

EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES EN AMÉRICA LATINA

The control of constitutionality of the international treaties in Latin America

Víctor Bazán *

RESUMEN

En este artículo el autor analiza las soluciones que, desde el plano de las respectivas normativas constitucionales, ofrece el derecho comparado de algunos países latinoamericanos en relación con la problemática del control de constitucionalidad de los tratados y convenios internacionales. En el trabajo se postula fundamentalmente que dicho contralor de constitucionalidad debe ser previo y obligatorio, en orden a prevenir contradicciones o disturbios normativos *ad intra* e intensificar, así, la búsqueda de la preservación de la supremacía constitucional; coadyuvar al mantenimiento de la coherencia y lógica del sistema de fuentes, y evitar la vinculación jurídica del Estado correspondiente en el ámbito internacional sin proceder, previamente, a las adecuaciones normativas pertinentes o, en su caso, a desistir de la aprobación del tratado o a concretarla con reservas, pues –entre diversos aspectos de la cuestión– la responsabilidad internacional del Estado está en juego.

* Secretario General de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional. Director de la Sección “Derechos Humanos” e integrante del Consejo Directivo de la Asociación Argentina de Derecho Internacional. Profesor Titular Efectivo (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). Profesor de Cursos Intensivos de Posgrado de la Universidad de Buenos Aires. vicba2002.ar@yahoo.com.ar Recibido el 12 de septiembre y aprobado el 30 de septiembre de 2006.

PALABRAS CLAVE

Control de constitucionalidad. Tratados internacionales. Derecho comparado iberoamericano.

ABSTRACT

In this article the author analyzes the solutions that, since the plan of the respective constitutional regulations, he offers the right compared of some Latin-American countries in relation to the problematic one of the control of constitutionality of the treaties and international covenants. In the work is advanced fundamentally that said comptroller of constitutionality should be prior and obligatory, in order to prevent contradictions or normative disturbances *ad intra* and to intensify, thus, the search of the preservation of the constitutional supremacy; to contribute al maintenance of the coherence and logic of the system of sources, and to avoid the legal linking of the corresponding State in the international environment without proceeding, previously, to the pertinent regulatory adaptations or, in its case, to desist of the approval of the treaty or to summarize it with reserves, therefore –among diverse aspects of the question– the international responsibility of the State is in play.

KEY WORDS

Control of constitutionality. Treated international. Latin American law compared.

CONSIDERACIONES PREVIAS

En primer lugar, se abordará un señalamiento de las soluciones que, desde el plano de las respectivas normativas constitucionales, ofrece el derecho comparado de algunos países iberoamericanos en relación con la problemática del control de constitucionalidad de los tratados y convenios internacionales, intercalando, asimismo, ciertas respuestas jurisdiccionales brindadas por los respectivos órganos de justicia constitucional; ello, en función de la innegable importancia hermenéutica que los pronunciamientos de éstos ostentan, pues en definitiva en ellos 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 a dicho contexto regional, 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 convergen, en el mismo sistema normativo

y sin fusionarse, los modelos difuso y concentrado;¹ o “mixtos”, que resultan 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.²

El recorrido proyectado, que incluirá el análisis de los casos de Bolivia, Colombia, Chile, Ecuador, Perú y Venezuela, y, claro está, dejando a 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.

La problemática fiscalizatoria anticipada se conecta con otra 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 emplazamiento que ellos ocupen 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 posición 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 jurí-

¹ Empleamos ilustrativamente la categorización taxonómica ofrecida por García Belaúnde, Domingo, *Derecho Procesal Constitucional*, Temis, Santa Fe de Bogotá, 2001, pp. 133 y ss.

² Cfr. García Belaúnde, Domingo; *ibid.*, p. 132.

dico interno, resultaría inconveniente la posibilidad de habilitar a su respecto un control de constitucionalidad *a posteriori*, pues –si siguiéramos un razonamiento hipotético–, ¿qué sucedería si el órgano jurisdiccional pertinente concluyera que el mismo 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 el sentido de honrar sus compromisos internacionales, no supondría –precisamente– respetar los principios generales del derecho³ 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,⁴ y, por el contrario, propiciaría el demérito de la seguridad jurídica y la potencial responsabilidad internacional⁵ del país en cuestión.

Por lo demás, y ante un supuesto de tal tenor (descalificatorio del tratado por inconstitucional), el órgano jurisdiccional sólo podría 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 solamente puede fundarse en las causas establecidas en el derecho internacional (cfr. art. 42.1 de la Convención de Viena 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– la inaplicación significaría incurrir en responsabilidad internacional.⁶

³ 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; afirmándose, 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 (De la Guardia, Ernesto, *Derecho de los tratados internacionales*, Ábaco, Buenos Aires, 1997, p. 41).

⁴ 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” (CPIJ, Serie B, O.C. de 21 de febrero de 1925, “Intercambio de poblaciones griegas y turcas”, N° 10, p. 20; cfr. Roa Ortiz, Emmanuel, “Tratados internacionales y control previo de constitucionalidad: Una propuesta para evitar que la impartición de justicia sea motivo de responsabilidad internacional para el Estado mexicano”, en Valadés, Diego y Gutiérrez Rivas, Rodrigo [coords.], *Memoria del IV Congreso Nacional de Derecho Constitucional* [‘Justicia’], T° I, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México, D.F., 2001, p. 188 y nota 46).

⁵ 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 que “*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– (CPIJ, Serie A, N° 17, p. 24).

⁶ Díez de Velasco, Manuel, *Instituciones de derecho internacional público*, T° I, 8ª ed., Tecnos, Madrid, 1988, pp. 177-178.

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 tal actividad fiscalizadora, que 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 han sido suscritos, aprobados, ratificados y con comunicaciones de ratificación canjeadas (o cumplimentado el mecanismo estipulado por el instrumento en cuestión) y tales actividades fueron desplegadas 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 parte del Tribunal pertinente (en el caso del contralor previo obligatorio), habiéndose los instrumentos internacionales integrado al plexo normativo respectivo, es razonable entender extinguida la competencia del Tribunal para efectivizar el

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”. 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 arts. 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).

control de constitucionalidad respecto de aquéllos, quedando potencialmente subsistente, v. gr., la vía de la denuncia⁷ como salida alternativa.

– II –

PANORAMA NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL DE ALGUNOS PAÍSES LATINOAMERICANOS

De acuerdo con lo anticipado, acometeremos un recorrido por el derecho constitucional de algunos Estados iberoamericanos, 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, 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 dio albergue en la Ley Fundamental al Tribunal Constitucional (en adelante: T.C.), 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.⁸ Por su parte, y en función de la previsión del art. 228 *ibíd.*, que establece que la Constitución Política es la ley

⁷ 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 (art. 56 de la Convención de Viena 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” –art. 56.1.‘a’– o que ello “pueda inferirse de la naturaleza del tratado” –art. 56.1.‘b’– (cfr. Barboza, Julio, *Derecho Internacional Público*, Zavalia, Buenos Aires, 2001, p. 136).

⁸ Asbún, Jorge, *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.

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,⁹ añadiendo García Belaúnde que aquel Tribunal es parte integrante del Poder Judicial, el que puede ejercer el control difuso.¹⁰

Específicamente en el art. 120, 9ª, viene fijada la competencia del T.C. 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– (art. 96, atribución 2ª); además, acuerda al Poder Legislativo la de “aprobar los tratados, concordatos y convenios internacionales” (art. 59, atribución 12ª).

En cumplimiento del mandato constitucional contenido en el art. 121.IV, se dictó la Ley N° 1.836 del T.C. –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 art. 120, 9ª, de la Constitución Política ha sido desarrollada por medio de los arts. 113 a 115 de la Ley N° 1.836 del T.C., regulatoria del procedimiento de consulta a este órgano cuando emerge “duda fundada” acerca de la constitucionalidad de los tratados o convenios internacionales, trámite que deberá observarse con carácter previo a la “ratificación” de los mismos.

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 T.C. 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.

⁹ Eguiguren Praeli, Francisco, *Estudios Constitucionales*, ARA Editores, Lima, 2002, p. 266.

¹⁰ García Belaúnde, Domingo; *op. cit.*, p. 139.

A modo de digresión permítasenos recordar que hoy converge un elemento político-institucional que no puede ser soslayado. En efecto, al momento de escribir estas líneas, ya se encuentra instalada en sesión la Asamblea Constituyente, oyéndose distintas versiones en cuanto al derrotero y los alcances que podría tener la modificación constitucional por implementar. Y las perspectivas para el T.C. boliviano no parecieran ser demasiado alentadoras, pues existen firmes versiones en cuanto a que no son pocos quienes desean que desaparezca o mute, involucionando, para devenir en una sala constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

B. El T.C. 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 T.C. 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 T.C. con anterioridad a la sanción de la ley de aprobación de los mismos. Como tendremos oportunidad de verificar *infra*, dicho control no tiene carácter obligatorio ni automático.

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 T.C. *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, no pudiendo someterse al T.C. 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”, restringiéndose –según esta óptica– el derecho de las minorías parlamentarias, ya que 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".¹¹

El reduccionismo plasmado en la ley, con relación a la legitimación, ha sido criticado por FERNÁNDEZ SEGADO, quien acota que el legislador se ha separado en este punto concreto, 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).¹² 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 –art. 96, 2ª, de la Ley Fundamental–.¹³

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 previo antes de promulgar la ley de su aprobación ni de proceder a la correspondiente ratificación de los mismos, pues ello implicaría un desplazamiento de la legitimación activa que, por ley, viene deferida al Poder Legislativo y no al Ejecutivo.¹⁴

En cuanto a los requisitos de la presentación,¹⁵ 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. gr., 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/las norma/s de la Ley Fundamental potencialmente violada/s por los mismos y fundamentarse acabadamente y suficientemente las razones que originan el estado de duda que motoriza la consulta.

¹¹ Rivera Santiváñez, José A., *Jurisdicción Constitucional*, Academia Boliviana de Estudios Constitucionales, Cochabamba, 2001, pp. 212-213.

¹² Fernández Segado, Francisco, "La jurisdicción constitucional en Bolivia: La Ley Num. 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, D.F., 2002, p. 84.

¹³ *Ibíd.*, pp. 84-85.

¹⁴ Rivera Santiváñez, José A.; *op. cit.*, p. 215.

¹⁵ Cuyos lineamientos vienen determinados, paralelamente a la Ley N° 1.836, por el Reglamento de Procedimientos Constitucionales.

Una vez recibida la consulta por el T.C., 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 T.C. 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 T.C. Veamos:

§ En el supuesto de que el T.C. 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 T.C. 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 reserva¹⁶ que refleje la decisión del T.C.

C. El criterio sentado por el T.C. en la Sentencia Constitucional N° 036/01.

a) En el caso identificado como Expediente 2001-02180-05-RII, registro del T.C., éste expidió la Sentencia Constitucional N° 036/01, en fecha 30 de mayo de 2001. El Magistrado Relator fue el Dr. René Baldvieso Guzmán y el Co-Relator 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 inc. ‘b’ del art. XVII

¹⁶ Cabe aclarar que, en los términos del art. 2.1.‘d’ de la Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados, se entiende por “reserva” una declaración unilateral, cualquiera que 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* (art. 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, Ernesto; *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 (Rey Caro, Ernesto, “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, agosto-diciembre, 1975, pp. 60-61 y 107-113). Para ampliar sobre el particular, ver Bazán, Víctor, “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, Talca, 2000, pp. 171-225, en esp., pp. 186-197.

del Tratado de Extradición firmado entre los Gobiernos de Bolivia y los EE.UU. 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 arts. 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 (art. XVII, inc. '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 EE.UU. 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 mayoría¹⁷) la petición por considerarla manifiestamente infundada, en virtud de que:

- 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” (art. 96, 2ª) y la del Poder Legislativo para “aprobar los tratados, concordatos y convenios internacionales” (art. 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 EE.UU.;

- la vigencia y la aplicación del tratado, por su naturaleza bilateral, sólo pueden alterarse mediante los procedimientos señalados expresamente en el mismo, es decir, a través de la denuncia que cualquiera de las partes puede realizar de acuerdo con lo dispuesto por el art. 18, numeral 3, de dicho instrumento;

¹⁷ 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 art. 60 de la Ley N° 1.836 y que es atribución privativa del T.C. declarar la constitucionalidad de tratados o convenios con gobiernos extranjeros u organismos internacionales, de acuerdo con lo establecido por el art. 120, letra i) de la Constitución Política, competencia recogida por el art. 7, numeral 10) de la Ley N° 1.836. Por ello, juzgaban atendible el recurso incidental dentro de la disposición del ordinal 2) del art. 62 del cuerpo legal citado en último término.

- si bien la Constitución reconoce al T.C. 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, los 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 T.C., de conformidad con lo determinado en el art. 62, inc. 1°, de la Ley N° 1.836.

En cuanto a su competencia para pronunciarse, el T.C. sostuvo que las atribuciones fijadas en el art. 120, 9ª, de la Constitución Política le acuerdan dicha facultad, tal como lo estableció la Comisión de Admisión a través del auto constitucional N° 059/2001-CA.

En tal sentido, entendió que el art. 7, inc. 2°, de la Ley N° 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 arts. 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 art. XVII, inc. ‘b’, de la Ley N° 1.721 en el proceso de extradición de E.G.P.¹⁸ promovido por la Embajada de los EE.UU.

¹⁸ 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, habiendo sido declarado culpable bajo esos cargos el 1 de noviembre de 1995 (cfr. Vistos y primer considerando del señalado auto supremo).

e) Ya en cuanto al *thema decidendum* (consistente en dilucidar si el texto de la norma impugnada implica, en el sentido del orden constitucional boliviano, una aplicación retroactiva de la ley –prohibida por el art. 33 de la Ley Suprema–), el T.C. 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”.¹⁹

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 T.C. puntualizando que “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 art. 81 de la misma norma constitucional”.²⁰

Finalizó el T.C. afirmando que, en virtud de la jurisdicción que ejerce por mandato de los arts. 120, 1^a, de la Constitución Política y 62, inc. 2^o, de la Ley N° 1.836, declaraba *constitucional* el inc. ‘b’ del art. XVII del Tratado Bilateral de Extradición suscrito entre los Gobiernos de Bolivia y los EE.UU.

f) Como corolario de lo expuesto, consideramos que el T.C. 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 internacio-*

¹⁹ El entrecomillado pertenece al considerando IV.4.

²⁰ La parte transcrita y entrecomillada corresponde al considerando V.1.

nales 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.

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 supremacía de la Constitución, “en los estrictos y precisos términos” del art. 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 (inc. 10).²¹

Añade dicho inciso del art. 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 art. 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 (inc. 2°).

A su tiempo, el art. 150, *ibid.*, dispone que corresponde al Congreso hacer las leyes, por medio de las cuales ejercerá las funciones que enumera, entre las

²¹ 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” (Cifuentes Muñoz, Eduardo, “Informe sobre la jurisdicción constitucional en Colombia”, *loc. cit.* en nota 16, *in fine* [*Ius et Praxis*], p. 71).

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 (inc. 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”.²²

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

Según apunta Rivera Santiváñez, la Corte Constitucional se ha expedido por la obligatoriedad del control preventivo de constitucionalidad de los tratados internacionales.²³ 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.²⁴

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

²² Eguiguren Praeli, Francisco; *op. cit.* [Estudios...], p. 265.

²³ Rivera Santiváñez, José A.; *op. cit.*, 209/210.

²⁴ Ver texto del párrafo glosado correspondiente a la Sentencia N° C-178/95, en *loc. cit.* ídem nota anterior.

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”²⁵ –en ambos párrafos, el énfasis ha sido añadido–.

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”²⁶ (remarcado añadido).

C. Una aclaración sobre cierta percepción jurisprudencial 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 discutiendo 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 interna-

²⁵ *Gaceta Constitucional*, N° 68, t. II, 1991, p. 13.

²⁶ *Gaceta Constitucional*, N° 89, t. II, 1991, p. 11.

cional 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 –tema que retomaremos–), en la que decidió sobre el mérito de las demandas incoadas contra la Ley N° 20 de 1974 y contra el Concorato 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 1998²⁷ la Corte Constitucional sostuvo que el control material de las 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 (ap. 49).

En tal sentido, estimó que la interpretación del artículo constitucional 241 que mejor armoniza con las funciones de la Corte como guardián de la supremacía y la integridad de la Constitución es que, en materia de leyes aprobatorias de tratados, las competencias previstas por los ordinales 4° y 10 son comple-

²⁷ 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”.

mentarias, 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 por parte 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.

Tal lo anticipado, y con puntos de contacto con la cuestión abordada aquí, aparece lo que prestigiosa doctrina califica como una “curiosidad del control de constitucionalidad de los tratados internacionales”, consistente en la posibilidad de revisar instrumentos internacionales ya perfeccionados, por medio del ejercicio de una competencia asumida jurisprudencialmente por la Corte.²⁸ Se trata del ya aludido caso en el que ésta admitió una demanda contra la Ley N° 20 de 1974 “por la cual se aprueba el ‘Concordato y Protocolo Final entre la República de Colombia y la Santa Sede’, suscrito en Bogotá el 12 de julio de 1973”. En tal oportunidad, la Corte realizó un control de fondo sobre las disposiciones de aquel tratado, y encontró que varias de ellas eran incompatibles con el texto constitucional (Sentencia C-027 de 1993). De esa manera, y como se afirmara acertadamente, el Estado colombiano se vio obligado a ignorar el principio del derecho internacional público que impide alegar razones de derecho interno para sustentar el incumplimiento de obligaciones adquiridas en el ámbito internacional, con el argumento, también *iusinternacionalista*, de que las condiciones que sustentaban aquel tratado habían variado ostensiblemente, al promulgarse una nueva Constitución en 1991.²⁹

²⁸ Cfr. Osuna Patiño, Néstor, en un comentario escrito sobre el tema que nos hiciera llegar gentilmente.

²⁹ *Ibid.*

D. *Novedades y oscilaciones jurisprudenciales*

Para concluir este punto nos valdremos de la reseña explicativa que brinda OSUNA PATIÑO,³⁰ quien aclara que podría mencionarse que en las recientes decisiones sobre constitucionalidad de tratados internacionales y de las leyes que los aprueban, algunos magistrados de la Corte han cuestionado la constitucionalidad del *trámite legislativo* mediante el cual se incorporó como ley el tratado, por dos razones: en primer lugar, por no respetar el mandato del art. 160, modificado por el acto legislativo 01 de 2003; y en segundo lugar, porque el Gobierno envía la ley sancionada a la Corte con su exposición de motivos, con la Ley N° 424 de 1998, y con otros artículos ajenos al texto del tratado.

Acerca del primer punto, el autor señala que el artículo octavo del mencionado acto legislativo ordenó que la votación de todo proyecto de ley en el parlamento debe ser anunciada en la sesión anterior, como garantía de publicidad. Al estudiar la satisfacción de este requisito procesal, en el caso de leyes aprobatorias de tratados, la Corte ha sido muy variable en su criterio. Por ejemplo, en el segundo semestre de 2005 éstas son sus oscilaciones:

§ El 6 de setiembre de 2005, la Corte emitió la sentencia C-930 de 2005 donde consideró como vicio insubsanable, el anuncio irregular de la votación del proyecto de ley en cuestión.³¹ El mismo día, en sentencia C-931 de 2005, cambió de parecer y declaró que esta clase de error procesal era irrelevante en absoluto;³²

§ por el contrario, el 8 de octubre de 2005 al resolver el expediente LAT-275,³³ mediante Auto 207 de 2005, la Corte consideró que la omisión del requisito del art. 160 era uno de aquellos vicios subsanables, es decir, que pueden ser enmendados por el Congreso, por lo cual ordenó su devolución; y

³⁰ *Ibíd.* Cabe aclarar que seguiremos a Osuna Patiño a lo largo de este apartado final del capítulo colombiano.

³¹ Expediente LAT-274, Ley N° 943 de 2005, “por medio de la cual se aprueba el ‘Convenio de Reconocimiento y validez de títulos, diplomas y certificados académicos de estudios parciales de educación superior entre el Gobierno de la República de Colombia y el Gobierno de la República de Bolivia’, suscrito en La Paz el 20 de agosto de 2001”.

³² Expediente LAT-277, Ley N° 946 de 2005, “por medio de la cual se aprueba el ‘Acuerdo de Cooperación Mutua entre el Gobierno de la República de Colombia y la República Federativa del Brasil para combatir el tráfico de aeronaves comprometidas en actividades ilícitas transnacionales’, suscrito en Cartagena de Indias, el 7 de noviembre de 1997”.

³³ Se revisó la Ley N° 944 de 2005, “por medio de la cual se aprueba el ‘Acuerdo sobre transporte aéreo transfronterizo entre el Gobierno de la República de Colombia y el Gobierno de la República del Perú’, suscrito en Lima el 11 de junio de 2003”.

§ un mes después, en sentencia C-1151 de 2005,³⁴ el Tribunal manifestó que aquella omisión era un vicio irrelevante, y por eso lo desechó como razón de inconstitucionalidad.

Osuna Patiño indica que esta situación se evidencia desde la promulgación del acto legislativo arriba señalado, y parece afectar especialmente a los procesos de control de constitucionalidad de los tratados internacionales.

Por otra parte, el segundo punto de controversia en el control de los tratados que identifica el catedrático citado es el relativo a los documentos que envía el Gobierno a la Corte Constitucional para su examen. La práctica consiste en remitir junto con la ley aprobatoria del tratado los siguientes documentos:

§ su exposición de motivos, es decir, el documento que explica al Congreso las razones para suscribir el tratado;

§ La Ley N° 424 de 1998, “por la cual se ordena el seguimiento a los convenios internacionales suscritos por Colombia”. Si bien, a primera vista parece un simple problema logístico, la Corte en ocasiones se detiene en estas formalidades e incluso llega a cuestionar la constitucionalidad de la ley aprobatoria por contener normas ajenas al tratado y la ley que lo aprueba.

En concreto, la Corte alega la falta de unidad de ese texto normativo, que originaría su inexequibilidad bajo una interpretación estricta. Pero, a continuación, encuentra irracional tener a este *collage* como ley aprobatoria de un tratado internacional y, por lo anterior, en todos los casos escoge su objeto de estudio, luego de sendas consideraciones sobre la coherencia y la unidad de materia que deben tener las leyes.³⁵

Ya por nuestra parte agregamos que en este momento (noviembre de 2005) existe ante la Corte un proceso contra la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, ratificada por Colombia antes de 1991, en el marco de una demanda de inconstitucionalidad que admitió el Tribunal para resolver si tiene o no competencia para controlar este tipo de leyes. Se aguarda que la sentencia sea dictada en febrero de 2006.

³⁴ De fecha 11 de noviembre de 2005. Se revisó la Ley N° 945 de 2005 “por medio de la cual se aprueba el ‘Protocolo de Basilea sobre responsabilidad e indemnización por daños resultantes de los movimientos transfronterizos de desechos peligrosos y de su eliminación’, concluido en Basilea el 10 de diciembre de 1999”.

³⁵ *Vid.*, entre otras, sentencias de la Corte Constitucional C-619 de 2004, C-718 de 2004, C-780 de 2004, C-644 de 2004, C-661 de 2004 y C-820 de 2004.

3. Chile

A. *Mosaico de normas*

Es imprescindible destacar que el 26 de agosto de 2005 se publicaron importantes reformas a la Constitución Política de 1980, que –entre otras cuestiones– produjeron algunas innovaciones de interés en la temática sobre la que gira el presente trabajo.

Por conducto del Decreto Supremo N° 100 de 17 de setiembre de 2005, y en uso de las facultades conferidas por el art. 2 de la Ley N° 20.050, se fijó el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Constitución Política de la República de Chile.

Como punto liminar, debe recordarse con Nogueira Alcalá que dicha modificación constitucional ha traído nuevas modalidades de control de constitucionalidad, concentrando dicha fiscalización en el Tribunal Constitucional, lo que –a criterio del autor citado– constituye un cambio de modelo de jurisdicción constitucional que tiene importantes consecuencias en el sistema de defensa del orden constitucional.³⁶

Por su parte, y por imperio del art. 32, num. 15 (ex num. 17 de esa norma), 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 art. 54, num. 1° (ex art. 50, num. 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, en lo pertinente, a los trámites de una ley* (párrafo 1°, *in fine*).

Justamente en relación con este último tópico, es destacable que la innovación constitucional haya incorporado la frase “en lo pertinente” cuando se refiere a que la aprobación del tratado se someterá a los trámites de una ley. La precisión incorporada a tal segmento normativo es trascendente pues de algún modo

³⁶ Nogueira Alcalá, Humberto, “El control represivo concreto y abstracto de inconstitucionalidad de leyes en la reforma de las competencias del Tribunal Constitucional de Chile y los efectos de sus sentencias”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2006*, Konrad Adenauer Stiftung, Montevideo, 2006, p. 448.

disipa cualquier pretendida equiparación del tratado internacional a la ley, lo que si bien es teóricamente improponible dado que –entre otros argumentos– se trata de dos fuentes jurídicas de génesis, naturaleza y alcances diversos, no es sobreabundante ni inútil que la aclaración se haya incluido expresamente en el texto constitucional.

Moviéndonos directamente hacia el foco central de esta aproximación, debemos detenernos en el nuevo art. 93 (ex art. 82), el que en sus numerales 1° y 3°, se refiere a la problemática en cuestión, estableciendo las siguientes competencias del Tribunal Constitucional:

“1° Ejercer el control de constitucionalidad de las leyes que interpreten algún precepto de la Constitución, de las leyes orgánicas constitucionales y de las normas de un tratado que versen sobre materias propias de estas últimas, antes de su promulgación...”.

“3° 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...”.

Respecto de tales numerales 1° y 3° la parte final del art. 93 constitucional estatuye:

“En el caso del número 1.º, la Cámara de origen enviará al Tribunal Constitucional el proyecto respectivo dentro de los cinco días siguientes a aquel en que quede totalmente tramitado por el Congreso.”

“En el caso del número 3.º, el Tribunal 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, siempre que sea formulado antes de la promulgación de la ley o de la remisión de la comunicación que informa la aprobación del tratado por el Congreso Nacional y, en caso alguno, después de quinto día del despacho del proyecto o de la señalada comunicación.

“El Tribunal deberá resolver dentro del plazo de diez días contado desde que reciba el requerimiento, a menos que decida prorrogarlo hasta por otros diez días por motivos graves y calificados.

“El requerimiento no suspenderá la tramitación del proyecto; pero la parte impugnada de éste no podrá ser promulgada hasta la expiración del plazo referido, salvo que se trate del proyecto de Ley de Presupuestos o del proyecto relativo a la declaración de guerra propuesta por el Presidente de la República.”

De la normativa transcripta se deduce la programación de un control *preventivo* de constitucionalidad de los tratados internacionales por el Tribunal Constitucional, el que –como explica Nogueira Alcalá³⁷– será *obligatorio* en el caso de los tratados referentes a materias que en el derecho interno son objeto de ley orgánica constitucional, como determina el numeral 1° de dicha disposición, y un control *facultativo* a iniciativa de ciertos órganos o autoridades del Estado de acuerdo a lo que determina el artículo en su numeral 3°, antes de la remisión de la comunicación que informa la aprobación del tratado por el Congreso Nacional y, en caso alguno, después del quinto día del despacho de dicha comunicación.

B. Acerca de la visión jurisprudencial del Tribunal Constitucional previa a la reforma constitucional de 2005.

a) El tramo aclaratorio del ex art. 82, relativo a la atribución contenida en el num. 2° (hoy parte aclaratoria contenida en el art. 93, referida al num. 3° de tal norma), manifiesta expresamente 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*. Al respecto, es dable colacionar aquí un precedente del Tribunal (la Sentencia Rol N° 288, de 24 de junio de 1999), obviamente durante la vigencia del régimen constitucional anterior, 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.³⁸

En efecto, en tal 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 inc. 4° del art. 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”³⁹ (considerando 6°), manifestó que no era posi-

³⁷ Nogueira Alcalá, Humberto, “Aspectos fundamentales de la reforma constitucional 2005 en materia de tratados internacionales”, versión escrita que el autor tuviera la gentileza de enviarnos.

³⁸ Hemos consultado el texto de la Sentencia Rol N° 288 en *loc. cit.* nota 16, *in fine* [*Ius et Praxis*], pp. 497-501.

³⁹ 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).

ble 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 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*.⁴⁰

b) Respecto de un precedente posterior al reseñado, específicamente la sentencia Rol N° 312, de 3 de octubre de 2000, en el que analizó la petición de inconstitucionalidad del Tratado entre las República 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,⁴¹ conclusión que no tiene base en el texto constitucional, contraría la tendencia jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia y –tal como se afirmara– obedece a los fuertes vacíos y ausencias normativas 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,⁴² que fue suscripta por Chile en 1969, promulgada por Decreto Supremo N° 381/81 del Ministerio de Relaciones Exteriores y publicada en el Diario Oficial de 22 de junio de 1981.

⁴⁰ 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 art. 82, num. 2° –hoy parte aclaratoria referida al art. 93, num. 3°–), 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 ex artículo constitucional 50, num. 1° (hoy 54, num. 1°), la aprobación de un tratado debe someterse a los trámites de una ley.

⁴¹ Cfr. “Presentación” (de las Sentencias Rol N°s 288 y 312 del Tribunal Constitucional de Chile), *loc. cit.* en nota 16, *in fine* [*Ius et Praxis*], p. 496.

⁴² Ídem.

C. *Rápido balance preliminar de la modificación constitucional.*

De un análisis del nuevo esquema de fiscalización constitucional sobre el problema que nos ocupa, surge –como con acierto indica Nogueira Alcalá– que no hay razón de peso para señalar que los tratados solamente referidos a materia de ley orgánica constitucional deban ser objeto de control preventivo obligatorio de constitucionalidad, ya que eventualmente los que son materia de ley de quórum calificado o de ley simple también pueden infringir la Constitución.⁴³

Añade el autor glosado que son más convenientes las normas existentes en los países que poseen Tribunal Constitucional, donde éste realiza un control preventivo obligatorio de todos los tratados que son materia de ley, ya que ello impide que se filtren en el ordenamiento nacional tratados que pudieren entrar en conflicto con la Carta Fundamental, especialmente cuando producto de la incorporación del tratado como norma interna, luego no puede concretarse control represivo de constitucionalidad, ya que se vulnerarían los arts. 54.1⁴⁴ (ex art. 50.1) y 93 de la Constitución recientemente aprobada y las normas imperativas generales del derecho internacional consideradas en los artículos 26, 27 y 31 de

⁴³ Nogueira Alcalá, Humberto, *op. cit.* [“Aspectos fundamentales de la reforma constitucional...”].

⁴⁴ En dicho tramo del artículo, referido a las atribuciones exclusivas del Congreso, se establece: “1) Aprobar o desechar los tratados internacionales que le presentare el Presidente de la República antes de su ratificación. La aprobación de un tratado requerirá, en cada Cámara, de los quórum que corresponda, en conformidad al artículo 66, y se someterá, en lo pertinente, a los trámites de una ley.

”El Presidente de la República informará al Congreso sobre el contenido y el alcance del tratado, así como de las reservas que pretenda confirmar o formularle.

”El Congreso podrá sugerir la formulación de reservas y declaraciones interpretativas a un tratado internacional, en el curso del trámite de su aprobación, siempre que ellas procedan de conformidad a lo previsto en el propio tratado o en las normas generales de derecho internacional.

”Las medidas que el Presidente de la República adopte o los acuerdos que celebre para el cumplimiento de un tratado en vigor no requerirán de nueva aprobación del Congreso, a menos que se trate de materias propias de ley. No requerirán de aprobación del Congreso los tratados celebrados por el Presidente de la República en el ejercicio de su potestad reglamentaria.

”Las disposiciones de un tratado sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo a las normas generales de Derecho Internacional.

”Corresponde al Presidente de la República la facultad exclusiva para denunciar un tratado o retirarse de él, para lo cual pedirá la opinión de ambas Cámaras del Congreso, en el caso de tratados que hayan sido aprobados por éste. Una vez que la denuncia o el retiro produzca sus efectos en conformidad a lo establecido en el tratado internacional, éste dejará de tener efecto en el orden jurídico chileno.

”En el caso de la denuncia o el retiro de un tratado que fue aprobado por el Congreso, el Presidente de la República deberá informar de ello a éste dentro de los quince días de efectuada la denuncia o el retiro.

”El retiro de una reserva que haya formulado el Presidente de la República y que tuvo en consideración el Congreso Nacional al momento de aprobar un tratado, requerirá previo acuerdo de éste, de conformidad a lo establecido en la ley orgánica constitucional respectiva. El Congreso Nacional deberá pronunciarse dentro del plazo de treinta días contados desde la recepción del

la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados⁴⁵ –temática sobre la que regresaremos–.

De cualquier manera, y si bien la reciente innovación constitucional ha supuesto un avance, como advierte el catedrático citado en último término, queda pendiente la gran reforma en la materia para poder enfrentar adecuadamente la sociedad globalizada del siglo XXI, existiendo diversas materias que deberán ser asumidas en una próxima reforma sobre tratamiento del derecho internacional en el orden constitucional chileno.⁴⁶

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 Belaúnde– 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.⁴⁷

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

Tal preceptiva está de acuerdo con la previsión del art. 161, en cuanto a que el Congreso Nacional aprobará o improbará los siguientes tratados y convenios

oficio en que se solicita el acuerdo pertinente. Si no se pronunciare dentro de este término, se tendrá por aprobado el retiro de la reserva.

"De conformidad a lo establecido en la ley, deberá darse debida publicidad a hechos que digan relación con el tratado internacional, tales como su entrada en vigor, la formulación y retiro de reservas, las declaraciones interpretativas, las objeciones a una reserva y su retiro, la denuncia del tratado, el retiro, la suspensión, la terminación y la nulidad del mismo.

"En el mismo acuerdo aprobatorio de un tratado podrá el Congreso autorizar al Presidente de la República a fin de que, durante la vigencia de aquél, dicte las disposiciones con fuerza de ley que estime necesarias para su cabal cumplimiento, siendo en tal caso aplicable lo dispuesto en los incisos segundo y siguientes del artículo 64".

⁴⁵ Nogueira Alcalá, Humberto, *op. cit.* ["Aspectos fundamentales de la reforma constitucional..."].

⁴⁶ Ídem.

⁴⁷ García Belaúnde, Domingo; *op. cit.*, pp. 137-138.

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 (ver art. 171, inc. 12, *ibid.*).

Valga recordar que el art. 162, *ibid.*, 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, reenviamos a Salgado Pesantes quien precisa que la atribución acordada al Tribunal Constitucional (art. 276, inc. 5°) 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 Estado⁴⁸ –el énfasis no corresponde al original–.

5. Perú

A. *Modelo de control de constitucionalidad en general. Situación normativa actual relativa a la fiscalización constitucional de instrumentos internacionales.*

⁴⁸ Salgado Pesantes, Hernán, "Jurisdicción y procesos constitucionales en el Ecuador", en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo [coord.], *Derecho Procesal Constitucional*, 2ª ed., Porrúa, México, D.F., 2001, p. 1270.

Preliminarmente, cabe advertir –con Eguiguren Praeli– que en Perú rige el sistema dual o paralelo, dado que los modelos difuso y concentrado coexisten simultánea pero separadamente.⁴⁹ En efecto, en la Carta Magna es dable verificar la institucionalización del control difuso (cuando en el art. 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 art. 202, inc. 1°, y su remisión al art. 200, inc. 4°, *ibíd.*–, la competencia del Tribunal Constitucional para conocer y resolver, en instancia única, las acciones de inconstitucionalidad contra las normas que tienen rango de ley.

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

No deja de ser polémico –a nuestro criterio– que se adjudique al Tribunal la atribución de controlar *represivamente* 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 (art. 204, *ibíd.*). 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.

⁴⁹ Eguiguren Praeli, *op. cit.* [Estudios...], p. 266.

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 proscribía tal posibilidad cuando se refiera a “tratados internacionales en vigor” (art. 32, *in fine*).

Es importante destacar que, en torno a la aprobación de los tratados, 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 (art. 56).

Por el contrario, no se exige previa aprobación del Congreso si los tratados versan sobre materias no contempladas en el art. 56, pudiendo el Presidente de la República celebrarlos, ratificarlos o adherir a ellos debiendo sólo dar cuenta al Congreso (art. 57, párrafo 1°). Sin embargo –entendemos–, 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,⁵⁰ *antes de ser ratificados por el Presidente de la República* (ibid., párrafo 2°).

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

⁵⁰ 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.

B. Sobre el Código Procesal Constitucional peruano.

Por su parte, y como es sabido, por Ley N° 28.237⁵¹ se aprobó el Código Procesal Constitucional (CPC), que regula los *procesos*⁵² constitucionales de hábeas corpus, amparo, hábeas data, cumplimiento, *inconstitucionalidad*, acción popular y los conflictos de competencia, previstos en los arts. 200 y 202, inc. 3°, de la Constitución Política del Perú (cfr. art. I, Título Preliminar).

La Segunda Disposición Transitoria y Derogatoria del Código estableció un período de *vacatio legis*, al estatuir que entraría en vigencia a los seis (6) meses contados a partir de la fecha de su publicación en el Diario Oficial “El Peruano”. Transcurrido dicho lapso, el mencionado cuerpo normativo alcanzó vigor jurídico el 1° de diciembre de 2004.

Sin intentar elaborar una nómina cerrada de alusiones a diversos aspectos de la tarea interpretativa vinculada con los procesos constitucionales, pueden apreciarse algunas importantes referencias verificables tanto en el Título Preliminar como en otros segmentos normativos del Código.

Así, en el mencionado Título Preliminar, cuya inclusión constituye –como se ha sostenido– una novedad en la legislación procesal constitucional del Perú pues incorpora un conjunto de principios y criterios que establecen el marco general a partir del cual deben interpretarse y aplicarse todos los procesos constitucionales,⁵³ brillan con luz propia las pautas que a continuación sólo serán enunciadas de modo sintético:

- La interpretación de las normas infraconstitucionales de conformidad con la Constitución, como regla hermenéutica para los jueces en el marco del control difuso de constitucionalidad (art. VI), aunque con obvio efecto expansivo hacia el Tribunal Constitucional; y
- la interpretación del contenido y los alcances de los derechos constitucionales de acuerdo con el derecho internacional de los derechos humanos y las decisiones de los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú sea parte (art. V).

⁵¹ Publicada en el Diario Oficial “El Peruano” el día 31 de mayo de 2004.

⁵² La bastardilla que usamos para la palabra *proceso* obedece a que –como vimos en el texto– la Constitución peruana se refiere a los mismos como *acciones* de garantía constitucional o como *garantías constitucionales* (ver, respectivamente, título y contenido del art. 200), aunque en el Código –acudiendo a saludables precisión y actualización terminológicas y conceptuales– se prefirió utilizar al primero de los vocablos individualizados y no a estas últimas expresiones.

⁵³ Abad Yupanqui, Samuel B. et al., *Código Procesal Constitucional. Comentarios, Exposición de Motivos, Dictámenes e Índice analítico*, Palestra Editores, Lima, 2004, p. 102.

Como referencia ejemplificativa a ciertas alusiones a las labores interpretativas contenidas en otros tramos del Código, pueden reseñarse las siguientes:

- Como principios de interpretación en el ámbito de los procesos de acción popular e inconstitucionalidad, se preceptúa que en la tarea de apreciación de la validez constitucional de las normas el Tribunal Constitucional considerará, además de las normas constitucionales, las leyes que, dentro del marco constitucional, se hayan dictado para determinar la competencia o las atribuciones de los órganos del Estado o el ejercicio de los derechos fundamentales de la persona (art. 79); y
- ya en relación con la jurisdicción internacional, se identifican los organismos competentes a los que puede recurrir cualquier persona que se considere lesionada en los derechos reconocidos constitucionalmente (art. 114); se establece claramente que las resoluciones de los organismos jurisdiccionales internacionales a cuya competencia se hubiere sometido expresamente el Estado peruano, no requieren –para su validez y eficacia–, de reconocimiento, revisión, ni examen previos algunos (art. 115); y se estipula la obligación de la Corte Suprema de Justicia y del Tribunal Constitucional de remitir a los organismos a que se refiere el art. 114, la legislación, las resoluciones y demás documentos actuados en el proceso o los procesos que originaron la petición, así como todo otro elemento que a juicio del organismo internacional fuere necesario para su ilustración o para mejor resolver el asunto sometido a su competencia (art. 116).

Consideramos un acierto que el art. V del Título Preliminar haya establecido que el contenido y los alcances de los derechos constitucionales protegidos por los procesos regulados en el Código deban interpretarse *de conformidad* con la Declaración Universal de Derechos Humanos, los tratados internacionales sobre tal materia, así como de las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales relativos al aludido campo temático, constituidos según tratados de los que el Perú sea parte.

Si bien no se nos escapa que el primer segmento del citado art. V del Título Preliminar del Código prácticamente reitera el contenido literal de la Disposición Final y Transitoria Cuarta⁵⁴ de la Constitución vigente, es sumamente importante que refuerce léxica y jurídicamente en la porción final de aquel artículo el compromiso del Estado peruano institucionalizando la obligatoriedad de acatamiento por éste de las decisiones dimanadas de los órganos jurisdiccionales interna-

⁵⁴ Tal disposición, denominada “Interpretación de los derechos fundamentales”, reza: “Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú”.

cionales establecidos por los tratados de los que fuere parte, puesto que –entre otros factores no menos significativos– no cabe olvidar que con arreglo al art. 44 constitucional, uno de los *deberes primordiales del Estado* consiste en *garantizar la plena vigencia de los derechos humanos*, premisa básica con la que se alinea la prescripción contenida en el art. 79 del CPC que, al identificar los principios de interpretación en la esfera de los procesos de acción popular e inconstitucionalidad, especifica que en la labor de apreciación de la validez constitucional de las normas el Tribunal Constitucional tendrá en consideración, además de las normas constitucionales, las leyes que, dentro del marco constitucional, se hayan sancionado para establecer la competencia o las atribuciones de los órganos del Estado o el *ejercicio de los derechos fundamentales de la persona*.

Es igualmente encomiable que el Código no haya reducido aquella obligatoria observancia de la jurisprudencia internacional a la declaración genérica estipulada en la parte final del art. V de su Título Preliminar, sino que además –y para dar efectiva canalización práctica a la misma– en el continuo de normas que discurre entre sus arts. 114 y 116, se ha ocupado de las siguientes cuestiones:

- Ha identificado al Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas y a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos –aunque empleando una fórmula de textura abierta que permite contemplar otros órganos que puedan constituirse en el futuro y que sean aprobados por tratados que obliguen al Perú– como los organismos internacionales a los que, en los términos del art. 205⁵⁵ constitucional, puede recurrir cualquier persona que se considere lesionada en los derechos reconocidos por la Constitución o los tratados sobre derechos humanos ratificados por el Estado peruano (art. 114 del CPC);
- ha determinado que las resoluciones de los organismos jurisdiccionales a cuya competencia se haya sometido expresamente el Estado peruano no requieren, para su validez y eficacia, de reconocimiento, revisión ni examen previos; estatuyendo la forma de comunicarlas y reenviando a la Ley N° 27.775 en lo que atañe al procedimiento para su ejecución en sede interna (art. 115 del CPC) –volveremos sobre el particular–; y
- ha precisado la obligación de la Corte Suprema de Justicia de la República y el Tribunal Constitucional en punto a remitir a los organismos individualizados en el citado art. 114, *ibid.*, la legislación, las resoluciones y demás documentos actua-

⁵⁵ Bajo el rótulo de “Jurisdicción supranacional”, dicho precepto establece: “Agotada la jurisdicción interna, quien se considere lesionado en los derechos que la Constitución reconoce puede recurrir a los tribunales u organismos internacionales constituidos según tratados o convenios de los que el Perú es parte”.

dos en el/los proceso/s que originó/aron la petición, así como todo otro elemento que, a juicio del organismo internacional, fuere necesario para su ilustración o para mejor resolver el asunto sometido a su competencia (cfr. art. 116, *ibid.*).

Justamente un elemento remarcable que se presenta en armonía rítmica con el esfuerzo normativo peruano por consolidar su deber de acatar los pronunciamientos de los órganos jurisdiccionales internacionales, lo constituye la aludida Ley N° 27.775, que regula el procedimiento de ejecución de sentencias emitidas por tribunales supranacionales. En efecto, y más allá de pautar las reglas de ejecución de los fallos internacionales, deja claramente establecido que el objeto de la ley es declarar de *interés público el cumplimiento de las sentencias dictadas en los procesos seguidos contra el Estado peruano por tribunales internacionales constituidos por tratados ratificados por el Perú de acuerdo con su Constitución Política* (cfr. art. 1 de la ley).

Quizás un pequeño lunar en este denuedo del hermano país por garantizar desde el plano normológico el cumplimiento de sus compromisos internacionales, lo constituya el Decreto Supremo N° 014-2000-JUS, en tanto éste, separándose del cartabón de *obligatoria* observancia de los pronunciamientos jurisdiccionales internacionales que consagra la Ley N° 27.775, establece que las decisiones, resoluciones o recomendaciones adoptadas en el marco de los procedimientos y mecanismos internacionales de protección de derechos humanos de naturaleza no jurisdiccional, serán *procesadas por el Estado de acuerdo con los principios de buena fe, fiel observancia de los tratados respectivos y cooperación con las instancias internacionales de promoción y protección de derechos humanos* (cfr. art. 1). En otras palabras, el ordenamiento peruano marca una diseción entre los pronunciamientos jurisdiccionales internacionales, a los que adjudica un claro tono preceptivo, y las decisiones, resoluciones o recomendaciones internacionales que no sean jurisdiccionales, a las que no reconoce fuerza jurídica vinculante aunque admita la existencia del deber de cooperación para coadyuvar a la promoción y protección de los derechos humanos⁵⁶ y establezca los procedimientos para propiciar el seguimiento de las recomendaciones de los organismos internacionales no jurisdiccionales.⁵⁷

Fuera y más allá de lo expresado, en definitiva se hace perceptible que el CPC viene a enrolarse en la lógica subyacente en el ordenamiento normativo del Perú

⁵⁶ Ver, al respecto, por ejemplo, el considerando 5° del Decreto Supremo N° 014-2000-JUS.

⁵⁷ De acuerdo con el art. 2 del Decreto Supremo N° 014-2000-JUS, se determina que el Consejo Nacional de Derechos Humanos del Ministerio de Justicia será el organismo responsable de coordinar dicho seguimiento.

Corresponde añadir que, por Decreto Supremo N° 015-2001-JUS, se aprobó el Reglamento del mencionado Consejo Nacional.

encaminado a elevar jurídica y axiológicamente a los tratados internacionales en materia de derechos humanos y a acatar las decisiones de los órganos jurisdiccionales erigidos por éstos, lo que asume una magnitud relevante como prevención normativa para ocluir la repetición de los tristes acontecimientos antes señalados que acaecieron durante la época fujimorista.

En este marco, es sumamente importante tomar en consideración que, ya sin ambages, se configura el deber del Poder Judicial y del Tribunal Constitucional de conocer y aplicar en sus pronunciamientos la doctrina jurisprudencial de importantes órganos jurisdiccionales en materia de derechos humanos, tales como la Corte Interamericana con asiento en San José de Costa Rica.

En otras palabras, aquéllos deberán dispensar preferente atención a la efectiva aplicación jurisprudencial de tales tratados en materia de derechos humanos por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación, de modo que la aludida jurisprudencia oficiará como guía hermenéutica de los preceptos convencionales en la medida en que el Estado peruano haya reconocido explícitamente la competencia de los órganos jurisdiccionales transnacionales en cuestión.

La situación descrita arrastra consigo algunas cuestiones adicionales de importancia no precisamente menor, por ejemplo, que se impone una inevitable búsqueda de interacción armónica entre el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho interno peruano (en el marco del postulado de coherencia entre ambos sistemas) y que ni los jueces ni el Tribunal Constitucional podrán obviar ya la convergencia operativa de trascendentales reglas interpretativas como son los principios *pro homine* o *favor libertatis* y *pro actione*, que deberán ser resguardados aun cuando ello suponga aplicar pautas jurídicas internacionales de modo prelativo a disposiciones del derecho vernáculo.

6. Venezuela

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

Liminarmente, es útil evocar que en la Constitución vigente (1999) se reconocen, en punto al sistema de “justicia constitucional”,⁵⁸ todos los principios del

⁵⁸ 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

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, 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.⁵⁹

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

Entre las atribuciones de la precitada Sala Constitucional, el art. 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°).⁶⁰

Es dable constatar que la Constitución, en el art. 187, ord. 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 (cfr. art. 236, ord. 4°).

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 ciertos y determinados actos estatales: las leyes y demás actos de rango legal o de ejecución directa e inmediata de la Constitución (Brewer-Carías, Allan R., “La Justicia Constitucional en la Constitución venezolana de 1999”, en Ferrer MacGregor, Eduardo [coord.], *loc. cit.* nota 48, p. 933).

⁵⁹ *Ibid.*, pp. 936 y ss.

⁶⁰ 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– (*ibid.*, p. 948).

B. *Un acercamiento a la doctrina*

Según Brewer-Carías lo importante es destacar que, con el citado artículo constitucional (336, ord. 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” (remarcado nuestro).⁶¹

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.⁶² 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.⁶³ 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.⁶⁴

NUESTRA POSICIÓN

Luego del sumario examen de ciertos aspectos de los pliegos normativos y jurisprudenciales de los sistemas jurídicos boliviano, colombiano, chileno, ecuatoriano, peruano y venezolano, a continuación realizaremos una brevísima apreciación conjunta de dichos esquemas sobre el tema que nos convoca.

1. Vemos así que, en síntesis, las modalidades de control de constitucionalidad implementadas en los ámbitos jurídicos analizados, y con las gamas y 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 o, en el

⁶¹ *Ibid.*, p. 947.

⁶² *Ibid.*, p. 948.

⁶³ *Ídem.*

⁶⁴ *Ídem.*

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, interpretaciones que pueden adquirir fuerza vinculante.

2. Como anticipábamos, 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 la vertiente jurisprudencial, la conexión tratado internacional-derecho interno; esto es, tanto el modo de recepción de tales instrumentos internacionales, cuanto la ubicación que les acuerdan en relación con el derecho doméstico, patentizándose –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 (v. gr., Bolivia y Chile). 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. En otros supuestos, se hace perceptible la determinación *ex Constitutione* de la valencia de los instrumentos internacionales sobre la legislación interna (por ejemplo, el art. 163 de la Constitución venezolana, que les adjudica valía suprallegal).

El examen de la preceptiva constitucional abordada, arroja que la casi 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*, v. gr., 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;

§ *facultativo* o *potestativo*, por ejemplo, en Bolivia; y

§ *obligatorio y facultativo* según las hipótesis de que se trate, lo que se verifica en el supuesto de Chile, donde se ha programado un control *obligatorio* en el caso de los tratados referentes a materias que en el derecho interno son objeto de ley orgánica constitucional; y un contralor *facultativo* a iniciativa de ciertos órganos o autoridades del Estado, antes de la remisión de la comunicación que informa la aprobación del tratado por el Congreso Nacional y, en caso alguno, después del quinto día del despacho de dicha comunicación.

De tal 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 per-

cibirse 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 *repressivo* y las sentencias emitidas en uso de tales atribuciones producen efectos *erga omnes* y *ex nunc*,⁶⁵ 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 art. 56 de la Constitución y que afecten disposiciones de ésta, los que, *con anterioridad a su ratificación por el Presidente de la República* (art. 57, párrafo 2°, *ibíd.*), deben ser aprobados por el mismo procedimiento que rige la reforma de la Constitución.

En sintonía con lo expuesto, Eguiguren Praeli⁶⁶ concluye que los cinco Tribunales Constitucionales que analiza (refiriéndose a los de Bolivia, Colombia, Chile, Guatemala⁶⁷ y Ecuador) realizan el control preventivo de la constitucionalidad de

⁶⁵ Véase Landa Arroyo, César, “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.

⁶⁶ Eguiguren Praeli, Francisco; *op. cit.* [*Estudios...*], 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* (Roa Ortiz, Emmanuel; *op. cit.* nota 4, 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 art. 133 de la Constitución mexicana, y tal vez a otros preceptos de la misma, “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” (Cruz Ramos, Jorge Antonio, “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, México, D.F., 1997, p. 175).

⁶⁷ 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 arts. 272, inc. ‘e’, de la Constitución y 163, inc. ‘e’, de la ‘Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad’ (sobre la competencia de tal órgano, ver González Rodas, Adolfo, “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, D.F., 1992). Al solo efecto ilustrativo, y para verificar en la práctica el funcionamiento del control preventivo de constitucionalidad por 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

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 referencia 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”.⁶⁸

3. Ya 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 y más allá de la letra contenida en la preceptiva de las respectivas Leyes Fundamentales, se han habilitado ciertas alternativas para adelantar el ejercicio del control posterior del tratado o convenio internacionales, alegando –en el caso del T.C. de Bolivia– la convergencia de un recurso indirecto o incidental de inconstitucionalidad (*vid.* 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 (ver la Sentencia N° C-400 de 1998).

También aparece discutible alguna percepción del Tribunal Constitucional chileno, concretamente la reseñada sentencia Rol N° 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 al tratado y la ley (y, creemos, contraría la percepción que dicho Tribunal plasma en la sentencia Rol N° 288, de 24 de junio de 1999). No acordamos con aquella 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

que el Congreso de la República le realizara el 29 de marzo de 1995. 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 del Convenio (para ampliar, ver Ordóñez Cifuentes, José Emilio Rolando, “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, D.F., 1998, en esp. pp. 133/142).

⁶⁸ Eguiguren Praeli, Francisco; *op. cit.* [*Estudios...*], p. 332.

estará continuamente amenazado por el potencial dictado de una ley posterior (o, en su caso, especial) que lo abroge o modifique.

Sin perjuicio de lo dicho –y como se anticipaba en otra parte de este trabajo– la reciente reforma constitucional en Chile efectúa desde el plano normativo algún aporte para superar tal visión, pues en el art. 54, num. 1° (ex art. 50, num. 1°) establece 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, “*en lo pertinente*”, a los trámites de una ley (párrafo 1°, *in fine*) –énfasis agregado–, con lo cual resta viabilidad a toda pretendida interpretación encaminada a equiparar ambas fuentes jurídicas, claramente diversas entre sí.

4. Finalmente, y como de manera repetida dijéramos aquí, 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 *repressivo 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 tal 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 fueron desplegadas por las respectivas autoridades nacionales con competencia para dichos menesteres sin que mediara declaración de inconstitucionalidad por el Tribunal Constitucional respectivo, o habiendo sido considerado constitucional por éste, no deja de ser razonable entender extinguida la competencia del Tribu-

nal 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 (art. 26 de la Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados); y tal cumplimiento, concretarse de buena fe (señalado art. 26, parte *in fine*, y art. 31, inc. 1°, *ibíd.*), siendo improcedente alegar o invocar disposiciones del derecho interno (entre las que cabe incluir a las sentencias judiciales) para autoexonerarse 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 manifiesta⁶⁹ y afecte a una norma de importancia fundamental de su derecho interno (art. 27 en conjunción con el art. 46, *ibíd.*), caso este último en el que –de acuerdo con De la Guardia– el tratado sería nulo de nulidad relativa por el vicio formal de defecto de competencia.⁷⁰

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.⁷¹ Y tal principio no viene sólo impuesto por la mencionada Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados (arts. 26 y 31, inc. 1°), sino también, v. gr., por las Cartas de la Organización de las Naciones Unidas –ONU– (art. 2, inc. 2°) y de la Organización de los Estados Americanos –OEA– (art. 3, inc. ‘c’).

Cabe evocar que el art. 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” (inc. 3°). Al respecto, se ha puntualizado que tales 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 naciones *in foro domestico*, tales como ciertos principios de procedimiento, el principio de la buena fe y el principio de *res iudicata*, etc.”.⁷²

⁶⁹ Según el art. 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.

⁷⁰ De la Guardia, Ernesto; *op. cit.*, pp. 272 y 271.

⁷¹ Carrillo Salcedo, Juan Antonio, *Curso de Derecho Internacional Público. Introducción a su estructura, dinámica y funciones*, 2.ª reimpr., Tecnos, Madrid, 1994, pp. 142-143.

⁷² *Permanent Court of International Justice. Advisory Committee of Jurists. Procès verbaux of the proceedings of the Committee*, La Haya, 1920; citado por Carrillo Salcedo, Juan Antonio, *Curso de*

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

Consiguientemente, 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 –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*”⁷³ [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 la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, de 23 de mayo de 1969, que entrara en vigor el 27 de enero de 1980.

OBSERVACIONES FINALES

Para cerrar este trabajo, nos permitimos sintetizar nuestro pensamiento sobre el tema asignado por las autoridades del “IV Encuentro Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional”, del siguiente modo:

1. La exploración del paisaje normativo del derecho comparado de los países de la región andina (Bolivia, Colombia, Chile, Ecuador, 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 a 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–) conduce a que la labor jurisprudencial de los respectivos

Derecho Internacional Público. Introducción a su estructura, dinámica y funciones, 2.^a reimpr., Tecnos, Madrid, 1994, pp. 142-143.

⁷³ 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”, *Reports of Judgements, Advisory Opinions and Orders*, International Court of Justice, Leyden A. W. Sijthoff’s Publishing Company, 1951 (ver, en concreto, *Recueil*, 1951, pp. 23-24).

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.

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*, v. gr., en Colombia; o *facultativo*, a instancia de la autoridad legitimada, por ejemplo, Bolivia; u *obligatorio y facultativo*, según la hipótesis de que se trate, programada en el régimen constitucional chileno.

De tal contexto normativo, que –con 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*;⁷⁴ 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 art. 56 de la Constitución y que afecten disposiciones de ésta, los que, *con anterioridad a su ratificación por el Presidente de la República* (art. 57, párrafo 2°, *ibid.*), 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*, generando una hipótesis fiscalizadora *posterior o represiva* y aun cuando se intente morigerar la cuestión afirmando, v. gr., 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.

⁷⁴ Autor y ob. cites. en nota 64.

Tanto el art. 38 del Estatuto del Tribunal Permanente de Justicia Internacional (TPJI) cuanto el mismo 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 todas 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*”⁷⁵ [remarcado añadido], razón por la cual la circunstancia de que un Estado no haya ratificado la aludida Convención de Viena 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.

5. Nos expedimos en favor del control preventivo o *a priori* de constitucionalidad de los tratados y convenios internacionales, identificándolo como uno de los retos o desafíos actuales a los que se enfrentan las jurisdicciones constitucionales concentradas.

Incluso, y para evitar potenciales *inconvenientes* en el despliegue vivencial de los mismos, 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; coadyuvar al mantenimiento de la coherencia y lógica del sistema de fuentes normativas interno, y evitar la vinculación jurídica del Estado correspondiente en el ámbito internacional sin proceder, previamente, a las adecuaciones normativas pertinentes⁷⁶ o, en su caso, a desistir de la aprobación del tratado o a concretarla con reservas.

Para finalizar, no podemos sino coincidir con Eguiguren Praeli, quien –aun cuando se refiere al control *a posteriori* por parte del Tribunal Constitucional peruano– no ahorra críticas a tal mecanismo represivo de fiscalización, precisando que el mismo “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”.⁷⁷

⁷⁵ Ver referencia en nota 72.

⁷⁶ Cfr. Roa Ortiz, Emmanuel; *op. cit.*, nota 4, pp. 206-207.

⁷⁷ Ver autor y ob. cit. en nota 65.

BIBLIOGRAFÍA

- Abad Yupanqui, Samuel B. *et al.*, *Código Procesal Constitucional. Comentarios, Exposición de Motivos, Dictámenes e Índice analítico*. Palestra Editores, Lima, 2004.
- Asbún, Jorge. *Derecho Constitucional General*. Universidad Privada de Santa Cruz de la Sierra y Academia Boliviana de Derecho Constitucional, Santa Cruz de la Sierra, 2001.
- Barboza, Julio. *Derecho Internacional Público*. Zavalía, Buenos Aires, 2001.
- Carrillo Salcedo, Juan Antonio. *Curso de Derecho Internacional Público. Introducción a su estructura, dinámica y funciones*. 2ª reimpr., Tecnos, Madrid, 1994.
- Cruz Ramos, Jorge Antonio. “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, México, D.F., 1997.
- De la Guardia, Ernesto. *Derecho de los tratados internacionales*. Ábaco, Buenos Aires, 1997.
- Díez de Velasco, Manuel. *Instituciones de derecho internacional público*, t. I, 8ª ed., Tecnos, Madrid, 1988.
- Eguiguren Praeli, Francisco. *Estudios Constitucionales*. ARA Editores, Lima, 2002.
- Fernández Segado, Francisco. “La jurisdicción constitucional en Bolivia: La Ley Num. 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, D.F., 2002.
- García Belaúnde, Domingo. *Derecho Procesal Constitucional*. Temis, Santa Fe de Bogotá, 2001.
- González Rodas, Adolfo. “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, D.F., 1992.
- Landa Arroyo, César. “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.

- Nogueira Alcalá, Humberto. “El control represivo concreto y abstracto de inconstitucionalidad de leyes en la reforma de las competencias del Tribunal Constitucional de Chile y los efectos de sus sentencias”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2006*, Konrad Adenauer Stiftung, Montevideo, 2006.
- Ordóñez Cifuentes, José Emilio Rolando. “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, D.F., 1998.
- Rey Caro, Ernesto. “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, agosto-diciembre, 1975.
- Rivera Santiviáñez, José A. *Jurisdicción Constitucional*. Academia Boliviana de Estudios Constitucionales, Cochabamba, 2001.
- Salgado Pesantes, Hernán. “Jurisdicción y procesos constitucionales en el Ecuador”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo [coord.], *Derecho Procesal Constitucional*, 2ª ed., Porrúa, México, D.F., 2001.
- Valadés, Diego y Gutiérrez Rivas, Rodrigo (coords.), *Memoria del IV Congreso Nacional de Derecho Constitucional [‘Justicia’]*, t. I, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México, D.F., 2001.