremo ejerce *jurisdicción constitucional*, puesto que se le ha atribuido el monopolio para anular determinados actos estatales: las leyes y demás actos de rango legal o de ejecución directa e inmediata de la Constitución (Allan R. Brewer-Carías, “La Justicia Constitucional en la Constitución venezolana de 1999”, en Eduardo Ferrer Mac-Gregor [coord.], loc. cit. nota 53, p. 933).

<sup>72</sup> *Ibidem*, pp. 936 y ss.

titucionales son vinculantes para las otras Salas del mismo y demás tribunales de la República.

Entre las atribuciones de la precitada Sala Constitucional, el artículo 336 incluye la de verificar, a solicitud del Presidente o Presidenta de la República o de la Asamblea Nacional, *la conformidad con la Constitución de los tratados internacionales suscritos por la República antes de su ratificación* (ordinal 5°).<sup>73</sup>

Es dable constatar que la Constitución, en el artículo 187, ordinal 18, acuerda a la Asamblea Nacional atribución para aprobar por ley los tratados o convenios internacionales que celebre el Ejecutivo nacional, salvo las excepciones consagradas en la propia Constitución; al tiempo que adjudica al Presidente o Presidenta de la República competencia para dirigir las relaciones exteriores y celebrar y ratificar los tratados, convenios o acuerdos internacionales (cf. artículo 236, ordinal 4°).

#### B. *Interesante percepción doctrinal*

Según Brewer-Carías, lo importante es destacar que, con el citado artículo constitucional (336, ordinal 5°), se incorporó al sistema de justicia constitucional en Venezuela una figura que tuvo su origen en los sistemas constitucionales europeos (como el francés y el español) y que también existe en Colombia, “el cual permite el control previo de la constitucionalidad de un tratado internacional suscrito por la República y evitar, en esos casos, la impugnación posterior de la ley aprobatoria del tratado ante el Tribunal Supremo” (destacado nuestro).<sup>74</sup>

El citado autor puntualiza que la Sala Constitucional debe verificar la conformidad del tratado con la Constitución y, si aquél no resulta conforme con ésta, entonces no puede ser ratificado, de lo que podría resultar, en todo caso, una iniciativa de reforma constitucional para adaptar la Constitución al tratado.<sup>75</sup> El autor citado califica como “evidente” que, si la Sala considera en su decisión que el tratado es conforme con la Constitución, no podría posteriormente ejercerse una acción de inconstitucionalidad contra la ley aprobatoria del tratado.<sup>76</sup> Finaliza la exposición relativa a esta cuestión señalando (en posición que compartimos) que un mecanismo de control de este tipo (previo) es muy importante en procesos de integración económica regional, pues llevaría a la ratificación de los tratados respectivos sólo después de la verificación de su constitucionalidad por el Tribunal Supremo y evitar, así, la impugnación posterior de la ley aprobatoria de los tratados.<sup>77</sup>

---

<sup>73</sup> Texto constitucional “corregido” y que varía del aprobado en el referéndum de 15 de diciembre de 2000 y publicado el 30 de diciembre de 1999, que establecía la “conformidad de la Constitución con los tratados internacionales” —énfasis propio— (ibídem, p. 948).

<sup>74</sup> Ibídem, p. 947.

<sup>75</sup> Ibídem, p. 948.

<sup>76</sup> Ibídem.

<sup>77</sup> Ibídem.

### III. Visión de conjunto

Analizados sucintamente ciertos aspectos de los pliegues normativos y jurisprudenciales de los sistemas jurídicos boliviano, colombiano, chileno, ecuatoriano, guatemalteco, peruano y venezolano, en las líneas siguientes brindaremos una apreciación de conjunto de tales esquemas, en particular, respecto de ciertas aristas dignas de mención para el desarrollo de nuestro trabajo, sin evadir nuestra visión personal ni omitir la formulación —preliminar y aproximativa— de una propuesta de *lege ferenda*.

#### 1. Sistemas de control de constitucionalidad

- a. Mediante la reforma constitucional de 1994, en Bolivia la intención se centró en instaurar un sistema *concentrado* de control de constitucionalidad (titularizado por el Tribunal Constitucional), aunque se ha aclarado que, en realidad, rige un modelo *formalmente mixto con indudable tendencia hacia un modelo concentrado*,<sup>78</sup> añadiéndose que el Tribunal es parte integrante del Poder Judicial, el que puede ejercer el control difuso.<sup>79</sup>
- b. El esquema de control de constitucionalidad imperante en Colombia se inscribiría en el modelo *mixto*, aunque fácticamente la labor de la Corte Constitucional viene plasmando un sistema orientado hacia formas de control *concentrado* de la constitucionalidad de las normas legales.<sup>80</sup>
- c. A su tiempo, en Chile se encuentra permitida la inaplicación mediante el sistema *difuso* pero sólo ante la Corte Suprema,<sup>81</sup> que ejerce el control incidental de la constitucionalidad de las leyes, declarando dicha inaplicabilidad al caso concreto;<sup>82</sup> por su parte, el Tribunal Constitucional ostenta, en materia de control de constitucionalidad, un carácter *preventivo*, esto es, previo a la sanción. Se ha sostenido que se trata de una suerte de modelo *político sui generis*, dado que el Tribunal actúa como un filtro de la actividad legislativa.<sup>83</sup>
- d. En Ecuador, el modelo responde al sistema *dual o paralelo*, con la existencia del Tribunal Constitucional con plena autonomía funcional y efectivos poderes jurisdiccionales y de control, aunque el Poder Judicial mantiene determinadas competencias en materia de inaplicación de leyes inconstitucionales.<sup>84</sup>

---

<sup>78</sup> Eguiguren Praeli, op. cit. (*Estudios constitucionales*).

<sup>79</sup> García Belaunde, op. cit.

<sup>80</sup> Cf. Eguiguren Praeli, op. cit. (*Estudios constitucionales*).

<sup>81</sup> García Belaunde, op. cit.

<sup>82</sup> Eguiguren Praeli, op. cit. (*Estudios constitucionales*).

<sup>83</sup> García Belaunde, op. cit.

<sup>84</sup> *Ibidem*.

- e. En Guatemala, el sistema de control de constitucionalidad vigente se inscribe en el esquema *mixto*, con tendencia a afianzar el elemento de control *concentrado* y a atenuar el *difuso*.<sup>85</sup>
- f. En el ordenamiento peruano puede constatarse la vigencia de un sistema *dual o paralelo*, caracterizado por la coexistencia simultánea pero separada de los modelos *difuso* (ejercitable por todos los jueces) y *concentrado* (titularizado por el Tribunal Constitucional), aunque sin mezclarse, deformarse ni desnaturalizarse.<sup>86</sup>
- g. Por último, en Venezuela, se recogen en la Ley Fundamental en vigor todos los principios del modelo *mixto o integral*; es decir, el control *difuso*, a cargo de todo juez de la República, y el control *concentrado*, relativo a la constitucionalidad de los actos estatales conforme a la Constitución, que se ejerce por dos jurisdicciones diversas: la *constitucional*, que corresponde exclusivamente a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo, acerca de las leyes y demás actos de los órganos del Poder Público dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución; y la *contencioso administrativa*, por los órganos competentes para controlar la constitucionalidad de los actos administrativos, normativos y no normativos, aunque siempre de rango sublegal.<sup>87</sup>
- h. En síntesis, y tendiendo el puente hacia el punto que abordaremos a continuación, las modalidades de control de constitucionalidad implementadas en los esquemas analizados, en las gamas y con los matices anunciados, evidencian que —en líneas generales— la tarea de fiscalización constitucional de los tratados internacionales se concentra competencialmente en los Tribunales Constitucionales, la Corte Constitucional de Colombia, la Corte de Constitucionalidad guatemalteca o, en el caso de Venezuela, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia; de allí que adquiera una inocultable trascendencia la labor hermenéutica que sobre el particular acometen tales órganos jurisdiccionales, cuyas interpretaciones pueden alcanzar fuerza vinculante.

## 2. *Control de constitucionalidad de tratados y convenios internacionales: puntos de contacto y de desencuentro en los sistemas analizados*

Como se anunciaba, la cuestión del contralor de constitucionalidad de los tratados y convenios internacionales se vincula con una problemática de más vasto calibre: la manera como cada Estado resuelve, ya desde el texto constitucional, ya desde

<sup>85</sup> Eguiguren Praeli, op. cit. (*Estudios constitucionales*).

<sup>86</sup> *Ibidem*, y García Belaunde, op. cit.

<sup>87</sup> Allan R. Brewer-Carías, “La Justicia Constitucional en la Constitución venezolana de 1999”, en Eduardo Ferrer Mac-Gregor (coord.), loc. cit. nota 53.

la vertiente jurisprudencial, la conexión tratado internacional-derecho interno; esto es, tanto el modo de recepción de esos instrumentos internacionales, cuanto la ubicación que les acuerdan en relación con el derecho doméstico. Se patentiza —consideramos— la imperiosa necesidad de que existan normas claras e inequívocas al respecto, constatándose la existencia de ordenamientos constitucionales que guardan silencio en torno a ello (verbigracia, Bolivia y Chile). Fundamentalmente en los supuestos mencionados en último término, las carencias normológicas provocan que la labor jurisprudencial de los respectivos Tribunales Constitucionales recepte una innegable plusvalía como idóneo vehículo hermenéutico para desentrañar la posición que los señalados instrumentos y normas internacionales adquieren *vis-à-vis* el derecho doméstico. Ya en otros casos se hace perceptible la determinación *ex Constitutione* de la valencia de los instrumentos internacionales sobre la legislación interna (por ejemplo, y en materia de derechos humanos, el artículo 23 de la Constitución venezolana, que adjudica jerarquía constitucional y prevalencia en el orden interno a los tratados, pactos y convenciones relativos a dicha materia, suscritos y ratificados por Venezuela, en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas por la Constitución y la ley de la República; o, con sus bemoles, el artículo 46 de la Constitución guatemalteca, que señala como principio general que, en materia de derechos humanos, los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala tienen preeminencia sobre el derecho interno).

El examen de la preceptiva constitucional abordada arroja que casi la totalidad de los ordenamientos, bien que con matices, diagrama por vía de principio un *control de constitucionalidad previo o preventivo del tratado internacional*, que puede ser: *obligatorio*, verbigracia, Colombia o Ecuador, en este último caso, cuando se trate de aquellos instrumentos que requieran la aprobación del Congreso Nacional, es decir, los enumerados en el artículo constitucional 161; o *facultativo o potestativo*, por ejemplo, Bolivia y Chile.

De ese espectro normativo, que —sin perjuicio de algunas aristas diferenciadas— presenta lineamientos comunes, escapa el cuadro de previsiones constitucionales peruano, que delinea un esquema *sui generis*, pues si bien puede percibirse que el control de constitucionalidad a cargo del Tribunal Constitucional con relación a las normas con rango de ley —entre las que cabe subsumir a los tratados internacionales— es *represivo* y las sentencias emitidas en uso de tales atribuciones producen efectos *erga omnes* y *ex nunc*,<sup>88</sup> cabe apreciar que, paralelamente a dicho mecanismo, coexiste otro, ya *previo*, operable respecto de los tratados que no versen sobre las materias descritas en el artículo 56 de la Constitución y que afecten disposiciones de

---

<sup>88</sup> Véase César Landa Arroyo, “Del Tribunal de Garantías al Tribunal Constitucional: el caso peruano”, *Pensamiento constitucional*, Maestría en Derecho con Mención en Derecho Constitucional, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1995, p. 101.

ésta, los que, *con anterioridad a su ratificación por el Presidente de la República* (artículo 57, párrafo 2°, *ibídem*), deben ser aprobados por el mismo procedimiento que rige la reforma de la Constitución.

En sintonía con lo expuesto, Eguiguren Praeli<sup>89</sup> concluye que los cinco Tribunales Constitucionales que analiza (refiriéndose a los de Bolivia, Colombia, Chile, Ecuador y Guatemala) realizan el control preventivo de la constitucionalidad de los tratados y convenios internacionales antes de su aprobación por el Congreso o de su ratificación por el Presidente (caso, este último, que corresponde a Colombia). Por su parte, en concreta alusión a Perú, y refiriéndose al control *a posteriori* por el Tribunal Constitucional, es decir, luego de que los tratados internacionales hayan sido aprobados y ratificados, no escatima en críticas respecto de tal mecanismo, precisando que ello “resulta paradójico y contraproducente, por los efectos para las relaciones internacionales que acarrearía una eventual declaratoria de inconstitucionalidad de un tratado ya aprobado y ratificado por el Estado”.<sup>90</sup>

### 3. *Algunas cuestiones opinables emergentes de la praxis jurisprudencial*

La praxis judicial de los esquemas analizados pone en evidencia la existencia de algunos precedentes (a nuestro juicio, polémicos) en los que, a través de la interpretación del órgano pertinente de justicia constitucional, se han habilitado ciertas alternativas para adelantar el ejercicio del control posterior del tratado o convenio internacionales, alegando —en el caso del TC de Bolivia— la convergencia de un recurso indirecto o incidental de inconstitucionalidad (véase la sentencia constitucional

---

<sup>89</sup> Eguiguren Praeli, op. cit. (*Estudios constitucionales*), p. 332.

También desde otras latitudes se suman opiniones dirigidas a la institucionalización del control previo de constitucionalidad de los tratados internacionales en sus derechos internos, mediante una reforma constitucional. Así, sólo a guisa de ejemplo y en alusión al contexto mexicano, Roa Ortiz se expide por una reforma constitucional que incida en la creación *ex novo* de un mecanismo de control previo de constitucionalidad de los tratados internacionales, lo que —a su criterio y entre otras finalidades— perfeccionaría el régimen normativo de protección y salvaguarda de la Constitución y evitaría la vinculación jurídica de México en el ámbito internacional sin antes proceder a las reformas o modificaciones del texto constitucional para prevenir las posibles contradicciones *ad intra* (Emmanuel Roa Ortiz, op. cit. nota 6, pp. 205-207). Por su parte, Cruz Ramos sostiene que viene a sumarse a los estudiosos del Derecho Internacional y Constitucional que aprecian ya la necesidad de reformar el artículo 133 de la Constitución mexicana, y tal vez otros de sus preceptos, “con el objeto de que los órganos legislativos no expidan, sin que previamente se denuncie un tratado internacional, normas contrarias al mismo, y que, en el procedimiento para el perfeccionamiento de los tratados internacionales, previo a su aprobación, se analice a fondo su constitucionalidad” (Jorge Antonio Cruz Ramos, “La aplicación de los tratados internacionales por los Tribunales judiciales”, en *El papel del Derecho Internacional en América. La soberanía nacional en la era de la integración regional*, Universidad Nacional Autónoma de México-The American Society of International Law, 1997, p. 175).

<sup>90</sup> Eguiguren Praeli, op. cit. (*Estudios constitucionales*), p. 332.

nº 036/01) o reivindicando, en el de la Corte Constitucional colombiana, su competencia para conocer de las demandas ciudadanas contra leyes aprobatorias de tratados, aun cuando éstos estén perfeccionados (véase la sentencia nº C-400 de 1998).

También aparece discutible alguna percepción del Tribunal Constitucional chileno, concretamente la reseñada sentencia rol nº 312, de 3 de octubre de 2000, en la que sostuvo que el tratado tiene “fuerza de ley”, añadiendo que puede “modificar a una norma de igual jerarquía”, con lo que parifica cualitativamente el tratado y la ley. No acordamos con dicha homologación jerárquica pues, por una parte, el tratado no es una ley y, por otra, no puede ostentar rango legal, ya que una *paridad normativa* tal podría conducir —por vía de hipótesis— a la aplicación del criterio cronológico en virtud del cual *lex posterior derogat prior*, o del parámetro de especialidad (la ley especial deroga a la ley general), con el consecuente detrimento de la virtualidad aplicativa del tratado internacional, dado que su ya incierto destino vivencial estará continuamente amenazado por el potencial dictado de una ley posterior (o, en su caso, especial) que lo abroge o modifique.<sup>91</sup> Por su parte, en la sentencia rol nº 346, de 8

---

<sup>91</sup> No resultan ajenos a tal interpretación algunos precedentes verificables, por caso, en los repertorios jurisprudenciales del Supremo Tribunal Federal de Brasil o de la Corte Suprema de Justicia de Uruguay. Véase, al respecto, Víctor Bazán, por ejemplo en: “El Mercosur desde el plano de las Constituciones de sus Estados Partes: perspectivas del sistema de solución de controversias”, en Luiz Otávio Pimentel (coord.): *Direito da Integração e relações internacionais*, Fundação Boiteux, Florianópolis, 2001, pp. 670-682; “Hacia la pervivencia del Mercosur: nivelación constitucional, establecimiento de instituciones supranacionales y efectiva protección de los derechos humanos”, en VV.AA., *El Derecho Constitucional del siglo XXI. Diagnóstico y perspectivas*, Ediar, Buenos Aires, 2000, pp. 275-309.

Corresponde adicionar que la Constitución brasileña atribuye competencia al Supremo Tribunal Federal para juzgar, mediante recurso extraordinario, las causas decididas en única o última instancia, cuando la decisión recurrida declarase la inconstitucionalidad de un tratado (artículo 102, inciso III, b). Colateralmente, permítasenos indicar que, a partir de ello, Caputo Bastos extrae como consecuencia la imposibilidad de que Brasil se someta a un orden jurídico supranacional, dada la supremacía del Derecho Constitucional Interno sobre el Derecho Internacional (Carlos Eduardo Caputo Bastos: “O processo de integração do Mercosul e a questão da hierarquia constitucional dos tratados”, *Estudos da Integração*, nº 12, Associação Brasileira de Estudos da Integração, Brasília, 1997, p. 17).

Ya respecto de la Constitución uruguaya, en ésta se prevé que corresponde a la Suprema Corte de Justicia juzgar, originariamente, en las cuestiones relativas a tratados, pactos y convenciones con otros Estados (artículo 239, numeral 1). Al respecto, se ha añadido que todo aquello que tenga relación con la existencia, el alcance, los efectos y la aplicación de los tratados internacionales, los pactos y las convenciones internacionales que Uruguay celebre con Estados y organismos internacionales, será de competencia exclusiva de dicho Tribunal, de lo que surge que el propósito del constituyente fue asignar al máximo órgano jurisdiccional el conocimiento de una cuestión que se estima, también, de máxima relevancia para el país (cf. Walter D. Guerra Pérez, “Derecho Procesal Constitucional en el Uruguay. Panorama normativo e institutos afines”, en Eduardo Ferrer Mac-Gregor [coord.], loc. cit. nota 53, pp. 1087-1088). Por su parte, Esteva Gallicchio incluye como objeto del control concentrado de constitucionalidad por la Suprema Corte, las leyes que aprueban tratados, convenciones o contratos internacionales (artículos 256 y 85, ordinal 7º, de la Constitución uruguaya), y señala que el texto y el contexto constitucionales admiten tal control, aunque advierte que el Tribunal “elude la posibilidad de

de abril de 2002, el TC se expidió sobre el tratado que contiene el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, disponiendo que se requiere de reforma constitucional previa para su aprobación por el Congreso Nacional y su posterior ratificación por el Presidente de la República, pudiendo constatarse que en la porción motiva del pronunciamiento el Tribunal deja al descubierto y se sustenta en algunas concepciones ya superadas y discutibles en torno del principio de soberanía y de la modificación constitucional operada en 1989 y plasmada en el añadido al inciso 2° del artículo 5 de la Ley Fundamental chilena.

#### 4. *¿Control de constitucionalidad a priori o a posteriori de los instrumentos internacionales?*

Como recurrentemente hemos afirmado, nos expedimos por la viabilidad de las hipótesis de control constitucional *preventivo* de los tratados y convenios internacionales, inclusive por la *obligatoriedad* de tal fiscalización.

El control de constitucionalidad *represivo o posterior* de los instrumentos internacionales, es decir, articulable una vez que éstos estén perfeccionados, integrados en el ordenamiento jurídico interno y en vigor, resulta discutible, pues la aplicación sistemática e inveterada de esa práctica podría vaciar de contenido axiológico y jurídico a la exigencia que se impone a todo Estado de honrar sus compromisos internacionales, permitiendo que en cualquier momento un tratado vigente pudiera ser declarado (total o parcialmente) inconstitucional, lo que supondría la violación de los principios generales del derecho y, ya en particular, las pautas *pacta sunt servanda* (norma fundamental de todo el derecho de los tratados), buena fe e improcedencia de alegar disposiciones de derecho interno para justificar el incumplimiento de los acuerdos internacionales; por otra parte, propiciaría el demérito de la seguridad jurídica, deslizaría al Estado en cuestión hacia una hipótesis de potencial responsabilidad internacional y deterioraría su imagen en el exterior.

Es perentorio proceder con mesura y prudencia al momento de negociar, concluir, firmar, aprobar y ratificar los tratados y convenios internacionales, cuidando que las cláusulas de éstos no violen precepto constitucional alguno, en orden a asegurar la incolumidad de la supremacía constitucional.

Pero cuando el tratado o el convenio han sido suscritos, aprobados, ratificados y con comunicaciones de ratificación canjeadas y tales actividades han sido desplegadas por las respectivas autoridades nacionales con competencia para dichos menesteres sin que mediara declaración de inconstitucionalidad por el Tribunal Constitucio-

---

pronunciarse”, citando ejemplificativamente el caso de la sentencia n° 38 de 1969 (Eduardo G. Esteva Gallicchio, “Estudio nacional sobre el sistema de Justicia Constitucional: Uruguay”, *Revista Uruguaya de Derecho Constitucional y Político*, t. XII, n°s 67-71, junio 1995-marzo 1996, Montevideo, 1997, pp. 217 y 218 [en esta última, texto y nota 83]).

nal respectivo, o habiendo sido considerado constitucional por éste, no deja de ser razonable entender extinguida la competencia del Tribunal para efectivizar el control de constitucionalidad respecto de aquéllos, quedando potencialmente subsistentes las vías estipuladas en el marco del Derecho Internacional para la terminación de los tratados y convenios.

Ello, desde que, mientras el tratado esté vigente, debe ser observado por las partes (artículo 26 de la Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados); y ese cumplimiento, concretarse de buena fe (señalado artículo 26, parte *in fine*, y artículo 31, inciso 1°, *ibídem*), siendo improcedente alegar o invocar disposiciones del Derecho Interno (entre las que cabe incluir a las sentencias judiciales) para auto-exonerarse o intentar justificar la exención de cumplimiento de las obligaciones emergentes del aludido acto jurídico internacional, salvo cuando el vicio de consentimiento del Estado en obligarse por el tratado, concerniente a la competencia para celebrarlo, sea manifiesto<sup>92</sup> y afecte a una norma de importancia fundamental de su Derecho Interno (artículo 27 en conjunción con el artículo 46, *ibídem*), caso este último en el cual —de acuerdo con De la Guardia— el tratado sería nulo de nulidad relativa por el vicio formal de defecto de competencia.<sup>93</sup>

Como verifica Carrillo Salcedo, la buena fe —uno de los principios fundamentales de todo sistema jurídico— procura corregir el inevitable subjetivismo de los Estados soberanos en la aplicación de las normas jurídicas internacionales, es decir, que se configura como límite al ejercicio de competencias discrecionales de aquéllos.<sup>94</sup> Y tal principio no viene sólo impuesto por la mencionada Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados (artículos 26 y 31, inciso 1°), sino también, verbigracia, por las Cartas de la Organización de las Naciones Unidas —ONU— (artículo 2, inciso 2°) y de la Organización de los Estados Americanos —OEA— (artículo 3, inciso c).

Cabe evocar que el artículo 38 del Estatuto del Tribunal Permanente de Justicia Internacional —TPJI— (de 13 de diciembre de 1920), correspondiente al esquema de la Sociedad de las Naciones —antecesora de la ONU—, establecía que dicho Tribunal aplicaba —*inter alia*— “los principios generales del Derecho reconocidos por las naciones civilizadas” (inciso 3°). Al respecto, se ha puntualizado que dichos principios —según la aseveración de lord Phillimore durante los trabajos preparatorios del Comité de Juristas que redactó el Estatuto— son los “aceptados por todas las nacio-

---

<sup>92</sup> Según el artículo 46.2 de la Convención, una violación es “manifiesta” si resulta objetivamente evidente para cualquier Estado que proceda en la materia conforme a la práctica usual y de buena fe.

<sup>93</sup> De la Guardia, *op. cit.*, pp. 272 y 271.

<sup>94</sup> Juan Antonio Carrillo Salcedo, *Curso de Derecho Internacional Público. Introducción a su estructura, dinámica y funciones*, 2ª reimpr., Tecnos, Madrid, 1994, pp. 142-143.

nes *in foro domestico*, tales como ciertos principios de procedimiento, el principio de la buena fe y el principio de *res iudicata*, etc.”.<sup>95</sup>

Por su parte, el artículo 38 del Estatuto de la actual Corte Internacional de Justicia (que reemplazó al TPIJ), órgano principal de la ONU, ha mantenido —en el particular— la redacción y, por tanto, el sentido, del artículo 38 del Estatuto sustituido.

Consiguientemente, todos los Estados que integran la comunidad internacional deben cumplir con las aludidas pautas y con las normas de derecho convencional y consuetudinario que se establezcan sobre la base de aquéllas, pues —como *mutatis mutandi* sostuvo la mencionada Corte Internacional de Justicia— los principios reconocidos por las naciones civilizadas son “obligatorios para todos los Estados *incluso fuera de todo vínculo convencional*”<sup>96</sup> (énfasis añadido). Hemos subrayado *ex professo* la aseveración relativa a que la impronta de obligatoriedad vincula a todos los Estados “incluso fuera de todo vínculo convencional” para indicar que el Estado de que se trate se encuentra obligado a cumplir y respetar aquellos principios aunque no haya firmado o, habiéndola signado, no haya ratificado<sup>97</sup> la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, de 23 de mayo de 1969, que entró en vigor el 27 de enero de 1980.

## 5. Una propuesta de lege ferenda

No deseábamos concluir estas líneas sin dejar esbozada una proposición de *lege ferenda*, para los supuestos de los ordenamientos en que se patenten carencias o vacíos normativos referentes al modo de recepción de los instrumentos internacionales en el Derecho Interno y a la posición que ocupan en el plano de las fuentes normativas jurídicas domésticas.

Cabría aprovechar los vientos de reforma constitucional que soplan, por ejemplo, en Bolivia, Chile y Perú —y siempre que concurra la indispensable voluntad política al efecto— para configurar reglas claras que zanjen la cuestión anticipada en

---

<sup>95</sup> *Permanent Court of International Justice. Advisory Committee of Jurists. Procès verbaux of the proceedings of the Committee*, La Haya, 1920; citado por José A. Pastor Ridruejo, *Curso de Derecho Internacional Público y organizaciones internacionales*, 6ª ed., Tecnos, Madrid, 1996, pp. 56-57.

<sup>96</sup> Paráfrasis de una afirmación que la Corte vertiera al evacuar la opinión consultiva de 28 de mayo de 1951: “Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide”, loc. cit., nota 62, *in fine* (*Reports of Judgements...*); véase, en concreto, *Recueil*, 1951, pp. 23-24.

<sup>97</sup> Como sería el caso de Bolivia, que —según la información a nuestro alcance— la firmó, mas aún no la ha ratificado. Al suscribirla, el 23 de mayo de 1969, el Gobierno boliviano declaró:

“1. La imperfección del Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados retarda la realización de las aspiraciones de la humanidad.

”2. No obstante, las normas que consagra el Convenio marcan importantes progresos fundados sobre los principios de justicia internacional que Bolivia ha defendido tradicionalmente”.

El texto de la declaración ha sido extraído de *Tratados y documentos internacionales*, 12ª ed., Zavalía, Buenos Aires, 2001, p. 561.

el párrafo anterior y que, en forma inequívoca, acuerden prioridad a los tratados y convenios internacionales (no sólo sobre derechos humanos) respecto de, al menos, la legislación interna aun posterior. Por lo demás, sería igualmente conveniente que se estableciera que el control de constitucionalidad de los tratados y convenios internacionales por el Tribunal sólo fuera operable preventiva y obligatoriamente, es decir, antes de su ratificación o aprobación, proscribiendo el ejercicio del control represivo o posterior de los instrumentos internacionales que se encuentren en vigor. La hipótesis por la que nos expedimos posibilitaría el acomodamiento, sin disturbios institucionales, del instrumento internacional dentro del esquema normativo de fuentes internas, permitiría prevenir o salvar las posibles contradicciones preceptivas endógenas en pro del reaseguro de la supremacía constitucional, sin olvidar que aportaría en favor de la consolidación de la seguridad jurídica intramuros y del fortalecimiento de la imagen internacional del Estado en cuestión.

De resultas de tal contralor *a priori*, y como lógica consecuencia de lo manifestado, si el instrumento internacional examinado contradijera la Constitución, se abriría un abanico de supuestos viables: quedaría marginado y no sería integrado al Derecho Interno; se aprobaría o ratificaría con reservas; o, tal vez, podría preverse normativamente alguna hipótesis que permitiera una salida institucional, por virtud de la cual aquél pudiera integrarse al plexo jurídico interno, mas siguiendo el procedimiento establecido por la Ley Fundamental para su reforma.

Particularmente con relación al ámbito de los derechos humanos, cabría debatir acerca de la posibilidad de adjudicar a ciertas declaraciones, convenciones y pactos internacionales en la materia una *valencia constitucional*, esto es que, sin quedar incorporados al texto de la Constitución formal, *valgan* tanto como ésta e integren el bloque de constitucionalidad. En otras palabras, procurar la consolidación del vigor jurídico de los tratados internacionales de derechos humanos en el Derecho Interno y asegurar su aplicación obligatoria por los órganos judiciales vernáculos.

Repasando el Derecho Comparado, algunas de las fórmulas que se han empleado sobre el punto son las siguientes:

- a. La Constitución guatemalteca (1985), aunque con los matices y dualidades interpretativas ya referenciados, dispone que los tratados y convenciones en materia de derechos humanos, aceptados y ratificados por Guatemala, *tienen preeminencia sobre el Derecho Interno* (artículo 46).
- b. La de Colombia (1991) prevé que “los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, *prevalecen en el orden interno*” (artículo 93), sin perjuicio de alguna interpretación restrictiva al respecto por parte de la Corte Constitucional.<sup>98</sup>

---

<sup>98</sup> En efecto, en la referida Sentencia n° C-400/98 señaló que dicho artículo 93 tiene como alcance específico el conferir una prevalencia en el orden interno a ciertos tratados de derechos humanos, preva-

- c. La de la República Argentina, a través de su última reforma constitucional (operada en 1994), ha adjudicado a los tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede una *jerarquía superior* a la de las leyes nacionales —véase artículo constitucional 75, incisos 22 y 24—, al tiempo que ha acordado *jerarquía constitucional*<sup>99</sup> a once instrumentos internacionales sobre derechos humanos<sup>100</sup> (enumerados en el citado artículo 75, inciso 22, párrafo 2º) y a los que en el futuro recepten tal valía.<sup>101</sup>
- d. Por último, la Ley Fundamental venezolana (1999) determina que “los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, *tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno*, en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas por esta Constitución y la ley de la Repú-

---

lencia que, *a contrario sensu*, no se predica de todos los tratados; añadiendo que la misma Corte Constitucional ha sido clara en exponer que, en el orden interno colombiano, ni siquiera los tratados de derechos humanos previstos por el artículo 93 de la Carta tienen jerarquía supraconstitucional por cuanto la Constitución es norma de normas (artículo 4 de la Constitución) —Fundamento Jurídico n° 40 de la mayoría.

Por su parte, tal Corporación (en otro pronunciamiento) ha expresado que “el único sentido razonable que se puede conferir a la noción de prevalencia de los tratados de derechos humanos y de derecho internacional humanitario (CP, artículos 93 y 214, numeral 2º) es que éstos forman con el resto del texto constitucional un ‘bloque de constitucionalidad’, cuyo respeto se impone a la ley. En efecto, de esa manera se armoniza plenamente el principio de supremacía de la Constitución, como norma de normas (C.P., artículo 4), con la prevalencia de los tratados ratificados por Colombia, que reconocen los derechos humanos y prohíben su limitación en los estados de excepción (C.P., artículo 93)” (sentencia n° C-225/95, M. P. Alejandro Martínez Caballero, Fundamento Jurídico n° 12).

En sentido concordante, la Corte ha precisado que no todos los tratados internacionales forman parte del bloque de constitucionalidad (sentencia n° C-358/97, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz, Fundamento Jurídico n° 15.6).

<sup>99</sup> Aclara la norma que tal dotación jerárquica es en las condiciones de vigencia de los instrumentos internacionales, además de consignar que éstos no derogan artículo alguno de la primera parte de la Constitución y que deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos.

<sup>100</sup> Los instrumentos allí enumerados son: la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; y la Convención sobre los Derechos del Niño.

<sup>101</sup> A la lista expedida por el aludido artículo 75, inciso 22, de la Constitución argentina se ha adicionado la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, consagrada por la 24ª Asamblea General de la OEA, celebrada el 9 de junio de 1994 en Belem do Pará, Brasil. Tal Convención fue aprobada por la ley nacional n° 24.556 (B.O. de 18 de octubre de 1995), dispensándosele jerarquía constitucional por conducto de la ley nacional n° 24.820 (B.O. de 29 de mayo de 1997).

blica, y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público” (artículo 23) —en todos los casos, el destacado ha sido añadido—.

La modificación en tal sentido supondría inocular —inequívocamente— al texto y al espíritu constitucionales el principio *pro homine* o *favor libertatis*<sup>102</sup> (véase *supra* II.5.A.e, parte final, sobre Guatemala).

Según Pinto, aquel postulado constituye un criterio hermenéutico informador del Derecho de los Derechos Humanos, en cuyo mérito se debe acudir a la norma más amplia o a la interpretación más extensiva cuando se trata de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringidas cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o de suspenderlos en forma extraordinaria.<sup>103</sup>

Dicha pauta axiológica ha sido entronizada en la doctrina interpretativa que, en el plano del sistema interamericano de protección de los derechos humanos, desarrolla la Corte Interamericana, órgano que ha indicado que si a una misma situación son aplicables la CADH y otro tratado internacional, debe prevalecer la norma más favorable a la persona humana.<sup>104</sup> Más recientemente, y en profundización de la aludida visión, ha sostenido —*mutatis mutandi*— que las garantías mínimas establecidas en un precepto de un pacto internacional (en el caso, el de Derechos Civiles y Políticos) son susceptibles de expansión a la luz de otros instrumentos internacionales (en el particular, la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares), que amplían el horizonte de protección de los justiciables.<sup>105</sup>

---

<sup>102</sup> En el ámbito argentino, tal pauta ha sido inoculada al texto y al espíritu de la Constitución por conducto de la reforma de 1994. Sobre el particular pueden verse, por ejemplo, los siguientes trabajos de Víctor Bazán, “El hábeas data y el ejercicio del derecho de autodeterminación informativa dirigido a acceder a archivos, registros o bancos de datos estatales de seguridad y a requerir información sobre personas desaparecidas”, *Revista Argentina de Derechos Humanos*, año 1, n° 0, CELS-Universidad de Lanús, Ad Hoc, Buenos Aires, 2001, pp. 175-205; “La operatividad de los derechos y las garantías no obstante las omisiones o insuficiencias reglamentarias inconstitucionales”, en VV.AA.: *Instituciones de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, La Ley, Buenos Aires, 2001, pp. 97-128; “¿Es actualmente sustentable la negativa a conceder a la madre legitimación activa para plantear la acción de impugnación de la paternidad del marido?”, *Revista de Derecho Procesal*, n° 1 (“Derecho Procesal de Familia - I”), 2002, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, pp. 181-220, en especial pp. 200-201.

<sup>103</sup> Mónica Pinto, “El principio *pro homine*. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos”, en Martín Abregú y Christian Courtis (comps.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, CELS-Editores del Puerto, Buenos Aires, 1997, p. 163.

<sup>104</sup> O.C. 5/85, del 13 de noviembre de 1985, que le fuera requerida por Costa Rica el 8 de julio del mismo año: “La colegiación obligatoria de periodistas —artículos 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos—”, Serie A: Fallos y Opiniones, n° 5, Secretaría de la Corte, San José (Costa Rica), § 52, p. 31.

<sup>105</sup> O.C. 16/99, del 1 de octubre de 1999, solicitada por México el 9 de diciembre de 1997: “El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal”, ap. XIII Opinión, § 141, pto. 6, p. 90.

Para finalizar este señalamiento, cabe recordar ejemplificativamente que algunas irradiaciones del ya mencionado artículo 29 de la CADH quedan plasmadas en ciertos patrones hermenéuticos por conducto de los cuales ninguna disposición de la Convención puede ser interpretada en el sentido de limitar el goce y el ejercicio de cualquier derecho o libertad que puedan estar reconocidos de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados parte o de conformidad con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados (inciso *b*); o no puede serlo para excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno (inciso *c*).

#### IV. Esquema de conclusiones y propuestas

Para clausurar el presente trabajo, y como síntesis conclusiva, ponemos a consideración del lector las siguientes apreciaciones:

1. La exploración del paisaje normativo del Derecho Comparado de los países analizados (Bolivia, Colombia, Chile, Ecuador, Guatemala, Perú y Venezuela) en torno del contralor de constitucionalidad de los tratados y convenios internacionales, se vincula con una problemática de más vasto calibre: la manera como cada Estado resuelve, ya desde el texto constitucional, ya desde la vertiente jurisprudencial, la conexión instrumentos y costumbre internacionales-derecho interno; esto es, tanto el modo de recepción de aquéllos cuanto la ubicación que se les acuerda entre las fuentes del ordenamiento jurídico interno.
2. La carencia de normas específicas atinentes a tales cuestiones (verificable en el texto de algunas de las Leyes Fundamentales de los Estados *sub examine* —por caso, Bolivia y Chile—) conduce a que la labor jurisprudencial de los respectivos Tribunales o Cortes Constitucionales (o la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en el caso de Venezuela) recepte una innegable plusvalía como idóneo vehículo hermenéutico para desentrañar la posición que los señalados instrumentos y normas internacionales adquieren *vis-à-vis* el Derecho doméstico.
3. El examen de las preceptivas constitucionales abordadas arroja que la casi totalidad de ellas, bien que con matices, diagrama un *control de constitucionalidad previo o preventivo del tratado internacional: obligatorio*, verbi-gracia, en Colombia o Ecuador; o *facultativo*, a instancia de la autoridad legitimada, por ejemplo, en Bolivia o Chile.

De ese contexto normativo, que —con algunas aristas diferenciadas— presenta lineamientos comunes, escapa el cuadro de previsiones constitucionales peruano, que diagrama un esquema *sui generis*, pues si bien puede percibirse que el control de constitucionalidad a cargo del Tribunal Constitucional con relación a las normas con rango de ley —entre las que cabe subsumir a los tratados internacionales— es repre-

sivo y las sentencias emitidas en uso de tales atribuciones producen efectos *erga omnes* y *ex nunc*,<sup>106</sup> cabe apreciar que, paralelamente a dicho mecanismo, coexiste otro, ya *previo*, operable respecto de los tratados que no versen sobre las materias descritas en el artículo 56 de la Constitución y que afecten disposiciones de ésta, los que, *con anterioridad a su ratificación por el Presidente de la República* (artículo 57, párrafo 2º, *ibídem*), deben ser aprobados por el mismo procedimiento que rige la reforma de la Constitución.

4. El sometimiento a control constitucional a los tratados y convenios internacionales *ratificados y en vigor*, que genera una hipótesis fiscalizadora *posterior o represiva* aun cuando se intente morigerar la cuestión afirmando que el objeto del control se centra en la ley aprobatoria del tratado, no se compadece con el exigible requerimiento de seguridad jurídica, sume al instrumento internacional así examinado en una situación de inestabilidad jurídica y somete al Estado a la posibilidad de incurrir en responsabilidad internacional por la vulneración de sólidos principios generales del derecho de las naciones civilizadas, tales como el de *pacta sunt servanda*, cumplimiento de buena fe e imposibilidad de alegar normas de Derecho Interno (categoría en la que —a nuestro criterio— las sentencias judiciales quedan subsumidas) para exonerarse del cumplimiento de las normas de un tratado, acuerdo o convenio internacionales, pautas estipuladas expresamente en la Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados y que la nutren axiológicamente.

Tanto el artículo 38 del Estatuto del Tribunal Permanente de Justicia Internacional (TPJI) cuanto el mismo número de artículo correspondiente al Estatuto de la actual Corte Internacional de Justicia (que reemplazó al TPJI) han establecido la aplicación —*inter alia*— de “los principios generales del Derecho reconocidos por las naciones civilizadas”, que —en definitiva— son los aceptados por las naciones *in foro domestico*. En consecuencia, todos los Estados que integran la comunidad internacional deben cumplir con tales pautas y con las normas de Derecho convencional y consuetudinario que se establezcan sobre la base de aquéllas, pues los principios reconocidos por las naciones civilizadas son “obligatorios para todos los Estados *incluso fuera de todo vínculo convencional*”<sup>107</sup> (remarcado añadido), razón por la cual la circunstancia de que un Estado no haya ratificado la aludida Convención de Viena (por caso, Bolivia), no lo habilita jurídicamente a eximirse del deber de observancia, dado que se está ante la presencia de normas internacionales de *ius cogens*, es decir, de práctica generalizada y obligatoria.

---

<sup>106</sup> Landa Arroyo, op. cit.

<sup>107</sup> Véase referencia en nota 96.

5. Nos expedimos en favor del control preventivo o *a priori* de constitucionalidad de los tratados y convenios internacionales. Inclusive, y para evitar potenciales *inconvenientes* en el despliegue vivencial de éstos, pensamos que sería conveniente pautar que dicha fiscalización fuese obligatoria, en orden a prevenir contradicciones o disturbios normativos *ad intra* e intensificar, así, la búsqueda de la preservación de la supremacía constitucional;<sup>108</sup> coadyuvar al mantenimiento de la coherencia y la lógica del sistema interno de fuentes normativas, y evitar la vinculación jurídica del Estado correspondiente en el ámbito internacional sin proceder, previamente, a las adecuaciones normativas pertinentes<sup>109</sup> o, en su caso, a desistir de la aprobación del tratado o a concretarla con reservas.

Pareciera que los modelos diseñados constitucionalmente por Ecuador y Venezuela responden a tales parámetros de examen preventivo (con exclusión del posterior), conclusión que se sustenta no sólo en la literalidad constitucional sino también en aportaciones consonantes expedidas por calificada doctrina de dichos países.<sup>110</sup>

6. Vinculado con lo anterior, pensamos que debería quedar normativa y expresamente institucionalizado que el control represivo de constitucionalidad, verbigracia, a través del recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad (Chile), de la acción o proceso de inconstitucionalidad (Perú), del recurso indirecto o incidental de inconstitucionalidad (Bolivia), etc., no sea suscepti-

---

<sup>108</sup> Conviene observar, *mutatis mutandi* e ilustrativamente, la mecánica de contralor previo diseñada normativamente por el artículo 95.2 de la Constitución española, que —a su vez— la toma del modelo francés, concretamente, del artículo 54 de la Constitución francesa de la Quinta República (cf. Francisco Fernández Segado, *El sistema constitucional español*, Dykinson, Madrid, 1992, p. 1130).

En particular respecto del ordenamiento español, y a partir de la vinculación de los artículos 95.2 de la Constitución y 78 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTIC), el Gobierno o cualquiera de las Cámaras puede requerir al Tribunal Constitucional que se pronuncie sobre la existencia o inexistencia de contradicción entre la Constitución y las estipulaciones de un tratado internacional cuyo texto estuviera fijado pero al que no se hubiera prestado aún el consentimiento del Estado. Cabe poner de manifiesto que en la declaración de 1 de julio de 1992 (en la que —entre otras cuestiones— analizó la conexión entre los artículos 95.2 de la Constitución y 78 de la LOTIC, en el marco del contralor preventivo, y definió como “evidente” la perturbación que, para la política exterior y las relaciones internacionales del Estado implicaría la eventual declaración de inconstitucionalidad de una norma pactada —ya en los términos de los artículos 27.2, 31, 32.1 y 35 de la LOTIC y del artículo constitucional 96.1—, en el contexto de una suerte de control posterior de la supremacía constitucional —véase F.J. 1º—), el propio Tribunal se encargó de aclarar que en el requerimiento que al efecto se le formulaba actuaba como órgano jurisdiccional y que dicho requerimiento no generaba una mera opinión fundada en Derecho sino una decisión vinculante, es decir, una resolución que poseía los efectos materiales de la cosa juzgada (véase el texto de la declaración en Juan José González Rivas, *Estudio legal y jurisprudencial del Tribunal Constitucional español: 1981-2000*, Civitas, Madrid, 2001, pp. 91-94).

<sup>109</sup> Cf. Roa Ortiz, op. cit., nota 6, pp. 206-207.

<sup>110</sup> Como quedara expuesto *supra*, así se expiden, respectivamente, Salgado Pesantes (ver referencia en nota 53) y Brewer-Carías (véase nota 76 y el reenvío referencial a nota 71).

ble de aplicarse a los tratados internacionales en vigor, dado que éstos ostentan una naturaleza distinta de la de los preceptos legales; en otras palabras, no son leyes. Es que —*inter alia*— aquéllos no resultan expresión unilateral de los órganos legisferantes internos —como estas últimas—, sino manifestación de la voluntad bilateral o multilateral de diversos Estados. Por lo demás, el análisis previo de su constitucionalidad por el Tribunal Constitucional correspondiente y, en su caso, la declaración de *conformidad* de ellos con la Constitución obturaría la posibilidad de que se intentara posteriormente atacar la respectiva ley aprobatoria, dado que aquella apreciación conforme y la entrada en vigor de los tratados los tornarían *intangibles*.

La praxis judicial de los esquemas analizados pone en evidencia la existencia de algunos precedentes (a nuestro juicio, discutibles) en los que, a través de la interpretación del órgano pertinente de justicia constitucional, se han habilitado ciertas alternativas para adelantar el ejercicio del control posterior del tratado o convenio internacionales, alegando —en el caso del TC de Bolivia— la convergencia de un recurso indirecto o incidental de inconstitucionalidad (véase la sentencia constitucional n° 036/01) o reivindicando, en el de la Corte Constitucional colombiana, su competencia para conocer de las demandas ciudadanas contra leyes aprobatorias de tratados, aun cuando éstos estén perfeccionados (véase la sentencia n° C-400 de 1998).

Al respecto, y en función de la fuerza que exhala el mensaje de Eguiguren Praeli (con el que no podemos sino coincidir), pasamos a rememorar sus palabras (ya citadas en otro sector de este trabajo), en las que —aun cuando refiriéndose al control *a posteriori* del Tribunal Constitucional peruano— no ahorra críticas a tal mecanismo represivo de fiscalización, precisando que éste “resulta paradójico y contraproducente, por los efectos para las relaciones internacionales que acarrearía una eventual declaratoria de inconstitucionalidad de un tratado ya aprobado y ratificado por el Estado”.<sup>111</sup>

Como contrapartida (y refuerzo de nuestro argumento), Brewer-Carías ha señalando —tal como ha quedado expuesto precedentemente— que un mecanismo de control constitucional previo es muy importante en procesos de integración económica regional, pues llevaría a la ratificación de los tratados respectivos sólo después de la verificación de su constitucionalidad por el Tribunal Supremo y evitar, así, la impugnación posterior de la ley aprobatoria de los tratados.<sup>112</sup>

7. A modo de propuesta de *lege ferenda*, estimamos que debería debatirse la posibilidad de que, en futuras modificaciones de los textos constitucionales examinados y aprovechando algunos actuales vientos reformistas, se inserten —en los supuestos en que se patenticen vacíos normativos importantes al

---

<sup>111</sup> Eguiguren Praeli, op. cit. (*Estudios constitucionales*).

<sup>112</sup> Véase la correspondiente cita efectuada en la nota 77 y su reenvío referencial a la nota 71.

respecto— cláusulas que resuelvan de modo claro e inequívoco la recepción de las normas internacionales convencionales y consuetudinarias y el rango de éstas, es decir, su jerarquía entre las fuentes del ordenamiento jurídico interno.

En tal sentido, como principio general, debería acordarse prioridad a los tratados y convenios internacionales generales respecto de la legislación interna aun posterior y, en particular sobre los tratados referentes a derechos humanos, plasmar expresamente la adjudicación de jerarquía constitucional a los mismos.

Como recurrentemente se puso de manifiesto, también sería prudente la institucionalización del control de constitucionalidad *previo* y *obligatorio* de los tratados o convenios internacionales, proscribiéndose el ejercicio del control represivo o posterior a su respecto, una vez que ellos adquieran vigencia, lo que aportaría en favor de la seguridad jurídica, dejaría a buen resguardo a la supremacía constitucional, preveniría posibles contradicciones normativas endógenas, sin olvidar —claro está— que evitaría la evidente perturbación que, para la política exterior y las relaciones internacionales del Estado, podría implicar la eventual declaración de inconstitucionalidad de una norma pactada.

De resultados de ese contralor *a priori*, si el instrumento internacional examinado contradijera la Constitución, se abriría una gama de supuestos probables: quedaría marginado y no sería integrado al derecho interno; se aprobaría o ratificaría con reservas; o, tal vez, podría preverse normativamente alguna alternativa que permitiera una salida institucional, por virtud de la cual aquél pudiera integrarse al plexo jurídico interno, mas siguiendo el procedimiento establecido por la Ley Fundamental para su reforma.

Retomando la referencia especial al ámbito de los derechos humanos, sería útil discutir acerca de la conveniencia de atribuir valencia o jerarquía constitucionales a ciertas declaraciones, convenciones y pactos internacionales en la materia (bajo la denominación terminológica unificadora que se escoja), inoculando al texto y al espíritu constitucionales la trascendente pauta axiológica *pro homine* o *favor libertatis*; ello, al modo como actualmente lo postula el texto proyectado de reforma constitucional en Perú.

Sucede que, como acertadamente afirma Bidart Campos, desde el Derecho Internacional de los Derechos Humanos se *coadyuva* a tonificar la fuerza normativa de la Constitución con y por obra de una fuente heterónoma que auspicia, con carácter mínimo y subsidiario, conferir *completitud* al sistema interno de derechos y poner en movimiento una *retroalimentación* constante entre él y el Derecho Internacional;<sup>113</sup> añadiendo que un Derecho Internacional imbuido de *personalismo humanista* ostenta finalidad equivalente a la del constitucionalismo democrático, tanto en lo atinente al sistema de derechos cuanto en lo vinculado a la organización del poder estatal <sup>114</sup> (énfasis del original).

---

<sup>113</sup> Germán J. Bidart Campos, *El Derecho de la Constitución y su fuerza normativa*, Ediar, Buenos Aires, 1995, p. 468.

<sup>114</sup> *Ibídem*, p. 469.

Esperemos que la adjudicación de jerarquía constitucional a los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos se convierta en *un clásico del futuro*, es decir, que se internalice definitivamente la importancia axiológica que ellos revisiten y la creciente trascendencia que adquiere la intersección del Derecho Constitucional y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos plasmable en la pacífica articulación de la dualidad de tales fuentes (interna e internacional) mediante su retroalimentación y complementariedad en aras del fortalecimiento (real y no sólo declamado) del sistema de derechos.<sup>115</sup>

8. De no concretarse las reformas constitucionales en el sentido y con el calibre apuntados, y como hipótesis de mínima, deberán canalizarse los esfuerzos para consolidar la convicción perceptiva en punto a que los instrumentos internacionales sobre derechos humanos (y, también, las costumbres internacionales consolidadas y los principios generales del Derecho de las naciones civilizadas) *deben* ser empleados como guía referencial ineludible en la trascendente tarea de interpretación y aplicación de los preceptos de la Ley Fundamental por la jurisdicción constitucional y, también, como parámetros de control de la normativa infraconstitucional, es decir, fiscalizando la adecuación a ellos de las leyes y normas infralegales.
9. La propuesta de revisión constitucional que formulamos, obviamente preliminar y adaptada a las diferentes necesidades y carencias normativas y a las respectivas particularidades idiosincrásicas de los diversos Estados explorados, supone la convergencia de voluntad política y verdadero consenso para encarar una modificación de tal magnitud, pues sin el cabal concurso de dichas pautas, todo cambio que se implemente, disparado exclusivamente desde el plano normológico y sin acompañamiento en las dimensiones sociológica y dikelógica o axiológica, únicamente servirá para cosechar frustraciones y generar un espejismo de vertiente gatopardista: *cambiar todo para que todo continúe igual*.

Es que nada se soluciona *sólo* con normas, pues éstas no poseen virtudes taumáticas. En ese sentido, y como con claridad afirma Ciuro Caldani, dado que la coherencia lógica es más sencilla que el orden en la realidad social, la armonía de las normas es más fácil que la de los hechos; por tanto, la referencia exclusiva a las normas suele originar la *ilusión* de una armonía que fácticamente no existe.<sup>116</sup>

---

<sup>115</sup> En cuanto a este último aspecto, véase —*mutatis mutandi*— Germán J. Bidart Campos, *El derecho constitucional humanitario*, Ediar, Buenos Aires, 1996, p. 140.

<sup>116</sup> Miguel Á. Ciuro Caldani, *El Derecho Universal (Perspectiva para la ciencia jurídica de una nueva era)*, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, Rosario, 2001, p. 81.