

Jurisdicción constitucional, control de constitucionalidad de los tratados y convenios internacionales, y reforma de la Ley Fundamental

VÍCTOR BAZÁN*

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN, SEÑALAMIENTO DE LOS PERFILES DEL TRABAJO Y ANTICIPO DE LA POSICIÓN AQUÍ DEFENDIDA
- II. RECORRIDO POR LA NORMATIVA CONSTITUCIONAL COMPARADA Y REFERENCIA A CIERTOS CASOS JURISPRUDENCIALES RELEVANTES
 1. Bolivia
 2. Colombia
 3. Chile
 4. Ecuador
 5. Perú
 6. Venezuela
- III. VISIÓN DE CONJUNTO
 1. Sistemas de control de constitucionalidad
 2. Control de constitucionalidad de tratados y convenios internacionales: puntos de contacto y de desencuentro en los sistemas analizados
 3. Algunas cuestiones discutibles emergentes de la praxis jurisprudencial
 4. ¿Control de constitucionalidad a priori o a posteriori de los instrumentos internacionales?
 5. Una propuesta de *lege ferenda*
- IV. CONCLUSIONES Y PROPUESTAS

I. INTRODUCCIÓN, SEÑALAMIENTO DE LOS PERFILES DEL TRABAJO Y ANTICIPO DE LA POSICIÓN AQUÍ DEFENDIDA

En primer lugar, se señalarán las soluciones que, desde el plano de las respectivas normativas constitucionales, ofrece el Derecho Comparado de los países de la región andina en relación con la problemática del control de constitucionalidad de los tratados y convenios internacionales.¹ Asimismo, se irán interca-

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

¹ Si bien la expresión «tratados internacionales» puede entenderse comprensiva del resto de las denominaciones (por ejemplo, «acuer-

lando algunas respuestas jurisdiccionales brindadas por los respectivos órganos de justicia constitucional, dada la innegable importancia hermenéutica que los pronunciamientos de estos ostentan. Esta relevancia se deriva, en definitiva, del hecho de que en ellos converge la competencia relativa al ejercicio del control de constitucionalidad de los instrumentos internacionales, cualquiera 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;² 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 autónomo y original.³

Dejando a resguardo las peculiaridades de los respectivos sistemas de control de constitucionalidad diseñados para cada uno de los ordenamientos a tratar, el recorrido proyectado, que incluirá el análisis de los casos de Bolivia, Colombia, Chile, Ecuador, Perú y Venezuela, 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 una visión personal respecto al tema de análisis sin eludir la formulación de una proposición de *lege ferenda* para la hipótesis de eventuales reformas constitucionales (revisiones que, por lo demás y en algunos casos, se encuentran en trance de discusión, por ejemplo, en Chile, Perú y Bolivia).

La cuestión anunciada (el control constitucional de los instrumentos internacionales por los Tribunales Constitucionales en los casos de Bolivia, Chile, Ecuador y Perú; por la Corte Constitucional en el caso de

dos internacionales», «convenios internacionales», etc.), utilizamos la de «tratados y convenios internacionales», dado que —como se apreciará en el desarrollo del trabajo— la terminología empleada por las diversas normativas constitucionales (y, en algún caso, infraconstitucionales) analizadas no es unívoca al respecto y pueden encontrarse alusiones como «tratados o convenios internacionales», «tratados y convenios internacionales», «tratados internacionales», etc. En consecuencia, y aun cuando aquella expresión pueda ser considerada impropia o redundante, igualmente nos valdremos de ella por resultar suficientemente abarcadora de las opciones léxicas volcadas en los cuerpos normativos en examen.

² Empleamos ilustrativamente la categorización taxonómica ofrecida por GARCÍA BELAUNDE, Domingo. *Derecho Procesal Constitucional*. Santa Fe de Bogotá: Themis, 2001, pp. 133 y ss.

³ Cf. GARCÍA BELAUNDE, *op. cit.*, p. 132.

Colombia; y por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en el caso de Venezuela) se vincula con una problemática de mayor magnitud: la presencia o la ausencia de disposiciones expresas que determinen el modo de recepción de las normas convencionales y los principios consuetudinarios internacionales en el derecho interno, así como el emplazamiento que ellos ocupan entre las fuentes del ordenamiento jurídico doméstico.

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

Con lo anterior, desnudamos anticipadamente nuestra percepción sobre el particular, en el sentido de que, una vez que el instrumento internacional en cuestión se encuentre en vigor y plenamente *integrado* en el ordenamiento jurídico interno, resultaría inconveniente la posibilidad de habilitar a su respecto un control de constitucionalidad a posteriori, pues —haciendo hipótesis— ¿qué sucedería si el órgano jurisdiccional pertinente concluyera que el mismo es total o parcialmente inconstitucional?. Percibimos que dicha 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 derecho⁴ y, ya en

⁴ Se ha advertido que los «principios generales del derecho» no deben ser confundidos con los «principios generales del derecho internacional», ya que estos están recogidos por el derecho internacional convencional o consuetudinario, mientras que aquellos no siempre lo han estado. Asimismo, los «principios del derecho internacional» no son fuente por sí mismos del derecho internacional sino solo manifestaciones de este, corporizadas a través de costumbres o convenciones (DE LA GUARDIA, Ernesto. *Derecho de los tratados internacionales*, Buenos Aires: Ábaco, 1997, p. 41).

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;⁵ y, por el contrario, propiciaría el demérito de la seguridad jurídica y la potencial responsabilidad internacional⁶ del país en cuestión.

Por lo demás, y ante un supuesto de dicho tenor (descalificador 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 (cf. art. 42.1 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados) y no puede 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.⁷

Corresponde, claro está, no perder de vista la necesidad de actuar con mesura y prudencia al momento de negociar, concluir, firmar, apro-

⁵ Paralelamente a esta obligación de carácter negativo en cabeza del Estado que ha ratificado o aprobado un tratado internacional coexiste un deber positivo trasuntado en la carga de «introducir en su legislación las modificaciones que sean necesarias para asegurar la ejecución de los compromisos adquiridos» (CPJI, Serie B, O.C. del 21 de febrero de 1925, «Intercambio de poblaciones griegas y turcas», n.º 10, p. 20; cf. ROA ORTIZ, Emmanuel. «Tratados internacionales y control previo de constitucionalidad internacional para el Estado mexicano». En: VALADÉS, Diego y GUTIÉRREZ RIVAS, Rodrigo [coords.]. *Memoria del IV Congreso Nacional de Derecho Constitucional*. T. I. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 2001, p. 188 y nota 46).

⁶ 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— » (CPJI, Serie A, n.º 17, p. 24).

⁷ Díez de VELASCO, Manuel. *Instituciones de derecho internacional público*. T. 1, 8ª ed. Madrid: Tecnos, 1998, pp. 177-178. Luego de sostener que España incurriría en responsabilidad internacional, matiza dicha afirmación sosteniendo que el Estado tendría varias opciones, aunque reconoce que ellas no serían «nada fáciles». Dado el caso de que la sentencia fuese de *inconstitucionalidad externa*, el mencionado autor afirma que España podría alegar internacionalmente la nulidad del tratado siguiendo el procedimiento previsto en los art.ºs 65 a 68 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Sin embargo —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, puntua-

bar y ratificar los tratados y convenios internacionales, y cuidar que las cláusulas de estos 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 dicho 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, pero con el añadido de la modalidad *obligatoria* de ejercicio de dicha 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 existen comunicaciones de ratificación canjeadas (o cumplimentado el mecanismo estipulado por el instrumento en cuestión), y estas 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 control de constitucionalidad respecto de aquellos, quedando potencialmente subsistente, v. gr., la vía de la denuncia⁸ como salida alternativa.

liza 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, este podría ser denunciado, aunque la denuncia no surtiría efectos hasta agotado el plazo del preaviso, y se enfrentaría —en todo caso— la responsabilidad internacional a que hubiese lugar por el período de inaplicación. 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 aquella, aplicarlo plenamente.

⁸ Según la óptica de Barboza, no existirían mayores inconvenientes si el tratado en cuestión contuviera expresamente la posibilidad de denuncia. Si nada dijera, cabría

II. RECORRIDO POR LA NORMATIVA CONSTITUCIONAL COMPARADA Y REFERENCIA A CIERTOS CASOS JURISPRUDENCIALES RELEVANTES

De acuerdo con lo anticipado, valorando —*mutatis mutandi*— la afirmación que da cuenta de que el derecho propio no es el único posible⁹ y dado que siempre resulta enriquecedor recurrir a la metodología comparativa, acometeremos un recorrido por el derecho constitucional de los Estados de la región andina para visualizar qué tratamiento normativo dispensan, desde las correspondientes Cartas Fundamentales, a la ardua problemática del control constitucional de los tratados internacionales, intercalando —además y en ciertos casos— algunos precedentes verificables en las respectivas *praxis* jurisdiccionales.

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

1. BOLIVIA

A. UNA ALUSIÓN AL MODELO DE CONTROL CONSTITUCIONALIDAD VIGENTE. PRESENTACIÓN DEL ELENCO NORMATIVO RELACIONADO CON LA PROBLEMÁTICA EN ANÁLISIS

Por conducto de la reforma constitucional de 1994 se creó normativamente y se dio albergue en la Ley Fundamental al Tribunal Constitucional (en adelante: TC). De este modo, se plasmó 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, me-

siempre la posibilidad de encontrar que ha habido una cláusula tácita en dicho sentido (art. 56º 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»— (cf. BARZOZA, Julio. *Derecho Internacional Público*. Buenos Aires: Zavalía, 2001, p. 136)

⁹ Paráfrasis de la afirmación de GORLA, G., en el libro colectivo coordinado por CASSESE, S. *Guida alla Facoltà di Giurisprudenza*. 3ª ed. Bolonia: s.e., 1984, pp. 91-92; citado por CASCAJO CASTRO, José L. y Manuel B. GARCÍA ÁLVAREZ, en el Estudio introductorio a la obra *Constituciones extranjeras contemporáneas*. 3ª ed. Madrid: Tecnos, 1994, p. 12.

diante la Reforma Constitucional de 1994, se produjo la incorporación a la Constitución del modelo de control concentrado de constitucionalidad.¹⁰ Por su parte, y en función de la previsión del art. 228º *ibid.* —que establece que la Constitución Política es a ley suprema del ordenamiento jurídico nacional y que los tribunales, jueces y autoridades la aplicarán con preferencia a las leyes—, Eguiguren Praeli indica que, en realidad, se trata de un sistema formalmente mixto con indudable tendencia hacia un modelo concentrado,¹¹ y añade García Belaúnde que aquel Tribunal es parte integrante del Poder Judicial, que puede ejercer el control difuso.¹²

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

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

En cumplimiento del mandato constitucional contenido en el art. 121.IV, se dictó la Ley n.º 1.836 del TC —de 1 de abril de 1998—, que fue reformada el 24 de mayo de 1999 por virtud de la Ley n.º 1.979.

La competencia discernida al Tribunal en el citado art. 120º, 9ª, de la Constitución Política ha sido desarrollada por medio de los art.ºs 113 a 115 de la Ley n.º 1.836 del T.C., regulatoria del procedimiento de consulta a este órgano cuando emerja «duda fundada» acerca de la constitucionalidad de los tratados o convenios internacionales, trámites 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.

¹⁰ ASBUN, Jorge. *Derecho Constitucional General*. Santa Cruz de la Sierra: Universidad Privada de Santa Cruz de la Sierra y Academia Boliviana de Derecho Constitucional, 2001, p. 257.

¹¹ EGUIGUREN PRAELI, FRANCISCO. *Estudios Constitucionales*. Lima: ARA Editores, 2002, p. 266.

¹² GARCÍA BELAUNDE, *op. cit.*, p. 139.

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

B. EL TC Y LA CONSULTA ACERCA DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE TRATADOS Y CONVENIOS INTERNACIONALES. LA REGULACIÓN LEGAL

El procedimiento de la consulta, su trámite, la declaración que expida el TC y los efectos de esta 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.º 1.836, modificada por la Ley n.º 1.979.

De un análisis de la regulación legal de la cuestión, surge que se está ante la presencia de una hipótesis de control *previo* de constitucionalidad de los tratados o convenios internacionales, ejercitable por el TC 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 este caso, y con resolución camaral expresa, deberá enviarlos en consulta al TC *antes de su ratificación*. Se nos ocurre que el momento legal oportuno para formular el requerimiento de consulta es aquel en el que el texto esté definitivamente fijado, no pudiendo someterse al TC borradores, anteproyectos o propuestas previas.

En torno de la legitimación activa para formalizar la consulta, se ha sostenido que la previsión establecida por la Ley n.º 1.836 constituye una restricción ilegítima, dado que, al acordarla solo al Presidente del Congreso Nacional y sujetarla a una decisión camaral aprobada por mayoría, «deja a la voluntad del o los partidos gobernantes al 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 óptima— el derecho de las minoría parlamentarias, ya que, en muchos casos en que estas 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». ¹³

El reduccionismo plasmado en la ley en relación con 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). ¹⁴ 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. 96º, 2ª, de la Ley Fundamental—. ¹⁵

También se ha precisado que, una vez sancionada la ley de aprobación del tratado o convenio internacional, 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 a 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. ¹⁶

En cuanto a los requisitos de la presentación, ¹⁷ y más allá de la exigencia de formulación por escrito de la petición, la adjunción de los instrumentos pertinentes para acreditar la personalidad jurídica y la existencia de la resolución camaral expresa, y demás documentos de rigor (v. g., texto del tratado o convenio internacionales), entre otros, deberá precisarse, en términos claros y concretos, en qué consiste la duda de constitucionalidad de dichos instrumentos internacionales, individualizarse

¹³ RIVERA SANTIVAÑEZ, José A. *Jurisdicción Constitucional*. Cochabamba: Academia Boliviana de Estudios Constitucionales, 2001, pp. 212-213.

¹⁴ FERNÁNDEZ SEGADO, FRANCISCO: «La jurisdicción constitucional en Bolivia en la Ley n.º 1.836, del 1 de abril de 1998, del Tribunal Constitucional». *Cuadernos Constitucionales México-Centroamérica*, n.º 40, México: Centro de Estudios Constitucionales México-Centroamérica, Universidad Nacional Autónoma de México - Corte de Constitucionalidad de Guatemala, 2002, p. 84.

¹⁵ *Ibid.*, pp. 84-85.

¹⁶ RIVERA SANTIVAÑEZ, *op. cit.*, p. 215.

¹⁷ Cuyos lineamientos vienen determinados, paralelamente a la Ley n.º 1.836, por el Reglamento de Procedimientos Constitucionales.

la/las norma/s de la Ley Fundamental potencialmente violada/s por los mismos y fundamentarse acabada y suficientemente las razones que originan el estado de duda que motiva la consulta.

Una vez recibida la consulta por el T.C., este 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 días, su opinión fundada acerca de la consulta; luego de lo cual, el TC emitirá «declaración constitucional» en el término de treinta días.

Dicha «declaración» tendrá efecto vinculante. La ley describe dos hipótesis relativas a los efectos de la «declaración constitucional» a efectuar por el TC Veamos:

- En el supuesto de que el TC declarara que el tratado o convenio es contrario a la Constitución, el instrumento *no podrá ser aprobado*;
- Por su parte, si el objeto de la consulta y posterior declaración del TC giraran en torno de tratados o convenios multilaterales, la calificación de inconstitucionalidad de alguna de sus cláusulas no impedirá su aprobación, siempre que se formule reserva¹⁸ que refleje la decisión del TC

¹⁸ 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, solo 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, *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 el Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados». *Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, año XXXIX, n.º 4-5, Córdova, agosto-diciembre, 1975, pp. 60-61 y 107-113).

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

C. *EL CRITERIO SENTADO POR EL TC EN LA SENTENCIA CONSTITUCIONAL N.º 036/01*

a. En el caso identificado como Expediente n.º 2001-02180-05-RII, registro del TC, este expidió la Sentencia Constitucional n.º 036/01, en fecha 30 de mayo de 2001.¹⁹ El Magistrado Relator fue el doctor René Baldivieso Guzmán y el Correlator, el doctor Willman Ruperto Durán Ribera.

b. Por medio del recurso indirecto o incidental de inconstitucionalidad, los apoderados del señor E.G.P. cuestionaban la constitucionalidad del inc. «b» del art. XVII del Tratado de Extradición firmado entre los Gobiernos de Bolivia y los EE.UU. el 27 de junio de 1995, aprobado por Ley n.º 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 art.ºs 33 y 81 de la Constitución Política y sosteniendo que la ley promulgatoria del Tratado recién fue publicada y puesta en vigencia el 6 de noviembre de 1996.

Añadían que aquella norma (art. XVII, inc. «b») del Tratado en cuestión, también violaba 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 y se cumplieron los requisitos respectivos.

c. La Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, mediante Auto Supremo del 19 de febrero de 2001, rechazó (por mayoría²⁰) la petición por considerarla manifiestamente infundada en virtud de que:

¹⁹ Una síntesis referencial de este pronunciamiento puede consultarse en BAZÁN, Víctor. «El control de constitucionalidad de los tratados y convenios internacionales en la reciente percepción jurisprudencial el Tribunal Constitucional de Bolivia». *La Ley [Suplemento de Derecho Constitucional]*, Buenos Aires, 15-07-2022, pp. 62-74. Para un análisis más detallado, ver del mismo autor: «Jurisdicción constitucional y control de constitucionalidad de los tratados y convenios internacionales». En: VARIOS. *Derecho Procesal Constitucional boliviano*. Santa Cruz de la Sierra: Academia Boliviana de Estudios Constitucionales, 2002, pp. 187-236.

²⁰ En disidencia, votaron los ministros, doctores 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. 60º de la Ley n.º 1.836 y que era atribución privativa el TC declarar la constitucionalidad de tratados o convenios con gobiernos extranjeros u organismos internacionales de acuerdo con lo establecido por el art. 120º, letra i) de la Constitución Política, competencia recogida por

- 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. 96º, 2ª) y la del Poder Legislativo para «aprobar los tratados, concordatos y convenios internacionales» (art. 59º, 12ª);
- la aprobación del Tratado a través del mencionado procedimiento constitucional incorporó a aquel 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, solo 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. 18º, numeral 3, de dicho instrumento;
- si bien la Constitución reconoce al TC la atribución de conocer y resolver «la constitucionalidad de tratados y convenios con gobiernos extranjeros u organismos internacionales [sic]», esta capacidad solo 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.

el art. 7º, numeral 10) de la Ley n.º 1.836. Por ello, juzgaban atendible el recurso incidental dentro de la disposición del ordinal 2) del art. 62º del cuerpo legal citado en último término.

d. El Auto Supremo de Rechazo fue elevado en consulta al TC, de conformidad con lo determinado en el art. 62º, inc. 1, de la Ley n.º 1.836.

En cuanto a su competencia para pronunciarse, el TC sostuvo que las atribuciones fijadas en el art. 120º, 9ª, de la Constitución Política le acuerdan dicha facultad, tal como lo estableció la Comisión de Admisión a través del Auto Constitucional n.º 059/2001-CA.

En este sentido, entendió que el art. 7º, inc. 2, de la Ley n.º 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. En otras palabras, le atribuyó el control concreto de constitucionalidad por vía incidental (vale decir, dentro de un proceso judicial o administrativo) que debe ser ejercido de acuerdo con los art.ºs 59º a 67º 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.º 1.721 en el proceso de extradición de E.G.P.,²¹ promovido por la Embajada de los EE.UU.

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. 33º de la Ley Suprema—), el TC determinó que la extradición es un instituto jurídico de naturaleza procesal y que, en materia procesal, la ley que rige es la que se encuentra vigente en el momento de sustanciar la causa en cuestión, sin que ello importe aplicación retroactiva de a ley, ya que «la Ley procesal rige el proceso y no la conducta o comportamiento que se juzgan a su través».²²

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

²¹ Del Auto Supremo de Rechazo expedido por la Corte Suprema surge que el señor 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 intento de distribución. En dicho proceso, el mencionado señor había sido declarado culpable de esos cargos el 1 de noviembre de 1995 (cf. vistos y primer considerando del señalado Auto Supremo).

²² El entrecomillado pertenece al considerando IV. 4.

se asemeja aún más a la fórmula adoptada por el Tratado de Extradición objeto de impugnación, el TC concluyó 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 33º 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 33º constitucional, mucho menos aun al art. 81º de la misma norma constitucional».²³

Finalizó el TC afirmando que, en virtud de la jurisdicción que ejercen por mandato de los art.ºs 120º, 1ª, de la Constitución Política y 62º, inc. 2, de la Ley n.º 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 TC ha abierto una brecha hermenéutica con base en una autodisposición de acrecimiento de su plexo de atribuciones (*vis-à-vis* el modelo prefigurado por la Ley n.º 1.836), al viabilizar que, por la senda del recurso indirecto o incidental de inconstitucionalidad, se permita la revisión constitucional de un *tratado o convenio internacionales en vigor*. Este hecho 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, y eso 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

²³ La parte transcripta y entrecomillada corresponde al considerando V.1.

de la integridad y supremacía de la Constitución «en los estrictos y precisos términos» del art. 241º. Con este fin, dicha Corte cumplirá —entre otras— la función de decidir definitivamente sobre la exigibilidad de los tratados internacionales y de las leyes que los aprueben, para cuyo fin el Gobierno debe remitírselos dentro de los seis días siguientes a la sanción de la ley (inc. 10).²⁴

Añade dicho inciso del art. 241º que cualquier ciudadano podrá intervenir para defender o impugnar la constitucionalidad de aquellos. *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. 241º 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 189º 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. 150º, *ibid.*, dispone que corresponde al Congreso hacer las leyes por medio de las cuales ejercerá las funciones que enumera. Entre estas cabe destacar la de aprobar o desaprobar 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».²⁵

²⁴ Cifuentes Muñoz cataloga al control de 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 18. *In fine [Ius et Praxis]*, p. 71).

²⁵ EGUIGUREN PRAELI, *op. cit.*, p. 265.

B. TIPOLOGÍA DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES

Según apunta Rivera Santiviáñez, la Corte Constitucional ha expedido por la obligatoriedad del control preventivo de constitucionalidad de los tratados internacionales.²⁶ En este sentido, el autor citado puntualiza que, en la Sentencia n.º 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 aquel no tendría valor alguno, no obstante haber sido aprobado por el Congreso y sancionado por el Presidente de la República como ley.²⁷

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

Sobre este particular todos los miembros de la subcomisión estuvieron de acuerdo en que es conveniente establecer el control de constitucionalidad sobre los tratados públicos y sus leyes aprobatorias, de manera expresa, antes de que se proceda a ratificarlo, pero hubo discrepancias en cuanto a la etapa del proceso interno, en que dicho control debe ser ejercido, y en cuanto si este debe ser automático o solamente cuando se haga uso por cualquier ciudadano, de la acción de inexistencia [la cursiva es nuestra]».²⁸

²⁶ RIVERA SANTIVIÁÑEZ, *op. cit.*, pp. 209 y 210.

²⁷ Ver texto del párrafo glosado correspondiente a la Sentencia n.º C-178/95, en *loc. cit. idem* nota anterior.

²⁸ *Gaceta Constitucional*, n.º 68, t. II, 1991, p. 13.

Asimismo, en el Acta n.º 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 [la cursiva es nuestra]».*²⁹

C. UNA RECIENTE PERCEPCIÓN DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

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

En efecto, en la Sentencia n.º C-400, de 10 de agosto de 1998 (M.P.: Alejandro Martínez Caballero), respecto a 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 a la Ley n.º 406 del 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.º C-276 de 1993 (M.P.: Vladimiro Naranjo Mesa) relativa a su inhibición de examinar la constitucionalidad de un tratado internacional perfeccionado —criterio, este último, ya expuesto por la Corte Suprema de Justicia en Sentencia del 6 de junio de 1985 (M.P.: Carlos Medellín Forero)—. A su vez, con la Sentencia n.º C-276 de 1993, la Corte Constitucional había corregido el curso tomado mediante la Sentencia n.º C-027 del 5 de febrero de 1993 (M.P.: Simón Rodríguez Rodríguez), en la que decidió sobre el mérito de las demandas incoadas contra la Ley n.º 20 de 1974 y contra el Concordato celebrado entre Colombia y la Santa Sede en 1973, algunos de cuyos artículos fueron declarados inexequibles, no obstante que el aludido instrumento internacional había sido objeto de canje de ratificaciones desde el 2 de julio de 1975.

²⁹ *Gaceta constitucional*, n.º 89, t. II, 1991, p. 11.

Concretamente, y por mayoría de los miembros de la Sala Plena, en la Sentencia n.º C-400 de 1998,³⁰ 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. Esta conclusión la derivaba del hecho de que, frente al derecho internacional, esa sentencia no tenía ninguna validez jurídica, sino que era un mero aspecto fáctico a ser considerado para evaluar si el Estado estaba o no cumpliendo sus compromisos internacionales (apdo. 49).

En este sentido, estimó que la interpretación del artículo constitucional 241º 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 previas por los ordinales 4º y 10º son complementarias, por lo cual debe concluirse que, salvo que exista ya cosa juzgada, el Tribunal es competente para conocer de fondo de las demandas ciudadanas contra leyes aprobatorias de tratados, incluso si estos se encuentran perfeccionados (apdo. 56).

En síntesis, admite su competencia para conocer sobre demandas que instauren los ciudadanos contra las leyes aprobatorias de tratados interna-

³⁰ En síntesis, y en primer lugar, dicha Sentencia declaró «exequible» la Ley n.º 406 del 24 de octubre de 1997, por medio de la cual se aprobaba 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 «exequible» 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 art.ºs 11º a 17º, y en consonancia con el artículo 46º, 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 25º, Colombia precisa que solo 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.

cionales perfeccionados con anterioridad a la vigencia de la Constitución de 1991. Frente a esta posición de doctrina judicial mayoritaria frente 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 Herando Herrera Vergara, mociones disidentes que —sustentadas en sólidos fundamentos jurídicos— dejaron en claro que la finalidad perseguida por el Constituyente de 1991 fue establecer un control automático y previo a la ratificación del instrumento internacional, hipótesis que agota las posibilidades competenciales de examen constitucional al respecto por parte de la Corte Constitucional.

3. CHILE

A. REFERENCIAS NORMATIVAS Y MODALIDAD DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

La Constitución chilena dispone, en el art. 82º, inc. 2, que corresponde al Tribunal Constitucional (TC) resolver las cuestiones sobre constitucionalidad *que se susciten durante la tramitación de los proyectos de ley o de reforma constitucional y de los tratados sometidos a la aprobación del Congreso*. En otras palabras, y como recuerda Nogueira Alcalá, el mecanismo de fiscalización establecido por la Ley Fundamental para los tratados y su incorporación al orden jurídico interno se centra en el *control preventivo de constitucionalidad* que realiza el Tribunal a requerimiento de autoridad expresamente facultada para ello.³¹

En ese sentido, 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 (*vid.* art. 82º, parte aclaratoria referida a la atribución establecida en el inc. 2 de dicha norma), de lo que se infiere que el control preventivo dispuesto no es obligatorio para el Tribunal, sino facultativo y a instancia de parte.

Pfeffer Urquiaga señala que el Tribunal sólo se pronunciará en relación con el fondo del tratado o el procedimiento de tramitación el mismo, resolviendo si dicho instrumento se ajusta o no a la Constitución.³²

³¹ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. «Los tratados internacionales en el ordenamiento jurídico chileno». *Revista de Derecho Político*, n.º 43, Madrid, UNED, 1997, p. 242.

³² PFEFFER URQUIAGA, Emilio. «El control constitucional en Chile: Tribunal Constitucional». En: BAZÁN, Víctor (coord.). *Desafíos del control de constitucionalidad*. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1996, p. 424.

Por último, advierte que el Tribunal no podrá actuar mientras el Presidente de la República no lo haya sometido aún a la aprobación del Congreso.³³

Conviene recordar que, por imperio del art. 32º, inc. 17, *ibid.*, 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 mismos que deberán ser sometidos a la aprobación del Congreso. En concordancia con esta última imposición constitucional, el art. 50º, inc. 1, de la Ley Fundamental dispone como atribución exclusiva del Congreso la de aprobar o desechar los tratados internacionales que le presentare el Presidente de la República antes de su ratificación, aclarándose que *la aprobación de un tratado se someterá a los trámites de una ley (párrafo 1º, in fine)*.

Fuera de la especificidad relativa al examen de constitucionalidad de tratados y convenios internacionales, en una dimensión general, la cuestión del modelo de control de constitucionalidad puede esquematizarse sosteniendo que en el ordenamiento chileno se permite la inaplicación mediante el sistema difuso pero solo ante la Corte Suprema,³⁴ que ejerce el control incidental de la constitucionalidad de las leyes, declarando dicha inaplicabilidad al caso concreto;³⁵ por su parte, el TC tiene prerrogativas limitadas y, en materia de control de constitucionalidad, ostenta un carácter preventivo, esto es, previo a la sanción. Se ha aclarado que se trata de una suerte de modelo político *sui generis*, dado que el Tribunal actúa como un filtro de la actividad legislativa.³⁶

Como habrá ocasión de apreciar, adelantamos que el sistema constitucional chileno guarda silencio respecto de la regulación del derecho internacional y su relación con el derecho interno.

B. ACERCA DE LA VISIÓN JURISPRUDENCIAL DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

a. Si bien la mencionada porción aclaratoria del art. 82º, relativa a la atribución contenida en el inc. 2, se refiere expresamente a que dicha competencia puede ser desplegada siempre que el requerimiento para el

³³ *Ibid.*, pp. 424-425.

³⁴ GARCÍA BELAUNDE, *op. cit.*, p. 138.

³⁵ EGUIGUREN PRAELI, *op. cit.*, p. 263.

³⁶ GARCÍA BELAUNDE, *op. cit.*, p. 138.

análisis de la constitucionalidad *sea formulado antes de la promulgación de la ley*, es dable colacionar aquí un precedente del Tribunal (la Sentencia Rol n.º 288, del 24 de junio de 1999), en el que dicho órgano ofreció una interpretación particular respecto al límite temporal para el planteamiento de la cuestión de constitucionalidad acerca de los tratados internacionales.³⁷

En efecto, en este caso, se vio urgido a analizar un requerimiento de 12 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. 82º de la Constitución (es decir, *requerimiento formulado antes de la promulgación de la ley*) era aplicable también a los tratados o si solo se refería a la ley. Sobre el punto, y luego de indicar que «el tratado y la ley son fuentes de derecho diferentes»³⁸ (considerando 6), manifestó que no era posible fijar la promulgación de la ley como la oportunidad límite para formular un requerimiento en contra de un proyecto de tratado internacional (considerando 13), pues «la total incertidumbre acerca de la fecha de promulgación de un tratado erosionaría seriamente la seguridad jurídica tanto en el ámbito nacional como en el internacional ya que después de la ratificación formal, el Estado se encuentra obligado a respetar sus cláusulas» (considerando 14). Finalizó exponiendo que, en el caso de los tratados internacionales, *el requerimiento sólo puede formularse mientras el tratado se encuentra sometido a la aprobación del Congreso*, razón por la cual — en el supuesto particular— como la aprobación del Tratado por el Congreso concluyó el 2 de junio de 1999 y se comunicó formalmente al Presidente el 9 del mismo mes, el requerimiento (formulado el día 10 de tal mes) era inadmisibles por extemporáneo en tanto el Tratado ya no se encontraba sometido a la aprobación del Congreso y, por consiguiente, *no podía promoverse conflicto de constitucionalidad, dado que la facul-*

³⁷ Hemos consultado el texto de la Sentencia Rol n.º 288 en *loc. cit.* nota 18, *in fine* [*Ius et Praxis*], pp. 497-501.

³⁸ No dejaría de ser conveniente analizar el nivel de compatibilidad de dicha afirmación con la que —como veremos— sería volcada posteriormente por el Tribunal en la *supra* citada Sentencia Rol n.º 312, ocasión en que dijo contundentemente que «*teniendo el tratado fuerza e ley, nada impide que pueda modificar a una norma de igual jerarquía, sin lesionar con ello el ordenamiento jurídico vigente [la cursiva es nuestra]*» (considerando 31).

*tad que para ello tenían los órganos legitimados, se había extinguido por encontrarse fuera de los límites previstos por la Constitución.*³⁹

b. Respecto a un precedente posterior al reseñado, específicamente la Sentencia Rol n.º 312, del 3 de octubre del 2000, en el que analizó la petición de inconstitucionalidad del Tratado entre las Repúblicas de Chile y Argentina sobre Integración y Complementación Minera, se ha sostenido que el Tribunal afirma, sin razonamiento jurídico que lo avale, que el tratado tiene «fuerza de ley», añadiendo que puede «modificar a una norma de igual jerarquía», con lo que homologa en jerarquía el tratado a la ley interna,⁴⁰ 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, y que exige un *aggionamento* constitucional que tenga presente la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (que, según tenemos entendido, está vigente en Chile desde el 27 de enero de 1980) y, además, la realidad cada vez más interdependiente que presenta el mundo del siglo XX.⁴¹

C. ANTE UNA EVENTUAL REFORMA CONSTITUCIONAL

A modo de proposición de *lege ferenda*, y vinculado con la referencia inmediatamente anterior, Nogueira Alcalá, ante una eventual reformulación de las competencias del Tribunal Constitucional chileno (solución que postula), deja en claro su preferencia por el control preventivo obligatorio de constitucionalidad de los tratados internacionales antes de su ratificación (por sobre el de carácter facultativo vigente), «de manera que no puedan integrarse al derecho interno aquellos que tengan normas en contradicción con la Carta Fundamental», situación en la que solo

³⁹ De esta 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. 82º, inc. 2), respecto a lo que no estimaba óbice que se tratara de un proyecto de acuerdo para aprobar o desechar un tratado y no de un proyecto de ley, porque de conformidad con el artículo constitucional 50º, inc. 1, la aprobación de un tratado debe someterse a los trámites de una ley.

⁴⁰ Cf. «Presentación» (de las Sentencias Rol n.ºs 288 y 312 del Tribunal Constitucional de Chile), *loc. cit.* en nota 18, *in fine* [*Ius et Praxis*], p. 496.

⁴¹ *Idem.*

podrían incorporarse por el quórum de reforma de la Constitución correspondiente u otro que el constituyente determine.⁴²

Asimismo, el autor citado puntualiza, al referirse a la revisión de las competencias del Tribunal Constitucional, que debiera explicitarse que el control represivo de constitucionalidad a través del recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de los preceptos legales, establecido en el art. 80° de la Constitución, «no es susceptible de aplicarse a los tratados internacionales porque ellos no son preceptos legales, al no ser expresión unilateral de los órganos, sino expresión de la voluntad bilateral o multilateral de diversos Estados, además de vulnerar las disposiciones de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados en su artículo 27°, incurriendo en vulneración del derecho interno y del derecho internacional».⁴³

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.⁴⁴

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).

Esta preceptiva está de acuerdo con la previsión del art. 161°, en cuanto a que el Congreso Nacional aprobará o desaprobará los siguientes tratados y convenios internacionales: que se refieran a materia territorial o de límites, que establezcan alianzas políticas o militares, que comprometan al país en acuerdos de integración, que atribuyan a un or-

⁴² NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. «El Tribunal Constitucional chileno y sus competencias: situación presente y visión prospectiva». *Revista Peruana de Derecho Constitucional*, n.º 2, Lima: Tribunal Constitucional, 2000, p. 129.

⁴³ *Idem*.

⁴⁴ GARCÍA BELAUNDE, *op. cit.*, pp. 137-138.

ganismo internacional y 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 161º) 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. 171º, inc. 12, *ibid.*).

Valga recordar que el art. 162º, *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 1º), para lo que, *previamente, se solicitará el dictamen del Tribunal Constitucional respecto a la conformidad del tratado o convenio con la Constitución* (párrafo 2º).

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. 276º, inc. 5) está vinculada al *control previo de constitucionalidad de los instrumentos internacionales*, y eso es necesario hacerlo *antes* de que el Congreso apruebe o ratifique un tratado o convenio internacional que luego deba ser cumplidos por el Estado⁴⁵ —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

Preliminarmente, cabe advertir —con Eguiguren Praeli— que en Perú rige el sistema dual o paralelo, dado que los modelos difuso o con-

⁴⁵ SALGADO PESANTES, Hernán. «Jurisdicción y procesos constitucionales en el Ecuador». EN: FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (coord.). *Derecho Procesal Constitucional*. 2ª ed. México: Porrúa, 2001, p. 1270.

centrado coexisten simultánea pero separadamente.⁴⁶ 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, *ibid.*, por conducto del cual se individualizan las normas que adquieren dicho rango y que resultan susceptibles de la acción de inconstitucionalidad; garantía esta última cuyo conocimiento compete, en instancia única, al Tribunal Constitucional (cf. el mencionado art. 202°, inc. 1, *ibid.*)—.

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, hace que la norma catalogada como inconstitucionalidad quede sin efecto (art. 204°, *ibid.*). 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 dicha 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.º 029-2000-RE, publicado en el Diario Oficial «El Peruano» del 21 de septiembre de 2000).

De regreso de la digresión, cabe aclarar que el sometimiento del tratado internacional al mencionado mecanismo de democracia semidirecta (referéndum) solo puede configurarse en el supuesto de que dicho instrumento se encuentre en trance de aprobación, pues la propia Ley Fundamental proscribía dicha posibilidad cuando se refiera a «tratados internacionales en vigor» (art. 32°, *in fine*).

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

⁴⁶ EGUIGUREN PRAELI, *op. cit.*, p. 266.

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. 56º).

Por el contrario, no se exige previa aprobación del Congreso si los tratados versan sobre materias no contempladas en el art. 56º, y el Presidente de la República puede celebrarlos, ratificarlos o adherir a ellos debiendo sólo dar cuenta al Congreso (art. 57º, párrafo 1º). 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,⁴⁷ *antes de ser ratificados por el Presidente de la República (Ibíd., párrafo 2º)*.

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

B. PROYECTO DE REFORMA CONSTITUCIONAL Y MODIFICACIONES PROPUESTAS

Cabe destacar que, en el texto definitivo de proyecto de reforma constitucional concluido durante el año en curso, el mencionado art. 32º de la actual Constitución peruana queda reenumerado como art. 48º y, en este, desaparece del apdo. 2º la referencia a la aprobación de «normas con rango de ley» y se incorpora como apdo. 5º (de dicho art. 48), y como materia susceptible de referéndum, «los tratados antes de su ratifi-

⁴⁷ El artículo constitucional 206º, párrafo 1º, 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.

cación», manteniéndose en el párrafo final de dicha norma la prohibición de someter a referéndum a los tratados en vigor.

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

A su tiempo, en la redacción proyectada, se deja sentado, como principio general, que «todo tratado debe ser aprobado por el Congreso, antes de su ratificación por el Presidente de la República» (art. 79º), eliminándose la enumeración de materias (contenida en el actual art. 56º) respecto a las que se requiere la convergencia de dicho mecanismo aprobatorio. Sea como fuere, se mantiene un segmento de atribución competencial privativa del Presidente de la República, quien puede —en materias de su exclusiva competencia— «celebrar tratados con Estados extranjeros u organizaciones internacionales o adherir a ellos sin el requisito previo de la aprobación del Congreso. En todo caso debe dar cuenta inmediata a este en un plazo no mayor de noventa (90) días» (cf. proyectado art. 81º que, con algunas variantes, coincide con el actual art. 57º).

Por lo demás, y como uno de los Principios Fundamentales [el IX] dentro del Título Preliminar, el proyecto establece que «los tratados sobre derechos humanos tienen *jerarquía constitucional*», principio que se compadece —*inter alia*— con otras normas constitucionales propuestas, tales como el art. 82º, que establece que «los preceptos contenidos en los tratados relativos a derechos humanos tienen *jerarquía constitucional*. No pueden ser modificados sino por el procedimiento que rige para la reforma de la Constitucional [todas las cursivas son nuestras]». Paralelamente, y a modo de importante pauta hermenéutica, se dispone —como otro Principio Fundamental [el II] dentro del esquema de aquel Título— que «los derechos fundamentales [...], *se interpretan de conformidad con los tratados y declaraciones internacionales, en la medida que sean más favorables a la persona humana*. El Estado garantiza el goce y ejercicio de estos derechos [la cursiva es nuestra]».

Es de resaltar que, en el Título II («Del Estado y la Nación»), específicamente como Capítulo III de dicho Título (bajo el siguiente epígrafe: «De los tratados»), se despliega un *continuum* normativo que comprende los art.ºs 78º a 83º, referido a la determinación de las pautas básicas regulatorias de la materia. De ellas sobresalen, ilustrativamente y además de las ya adelantadas, la previsión del art. 78º, *in fine*, en cuanto a que, en caso de conflicto entre el tratado y la ley, prevalece el primero, declaración de primacía que no contiene el texto actual del art. 55º (con lo que se volvería —en líneas generales— a la redacción del art. 101º de la Constitución de 1979);⁴⁸ y, fundamentalmente, el precepto literalizado en el art. 83º, en virtud del cual se autoriza al Estado a que, sobre la base de los principios de equidad, reciprocidad y dignidad de la persona humana, celebre «tratados mediante los cuales reconozca determinadas competencias a organismos internacionales con jurisdicción para cautelar los derechos humanos, combatir el crimen internacional, la corrupción y el terrorismo, así como para auspiciar los procesos de integración» (párrafo 1º), postulando a continuación un tándem de cuestiones que —a nuestro juicio— ostentan importancia capital. Por una parte, la especificación relativa a que los fallos de dichos organismos son de aplicación inmediata y de cumplimiento obligatorio en el territorio peruano, y exigibles de cumplimiento por parte de los participantes ante los tribunales nacionales (párrafo 2º); y, por otra, la clara previsión atinente a que «la terminación de un tratado, su suspensión o modificación, no podrá tener lugar sino como resultado de la aplicación de las disposiciones del propio tratado o de acuerdo con las normas generales del Derecho Internacional» (párrafo 3º).

Las dos últimas cuestiones referidas (de un lado, aplicación inmediata, cumplimiento obligatorio y exigibilidad ante los tribunales nacionales de los fallos de los organismos internacionales para cautelar derechos humanos; y, del otro, la inequívoca determinación de los caminos jurídicos para concretar la terminación, suspensión o modificación de

⁴⁸ Un interesante trabajo sobre las diferencias entre las Constituciones de 1979 y 1993 en relación con el respectivo (y diverso) tratamiento dispensado en general a la problemática de la posición de los tratados internacionales respecto al derecho interno y, en particular, a la de los convenios relativos a derechos humanos, puede verse en RUBIO CORREA, Marcial. «La ubicación jerárquica de los tratados referentes a derechos humanos dentro de la Constitución peruana de 1993». *Pensamiento Constitucional*, año V, n.º 5, Lima, Maestría en Derecho con mención en Derecho Constitucional - Fondo Editorial de la PUCP, 1998, pp. 99-113.

los tratados) adquieren una connotación axiológica sumamente relevante, pues suponen una suerte de inmunización institucional para descartar previamente el eventual intento de reiteración de ciertos acontecimientos censurables de la historia peruana reciente, anudados a la gestión del ex presidente Fujimori; despropósitos afortunadamente superados —complementaria y sucesivamente— por la restauración democrática del gobierno de transición de V. Paniagua y del actual primer mandatario, elegido popularmente, A. Toledo. Nos referimos al desconocimiento de ciertas sentencias emitidas contra Perú por la Corte Interamericana de Derechos Humanos; a la declaración, por organismos de justicia internos, de «inejecutibilidad» de dichos pronunciamientos, a la «devolución» de las demandas notificadas por dichos organismos de jurisdiccional internacional; y al «retiro con efectos inmediatos» del Estado peruano de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana, aprobado mediante Resolución Legislativa n.º 27.152 el 8 de julio de 1999.⁴⁹

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

⁴⁹ Al respecto, véase: LANDA, César. «Invalidez del retiro del Perú de la Corte Interamericana de Derechos Humanos» y EGUIGUREN PRAELI, FRANCISCO. «El sistema interamericano de protección de los derechos humanos y sus problemas: el retiro del Estado peruano de la competencia de la Corte», ambos trabajos publicados en la *Revista Peruana de Derecho Público*, año I, n.º 1, diciembre de 2000, Lima: Grilley, pp. 27-51 y 53-69, respectivamente.

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

de las sentencias de emitidas por esta y la declaración de «inejecutibilidad» de sus fallos en el plano interno.

6. VENEZUELA

A. MODELO DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y PLEXO NORMATIVO VIGENTE

Liminarmente, es útil evocar que en la Constitución vigente (1999) se recogen, en punto al sistema de «justicia constitucional»,⁵⁰ todos los principios del modelo mixto o integral, es decir, el *control difuso*, a cargo de todo juez de la República; y el *control concentrado* de la constitucionalidad de los actos estatales conforme con la Constitución, que se ejerce por dos jurisdicciones diversas: la *constitucional*, que corresponde exclusivamente a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo, respecto a 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.⁵¹

Por virtud del artículo constitucional 335º, 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 constituciona-

⁵⁰ Brewer-Carías critica la apreciación formulada por la Sala Constitucional del Supremo Tribunal de justicia en su Sentencia n.º 129, del 17 de marzo de 2000, en el sentido de que (dicha Sala) «tiene atribuida competencia para ejercer la jurisdicción constitucional, es decir, la potestad de juzgar y de hacer ejecutar lo juzgado en materia constitucional [la cursiva es del original]», pues entiende que la noción de «justicia constitucional» es diversa de la de «jurisdicción constitucional», además de que —estima— no es posible identificar la «jurisdicción constitucional» con «la potestad de juzgar en materia constitucional» que equivaldría a «justicia constitucional». En otras palabras, entiende que la Sala Constitucional del Tribunal Supremo ejerce «jurisdicción constitucional», puesto que se le ha atribuido el monopolio para anular 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 Mc-GREGOR, Eduardo (coord.), *loc. cit.* nota 45, p. 933.

⁵¹ *Ibid.*, pp. 936 y ss.

les son vinculantes para las otras Salas del mismo y demás Tribunales de la República.

Entre las atribuciones de la precitada Sala Constitucional, el art. 336º incluye la de verificar, a solicitud del Presidente o Presidenta de la República o de la Asamblea nacional, *la conformidad con la Constitución e los tratados internacionales suscritos por la República antes de su ratificación* (ordinal 5).⁵²

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 (cf. art. 236º, ord. 4).

B. INTERESANTE PERCEPCIÓN DOCTRINAL

Según Brewer-Carías, lo importante es destacar que, con el citado artículo constitucional (336º, 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 aprobación el tratado ante el Tribunal Supremo [la cursiva es nuestra]».⁵³

El citado autor puntualiza que la Sala Constitucional debe verificar la conformidad del tratado con la Constitución, y si aquel no resulta conforme con esta, entonces no puede ser ratificado, de lo que podría resultar, en todo caso, una iniciativa de reforma constitucional para adaptar la constitución al tratado.⁵⁴ 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 de tratado.⁵⁵ Finaliza la

⁵² 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* [la cursiva es del original]» (*Ibid.*, p. 948).

⁵³ *Ibid.*, p. 947.

⁵⁴ *Ibid.*, p. 948.

⁵⁵ *Idem*

exposición relativa a esta cuestión señalando (en posición que compartimos) que un mecanismo de control de esta tipo (previo) es muy importante en procesos de integración económica regional, pues llevaría a la ratificación de los tratados respectivos solo después de la verificación de su constitucionalidad por el Tribunal Supremo y evitaría, así, la impugnación posterior de la ley aprobatoria de los tratados.⁵⁶

III. VISIÓN DE CONJUNTO

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

1. SISTEMAS DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

A. En la reforma constitucional boliviana de 1994, la intención se centró en instaurar un sistema *concentrado* de control de constitucionalidad (titularizado por el Tribunal Constitucional), aunque se ha aclarado que, en realidad, rige un modelo *formalmente mixto con indudable tendencia hacia un modelo concentrado*⁵⁷, añadiéndose que el Tribunal es parte integrante del poder judicial, que puede ejercer el control difuso.⁵⁸

B. El esquema de control de constitucionalidad imperante en Colombia se inscribiría en el modelo *mixto*, aunque tácticamente la labor de la Corte Constitucional viene plasmando un sistema orientado hacia formas de control *concentrado* de la constitucionalidad de las normas legales.⁵⁹

C. A su tiempo, en Chile, se encuentra permitida la inaplicación mediante el sistema *difuso* pero solo ante la Corte Suprema,⁶⁰ que ejerce el control incidental de la constitucionalidad de las leyes y declara dicha

⁵⁶ *Idem*

⁵⁷ Autor y obs. cits., nota 11.

⁵⁸ Autor y obs. cits., nota 12.

⁵⁹ Cf. autor y obs. cits., nota 25.

⁶⁰ Autor y obs. cits., nota 34.

inaplicabilidad al caso concreto⁶¹; por su parte, el Tribunal Constitucional ostenta, en materia de control de constitucionalidad, un carácter *preventivo*, esto es, previo a la sanción. Se ha sostenido que se trata de una suerte de modelo político *sui generis*, dado que el Tribunal actúa como un filtro de la actividad legislativa.⁶²

D. En Ecuador, el modelo responde al sistema *dual o paralelo*, con la existencia del Tribunal Constitucional con plena autonomía funcional y efectivos poderes jurisdiccionales y de control, aunque el Poder Judicial mantiene determinadas competencias en materia de inaplicación de leyes inconstitucionales.⁶³

E. En el ordenamiento peruano, puede constatarse la vigencia de un sistema *dual o paralelo*, caracterizado por la coexistencia simultánea pero separada de los modelos *difuso* (ejercitable por todos los jueces) y *concentrado* (titularizado por el Tribunal Constitucional).⁶⁴

F. Por último, en Venezuela, se recogen en la Ley Fundamental en vigor todos los principios del modelo *mixto o integral*, es decir, el control *difuso*, a cargo de todo juez de la República, y el control *concentrado*, relativo a la constitucionalidad de los actos estatales conforme a la Constitución, que se ejerce por dos jurisdicciones diversas: la *constitucional*, que corresponde exclusivamente a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo, acerca de las leyes y demás actos de los órganos del poder público dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución; y la *contencioso administrativa*, por los órganos competentes para controlar la constitucionalidad de los actos administrativos normativos y no normativos, aunque siempre de rango sublegal.⁶⁵

G. En síntesis, las modalidades de control de constitucionalidad implementadas en los esquemas 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 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 dichos

⁶¹ Autor y obs. cits., nota 35.

⁶² Autor y obs. cits., nota 36.

⁶³ Autor y ob. cits., nota 44.

⁶⁴ Autor y ob. cits., nota 46.

⁶⁵ Autor y obs. cits., nota 51.

órganos jurisdiccionales. En este sentido, sus interpretaciones pueden adquirir fuerza vinculante.

2. CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE TRATADOS Y CONVENIOS INTERNACIONALES: PUNTOS DE CONTACTO Y DE DESENCUENTRO EN LOS SISTEMAS ANALIZADOS

Como se anunciaba, la cuestión del contralor de constitucionalidad de los tratados y convenios internacionales se vincula con una problemática de más vasto calibre: la manera como cada Estado resuelve (ya desde el texto constitucional, ya desde la vertiente jurisprudencial) la conexión tratado internacional-derecho interno, esto es, tanto el modo de recepción de dichos instrumentos internacionales cuanto la ubicación que les acuerdan en relación con el derecho doméstico. Esta problemática patentiza —consideramos— la imperiosa necesidad de que existan normas claras e inequívocas al respecto, aunque puede constatarse, hoy en día, la existencia de ordenamientos constitucionales que guardan silencio en torno de 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. 163º de la Constitución venezolana, que les adjudica valía suprallegal).

El examen de la preceptiva constitucional abordada arroja que la casi totalidad de los ordenamientos (aunque 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 161º); o *facultativo o potestativo*, v. gr., Chile y Bolivia.

De este espectro normativo, que —sin perjuicio de algunas aristas diferenciadas— presenta lineamientos comunes, escapa el cuadro de provisiones constitucionales peruano que delinea un esquema *sui generis*, pues, si bien puede percibirse que el control de constitucionalidad a cargo del Tribunal Constitucional en relación con las normas con rango de

ley —entre las que cabe subsumir a los tratados internacionales— es *re-presivo* y las sentencias emitidas en uso de dichas atribuciones producen efectos *erga omnes* y *ex nunc*,⁶⁶ cabe apreciar que, paralelamente a dicho mecanismo, coexistente otro, ya *previo*, operable respecto a los tratados que no versen sobre las materias descriptas en el art. 56° de la Constitución y que afecten disposiciones de esta. Estos *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.

En sintonía con lo expuesto, Eguiguren Praeli⁶⁷ concluye que los cinco Tribunales Constitucionales que analiza (refiriéndose a los de Bolivia, Colombia, Chile, Guatemala⁶⁸ y Ecuador) realizan el control pre-

⁶⁶ Véase: LANDA ARROYO, César. «Del Tribunal de Garantías al Tribunal Constitucional: el caso peruano». *Pensamiento constitucional*, Lima, Maestría en Derecho con Mención en Derecho Constitucional - Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1995, p. 101.

⁶⁷ EGUIGUREN PRAELI, *op.cit.*, 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, solo a guisa de ejemplo y en alusión al contexto mexicano, Roa Ortiz señala que 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, *op.cit.* nota 5, 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, 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: VARIOS. *El papel del derecho internacional en América. La soberanía nacional en la era de la integración regional*. México: Universidad Nacional Autónoma de México - The American Society of International Law, 1997, p. 175).

⁶⁸ 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 art.ºs 272º, inc. «e» de la Constitución y 163º, inc. «e» de la «Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad» (sobre la competencia de

ventivo de la constitucionalidad de los tratados y convenios internacionales antes de su aprobación por el Congreso o de su ratificación por el Presidente (caso, este último, que corresponde a Colombia). Por su parte, en concreta 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 dicho mecanismo y precisa que le «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».⁶⁹

3. ALGUNAS CUESTIONES DISCUTIBLES EMERGENTES DE LA PRAXIS JURISPRUDENCIAL

La praxis judicial de los esquemas analizados pone en evidencia la existencia de algunos precedentes (a nuestro juicio, polémicos) en los que, a través de la interpretación del órgano pertinente de justicia constitucional y más allá de la letra contenido en la preceptiva de las respectivas Leyes Fundamentales, se han habilitado ciertas alternativa para adelantar el ejercicio del control posterior del tratado o convenio internacionales, alegando —en el caso del TC de Bolivia— la convergencia de un recurso in-

dicho órgano, véase: GONZALES RODAS, Adolfo. «La Corte de Constitucionalidad de Guatemala». *Cuadernos Constitucionales México-Centroamérica*, n.º 1, México: Centro de Estudios Constitucionales México-Centroamérica, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México - Corte de Constitucionalidad de Guatemala, 1992).

Solo a efecto ilustrativo y en aras de verificar en la práctica el funcionamiento del control preventivo de constitucionalidad por la Corte de Constitucionalidad guatemalteca, evocamos sucintamente la ocasión en que esta emitió opinión consultiva el 18 de mayo de 1995 y se expidió por la constitucionalidad del Convenio 169 de la OIT (sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes) ante la consulta al respecto formulada por varios diputados y el envío formal que el Congreso de la República le realizara el 29 de marzo de 1995. Cabe consignar que el Convenio fue ratificado por Guatemala el 5 de marzo de 1996, instrumento de ratificación que consta de tres considerandos y en los cuales se deja expuesto, en el último de ellos, que la Corte había emitido opinión favorable a la aprobación del Convenio (para ampliar, véase: 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.º 30, México: Centro de Estudios Constitucionales México-Centroamérica, Universidad Nacional Autónoma de México - Corte de Constitucionalidad de Guatemala, 1998, en esp. pp. 133-142).

⁶⁹ EGUIGUREN PRAELI, *op. cit.*, p. 332.

directo o incidental de inconstitucionalidad (*vid.* la Sentencia Constitucional n.º 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 estos estén perfeccionados (*vid.* la Sentencia n.º C-400 de 1998).

También aparece discutible alguna percepción del Tribunal Constitucional chileno, concretamente la reseñada Sentencia Rol n.º 312, del 3 de octubre del 2000, en la que sostuvo que el tratado tiene «fuerza de ley» y añadió que puede «modificar a una norma de igual jerarquía», con lo que parifica cualitativamente al tratado y la ley. No acordamos con esta homologación jerárquica pues, por una parte, el tratado no es una ley y, por otra, no puede ostentar rango legal, ya que una *paridad normativa* tal podría conducir —por vía de hipótesis— a la aplicación del criterio cronológico en virtud del cual *lex posterior derogat prior* o del parámetro de especialidad (la ley especial deroga a la ley general) con el consecuente detrimento de la virtualidad aplicativa del tratado internacional, dado que su ya incierto destino vivencial estará continuamente amenazado por el potencial dictado de una ley posterior (o, en su caso, especial) que lo abroge o modifique.⁷⁰

4. ¿CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD A PRIORI O A POSTERIORI DE LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES

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

El control de constitucionalidad *represivo o posterior* de los instrumentos internacionales, es decir, articulable una vez que estos estén perfeccionados, integrados en el ordenamiento jurídico interno y en vigor, resulta discutible, pues la aplicación sistemática e inveterada de dicha

⁷⁰ No resultan ajenos a dicha interpretación algunos precedentes verificables, por caso, en los repertorios jurisprudenciales del Supremo Tribunal Federal de Brasil o de la Corte Suprema de Justicia de Uruguay. Véase, al respecto, BAZÁN, Víctor, por ejemplo en: «El Mercosur desde el plano de las Constituciones de sus Estados Partes. Perspectivas del sistema de solución de controversias». En: PIMENTEL, Luis Otávio (coord.). *Directo da Integração e Relações Internacionais*, Florianópolis: Fundação Boiteux Edit., 2001, pp. 670-682; «Hacia la pervivencia del MERCOSUR: nivelación constitucional, establecimiento de instituciones supranacionales y efectiva protección de los derechos humanos». En: VARIOS. *El Derecho Constitucional del siglo XXI. Diagnóstico y perspectivas*. Buenos Aires: Ediar, 2000, pp. 275-309.

práctica podría vaciar de contenido axiológico y jurídico a la exigencia que se impone a todo Estado de honrar sus compromisos internacionales, y permitiría que, en cualquier momento, un tratado vigente pudiera ser declarado (total o parcialmente) inconstitucional. Este hecho 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, y cuidar de que las cláusulas de estos 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 dichas 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 este, no deja de ser razonable entender extinguida la competencia del Tribunal para efectivizar el control de constitucionalidad respecto de aquellos, quedando potencialmente subsistentes las vías estipuladas en el marco del derecho internacional para la terminación de los tratados y convenios.

Ello, mientras el tratado esté vigente, debe ser observado por las partes (art. 26º de la Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados), y este cumplimiento, concretarse de buena fe (señalado art. 26º, parte *in fine*, y art. 31º, 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 manifiesta⁷¹ y afecte a una norma de importancia funda-

⁷¹ 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.

mental de su derecho interno (art. 27° en conjunción con el art. 46°, *ibid.*). En este último caso —de acuerdo con De la Guardia—, el tratado sería nulo de nulidad relativa por el vicio formal de defecto de competencia.⁷²

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, se configura como límite al ejercicio de competencias discrecionales de aquellos.⁷³ Y dicho principio no viene solo impuesto por la mencionada Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados (art.ºs 26° y 31°, inc. 1) sino, también, v. g., 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— (del 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 dichos principios —según la aseveración de lord Phillimore durante los trabajos preparatorios del Comité de Juristas que redactó el Estatuto— son los «aceptados por todas las naciones *in foro domestico*, tales como ciertos principios de procedimiento, el principio de la buena fe y el principio de *res iudicata*, etc.». ⁷⁴

Por su parte, el art. 38 del Estatuto de la actual Corte Internacional de Justicia (que reemplazó al TPJI), 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 dichas pautas y con las normas de derecho convencional y consuetudinario que se establezcan sobre la base de

⁷² DE LA GUARDIA, *op. cit.*, pp. 272 y 271.

⁷³ CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio. *Curso de Derecho Internacional Público. Introducción a su estructura, dinámica y funciones*. Madrid: Tecnos, 1994, pp. 142-143.

⁷⁴ *Permanent Court of International Justice. Advisory Committee of Jurists. Procès verbaux of the proceedings of the Committee*, La Haya, 1920; citado por PASTOR RÍDRUEJO, José A. *Curso de Derecho Internacional Público y organizaciones internacionales*. 6ª ed. Madrid: Tecnos, 1996, pp. 56-57.

aquellas, 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* [la cursiva es nuestra]». ⁷⁵ 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 ⁷⁶ la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados del 23 de mayo de 1969, que entrara en vigor el 27 de enero de 1980.

5. UNA PROPUESTA DE *LEGE FERENDA*

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

Cabría aprovechar los vientos de reforma constitucional que soplan, por ejemplo, en Chile, Bolivia y Perú —y siempre que concorra la indispensable voluntad política al efecto— para configurar reglas claras que zanjen la cuestión anticipada en el párrafo anterior y que, en forma inequívoca, acuerden prioridad a los tratados y convenios internacionales (no solo sobre derechos humanos) respecto a, al menos, la legisla-

⁷⁵ Paráfrasis de una afirmación que la Corte vertiera al evacuar la opinión consultiva del 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).

⁷⁶ Como sería el caso de Bolivia, que —según la información a nuestro alcance— la firmó pero aún no la ha ratificado.

Al suscribirla, el 23 de mayo de 1969, el Gobierno boliviano declaró que:

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

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

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

ción interna aun posterior. Por lo demás, sería igualmente conveniente que se estableciera que el control de constitucionalidad de los tratados y convenios internacionales por parte del Tribunal sólo fuera operable preventiva y obligatoriamente, es decir, antes de su ratificación o aprobación, y que se proscribiera el ejercicio del control represivo o posterior de los instrumentos internacionales que se encuentren en vigor. La hipótesis por la que nos expedimos posibilitaría el acomodamiento, sin disturbios institucionales, del instrumento internacional dentro del esquema normativo de fuentes internas, permitiría prevenir o salvar las posibles contradicciones preceptivas endógenas en pro del reaseguro de la supremacía constitucional, y —no hay que olvidarlo— aportaría a favor de la consolidación de la seguridad jurídica intramuros y del fortalecimiento de la imagen internacional del Estado en cuestión.

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

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

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

- a) La Constitución guatemalteca (1985) dispone que los tratados y convenciones en materia de derechos humanos, aceptados y ratificados por Guatemala, *tienen preeminencia sobre el derecho interno* (art. 46°);
- b) La de Colombia (1991) prevé que «los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos

- humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, *prevalecen en el orden interno*» (art. 93º);
- c) La de la República Argentina que, a través de su última reforma constitucional (operada en 1994), ha adjudicado a los tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede una *jerarquía superior* a la de las leyes nacionales —*vid.* artículo constitucional 75º, incs. 22 y 24—, al tiempo que ha acordado *jerarquía constitucional*⁷⁷ a once instrumentos internacionales sobre derechos humanos⁷⁸ (enumerados en el citado art. 75º, inc. 22, párrafo 2º) y a los que en el futuro recepten dicha valía⁷⁹; y
- d) La Ley Fundamental venezolana (1999) determina que «los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, *tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno*, en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas por esta Constitución y la ley de la República, y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público [la cursiva es nuestra]» (art. 23º).

La medicación en dicho sentido supondría inocular —inequívocamente— al texto y al espíritu constitucionales el principio *pro homine o*

⁷⁷ Aclara la norma que dicha dotación jerárquica es en condiciones de vigencia de los instrumentos internacionales, además de consignar que estos no derogan artículo alguno de la primera parte de la Constitución y que deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos.

⁷⁸ Los instrumentos allí enumerados son los siguientes: la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes; y la Convención sobre los Derechos del Niño.

⁷⁹ A la lista expedida por el aludido art. 75º, inc. 22, de la Constitución argentina se ha adicionado la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, consagrada por la 24ª Asamblea General de la OEA, celebrada el 9 de junio de 1994 en Belem do Pará, Brasil. Esta Convención fue aprobada por la Ley Nac. n.º 24.556 (B.O. de 18 de octubre de 1995), dispensándosele jerarquía constitucional por conducto de la Ley Nac. n.º 24.820 (B.O. de 29 de mayo de 1997).

favor libertatis,⁸⁰ consagrado, por ejemplo, en el art. 5º del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el art. 5º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; el art. 29º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH); el art. 1º (en particular, su apdo. 2) de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; y el art. 41º de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Según Pinto, aquel postulado constituye un criterio hermenéutico informador del derecho de los derechos humanos, en cuyo mérito se debe acudir a la norma más amplia o a la interpretación más extensiva cuando se trata de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o de suspenderlos en forma extraordinaria.⁸¹

Dicha pauta axiológica ha sido entronizada en la doctrina interpretativa que, en el plano del sistema interamericano de protección de los derechos humanos, desarrolla la Corte Interamericana, órgano que ha indicado que, si a una misma situación son aplicables la CADH y otro tratado internacional, debe prevalecer la norma más favorable a la persona humana.⁸² Más recientemente y en profundización de la aludida visión, ha

⁸⁰ En el ámbito argentino, dicha pauta ha sido inculcada al texto y al espíritu de la Constitución por conducto de la reforma de 1994. Sobre el particular, pueden verse, por ejemplo, los siguientes trabajos de BAZÁN, VÍCTOR: «El *habeas data* y el ejercicio del derecho de autodeterminación informativa dirigido a acceder a archivos, registros o bancos de datos estatales de seguridad y a requerir información sobre personas desaparecidas». *Revista Argentina de Derecho Humanos*, año 1, n.º 0, CELS - Universidad de Lanús, Buenos Aires, *Ad Hoc*, 2001, pp. 175-205; «La operatividad de los derechos y las garantías no obstante las omisiones o insuficiencias reglamentarias inconstitucionales». En: VARIOS. *Institucionales de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*. Buenos Aires: La Ley, 2001, pp. 97-128; «¿Es actualmente sustentable la negativa a conceder a la madre legitimación activa para plantear la acción de impugnación de la paternidad del marido?». *Revista de Derecho Procesal*, n.º 1 [«Derecho Procesal de Familia - I»], 2002, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, pp. 181-220, en esp. pp. 200-201.

⁸¹ PINTO, Mónica. «El principio *pro homine*. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación e los derechos humanos». En: ABREGÚ, Martín y Christian COURTIS (comps.). *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*. Buenos Aires: CELS, Editores del Puerto, 1997, p. 163.

⁸² OC-5/85, del 13 de noviembre de 1985, que le fuera requerida por Costa Rica el 8 de julio del mismo año: «La colegiación obligatoria de periodistas —art.ºs 13º y 29º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos—»; Serie «A», Fallos y Opiniones, n.º 5, Secretaría de la Corte, San José, Costa Rica, párrafo 52, p. 31.

sostenido —*mutatis mutandi*— que las garantías mínimas establecidas en un precepto de un pacto internacional (en el caso, el de Derechos Civiles y Políticos) son susceptibles de expansión a la luz de otros instrumentos internacionales (en el particular, la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares), que amplía el horizonte de protección de los justiciables.⁸³

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

IV. ESQUEMA DE CONCLUSIONES Y PROPUESTAS

Para clausurar el presente trabajo, como síntesis conclusiva de las líneas precedentes y a modo de comunicación al «VII Congreso Nacional de Derecho Constitucional», ponemos a consideración las siguientes apreciaciones:

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 aquellos cuanto a la ubicación que se les acuerda entre las fuentes del ordenamiento jurídicos interno.

⁸³ OC-16/99, del 1 de octubre de 1999, solicitada por México el 9 de diciembre de 1997: «El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal», ap. XIII Opinión, párrafo 141, pto. 6, p. 90.

2. La carencia de normas específicas atinentes a dichas cuestiones (verificable en el texto de algunas de las Leyes Fundamentales de los Estados *sub examine* —por ejemplo, Bolivia y Chile—) conduce a 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.
3. El examen de las preceptivas constitucionales abordadas arroja que la casi totalidad de ellas —aunque con matices— diagrama un *control de constitucionalidad previo o preventivo del tratado internacional: obligatorio*, v. g., en Colombia; o facultativo, a instancia de la autoridad legitimada, por ejemplo, en Chile o Bolivia.
De este 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 en relación con las normas con rango de ley —entre las que cabe subsumir a los tratados internacionales— *es represivo* y las sentencias emitidas en uso de estas atribuciones producen efectos *erga omnes* y *ex nunc*,⁸⁴ cabe apreciar que, paralelamente a dicho mecanismo, coexiste otro, ya *previo*, operable respecto a los tratados que no versen sobre las materias descritas en el art. 56° de la Constitución y que afecten disposiciones de esta, 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.
4. El sometimiento a control constitucional de los tratados y convenios internacionales *ratificados y en vigor* genera una hipótesis fiscalizadora *posterior o represiva* y, aun cuando se intente morigerar la cuestión afirmando que el objeto del control se centra en la ley aprobatoria del tratado, no se compadece con el exigible requerimiento de seguridad jurídica, sume al instrumento internacional así examinado en una situación de inestabilidad jurídica y somete al Estado a la posibilidad de incurrir en responsabilidad internacional por la vulneración de sólidos principios generales del derecho de las naciones civilizadas, tales como el de *pacta sunt servanda*, cumplimiento de buena fe e imposibilidad de alegar normas de derecho in-

⁸⁴ Autor y ob. cits., nota 66.

terno (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. Dicho sea de paso, las pautas mencionadas están expresamente en la Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados y la nutren axiológicamente.

Tanto el art. 38º del Estatuto del Tribunal Permanente de Justicia Internacional (TPJI) cuanto el mismo artículo correspondiente del 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 doméstico*. En consecuencia, todos los Estados que integran la comunidad internacional deben cumplir con dichas pautas y con las normas de derecho convencional y consuetudinario que se establezcan sobre las base de aquellas, pues los principios reconocidos por las naciones civilizada son «obligatorios para todos los Estados *incluso fuera de todo vínculo convencional* [la cursiva es nuestra]». ⁸⁵ Por este motivo, la circunstancia de que un Estado no haya ratificado la aludida Convención de Viena (por ejemplo, Bolivia) no lo habilita jurídicamente a eximirse del deber de observancia, dado que se está ante la presencia de normas internacionales de *ius cogens*, es decir, de práctica generalizada y obligatoria.

5. Nos expedimos a favor del control preventivo o a priori de constitucionalidad de los tratados y convenios internacionales. Inclusive, y para evitar potenciales *inconvenientes* en el despliegue vivencial de los mismo, 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 pertinentes⁸⁶ o, en su caso, a desistir de la aprobación del tratado o a concretarla con reservas.

⁸⁵ Ver referencia en nota 75.

⁸⁶ Cf. ROA ORTIZ, *op. cit.*, nota 5, pp. 206-207.

Pareciera que los modelos diseñados constitucionalmente por Ecuador y Venezuela responden a dichos parámetros de examen preventivo (con exclusión del posterior), conclusión que se sustenta no solo en literalidad constitucional sino, también, en aprobaciones consonantes expedidas por conspicua doctrina de dichos países.⁸⁷

6. Vinculado con lo anterior, pensamos que debería quedar normativa y expresamente institucionalizado que el control represivo de constitucionalidad —v. gr., a través del recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad (Chile), de la acción o proceso de inconstitucionalidad (Perú), del recurso indirecto o incidental de inconstitucionalidad (Bolivia), etc.— no sea susceptible de aplicarse a los tratados internacionales en vigor, dado que estos ostentan una naturaleza distinta de la de los preceptos legales; en otras palabras, no son leyes. Es que —*inter alia*— aquellos no resultan expresión unilateral de los órganos legisferantes internos —como éstas últimas— sino manifestación de la voluntad bilateral o multilateral de diversos Estados. Por lo demás, el análisis previo de la constitucionalidad de los mismos por el Tribunal Constitucional correspondiente y, en su caso, la declaración de *conformidad* de ellos con la Constitución obturaría la posibilidad de que se intentara posteriormente atacar la respectiva ley aprobatoria de ellos, dado que aquella apreciación conforme y la entrada en vigor de los mismos los tornaría *intangible*.

La praxis judicial de los esquemas analizados pone en evidencia la existencia de algunos precedentes (a nuestro juicio, discutibles) en los que, a través de la interpretación del órgano pertinente de justicia constitucional 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 TC de Bolivia— la convergencia de un recurso indirecto o incidental de inconstitucionalidad (*vid.* La Sentencia Constitucional n.º 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 estos estén perfeccionados (ver la Sentencia n.º C-400 de 1998).

⁸⁷ Como quedara expuesto *supra*, así se expiden, respectivamente, Salgado Pesantes (ver referencia en nota 45) y Brewer-Carías (ver nota 55 y el reenvío referencial a nota 50).

Al respecto, y en función de la fuerza que exhala el mensaje de Eguiguren Praeli (con el que no podemos sino coincidir), pasamos a rememorar sus palabras (ya citadas en otra parte de este trabajo), las que —aun cuando referidas al control a posteriori por parte del Tribunal Constitucional peruano— no ahorra críticas a dicho mecanismo represivo de fiscalización. El mencionado autor precisa que este mecanismo «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».⁸⁸

Con contrapartida (y refuerzo de nuestro argumento), Brewer-Carías ha señalado —tal como quedara expuesto precedentemente— que un mecanismo de control constitucional previo es muy importante en procesos de integración económica regional, pues llevaría a la ratificación de los tratados respectivos solo después de la verificación de su constitucionalidad por el Tribunal Supremo y evitaría, así la impugnación posterior de la ley aprobatoria de los tratados.⁸⁹

7. Como propuesta de *lege feranda*, estimamos que debería debatirse la posibilidad de que, en futuras modificaciones de los textos constitucionales de la región y aprovechando algunos actuales vientos reformistas, se inserten —en los supuestos en que se patenticen vacíos normativos importantes al respecto— cláusulas que resuelvan de modo claro e inequívoco la recepción de las normas internacionales convencionales y consuetudinarias, y el rango de las mismas, es decir, su jerarquía entre las fuentes del ordenamiento jurídico interno. En este sentido, como principio general, debería acordarse prioridad a los tratados y convenios internacionales respecto a la legislación interna aun posterior y, en particular, sobre los tratados referentes a derechos humanos, plasmar expresamente la adjudicación de jerarquía constitucional a los mismos.

Como recurrentemente se pusiera de manifiesto, también sería prudente la institucionalización del control de constitucionalidad *previo* y *obligatorio* de los tratados o convenios internacionales, proscribiéndose el ejercicio del control represivo o posterior a su respecto, una vez que ellos adquieran vigencia. Esta medida aprobaría a favor de la seguridad jurídica, dejaría a buen resguardo la supremacía

⁸⁸ Véase autor y obs. cites. en nota 69.

⁸⁹ Reenviamos a la correspondiente cita efectuada en la nota 56 y su reenvío referencia a la nota 50.

constitucional, prevendría posibles contradicciones normativas endógenas y —no se debe olvidar— evitaría la evidente perturbación que, para la política exterior y las relaciones internacionales del Estado, podría implicar la eventual declaración de inconstitucionalidad de una norma pactada.

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

Retomando la referencia especial al ámbito de los derechos humanos, sería útil discurrir acerca de la conveniencia de atribuir valencia o jerarquía constitucionales a ciertas declaraciones, convenciones y pactos internacionales en la materia (bajo la denominación terminológica unificadora que se escoja), inoculando al texto y al espíritu constitucionales la trascendente pauta axiológica *pro homine*; ello, al modo como actualmente lo postula el texto proyectado de reforma constitucional en Perú (al que se aludiera *supra*), que —como uno de los Principios Fundamentales [el IX] dentro del Título Preliminar— establece que «los tratados sobre derechos humanos tienen *jerarquía constitucional* [la cursiva es nuestra]», principio que se compadece —*inter alia*— con otras normas constitucionales proyectadas, tales como el art. 82°, que establece que «los preceptos contenidos en los tratados relativos a los derechos humano, tienen *jerarquía constitucional*. No pueden ser modificados sino por el procedimiento que rige para la reforma de la Constitución [la cursiva es nuestra]».

Sucede que, como acertadamente afirma Bidart Campos, desde el derecho internacional de los derechos humanos se *coadyuva* a tonificar la fuerza normativa de la Constitución con y por obra de una fuente heterónoma que auspicia, con carácter mínimo y subsidiario, conferir *completitud* al sistema interno de derechos y poner en movimiento una *retroalimentación* constante entre él y el derecho internacional.⁹⁰ Además, añade que un derecho internacional imbuido

⁹⁰ BIDART CAMPOS, Germán J. *El Derecho de la Constitución y su fuerza normativa*. Buenos Aires: Ediar, 1995, p. 468.

de *personalismo humanista* ostenta finalidad equivalente a la del constitucionalismo democrático, tanto en lo atinente al sistema de derechos cuanto en lo vinculado a la organización del poder estatal [las cursivas son del original].⁹¹

8. La propuesta (obviamente, preliminar) de revisión constitucional que, adaptada a las diversas necesidades y carencias normativas, y a las respectivas particularidades idiosincrásicas de los Estados de la región, dejamos formulada, supondría —ya sí, en todos los casos— la convergencia de voluntad política y verdadero consenso para encarar una modificación de dicha magnitud, pues, sin el cabal concurso de dichas pautas, todo cambio que implemente, disparado exclusivamente desde el plano normológico y sin acompañamiento en las dimensiones sociológica y dikológica o axiológica, únicamente servirá para cosechas frustraciones y generar un espejismo de vertiente gatopardista: *cambiar todo para que todo continúe igual*.

Es que nada se soluciona *solo* con normas, pues estas no poseen virtudes taumatúrgicas. En ese sentido, y como con claridad afirma Ciuro Caldani, dado que la coherencia lógica es más sencilla que el orden en la realidad social, la armonía de las normas es más fácil que la de los hechos; por tanto, la referencia exclusiva a las normas suele originar la *ilusión* de una armonía que fácticamente no existe.⁹²

⁹¹ *Ibid.*, p. 469.

⁹² CIURO CALDANI, Miguel Á. *El Derecho Universal (Perspectiva para la ciencia jurídica de una nueva era)*. Buenos Aires: Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2001, p. 81.