

Pablo Andrés Bonilla Hernández (Guatemala)*

Breves apuntes jurisprudenciales y de derecho comparado en torno al control de constitucionalidad de los tratados internacionales

RESUMEN

El artículo aborda de forma breve el tema del control de constitucionalidad de los tratados internacionales en sus dos modalidades: preventivo y correctivo. Asimismo analiza las respuestas que pueden gestarse en torno a la adopción de un control correctivo, el empleo de un control preventivo y las perspectivas desde las cuales opera cada uno, para finalmente formular conclusiones, con el apoyo de la jurisprudencia y el derecho comparado.

Palabras clave: ordenamiento jurídico nacional, tratados internacionales, control de constitucionalidad, jurisdicción constitucional, derecho comparado, jurisprudencia.

ZUSAMMENFASSUNG

Der Artikel befasst sich zunächst kurz mit der Frage der Überprüfung der Verfassungsmäßigkeit von internationalen Verträgen in ihren beiden Formen: präventiv und korrigierend. Anschließend geht er auf die Antworten ein, die sich aus der korrigierenden bzw. der präventiven Kontrolle ergeben, sowie auf die Perspektive, aus der die beiden erfolgen, und formuliert abschließend, gestützt auf Rechtsprechung und vergleichende Rechtswissenschaft, einige Schlussfolgerungen.

Schlagwörter: nationale Rechtsordnung, internationale Verträge, Kontrolle der Verfassungsmäßigkeit, Verfassungsgerichtsbarkeit, Rechtsvergleichung, Rechtsprechung.

ABSTRACT

This paper deals briefly with the constitutionality control of international treaties, in its preventive and corrective forms. It analyses the possible reactions to the adoption of corrective control, the implementation of preventive control and their respective ways of operating. After reviewing jurisprudence and comparative law, some conclusions are drawn.

* Abogado y notario egresado de la Jornada Matutina de la Universidad de San Carlos de Guatemala (USAC). <justiciaconstitucionalguate@gmail.com>

Keywords: national legal system, international treaties, constitutionality control, constitutional jurisdiction, comparative law, jurisprudence.

1. Introducción

Para que un tratado internacional pueda nacer a la vida jurídica dentro de determinado ordenamiento estatal (y fuera de él, en el ámbito internacional) es necesario que el Estado que busque obligarse manifieste su consentimiento, previo agotamiento de los procedimientos que su derecho interno le requiera. Dichos procedimientos se verifican al momento de aprobar esos tratados internacionales.

En algunos países, únicamente se requiere aprobación por el Legislativo, en caso de que el contenido y los alcances del tratado internacional (en adelante TI) sean de trascendencia. Dicha aprobación requiere la emisión de una ley por el Poder Legislativo, a través de la cual se habilita la adopción, dentro del derecho interno, del tratado en cuestión. Según esta dinámica operan, a guisa de ejemplo, España,¹ Francia,² Costa Rica,³ Venezuela,⁴ Perú,⁵ Alemania,⁶ Italia,⁷ Guatemala⁸ y Ecuador.⁹ En otros países, como México,¹⁰ Argentina¹¹ o Chile,¹² todos los tratados internacionales requieren aprobación previa del Poder Legislativo mediante la emisión de la ley respectiva.

La ley aprobatoria del TI es precisamente eso: ley, disposición jurídica o precepto legal; pero está *labrada* con notas distintivas propias. Es, pues, una normativa jurídica especial o *sui generis*, ya que se limita a aprobar el TI. Como tal —y en coherencia con la unidad del orden jurídico, independientemente de la jerarquía normativa que se le atribuya al tratado internacional *per se*—, no por ser especial deja de ser susceptible de ocupar un peldaño dentro del escalafón jurídico normativo.

Como Hans Kelsen ya anticipaba en 1929, al reducirse el TI dentro del esquema jurídico a normativa jurídica, pareciera entonces que nada obsta para que, en defensa de la supremacía de la Constitución, dicho tratado pueda ser sujeto de un control de constitucionalidad, al igual que podría serlo cualquier otro tipo de ley o precepto legal; evidentemente esto operaría en el supuesto de que el TI entrara en colisión con la Constitución misma.¹³

¹ Artículo 94 de la Constitución Política de España.

² Artículo 53 de la Constitución Política de Francia.

³ Artículo 7 de la Constitución Política de Costa Rica.

⁴ Artículo 154 de la Constitución Política de Venezuela.

⁵ Artículo 56 de la Constitución Política de Perú.

⁶ Artículo 59, inciso 2, de la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania.

⁷ Artículo 80 de la Constitución Política de Italia.

⁸ Artículo 171, literal *i*, de la Constitución Política de Guatemala.

⁹ Artículo 161 de la Constitución Política de Ecuador.

¹⁰ Artículo 76 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

¹¹ Artículo 75 de la Constitución de la Nación de Argentina.

¹² Artículo 51, numeral 1, de la Constitución Política de la República de Chile.

¹³ Véase Hans Kelsen: *La garantía jurisdiccional de la Constitución (La justicia constitucional)*, México: Instituto de investigaciones jurídicas de la UNAM, traducción de Rolando Tamayo y Salmorán, 2001, pp. 65 ss.

El presente trabajo discurre al respecto.

Se analizarán en un primer momento las diferencias en la dinámica y los efectos en los cuales opera el control previo o preventivo, frente a los propios del control reparador o correctivo. Acto seguido se empleará el derecho comparado, como instrumento de cotejo en cuanto a las modalidades indicadas y adoptadas en distintos Estados, de conformidad con los preceptos legales y constitucionales de cada país, aunando a esto la jurisprudencia respectiva de cada uno de ellos. Finalmente se desgajarán sintéticamente los argumentos a favor y en contra de la funcionalidad jurídica de un control de constitucionalidad de tipo correctivo.

2. El control de constitucionalidad sobre los TI

Actualmente el control de constitucionalidad sobre los tratados internacionales supone el ejercicio de la jurisdicción constitucional a fin de hacer valer la supremacía constitucional, al momento que en sede judicial¹⁴ (concentrada o difusa) se realiza un juicio de compatibilidad entre la disposición normativa internacional y el ordenamiento jurídico interno. Este control puede ser, o bien *a priori*, previo o también denominado *preventivo*, o bien de forma correctiva, reparadora o *a posteriori*.

El control preventivo se ejerce *antes* de que el tratado internacional surta efectos dentro del ámbito jurídico estatal del Estado obligado; de forma precisa, antes de que se manifieste la voluntad del sujeto internacional en obligarse por dicho instrumento internacional y perfeccionarlo a través de un canje de notas o el depósito del instrumento de ratificación. Por ello, su adopción y validez dentro de un contexto jurídico interno y supranacional (léase internacional) no corre la suerte de dar pie a exhaustivas polémicas o discusiones, ya que, tal como se ha dicho, al ejercitarse preventivamente y no estar manifestado aún el consentimiento del Estado, este no corre la suerte de estar aún comprometido, y, como natural corolario, tampoco puede entonces incurrir en responsabilidad internacional.¹⁵

El control correctivo, reparador o *a posteriori* se produce al momento en que, si bien el tratado internacional ya se encuentre incorporado con plena validez dentro del orden jurídico estatal (y por lo tanto con pleno vigor), el texto o alguna de sus disposiciones choca, colisiona o confronta con la normativa suprema, en cuyo caso el órgano jurisdiccional pertinente debe preferir la normativa constitucional, dejando sin efecto total o parcialmente el TI (atacando la ley que lo aprueba), ya sea expulsándolo del ordenamiento jurídico interno o bien inaplicándolo en determinado caso concreto. Ambos supuestos constituyen de cualquier manera una crasa violación al

¹⁴ Naturalmente, esto obedece a la construcción y el esquema que nace derivado de un sistema de control constitucional de tipo judicialista, aunque no debe perderse de vista que los tratados internacionales pueden también ser sujetos de control en un sistema de tipo antijudicialista; tal es el caso de Francia a través de su Consejo Constitucional (control preventivo o previo). Véase el artículo 54 de la Constitución Política de Francia.

¹⁵ Respecto a la responsabilidad internacional en esta materia se sugiere ver José Luis Vallarta Marrón: *Derecho internacional público*, México: Porrúa, 2006, pp. 221-232.

tratado internacional, al orden jurídico internacional y, se ha llegado a afirmar, a los principios generales del derecho.¹⁶ Por eso, el ejercicio del control correctivo naturalmente se tendrá que materializar (e incluso legitimar) dentro de la dinámica propia del orden jurídico interno bajo el cual obra el aparato estatal, y no dentro del ámbito de los principios y directrices propios del derecho internacionalmente reconocido.

La problemática se centra ahora aquí, principalmente, en cuanto a la validez del ejercicio de este tipo de funciones cuando son realizadas por un tribunal constitucional formal o materialmente constituido.

2.1. Respecto al control previo de los TI en el derecho comparado

En *Colombia*, siguiendo la última jurisprudencia sobre la materia (sentencia C-276, del 22 de julio de 1993), se sostuvo que los tratados internacionales ratificados por Colombia antes de la vigencia de la nueva Constitución Política de 1991 y que fuesen contradictorios con esta deberían ser renegociados, reformados o bien denunciados por el Poder Ejecutivo. Sin embargo, todos aquellos posteriores a la entrada en vigor de la nueva Carta Magna no podrían ser sujetos a un control correctivo, al estar excluida la posibilidad de uso de este tipo de control. Ello deriva del hecho de estar previsto explícita y únicamente por mandato constitucional *el control previo, automático e integral* de los tratados internacionales, tras la ratificación del Ejecutivo.¹⁷

Y es que, en efecto, el control de constitucionalidad de los tratados internacionales en Colombia es reconocido por la doctrina y la jurisprudencia con carácter previo (antes de que el tratado sea incorporado al derecho nacional), automático (después de que la ley sea sancionada por el Ejecutivo) e integral (estudia la compatibilidad del contenido material del tratado, los aspectos formales que debe guardar la ley aprobatoria y la competencia ejercida para celebrarlo y suscribirlo).

En *Chile*, a luz de lo preceptuado en su nueva Constitución del año 2005, artículo 93, numeral 1, actualmente se reconoce un control previo, pero no obligatorio (salvo que el caso afecte normas de la ley orgánica constitucional).

Jurisprudencialmente, ya en la resolución 288 de 1999 del TC, considerando 14, se estableció: “[...] después de la ratificación formal, el Estado se encuentra obligado a respetar sus cláusulas”.¹⁸

Sin embargo, antes del 2005 también hubo fallos judiciales en los cuales se permitía la aplicación de un control correctivo; verbigracia, la sentencia del Tribunal

¹⁶ Véanse en esta materia los excelentes apuntes de Víctor Bazán: “La tarea de control de constitucionalidad de los tratados y convenios internacionales por la jurisdicción constitucional. Un análisis en clave de derecho comparado”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2001*, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2001, pp. 111 ss.

¹⁷ Hernán Alejandro Olano García: “Control de constitucionalidad de los tratados internacionales en Colombia”, en *Revista de Estudios Constitucionales*, 2006, Santiago de Chile, p. 557.

¹⁸ Al respecto véase Humberto Nogueira Alcalá: “La ampliación del control de las competencias de constitucionalidad del Tribunal Constitucional chileno”, en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional* n.º 6, México, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, 2006, p. 281.

Constitucional 346, del 6 de abril del 2002 (considerando 69), pronunciada en torno a la suscripción y posible incorporación del Tratado de Roma sobre la Corte Penal Internacional.¹⁹ Doctrinariamente (aunque no ha sido del todo pacífico), se estimaba que, en casos concretos, mediante el recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, se podía ejercer un control constitucional represivo de los tratados internacionales. Sin embargo, de conformidad con la nueva Constitución del año 2005, al modificarse el texto constitucional también se modificó el control, que desde entonces es previo pero no obligatorio, salvo, como se ha dicho, que afecte normas de la Ley Orgánica Constitucional.²⁰

En *España* el control previo se virtualiza de conformidad con el artículo 95, numerales 1 y 2:

La celebración de un tratado internacional que contenga estipulaciones contrarias a la Constitución exigirá la previa revisión constitucional. Pudiendo el Gobierno o cualquiera de las Cámaras requerir al Tribunal Constitucional para que declare si existe o no esa contradicción.

Además, de conformidad con el artículo 96, inciso 1, de su Constitución:

Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones solo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho Internacional.

En España, al día de hoy, en dos ocasiones se ha hecho uso de esta vía de control por el Tribunal Constitucional. En la primera, mediante la declaración 1/1992, concluyó que España solo podía integrar el Tratado de Maastricht si previamente se reformaba el artículo 13.2 de la Constitución (cosa que se hizo en agosto de 1992). Y en la segunda, mediante la declaración 1/2004, manifestó que no hacía falta modificar la Constitución para incorporar el Tratado Constitucional de la Unión Europea. Este control es de la exclusiva competencia del pleno.

En *Venezuela* se admite constitucionalmente la existencia de un examen judicial previo, el cual corresponde exclusiva y excluyentemente a la Sala Constitucional (artículo 336.5 de la Carta Fundamental), a petición del presidente o la presidenta de la República o de la Asamblea Nacional.

En *Costa Rica*, de conformidad con el artículo 10, literal *b*, de su Constitución Política, existe un control preventivo no obligatorio, al facultársele conocer de las consultas sobre aprobación de convenios o tratados internacionales.

¹⁹ Ana María García Barzelatto: "Informe en derecho. Control de constitucionalidad de los tratados internacionales con especial referencia al control represivo", en *Revista de Estudios Constitucionales*, Santiago de Chile, 2007, pp. 471-472.

²⁰ *Ibidem*, pp. 473 ss.

En *Guatemala*, la Constitución Política de la República, en su artículo 272, literal e, permite, entre las atribuciones delegadas a la Corte de Constitucionalidad, que esta emita “opinión sobre la constitucionalidad de los tratados, convenios y proyectos de ley, a solicitud de cualquiera de los organismos del Estado”.

2.2. El control correctivo sobre los tratados internacionales en el derecho comparado

En Colombia, en 1993, el Tribunal Constitucional de entonces, mediante la sentencia C-027, estudió la compatibilidad del concordato suscrito por la República de Colombia y la Santa Sede el 12 de julio de 1973, el cual fue incorporado al ordenamiento jurídico mediante ley aprobatoria número 20, de 1974.²¹ Esta normativa evidentemente cobró vigor antes de la promulgación de la Constitución de 1991, la cual, como se ha señalado, no permite sino un control de tipo previo, automático e integral.

En la consideración séptima del fallo judicial, se adujo que la Carta Magna no autorizaba al Tribunal Constitucional a abstenerse de pronunciar la inexecutableidad de un tratado que, aun perfeccionado, violara los postulados fundamentales que estructuran la organización jurídico-política e ideológica del Estado colombiano. Se estimó jurídicamente factible ejecutar un control reparador, pero únicamente en relación con los tratados internacionales vigentes en el país que hubiesen sido suscritos antes de la emisión de su nueva carta política.

Dicho criterio fue modificado a luz de lo establecido en la sentencia C-276, del 22 de julio de 1993, cuya ponencia estuvo a cargo del profesor Vladimiro Naranjo Mesa. El Tribunal Constitucional cambió la jurisprudencia anterior al considerar que entraba en prerrogativas no debidas, por cuanto podría equipararse a una intromisión en lo que corresponde por naturaleza jurídica a la rama ejecutiva. Añadió al razonamiento que, aunque al TC la Carta Política le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, eso no debe interpretarse de manera absoluta, pues debe recordarse que, a renglón seguido, la norma constitucional que le otorga dicha facultad le señala límites perentorios.²²

Y es que, en efecto, y adelantándonos en nuestras conclusiones, en el caso de Colombia no parece razonable el empleo de un control correctivo sobre los tratados internacionales, ya que el artículo 9 de la Carta Magna indica con toda claridad que son parte del fundamento de las relaciones exteriores del Estado la soberanía nacional, el respeto a la autodeterminación de los pueblos y *el reconocimiento de los principios de derecho internacional²³ aceptados por Colombia*. Asimismo, de conformidad con el artículo 241, no obstante ser el Tribunal Constitucional garante de la integridad y supremacía de la Constitución, se encuentra limitado en su ejercicio por los términos y restricciones establecidos en ese mismo artículo. Esa normativa indica, como

²¹ Olano García: o. cit., p. 568.

²² Al respecto véanse los comentarios sugeridos por Olano García: o. cit., pp. 575 ss.

²³ Entre ellos, el de *pacta sunt servanda* y el de *buena fe* (artículos 27 y 28 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados).

brillantemente expone el TC a renglón seguido, en el inciso 10, un plazo perentorio para ejercer dicho control de constitucionalidad, que opera únicamente de forma previa, obligatoria e integral *antes* de que el tratado mismo sea perfeccionado en el ámbito internacional; es decir, antes de que el Estado manifieste el consentimiento mediante el depósito del instrumento de ratificación o el canje de notas.

Similar al caso de Colombia, en *Chile* ha quedado prácticamente zanjada la posibilidad de emplear un control correctivo, no solo a luz de la diferenciación textual y puntual que el constituyente realiza con relación a las normas convencionales (que ya no encuadran dentro de la categoría de precepto legal), sino porque el propio numeral 1 del artículo 54, que es un calco de la disposición constitucional española (en su artículo 96, numeral 1), dispone categóricamente:

Las disposiciones de un tratado solo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados internacionales o de acuerdo a las normas generales del derecho internacional.

De esta manera se constitucionaliza el derecho internacional en materia de derecho de los tratados.

En *México* nada establece la Constitución Política respecto al posible uso de un control previo sobre tratados internacionales, y en la práctica tampoco tenemos conocimiento de que se haya ejercido. Actualmente, en todo caso, para ejercitar un control constitucional sobre los tratados internacionales, las únicas vías procesales que podrían ser utilizadas serían la acción o el proceso constitucional de inconstitucionalidad, que puede solo solicitarse por los sujetos legitimados y siempre que sea dentro de los 30 días siguientes a la fecha de la publicación de la norma que ratifica el tratado (artículo 105, numeral II, de la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos), o bien mediante la incoación de un proceso de amparo contra leyes, el cual sí puede ser empleado por cualquier persona que sea afectada en un caso concreto, por contravenir la norma convencional algún derecho que el accionante se atribuya (artículo 107, numeral VII, del mismo cuerpo legal). No obstante, ambas vías procesales siempre serían *a posteriori*, lo que implicaría el uso de un control constitucional de tipo correctivo, que en todos los casos comprometería la responsabilidad internacional del Estado.

En la jurisprudencia del antiguo TC de *Bolivia* (sentencia 36-2001) se descartó la posibilidad de emplear este tipo de control (correctivo) en un recurso incidental de inconstitucionalidad planteado en contra del inciso *b* del artículo XVII de la ley 1721, atinente a una disposición relativa al tratado de extradición firmado entre el gobierno de Bolivia y Estados Unidos, ya que se adujo que la norma aprobatoria del propio tratado no podía sino ser revisada en cuanto a su carácter de ley (forma de expedición), por lo que, verificado que la ley *per se* cumplía los procedimientos para su emisión, no tendría por qué ser declarada inconstitucional (se evitaba así la posibilidad de un examen de fondo sobre el TI). En la sentencia 31-2006, en un recurso directo de constitucionalidad, se reiteró que a través de la ley aprobatoria no podía hacerse un análisis del contenido propiamente dicho del tratado internacional, ello derivado de la especial

atención que el Estado debía poner en los principios de *pacta sunt servanda* y *buena fe*. Se estableció desde entonces que la consulta solo puede ser previa, por lo que el TC declaró la constitucionalidad de las leyes aprobatorias (en ese momento, de siete tratados internacionales).

En la nueva Constitución de Bolivia, de febrero del 2009, se recoge precisamente esta jurisprudencia, y por precepto constitucional se admite de forma obligatoria y exclusiva únicamente el control previo sobre los tratados internacionales (artículo 202, atribución 9).

En *Costa Rica*, según señala el artículo 10 de la Constitución Política, corresponderá a una Sala especializada de la Corte Suprema de Justicia declarar la inconstitucionalidad de las normas de cualquier naturaleza y de los actos sujetos al derecho público. Incluso, el artículo 73, literal *e*, de la Ley de Jurisdicción Constitucional establece que cabrá la acción de inconstitucionalidad cuando en la suscripción, aprobación o ratificación de los convenios o tratados internacionales, o en su contenido o efectos, se haya infringido una norma o principio constitucional o, en su caso, del Reglamento de Orden, Dirección y Disciplina Interior de la Asamblea Legislativa. En este evento, la declaratoria se hará solamente para los efectos de que se interpreten y apliquen en armonía con la Constitución o, si su contradicción con ella resultara insalvable, se ordene su desaplicación con efectos generales y se proceda a su denuncia. De hecho, ya hay un antecedente de este uso: cuando la Corte plena estableció que cierta normativa internacional²⁴ atentaba contra la Constitución y declaró su inconstitucionalidad.

En *Venezuela* este tipo de control resulta ejercitable por cualquier ciudadano, toda vez que esté dirigido contra la ley aprobatoria del tratado, como acto con rango y fuerza de ley dictado por la Asamblea Nacional, una vez que haya sido debidamente promulgada por el presidente o la presidenta de la República, tomando en cuenta lo que dispone el artículo 217 del Texto Fundamental. Es importante destacar que la Sala Constitucional, el 28 de abril del 2009, reiteró su jurisprudencia en cuanto a la posibilidad material de que, haciendo valer la supremacía constitucional, pueda existir un control correctivo de los tratados internacionales vigentes en la República (véase el expediente 08-1398).

En *Guatemala*, de conformidad con los expedientes acumulados 12-2004 y 213-2004, proferidos por la Corte de Constitucionalidad, se admitió la procedencia de este control al declarar “inconstitucionales, con efectos exclusivamente para el Estado de Guatemala” cierta dicción e incisos contenidos en los artículos 2 y 27 del Tratado Constitutivo del Parlamento Centroamericano.

En *Perú*, este tipo de control, en una primera aproximación, no se podría descartar, ya que entre las acciones de garantía constitucional establecidas en el artículo 200, numeral 4, se encuentra la acción de inconstitucionalidad que procede en contra de las normas que tienen rango de ley: leyes, decretos legislativos, decretos de urgencia,

²⁴ En el primer Código Aduanero Uniforme Centroamericano se establecía la posibilidad de que lo resuelto por un órgano comunitario diera por agotada la vía administrativa y no pudiera ser objeto de control por la jurisdicción contencioso-administrativa de ningún país centroamericano.

tratados, reglamentos del Congreso, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales que contravengan la Constitución en la forma y en el fondo, cuestión que se reitera en los artículos 77 y 100 de su Código Procesal Constitucional (salvo en materia de derechos humanos, al reconocérseles a estos rango constitucional). No obstante, creemos que estas normativas contrastan y deben mutarse frente a la ratificación de la Convención de Viena Sobre Derecho de los Tratados realizada por el Estado de Perú a inicios de este nuevo milenio.

3. Argumentos a favor y en contra del uso del control correctivo sobre tratados internacionales

Antes de dilucidar los argumentos a favor y en contra de la implementación de este tipo de control, es importante abrir un paréntesis trascendental: desde nuestra perspectiva, no avizoramos que sea factible la más mínima colusión entre lo normado por un tratado o convenio en materia de derechos humanos —al menos en cuanto a su área sustantiva— y la normativa suprema, en virtud del propio principio *pro homine* o principio de progresividad de los derechos humanos, recogido en distintos ordenamientos jurídicos, sumado a la existencia de cláusulas abiertas (implícitas o explícitas) que en esta materia establecen las constituciones de diversos países, a través de las cuales la inclusión de los derechos humanos contenidos en TI desborda el ámbito legal u ordinario, e incluso el constitucional, suponiendo genuinos derechos con rango supraconstitucional (parte del bloque de constitucionalidad). Es entonces lógico y coherente suponer la imposibilidad de tachar su posible inconstitucionalidad: ya son derechos con rango constitucional, o incluso supraconstitucional.

En este orden de ideas, percibiendo este tipo de control como únicamente dable en contra de los TI *que no supongan materias propias del derecho internacional de los derechos humanos*, el control correctivo sobre los tratados internacionales se gesta, como se ha indicado, en el momento en que el tratado internacional, con vínculo y efectos jurídicos en el orden interno e internacional, cesa en sus efectos jurídicos, desde una perspectiva de derecho interno (inaplicándolo o expulsándolo), cuando la ley aprobatoria del tratado es declarada inconstitucional o, peor aún, cuando dicha declaratoria recaiga sobre el tratado internacional mismo. Evidentemente ello responde al hecho de que la normativa internacional colide con los preceptos constitucionales.

Indudablemente el tratado internacional es una manifestación de la soberanía del Estado, pues este cuando se compromete ha ejercido su autodeterminación,²⁵ pero en términos de la sentencia C-276, expuestos por el Tribunal Constitucional colombiano, ¿se encuentra acaso esta autodeterminación limitada por el propio derecho internacional?

La autodeterminación limitada por el propio derecho internacional implica (en los términos referidos en sentencia citada) una soberanía subordinada por el derecho

²⁵ Olano García: o. cit., p. 557.

internacional en el aspecto externo y suprema en el orden interno. Sin embargo, si admitimos que dicha autodeterminación es limitada por el propio derecho internacional (como lo ha hecho el Tribunal Constitucional colombiano), entonces debemos obedecer lo dispuesto por los artículos 26 y 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados; principios propios del derecho internacional que indican, respectivamente, que todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe (*pacta sunt servanda* y *bona fide*). Y es que, conforme a dichas directrices convencionales, no se podrán invocar por un Estado disposiciones de orden interno como justificación del incumplimiento de un tratado internacional, salvo lo dispuesto en relación con la nulidad de los tratados por razones de forma o competenciales.

De ser obligatorias estas normas y primar estos principios, entonces ya manifestada la voluntad y el consentimiento de un Estado en obligarse, se pierde la capacidad de su juzgamiento en el ordenamiento interno, al ingresar este al campo del derecho internacional. O, lo que es lo mismo dicho en otras palabras, se *desnacionaliza* la competencia nacional para ejercer el control jurisdiccional sobre el tratado-ley al trascender al derecho internacional.²⁶

Actualmente, a la luz de lo establecido en constituciones actuales, como las de España,²⁷ Colombia,²⁸ Chile,²⁹ Bolivia³⁰ y Alemania³¹ (entre otros), se ha venido constitucionalizando e internando el explícito e irrestricto respeto al derecho internacional.

No obstante, conviene ser más reflexivos al respecto.

Parte de la doctrina sostiene que el vínculo jurídico que crea un tratado internacional no es indesatible a perpetuidad. Es decir, el propio derecho internacional permite el cese de efectos jurídicos como un acto válido.³² Y, en efecto, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 46 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados (derecho consuetudinario internacional positivizado), un tratado válidamente incorporado al derecho interno de un Estado puede anularse en caso de que exista una manifiesta violación a las disposiciones de derecho interno concernientes a la competencia para celebrar dichos tratados. Por ello, si la Convención referida permite la violación a los TI siempre que ella se origine por la violación manifiesta de una norma fundamental de ámbito doméstico o interno, concerniente a la competencia para la celebración de un tratado internacional, por lo menos, deberá admitirse que un tratado puede ser nulo por cuestiones netamente formales, sin reñir de ninguna manera con el DI.

Y es que el hecho de que un tratado internacional sea contrario a una Constitución puede propiciar el desconocimiento de la Constitución, además de modificarla tácitamente. Por otra parte, si asumimos el absoluto respeto a los principios contenidos en los artículos 26 y 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, se

²⁶ *Ibidem*, p.569.

²⁷ Artículo 96, numeral 1, de la Constitución Española.

²⁸ Artículo 9 de la Constitución de Colombia.

²⁹ Artículo 54, numeral 1, de la Constitución Política de Chile.

³⁰ Artículo 260, fracción I, de la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia.

³¹ Artículo 25 de la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania.

³² *Ibidem*, p.571.

estaría brindando a dicha normativa, *de hecho*, un rango supraconstitucional.³³ Claro que este argumento se altera en caso de que, como ya hemos dicho, el propio derecho interno constitucionalice el propio derecho de los tratados.

De lo que no cabe duda es de que, si existe un tratado internacional, anulado o nulificado en el orden interno, mediante los mecanismos de control constitucional, ello de suyo engendra un *hecho ilícito internacional* que crea a su vez una nueva obligación, consistente en la reparación del daño causado, ante lo cual el Estado debe asumir su responsabilidad internacional.³⁴ Además, menoscaba la estabilidad y el honor del Estado en el cumplimiento de los compromisos internacionales, al demostrar falta de seriedad, por lo que la confianza internacional se deteriora. En otras palabras, esto implicaría vaciar de contenido axiológico y jurídico la exigencia que se impone a todo Estado de honrar sus compromisos internacionales, supondría violación a los principios generales del derecho, deterioraría la imagen del Estado en el exterior, además de resquebrajar la seguridad jurídica, el respeto a los actos propios y honor del Estado.³⁵

Pero, desde otra perspectiva, mantener un tratado internacional dentro del orden jurídico de un Estado también provoca inseguridad jurídica, incoherencia dentro del sistema. ¿Y acaso ello no draga también la supremacía constitucional?³⁶ ¿No será acaso esta razón de suficiente peso para preferir su no aplicación o estadía en el orden jurídico estatal so pena de la responsabilidad internacional comprometida?

Para algunos, el que prime el derecho internacional implica en otras palabras que “[...] violar la Constitución y seguirla violando día a día, al dejar vigente una norma contraria a ella, es un mal menor para salvaguardar el prestigio internacional de la República”.³⁷ Sin embargo, ¿hasta qué punto continúa siendo válido guardar resistencia en el ámbito del derecho interno frente al derecho internacional, en el contexto de un mundo globalizado, con tribunales supranacionales y procesos de integración cada vez más en boga?

El derecho español proporciona un perfecto ejemplo de esta discusión. En el año 2004, y por segunda vez durante la existencia del Tribunal Constitucional español, se le solicitó una consulta, a efecto de determinar si ciertos artículos de la normativa internacional que regulaba la Constitución para Europa transgredían o no la normativa constitucional, con el objetivo de revisar la normativa suprema. El TC, por siete votos contra tres, concluyó finalmente que no era necesaria la reforma constitucional por no reñir con disposición fundamental alguna. El magistrado Javier Delgado Barrio, en el voto disidente que agrupa la opinión de los magistrados en minoría (declaración del TC 1-2004), adujo:

³³ Teodoro Ribera Neumann: “Los tratados internacionales y su control a posteriori por el Tribunal Constitucional”, en *Revista de Estudios Constitucionales*, Santiago de Chile, 2007, p. 114.

³⁴ Manuel Díez de Velasco: *Instituciones de derecho internacional público*, Madrid: Tecnos, 16.^a ed., 2007, pp. 819-841 ss. En lo relativo a la obligación de reparar y sus distintas modalidades (satisfacción, restitución e indemnización), véase Díez de Velasco: o. cit., pp. 852-857, y José Luis Vallarta Marrón: o. cit., pp. 223 y 224.

³⁵ Víctor Bazán: o. cit., p. 151.

³⁶ Ribera Neumann: o. cit., p. 106.

³⁷ *Ibidem*, p. 113.

[...] la Constitución habilita la primacía del Derecho comunitario sobre la Constitución precisamente en los términos que resultan de dicho precepto: desplazamiento de las normas constitucionales que atribuyen competencias, en lo que ahora importa, normativas, para que pasen a ejercitarlas los órganos señalados en el Derecho de la Unión Europea. En este ejercicio, estos tienen toda la amplia libertad de configuración normativa que deriva de la Constitución, pero sin margen para apartarse de esta (DTC 1/1992). Ello no implica disponer de la Constitución misma, contrariando o permitiendo contrariar, sus determinaciones.

Y es que, en definitiva, aunque con toda propiedad se puede afirmar que el Estado contemporáneo ha ido asumiendo el debilitamiento de su soberanía, generando estructuras superiores de las que los estados forman parte voluntariamente, entre las que destacan las formas de integración supranacional, mediante la transferencia de competencias a otros órganos o bien incluso mediante la simple creación de alguna disposición internacional, ello tampoco supone que dichas normas internacionales no deban ceñirse a los preceptos constitucionales.

Por eso es muy apropiado y deseable habilitar en todos los casos un control previo obligatorio, tal como es el caso en Bolivia (artículo 202, atribución 9), en Ecuador (artículo 162 CPRE), en Colombia (artículo 241) y parcialmente en Chile (artículo 91, 1.º).

Asimismo como bien ha indicado el Tribunal Constitucional chileno (sentencia n.º 309, 2001), en el ejercicio de la judicatura constitucional nos parece obligatorio que el intérprete realice “todos los esfuerzos, dentro de lo permitido por la Ley Suprema por encontrar una interpretación conciliatoria entre las normas de un Tratado y los preceptos de la Constitución”. Pero de no encontrar solución posible, para poder implementar este tipo de control deberá ponderarse con suma mesura y prudencia el habilitar una vía de control correctiva, que no excluya sino que obligue a la pérdida de los efectos de la norma convención en el plano internacional por el poder constituido correspondiente, so pena, como se ha dicho, de que el Estado incurra en responsabilidad internacional y que la parte afectada pueda requerir la ejecución del tratado mismo³⁸ o bien su reparación por las vías que el derecho internacional viabiliza.

En todo caso, adherimos a la opinión esgrimida por el magistrado español Javier Delgado Barrio, en cuanto a lo que consideramos una correcta intelección de los alcances atribuibles a la primacía (y no supremacía) del orden internacional frente al orden interno.³⁹ Tampoco desconocemos, por cierto, que ello se ve complicado de ma-

³⁸ Al respecto, según la Carta de la Organización de las Naciones Unidas, artículo 94: “1. Cada Miembro de las Naciones Unidas se compromete a cumplir la decisión de la Corte Internacional de Justicia en todo litigio en que sea parte. 2. Si una de las partes en un litigio dejare de cumplir las obligaciones que le imponga un fallo de la Corte, la otra parte podrá recurrir al Consejo de Seguridad, el cual podrá, si lo cree necesario, hacer recomendaciones o dictar medidas con el objeto de que se lleve a efecto la ejecución del fallo” (destacado añadido).

³⁹ En España, según el tribunal constitucional en la declaración 1-2004, “la supremacía de la Constitución Española (entendida como el carácter superior jerárquico de una norma y fuente de validez de las inferiores) se mantiene, a pesar de que es el derecho europeo el que ostenta la primacía (entendida como capacidad de desplazamiento de otras normas por su aplicación

tizar en el marco de aquellos preceptos constitucionales que reconocen la primacía del orden internacional y que además impiden la factibilidad de incoar un control de este tipo excepto de forma preventiva. No obstante, aun en este último supuesto, el operador jurídico deberá sopesar la existencia de un posible conflicto de normas jurídicas en colisión, siempre dependiendo del caso concreto.

Lo cierto es que, respecto al control constitucional correctivo sobre los TI, la cuestión no está aún del todo nítida; de nuestra parte, en los casos en que sí es posible utilizar este control, aún nos restaría indicar los posibles tropiezos al momento de operarlo en caso de violaciones parciales de un instrumento internacional frente al orden interno;⁴⁰ sin embargo, hechos los modestos apuntes ya indicados y esperando haber cumplido con la expectativa del contenido ofrecido inicialmente, dejamos al lector en sus manos la última reflexión en torno a estos temas.

preferente) porque es la propia Constitución Española la que otorga esa aplicación preferente del ordenamiento europeo a través del art. 93 CE, que prevé la cesión de competencias derivadas de la Constitución”.

⁴⁰ Al respecto se sugiere ver Pablo Andrés Bonilla Hernández: “El control de constitucionalidad de los tratados internacionales: un breve análisis teórico-práctico de su posible operatividad”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2010*, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2010, pp. 66 ss.