



Pablo Andrés Bonilla Hernández (Guatemala)*

El control de constitucionalidad de los tratados internacionales: un breve análisis teórico-práctico de su posible operatividad**

RESUMEN

La posibilidad de un control de constitucionalidad de los tratados internacionales fue en gran medida construida y perfilada teóricamente por Hans Kelsen en 1929. Habiendo transcurrido casi un siglo, la temática presenta distintas aristas. Pese a la imposibilidad de declarar inconstitucional un tratado internacional —al menos no sin transgredir lo dispuesto por el nuevo orden jurídico internacional—, los estados han habilitado mecanismos y defensas a través de los cuales se puede controlar su constitucionalidad. Para América Latina esto no es una sorpresa; sin embargo, son incontables las críticas que despierta el uso de un control *repressivo* de las leyes aprobatorias de tratados internacionales. Se discute la justificación de estas leyes y se analiza jurisprudencia en esta materia, conforme al derecho comparado y con especial atención en el caso de Guatemala.

Palabras clave: control de constitucionalidad, tratados internacionales, jerarquía de las normas, tribunales constitucionales, derecho comparado, jurisprudencia comentada, Guatemala.

ZUSAMMENFASSUNG

Die Möglichkeit zur Kontrolle der Verfassungsmäßigkeit von internationalen Verträgen wurde weitgehend von Hans Kelsen im Jahr 1929 entwickelt und theoretisch begründet. Ein knappes Jahrhundert später stellt sich die Problematik aus einer anderen Perspektive dar. Trotz der Unmöglichkeit, einen internationalen Vertrag für verfassungswidrig zu erklären – andernfalls würden die Bestimmungen der neuen internationalen Rechtsordnung verletzt –, haben die Staaten Mechanismen und Schutzmaßnahmen entwickelt, die ihnen eine Überprüfung der Verfassungsmäßigkeit ermöglichen. Das ist in Lateinamerika nicht überraschend; trotzdem stößt der Rückgriff auf eine *repressive* Kontrolle von internationalen Verträgen mit Hilfe von Zustimmungsgesetzen auf heftige Kritik. Neben einer Diskussion der Begründung solcher Gesetze wird auf

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

** Un primer ensayo en esta materia fue publicado en *Revista Nova Tesis*, n.º 3, Argentina, 2007 bajo el título: “La inconstitucionalidad de los Tratados Internacionales”. Sin embargo, se procedió a su revisión y modificación. Se agradece inmensamente al Prof. Dr. José Carlos Fernández Rozas por su desinteresada colaboración en la revisión final del presente artículo.

der Grundlage des vergleichenden Rechts und unter besonderer Berücksichtigung des guatemalteckischen Fallbeispiels die Rechtsprechung auf diesem Gebiet analysiert.

Schlagwörter: Normenkontrolle, internationale Abkommen, Normenhierarchie, Verfassungsgerichte, vergleichendes Recht, kommentierte Rechtsprechung, Guatemala.

ABSTRACT

The possibility of controlling the constitutionality of international treaties was to a large degree theoretically analyzed by Hans Kelsen in 1929. After almost one century, the issue still has several noteworthy aspects. Despite the impossibility of declaring that an international treaty is unconstitutional – at least without violating the rules of the new international legal order – nations have implemented mechanisms and safeguards through which the constitutionality of such treaties can be controlled. For Latin America this is no surprise; however, there is extensive criticism of the use of the repressive control of laws passed regarding the approval of international treaties. The justification of these laws is discussed in this paper, along with an analysis of comparative case law, particularly in the country of Guatemala.

Keywords: constitutionality control, international treaties, rule hierarchy, constitutional courts, comparative law, annotated jurisprudence, Guatemala.

1. Introducción

En el marco en el que se da la relación entre las normas del derecho de gentes y las normas nacionales del Estado, se pone de relieve que “el tradicional planteamiento doctrinal de las relaciones existentes entre las normas internacionales (en particular, de las normas convencionales) recibidas en el ordenamiento de un Estado y las restantes normas de origen interno de ese mismo Estado, se hizo desde la perspectiva de la jerarquía, a los fines de precisar su rango respectivo dentro del sistema de fuentes del ordenamiento”.¹ Como regla general los tratados internacionales incorporados en el ordenamiento jurídico —al igual que cualesquiera otras normas del derecho interno— quedan sometidos a ese principio básico o estructural de todo el derecho estatal,² en virtud del cual cada una de dichas normas jurídicas, independientemente de su fuente de producción —externa o interna—, al incluirse en un determinado ordenamiento jurídico se acomoda y adapta a una suerte de encaje jurídico que determina, entre otras cosas, principalmente su orden de prelación. La cuestión perfila conflicto y prolijidad cuando el propio derecho estatal —léase la norma constitucional—, confronta o choca tajantemente con la normativa internacional.³ El tema no es del

¹ Luis Ignacio Sánchez Rodríguez: *El proceso de celebración de los tratados internacionales y su eficacia interna en el sistema constitucional español (Teoría y práctica)*, Madrid: International Law Association (Sección española), 1984, p. 93.

² Julio D. González Campos, Luis Ignacio Sánchez Rodríguez, Paz Andrés Sáenz de Santa María: *Curso de Derecho internacional público*, Madrid, 6.ª ed., 1998, p. 275.

³ Conflicto que no existe, en el caso de México, y a sazón de Jorge Carpizo, en el supuesto de aquellas leyes que se derivan o desarrollan partiendo del precepto constitucional. Jorge Carpizo:

todo extraño, ya que al día de hoy, el hecho de que un tratado internacional pueda ser opuesto a la Constitución y que un tribunal así lo repunte es una alternativa nada descartable⁴ en cualquier sistema u orden jurídico existente. En estos casos debe recordarse que, desde el punto de vista de la práctica cotidiana, el principio de la jerarquía normativa contribuye a apuntalar la seguridad jurídica de los ciudadanos respecto a la aplicabilidad en cada caso concreto de las normas jurídicas (principio que, no se olvide, aparece igualmente sancionado por el mismo precepto constitucional), y complementariamente indica a los tribunales de justicia la norma aplicable entre dos o más contradictorias, dándoles una respuesta inmediata y directa, mientras que la tesis de la competencia genera en el fondo problemas de control de constitucionalidad de las normas en cuestión.⁵

2. Nuestro punto de partida: la construcción de Hans Kelsen

En una primera aproximación a esta temática, llaman la atención las ideas advertidas por Hans Kelsen en su obra, *La garantía jurisdiccional de la Constitución (La justicia constitucional)*, las cuales no han dejado de tener cierta vigencia, aunque a primera vista actualmente se las podría considerar “erróneamente” permeadas de cierta falsedad y ser un tanto primitivas.

Kelsen afirmó que “los tratados internacionales deben ser también considerados —desde el punto de vista de la primacía del orden estatal— como actos inmediatamente subordinados a la Constitución. Ellos tienen normalmente el carácter de normas generales. Si se condena que debe instituirse un control de su regularidad, puede pensarse seriamente en confiarlo a la jurisdicción constitucional. Jurídicamente nada se opone a que la Constitución de un Estado le atribuya esta competencia con el poder de anular los tratados que juzgue inconstitucionales”.⁶ Kelsen concebía, así, a los tratados internacionales —al menos desde el punto de vista del orden jurídico estatal— como nada más que leyes.

Por lo tanto, si la Constitución —decía— era el nivel supremo del orden jurídico,⁷ obvio sería deducir que aun los tratados debían sumirse a lo establecido por ella. Además, si se asumía la existencia e implementación de un sistema de control de la constitucionalidad de las leyes, tendría sentido entonces que estas pudieran ser igualmente —en cuanto normas internas— anulables a través de la jurisdicción constitucional. De esta manera Kelsen matizó y propugnó la anulabilidad total del tratado

Estudios Constitucionales, México: Porrúa, 5.^a ed., 1996, pp. 22 ss. En el caso del ordenamiento jurídico guatemalteco, la cuestión es distinta, pero al respecto volveremos más adelante.

⁴ Néstor Pedro Sagüés: *Derecho procesal constitucional*, Buenos Aires: Astrea, 2.^a ed.; 1989, tomo II, p. 143.

⁵ González Campos, Sánchez Rodríguez y Sáenz de Santa María: o. cit., pp. 99-100.

⁶ Hans Kelsen: *La garantía jurisdiccional de la Constitución (La justicia constitucional)*, (trad. de Rolando Tamayo y Salmorán), México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2001, pp. 65-66.

⁷ *Ibidem*, p. 32.

internacional —sosteniendo la aplicabilidad de un sistema de control constitucional concentrado—. Ello implicaba como corolario que, si el tratado era anulado, sus efectos se extenderían incluso al plano del derecho internacional, por lo que dejaría de ser derecho aplicable tanto en la esfera del derecho estatal (orden interno) como del internacional (orden externo).

Si, como debe admitirse, el derecho internacional autoriza a los Estados a determinar en su Constitución los órganos que pueden concluir válidamente tratados, es decir, celebrarlos de modo que obliguen a las partes contratantes, no es contrario al derecho internacional crear una institución que garantice la aplicación de las normas que él autoriza. No podrá invocarse la regla según la cual los tratados no pueden ser abrogados unilateralmente por uno de los Estados contratantes, pues esta regla supone, evidentemente, que el tratado haya sido concluido válidamente. Un Estado que quiere celebrar un tratado con otro Estado debe informarse en su Constitución. El Estado contratante no debe depender más que de sí mismo tanto cuando trata con un órgano incompetente de otro Estado, así como cuando el tratado concluido está en contradicción, en cualquier punto con la Constitución de su cocontratante, resultando el tratado nulo o anulable. Pero aun si se admitiera [...] que el derecho internacional determina [...] al órgano estatal competente para la celebración de tratado y, además, la existencia de una regla de derecho internacional según la cual los Estados no estuvieran obligados a aceptar un control de la regularidad de los tratados que celebren con los Estados extranjeros ni su anulación total o parcial por una autoridad de esos Estados, las disposiciones contrarias de la Constitución no serían por ello menos válidas. La anulación del tratado constituiría, simplemente, desde el punto de vista del derecho internacional, una violación que podría sancionarse con guerra.⁸

Si se presta atención a este último párrafo, se podrá apreciar que Kelsen, a través de esta construcción, pretendía dar autoridad y protagonismo al Tribunal Constitucional. No consideraba una contravención al derecho internacional la creación de dicho órgano jurisdiccional constitucional, cuyas funciones de tutela alcanzaran incluso a la normativa internacional. Además, concebía al Tribunal Constitucional como el ente competente encargado de ratificar la aprobación de un tratado internacional, razón por la cual su disensión respecto a la constitucionalidad del instrumento internacional no provocaría en ningún momento conflicto alguno frente al derecho internacional. Ello al menos si se admitía al Tribunal Constitucional como el único órgano competente para determinar la adecuación del tratado internacional a la normativa constitucional y, por lo tanto, para darle efectos erga omnes, del todo obligatorio. Así, en el supuesto de que el tratado internacional fuese aprobado y ratificado por los órganos del Estado competentes y contraviniese el orden constitucional, se podría discrepar la competencia de estos para hacerlo obligatorio.

⁸ *Ibidem*, pp. 66-67.

Kelsen incluso previó, con mucha perspicacia, que aun en el supuesto de que el derecho internacional determinara el órgano estatal competente para la celebración del tratado y creara una regla por medio de la cual los estados no estuviesen obligados a admitir la reserva de otro estado, de este control de constitucionalidad —que consecuentemente podría anular total o parcialmente la normativa del tratado celebrado— las disposiciones contrarias de la Constitución no por ello serían menos válidas. Concluía aseverando que la anulación del tratado se traduciría, en todo caso, en no más que una violación, que podría sancionarse con guerra desde el punto de vista del derecho internacional.

Actualmente, sin embargo, en el ámbito de la comunidad internacional jurídicamente organizada, y partiendo de la propia plataforma impuesta por el derecho internacional, se pueden hilvanar una serie de reglas, usos y prácticas, si no en todos los casos drásticamente opuestos, sí contrarios a los existentes en 1929 —fecha en que se escribió la citada obra—. Tal como acertadamente Kelsen previó, según la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (aprobada y ratificada por Guatemala),⁹ de conformidad con los artículos 26 y 27, “todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe”, y “una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46”.¹⁰

Tampoco debe dejarse de lado que, de conformidad con la parte considerativa del Carta de la Organización de las Naciones Unidas y de lo preceptuado, principalmente, en sus artículos 1.1, 2.3, 2.4 y 33 al 38, la solución de las controversias entre estados (entre ellas el incumplimiento de un tratado internacional imputable a otro estado) debe ajustarse a los medios pacíficos regidos por el orden internacional; se prohíbe así el uso de la guerra enunciado por Kelsen —o ello al menos supone una sanción internacional e incluso puede facultar el empleo de la *legítima defensa* internacional.

¿Es posible entonces la inconstitucionalidad de un tratado internacional?

3. Perspectiva de América Latina

Anticipando la respuesta a la disyuntiva antes apuntada, debe señalarse que a luz de los ordenamientos jurídicos modernos y conforme a una doctrina ahora bastante extendida, si se admite el principio de supremacía constitucional y el de la existencia de un control de la constitucionalidad de las leyes, no se descarta la posibilidad de considerar

⁹ No obstante, debe tomarse en cuenta que permanece vigente la reserva que en su momento se hizo en relación al artículo 27 de dicha Convención.

¹⁰ El artículo a que hace alusión esta última norma —artículo 46—, regula las causas de nulidad de los tratados. Sin embargo, estas se encuentran dirigidas única o exclusivamente al hecho del consentimiento de un Estado de obligarse a un tratado y el órgano competente para celebrarlos. Es sobre ese supuesto que, si existiese una violación al derecho interno —eso sí, solo si fuera concierne exclusivamente en relación a la competencia para celebrar tratados—, este podría ser nulo.

que las leyes aprobatorias de tratados internacionales puedan ser impugnadas por la vía del control de su constitucionalidad, al igual que cualquier otro tipo de leyes.¹¹

Aunque actualmente el papel del tribunal constitucional ideado por Kelsen sigue siendo, en principio, el mismo, no es posible considerar la anulación total o parcial de un tratado internacional por el Tribunal Constitucional —al menos no sin que ello provoque la configuración de un *hecho internacionalmente ilícito*¹² y consecuentemente el nacimiento de una nueva obligación internacional: la de reparar el daño ocasionado—.¹³ No obstante, sí es posible divisar los mismos efectos nugatorios, con aplicación exclusivamente en el plano interno del orden jurídico estatal, en relación con aquellas leyes a través de las cuales se aprueban los tratados internacionales, siempre que hayan sido declaradas inconstitucionales por un órgano o tribunal con poder-deber de ejercer control constitucional.

Al margen, conviene puntualizar que los sistemas constitucionales de América Latina no son particularmente herméticos en la atribución de determinado rango a las normas convencionales en el orden jurídico nacional del Estado, ya que buen número de ellos se refiere en términos bastante precisos a la posición que ocuparán los tratados internacionales en la ordenación de sus respectivas fuentes normativas. Es evidente, no obstante, que las técnicas normativas adoptadas por uno u otro sistema guardan muchas diferencias entre sí y a menudo dan cuenta de realidades sociales e históricas que no se deben confundir.¹⁴ Pese a todo, el reconocimiento expreso en el orden constitucional de una determinada jerarquía a los tratados se puede indicar como una coincidencia fundamental que permite reunirlos en una misma categoría de sistemas. En ella se deberían integrar los sistemas constitucionales de Argentina, Colombia, Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Paraguay, Perú y Venezuela, respecto de una categoría específica de tratados.

En el caso de México, la determinación de la jerarquía con la que las normas convencionales se incorporan al sistema jurídico interno supone remitirse directamente a los criterios que, según un importante sector de la doctrina mexicana,¹⁵ establece el sistema por medio del artículo 133 de la Carta fundamental en vigor. Con arreglo a esta norma, la Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados que estén de acuerdo con ella, celebrados y que se celebren por el presidente de la República con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión.¹⁶

¹¹ Alan Brewer Carías: *Estados de derecho y control judicial*, Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 1987, p. 72.

¹² Sobre esta material se recomienda lectura de Manuel Díez de Velasco: *Instituciones de derecho internacional público*, Madrid: Tecnos, 16.ª edición, 2007, pp. 819-841 ss.

¹³ Con relación a la obligación de reparar y sus distintas modalidades (la satisfacción, la restitución y la indemnización), véase Díez de Velasco; o. cit., pp. 852-857.

¹⁴ Con carácter general, José María Ruda: "Relación jerárquica entre los ordenamientos jurídicos internacional e interno: Reexamen de los problemas teóricos", en Manuel Rama-Montaldo (dir.): *El Derecho internacional en un mundo en transformación*: Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, vol. I, 1994, pp. 115 ss.

¹⁵ Leonel Perezniето Castro: "El Art.133 Constitucional: una relectura"; en *Jurídica*, n.º 25, vol. II, México, 1995, pp. 277 ss.

¹⁶ Conforme a lo que establece el referido artículo 133 de la actual Constitución de México.

Siguiendo a L. Pereznieto Castro, el examen de esta cuestión hace imprescindible superar una condición previa, pues “al hacer un análisis textual de esta disposición encontramos: en el caso de los tratados debe concurrir un supuesto fundamental y que consiste en que estos sean conformes a la Constitución, si este requisito es salvado, entonces procede la jerarquización normativa”.¹⁷ Superado este requisito preliminar, una interpretación somera podría encaminar a ver en el propio texto la prelación de la Constitución respecto de la ley, y a esta y a aquella imperar sobre el tratado. No obstante, “la disposición establece: son ‘Ley Suprema en toda la Unión,’ la Constitución, ‘las leyes del Congreso que emanen de ella’ (o sea, de la Constitución) y los tratados. ‘Las leyes del Congreso’ resultan en este contexto, normas derivadas de la Constitución por lo que necesariamente estarán en un nivel inferior a ésta, no así los tratados, porque estos solo deben cumplir con los ‘criterios de identidad’¹⁸ para ser admitidos en el sistema jurídico mexicano, [...]. Al no ubicarlos abajo de la Constitución, el dispositivo del artículo 133 los ubica al mismo nivel jerárquico de ésta”.¹⁹ Sobre esa base, dice L. Pereznieto Castro, “propongo aquí situar a los dos sistemas jurídicos internacional y nacional en un mismo rango, previo el reconocimiento de que el primero no sea contrario al segundo. Esta diversa formulación permite enlazar a ambos órdenes jurídicos en uno solo sin sumisión el uno al otro”.²⁰

En Argentina, el tema del control de la constitucionalidad de las leyes aprobatorias de tratados internacionales no ha sido ajeno a la jurisprudencia existente. Debe advertirse, en todo caso, que en este país andino opera un sistema de control constitucional de tipo difuso, al igual que en los Estados Unidos de América, por lo que los efectos de la sentencia son —entre otros— únicamente aplicables en la dilucidación de un caso concreto. Así, brevemente se puede referir que en el caso *Cabrera c/Comisión Técnica Mixta de Salto Grande*, la Corte Suprema de Justicia trató específicamente la incompatibilidad entre un tratado y la Constitución, dio prioridad a esta y declaró en consecuencia la inconstitucionalidad del artículo 4 del acuerdo de sede del 15 de septiembre de 1977 suscrito entre la República Argentina y la Comisión Técnica Mixta de Salto Grande.²¹

En Venezuela ya han sido esgrimidos por el máximo tribunal constitucional los principales argumentos que gravitan en torno a esta cuestión, los cuales encajan perfectamente en este orden de ideas. Dicho órgano jurisdiccional, planteó las siguientes objeciones con relación al establecimiento de un control de constitucionalidad de las leyes aprobatorias de los tratados internacionales:

¹⁷ Pereznieto Castro: o. cit., p. 280.

¹⁸ *Ibidem*, pp. 277 ss. Estos “criterios de identidad” corresponden a una conceptualización que hace Joseph Raz: *El concepto de sistema jurídico* (trad. de Rolando Tamayo y Salmorán), México: UNAM, 1986, dirigida a determinar en qué momento el tratado internacional pasa a formar parte del sistema jurídico mexicano y que Leonel Pereznieto Castro interpreta, en este marco, como la conformidad que requieren los tratados internacionales respecto de la Constitución, la celebración de estos por el presidente de la República y la aprobación que de ellos haga el Senado.

¹⁹ Pereznieto Castro: o. cit., p. 280.

²⁰ *Ibidem*.

²¹ Sagüés: o. cit., p. 143.

1. De existir la inconstitucionalidad de una ley aprobatoria de un tratado internacional, existiría consecuentemente una violación al principio *pacta sunt servanda*.
2. Además, “las diferencias derivadas de la interpretación o ejecución de un tratado internacional, se refieren exclusivamente a las partes contratantes, a los Estados signatarios del acuerdo, pero en modo alguno a los ciudadanos o súbditos de los Estados intervinientes, pues si bien el tratado internacional puede adoptar en el derecho interno la forma de una ley conforme a la definición que acoja cada técnica constitucional, sigue, no obstante, conservando en la esfera internacional la naturaleza intrínseca de una convención, de un acuerdo de voluntades entre Estados, y como tal solo extinguido por las vías aceptadas en el derecho de gentes o por los otros medios previstos por el consentimiento de los contratantes [...]. Ningún estado ostenta poder jurídico para hacer prevalecer el imperio de sus propias leyes sobre las de otro, y como quiera que no existe un tercer poder o norma supra-estatal con autoridad incontestable sobre los miembros de la comunidad internacional, es preciso concluir que los órganos jurisdiccionales de los Estados vinculados por un tratado internacional no pueden anularlo total o parcialmente por sí y ante sí, unilateralmente, aduciendo razones de orden jurídico interno”.²² Por lo tanto, en caso de que exista antinomia entre la Constitución y la ley aprobatoria de un Tratado Internacional, se debe de estar “a favor de nuestros preceptos constitucionales pero no por la vía jurisdiccional de anulación unilateral, sino por las vías reconocidas en el derecho internacional: la denuncia de un tratado [...] ante la imposibilidad jurídica del máximo organismo jurisdiccional para declarar e imponer la nulidad del expresado Tratado, entraría a funcionar entonces la cooperación prevista en la Constitución”.²³ “Aunque el Estado Venezolano carece de poder jurídico para anular jurisdiccionalmente por sí y ante sí con efectos *erga omnes* un Tratado, ‘es indudable que en cada caso concreto de colisión sometido a su decisión, los tribunales venezolanos deben aplicar por mandato legal la norma constitucional con preferencia a cualquier otro texto de ley, incluso los tratados internacionales’”.²⁴

Sin embargo, estos razonamientos incitaron las críticas que a continuación se someramente se presentan:

1. La Corte venezolana confunde el acto aprobatorio (ley) y el acto aprobado (tratado). El acto de aprobación constituye un acto de control (ley aprobatoria) accesorio; el tratado aprobado, el acto controlado y principal.²⁵

²² *Ibidem*, p. 73.

²³ *Ibidem*, p. 74.

²⁴ *Ibidem*.

²⁵ *Ibidem*, p. 75.

2. Siendo distintos, la ley aprobatoria sería impugnabile por vía de la inconstitucionalidad, y no así el tratado. La declaratoria de la nulidad de la primera no tendría que afectar jurídicamente al tratado ni al principio *pacta sunt servanda*.²⁶ El Estado debería, en consecuencia, estar sujeto internacionalmente al tratado hasta tanto no se le ponga fin por las vías del derecho internacional. En todo caso, la declaratoria de nulidad de la ley aprobatoria debe provocar inmediatamente la denuncia del Tratado.²⁷ Además, “es absurdo pretender que las leyes aprobatorias de tratados puedan inaplicarse, en casos concretos, por cualquier juez [...] y que en cambio no puedan ser objeto de control directo”.²⁸
3. Aunque “[...] la Ley aprobatoria se limita a aprobar el tratado, no puede, por supuesto, introducirle modificaciones, ni puede ser reformada o derogada posteriormente. Pero el hecho de que sea una Ley especial y *sui generis* no le quita su carácter de Ley, susceptible de ser controlada por inconstitucionalidad [...]”.²⁹

A juicio de Brewer Carías:

[...] el problema de la declaratoria de inconstitucionalidad de las leyes aprobatorias de los Tratados, radica en los efectos de tal declaratoria en el ámbito de las obligaciones internacionales de la República. En efecto, la declaratoria de nulidad, por inconstitucionalidad de una Ley aprobatoria de un Tratado internacional, por la Corte Suprema de Justicia implica, necesariamente y por la colaboración que los poderes del Estado deben tener entre sí, que el Ejecutivo Nacional debe poner fin al Tratado por las vías autorizadas por el Derecho Internacional Público. Por supuesto, esto puede comprometer la responsabilidad internacional de la República, la cual debe ser asumida por el Estado. [...] en todo caso, la supremacía constitucional y el control de la constitucionalidad de las leyes no pueden ser sacrificados por los compromisos internacionales. La República debe asumir estos, y sus responsabilidades internacionales, cuando una Ley aprobatoria de un Tratado sea declarada nula, por inconstitucionalidad [...].³⁰

Desde nuestra perspectiva, todo lo anterior apunta a una serie de juicios que brevemente sintetizaremos a continuación, partiendo del propio contexto jurídico guatemalteco.

²⁶ *Ibidem*.

²⁷ Brewer Carías: o. cit., p. 75.

²⁸ *Ibidem*, p. 76.

²⁹ *Ibidem*.

³⁰ *Ibidem*.

4. Referencia a Guatemala

4.1. Regímenes en presencia

En Guatemala la jerarquía interna de las normas convencionales en el sistema constitucional se funda en dos regímenes diferenciados: un régimen particular, específico para cierto tipo de convenios internacionales, y un régimen general, aplicable al resto de los tratados. El régimen particular comprende todo el ámbito de los tratados o convenios celebrados en materia de derechos humanos, para los que la Constitución establece el principio general de que los tratados y convenios aceptados y ratificados por Guatemala en esta materia “tienen preeminencia sobre el derecho interno”.³¹ La superioridad subrayada por la disposición debe remitir necesariamente a la estructura de las fuentes normativas del ordenamiento nacional, para situar en el vértice de la pirámide interna las normas convencionales de derechos humanos. Pero la preeminente situación de esta categoría de convenios en la estructura jurídica del ordenamiento es concluyente sobre el derecho interno en su conjunto, por lo que su supremacía subordina incluso a la propia norma constitucional. En consecuencia, los convenios internacionales sobre derechos humanos se erigen en norma supraconstitucional en el orden jurídico de Guatemala.³²

El régimen general, por su parte, se extiende a todas las categorías de tratados no relativas a los derechos humanos y se estructura, de modo esencial, con base en el principio de control de constitucionalidad que contempla el sistema. A este efecto, la Corte de Constitucionalidad³³ tiene entre sus funciones la de emitir opinión sobre “la constitucionalidad de los tratados, convenios y proyectos de ley, a solicitud de cualquiera de los organismos del Estado”.³⁴ Sobre esta base, los tratados internacionales deberán conformarse siempre a las disposiciones de la norma fundamental “excepción hecha de los relativos a los derechos humanos, evidentemente”, con la posibilidad de reformar

³¹ Artículo 46 de la Carta fundamental en vigor de Guatemala.

³² No avizoramos que sea factible el más mínimo atisbo de 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 hómine* o principio de progresividad de los derechos humanos, aunado al hecho de la existencia de la cláusula abierta que en esta materia establece el artículo 44 de la Constitución —derechos inherentes a la persona—, a través de la cual la inclusión de estos desborda el ámbito legal u ordinario, e incluso el constitucional, siempre que constituyan derechos más favorables para la persona o el ser humano. En todo caso, no podemos pasar por alto que, conforme a la última interpretación vigente, realizada por la Corte de Constitucionalidad como máximo tribunal de jurisdicción constitucional, dichos tratados ocupan un rango *constitucional* siempre que no entren en choque frontal con lo preceptuado por la normativa suprema. Para el efecto véase la sentencia de la Corte, contenida en el expediente 280-90 (*Gaceta* n.º 18).

³³ Establecida por disposición de los artículos 268 ss. de la Carta en vigor, la Corte es un tribunal permanente de jurisdicción privativa, cuya función esencial es la defensa del orden constitucional; actúa como tribunal colegiado con independencia de los demás organismos del Estado y ejerce funciones específicas que le asignan la Constitución y la ley de la materia.

³⁴ Artículo 272.e de la Carta actual de Guatemala.

el texto constitucional para facilitar una eventual adecuación de las prescripciones convencionales.

Es particularmente relevante destacar de este precepto su condición abierta a la legitimación de todos los organismos del Estado para promover la correspondiente consulta de constitucionalidad de las normativas convencionales, en función solo de su libre apreciación de elementos de inconstitucionalidad en una determinada convención internacional. Es, pues, indudable que la articulación de un mecanismo de control de constitucionalidad en un sistema como este conlleva, indefectiblemente, el principio de jerarquía *infraconstitucional* de las normas convencionales en la estructura de fuentes del Estado, puesto que es a la carta fundamental que se deben ajustar todas las disposiciones de los convenios internacionales y que en el caso del sistema de Guatemala constituye el *régimen general* de las relaciones entre los tratados y la Constitución.

Más aún, este régimen general puede encontrar también apoyo normativo en la advertencia de que ninguna ley podrá contrariar las disposiciones de la Constitución, sancionando que las leyes que violen o tergiversen los mandatos constitucionales son nulas *ipso iure*.³⁵ De esta suerte, si se toma la acepción de ley en un sentido *lato*, se tendría que ninguna norma del Estado posee en este ordenamiento un estatuto superior al de la Carta constitucional, ya que cuando el legislador constituyente lo quiso de otro modo, lo señaló de forma expresa instituyendo un régimen propio para las convenciones internacionales sobre derechos humanos.³⁶

Ahora bien, será este mismo carácter de subordinación a la Constitución el que contribuya a fijar, de algún modo, la relación entre el tratado y la ley, pues esta no viene explícitamente señalada por la Carta. En este sentido, el control de constitucionalidad aporta, sin duda, la justificación innegable de que la voluntad constituyente quiso situar con toda claridad al tratado bajo la autoridad de la Constitución, pero, al propio tiempo, aporta el indicio de que el legislador no quiso ir tan lejos como para situarlos bajo el dominio de la ley, en una posición *infralegal*. Aun así, si esta inferencia lógica permitiera descartar el rango *infralegal* para los convenios internacionales en este orden jurídico, no permitiría sin embargo llegar a afirmar con total certeza que la jerarquía convencional es igual a la ley o, definitivamente, superior a la norma legal.

Un antecedente en este último sentido de *supralegalidad* podría encontrarse quizás en los tratados cuya aprobación parlamentaria requiere el voto de las dos terceras partes del total de diputados que integran el Congreso,³⁷ y que por esta circunstancia de mayoría cualificada pudieran primar sobre la ley ordinaria. Sin embargo, este factor podría esclarecer la situación, únicamente, de la especial categoría de normas

³⁵ Como efectivamente las califica el artículo 175, párrafo primero, de la Constitución de Guatemala.

³⁶ En el marco del artículo 46, antes mencionado, y que articula el régimen especial de la relación entre tratado y Constitución en el actual texto fundamental de Guatemala.

³⁷ Mayoría cualificada que en efecto prevé el artículo 172 de la Carta en vigor para los tratados que: a) se refieran al paso de ejércitos extranjeros por el territorio nacional o al establecimiento temporal de bases militares extranjeras; y b) afecten o puedan afectar la seguridad del Estado o pongan fin a un Estado de guerra.

convencionales sometidas por el sistema a esta mayoría cualificada y, además, respecto solo de las leyes ordinarias a las que no se impone este tipo de mayorías. De modo que la cuestión del rango respecto de la ley sigue planteada en relación con la generalidad de los tratados, para cuya aprobación por el Parlamento no se exige una mayoría especial, y también respecto de las leyes llamadas *constitucionales*, cuya reforma requiere, igualmente, el voto de las dos terceras partes del total de los diputados que integran el Congreso.³⁸

En suma, no parece factible atribuir, de modo fiable, un rango a los tratados respecto de la ley interna de este sistema a partir de la norma positiva, pues, a falta de una disposición expresa, los indicios normativos existentes no son garantía de una conclusión rigurosa. Y, sin embargo, lo más probable es que la práctica del Estado en esta materia se haya conducido por los cauces del reconocimiento de la *supralegalidad* de los tratados.

A diferencia de otros ordenamientos jurídicos en los cuales el texto fundamental nada o muy poco aporta para esclarecer la incógnita cuya respuesta se ha venido investigando, la Constitución Política de la República, al igual que la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad (artículos 2 y 3), no guardan del todo silencio al respecto. Al margen de la distensión que pueda provocar —y que de hecho provoca— el tema de la jerarquía de los tratados internacionales en materia de derechos humanos³⁹ y las distintas pautas que deben guardarse en cuanto a su aplicación, debe ahora también entrarse a estimar lo dispuesto por el artículo 204 de la Constitución Política de la República: “Los tribunales de justicia en toda resolución o sentencia observarán obligadamente el principio de que la Constitución de la República prevalece sobre cualquier ley o tratado”.

La duda, ahora sí, aparece despejada. La norma compele a todos los tribunales de justicia —entre los que deben incluirse tanto los que actúan en la esfera de la jurisdicción ordinaria como los de jurisdicción constitucional— a observar obligadamente el principio de supremacía constitucional, con primacía, obviamente, no solo sobre cualquier ley sino incluso sobre cualquier tratado, salvo, naturalmente, aquellos en materia de derechos humanos, que constituyen un régimen distinto.

Ello implica, por otra parte, que los tratados internacionales no solo nunca pueden ser superiores a la Constitución, sino también que están sujetos a los controles constitucionales jurídicamente aplicables incluso por el juez de oficio, si lo considera necesario (inconstitucionalidad en caso concreto). Pero la extensión del precepto mencionado no se agota allí. La razón nos lleva a inferir que, si los tribunales ordinarios están obligados a observar lo anterior, con más razón lo estarán los magistrados del tribunal constitucional, quienes deben velar por la efectiva defensa de dicha primacía

³⁸ Como ordena, justamente, el artículo 175, párrafo segundo, de la Constitución, a tenor del cual las leyes calificadas como constitucionales requieren, para su reforma, el voto de las dos terceras partes del total de diputados que integran el Congreso, previo dictamen favorable de la Corte de Constitucionalidad.

³⁹ Sobre esta materia se recomienda el estudio de las sentencias de la corte de constitucionalidad, contenidas en los expedientes 280-90 (*Gaceta* n.º 18), 131-95 (*Gaceta* n.º 43) y 872-00 (*Gaceta* n.º 60).

en cualquier petición que algún interesado promueva, ya sea que se pretenda con efectos erga omnes cesar en sus efectos jurídicos una ley (inconstitucionalidad general o abstracta) o bien únicamente en determinado caso concreto (inconstitucionalidad por vía indirecta o en caso concreto). Por lo tanto, si se iniciase un proceso de inconstitucionalidad abstracta en contra de la ley que aprueba dicho tratado —la cual traslada los efectos jurídicos generales al orden interno y sobre la cual debe estar encaminada la acción—, la Corte de Constitucionalidad, en su condición de tribunal supremo de jurisdicción constitucional, sería la primera llamada a defender y observar el principio antes enunciado, e invariablemente a señalar la inconstitucionalidad en caso de que esta exista.

Para el jurista nacional Francisco Villagrán Kramer, el problema debe abordarse distinguiendo entre los conflictos que ponen de manifiesto la incongruencia entre la Constitución y un tratado cuando el tratado es *anterior* a la Constitución y cuando es *posterior* a ella. En el primer supuesto,

[...] la norma constitucional es la que no guarda congruencia con el tratado, por lo que la Corte, por sí misma no puede, dejar sin efecto la norma constitucional, toda vez que carece de esa potestad, más si puede, después de constatar la incongruencia normativa, hacer consideraciones en torno a la conveniencia de que el Presidente de la República o el Congreso examinen la necesidad de reformar la Constitución, a fin de suprimir la causa o razón del conflicto. En el caso de inconstitucionalidad de un tratado que es posterior a la Constitución, la Corte puede por un lado opinar, y por el otro constatar y declarar la inaplicabilidad por inconstitucionalidad del tratado, más no puede anularlo, y ello, por los efectos y consecuencias jurídicas que apareja la nulidad, y porque solo el Presidente de la República puede en Guatemala desligar al Estado de un tratado mediante su denuncia. La Corte puede, desde luego, apuntar el camino a seguir. En el ínterin, el Ejecutivo puede hacer saber al órgano encargado del depósito de ratificaciones y a las otras en el tratado que suspende por el término de tres meses, ya sea la disposición inconstitucional o todo el tratado, según el caso, siguiendo para ello el procedimiento previsto en el artículo 65 de la Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados que fuera ratificada por Guatemala, a fin de resolver si negocia la reforma del tratado o si lo denuncia.⁴⁰

Conforme a lo expuesto y a efecto de esclarecer y replicar posteriormente lo apuntado, en primer lugar se debe encaminar enfáticamente el problema, siempre con relación a la ley que integra o incorpora al tratado internacional dentro del marco jurídico vigente en el orden interno, ya que en caso contrario —tal como concluye el citado autor— se estaría dotando a la Corte de Constitucionalidad de una potestad que no le atañe: la de anular o desligar al Estado de la vinculatoriedad del tratado en el plano

⁴⁰ Francisco Villagrán Kramer: *Derecho de los tratados*, Guatemala: S&G Editores, 2.^a ed., 1995, p. 2003.

internacional. Entendido esto, sin embargo, cabe objetar que, si se admite el poder y deber de la Corte de Constitucionalidad para declarar la inconstitucionalidad (o *inaplicabilidad*, en el término utilizado por el autor) de la ley que incorpora el tratado dentro del marco jurídico nacional, no puede considerarse útil ya —ni mucho menos válida— la distinción cronológica entre un tratado aprobado con anterioridad a la Constitución o bien con posterioridad a ella. En ambos supuestos, el parámetro de medición de su constitucionalidad será siempre la Constitución en vigor, y en consecuencia en ambos casos (y no solo con respecto a los tratados aprobados con posterioridad a la Constitución) la Corte de Constitucionalidad podrá declarar la inconstitucionalidad que —eso sí— solo en el plano del derecho interno provocará la cesación de efectos jurídicos de la ley que introduce en el marco jurídico vigente dicho tratado internacional.

Lo anterior requiere las siguientes consideraciones:

1. Las leyes aprobatorias de los tratados internacionales no dejan de ser disposiciones normativas con carácter general. Si ello es jurídicamente válido, también lo es que en virtud del principio de supremacía constitucional, recogido en la Constitución Política de la República (artículos 44, tercer párrafo, 175 y 204), todas las leyes deben sujeción a la normativa constitucional, y es por ello precisamente que el constituyente ha ordenado a todos tribunales de justicia que en toda resolución o sentencia observen obligadamente el principio de que la Constitución de la República prevalece *sobre cualquier ley o tratado*. Por lo tanto, tan nulas ipso iure son las leyes que violan o tergiversan los mandatos constitucionales como las sentencias o resoluciones que, amedrentando la supremacía constitucional, otorguen primacía a lo establecido por un tratado.
2. En el supuesto de que exista contradicción entre lo preceptuado por un tratado internacional y lo enunciado por la normativa constitucional, si no se reconociese la supremacía de la segunda de estas sobre la primera, se estaría sustituyendo la voluntad del legislador constituyente y, a la postre, frente a una reforma o abrogación de las propias prescripciones constitucionales.
3. El tribunal constitucional (en el caso particular de Guatemala, la Corte de Constitucionalidad), conociendo en su modalidad concentrada, está llamado por mandato constitucional a defender el orden constitucional. Es en esta dirección que se lo ha dotado del conocimiento y la resolución de las garantías necesarias para alcanzar semejante fin; entre ellas, la inconstitucionalidad de las leyes en forma general o abstracta: remedio preciso para poner freno y expulsar todas aquellas normativas jurídicas “aun los mismos tratados internacionales” que se atrevieran a ponerla en entredicho, al desbordar en sus contenidos las extensiones prescritas por las líneas matrices magnas o supremas.
4. Nada obsta, pues, para afirmar que, frente a un tratado internacional que se tiñe de inconstitucionalidad, jurídicamente (artículos 44 tercer párrafo, 175,

204 y 268 de la Constitución Política de la República y artículos 2, 4, 114, 115 y 149 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad) no queda otro remedio que su misma expulsión del ordenamiento jurídico a través del ejercicio de la garantía de la inconstitucionalidad general o abstracta, aunque los efectos de dicha declaratoria redunden ineludible y deshonrosamente en el ámbito del derecho internacional y de las obligaciones internacionales asumidas por el Estado de Guatemala. Esto último será la paga por semejante atrevimiento, imprudencia y negligencia de los poderes constituidos responsables de la violación. Sin embargo, no significa que el tratado internacional, de conformidad con lo normado por el derecho internacional y las responsabilidades internacionales asumidas por el Estado de Guatemala, deje de ser válido y vinculante hacia este; o, peor aun, que dicha responsabilidad pudiese acusarse de inoperante. Al contrario, únicamente a través de los mecanismos de terminación de los tratados reconocidos internacionalmente —que el poder constituido competente se encontrará ahora obligado a gestionar— se podrá llegar al final del peregrinaje jurídico para su dimisión con carácter absoluto en el plano internacional.

Si lo anterior no es cierto, entonces los tratados internacionales importarían la pérdida de rigidez y fuerza normativa del precepto constitucional.⁴¹ El legislador constituyente se habrá subrogado así del ejercicio soberano de sus funciones y, peor aún, el pueblo mismo hará sido absurdamente traicionado. La Constitución sería entonces, en definitiva, una ridícula y frustrada tentativa de limitar el ejercicio del poder público que a través de otros subterfugios es restringida.

4.2. La resolución del Tribunal Constitucional del 13 de agosto de 2003

Es así que finalmente se llega a la conclusión a la cual indirectamente ya ha arribado también la Corte de Constitucionalidad, conforme la resolución del 13 de agosto del año 2003.⁴² La ley ordinaria que incorpora al derecho interno un tratado internacional puede y debe, si así se requiere, ser declarada inconstitucional.

Pero si se concluye que es válido el control constitucional de los tratados internacionales, a través de las leyes aprobatorias que lo incorporan al derecho interno, queda en pie la cuestión —que cada día cobra más efervescencia e indudablemente apareja una interminable discusión, matizada al rigor de dos puntos de vista ciertamente validos desde sus respectivas esferas (internacional y constitucional)— de la viabilidad de la declaratoria de inconstitucionalidad de la ley aprobatoria de un tratado internacional *con posterioridad* a que esta ya haya sido incorporada válidamente

⁴¹ Sobre todo considerando que, del análisis desprendido en los presentes párrafos, no parece esto haber sido la voluntad del constituyente. De haberlo sido, otras serían las normativas dispuestas; por lo que la soberanía, en dicho supuesto, sí podría virtualizarse desde una perspectiva distinta a la ahora abordada.

⁴² Sentencia contenida en los expedientes acumulados 1555-2002 y 1808-2002 (*Gaceta* n.º 69).

al derecho interno estatal. Nos estamos refiriendo, pues, al control represivo de los tratados internacionales.

Aunque algunos respetados tratadistas promueven como solución únicamente el control *previo u oficioso* del máximo tribunal constitucional y entrarán en pánico ante la sola idea de admitir un posible control *represivo* de los tratados internacionales, ello, desde nuestra modesta apreciación, es burdamente insuficiente.⁴³ Si bien un control previo u oficioso⁴⁴ asegura que el tratado internacional no entre en vigor hasta que se asegure su compatibilidad con el ordenamiento jurídico interno “de forma y de fondo”,⁴⁵ ¿qué pasaría si dicho tratado internacional, al haberse prolongado su vigencia, posteriormente entrase en conflicto con nuevas disposiciones constitucionales, distintas obviamente a las dispuestas en el momento de su suscripción? O bien, ¿qué solución se podría dar en el supuesto —extraño por cierto, pero no imposible— de que el Tribunal Constitucional cambiase determinada interpretación de las disposiciones constitucionales y considerara incompatibles con el tratado internacional algunas que en su jurisprudencia anterior consideró compatibles?

La pregunta en el fondo sigue siendo la misma, solo que ahora con un matiz distinto: ¿Puede declararse, en los supuestos antes mencionados, inconstitucional la ley que incorpora al derecho interno el tratado internacional cuando este ya se ha incorporado a aquel válidamente (control represivo o a *posteriori*)?

Para algunos (indudablemente en su mayoría internacionalistas) la respuesta es una categórica negativa. Ello debido a que, en estos últimos supuestos, la única solución posible debería ser, respectivamente: 1) reformar la Constitución (debido a que el constituyente debió haber advertido el compromiso internacional previamente adquirido

⁴³ Tal es el caso de Humberto Nogueira Alcalá, quien considera que, partiendo de una perspectiva de responsabilidad y coherencia del Estado de Derecho Constitucional y de los propios principios generales del derecho internacional, es obligatorio que los tratados solo puedan “tener control de constitucionalidad en el proceso de su incorporación al derecho interno, control que debiera ser obligatorio quedando inhibido el control de constitucionalidad cuando las normas de derecho internacional se han incorporado válidamente al derecho interno, ya que de lo contrario se vulnera conscientemente y de mala fe el principio esencial de primacía del derecho internacional válidamente incorporado, además, quedaría facultado el Estado para determinar unilateralmente si cumple o no sus obligaciones internacionales. Coherentemente con el principio de buena fe y de seguridad jurídica no puede existir control de constitucionalidad represivo de los tratados.” Humberto Nogueira Alcalá: “La soberanía, las constituciones y los tratados internacionales en materia de derechos humanos: América latina y Chile”, en Eduardo Ferrer Mac-Gregor (coord.): *Derecho procesal constitucional*, tomo II, México: Porrúa, 2003, p. 1842.

⁴⁴ Como es el caso del ordenamiento colombiano, donde el control de constitucionalidad de los tratados internacionales “*es posterior* en cuanto se trata de una ley que ya ha sido sancionada por el Presidente de la República, una vez agotado el trámite en el Congreso, pero *es previo* en cuanto el pronunciamiento de la Corte debe anteceder al perfeccionamiento del instrumento internacional, el cual no puede darse sin que exista el fallo de constitucionalidad correspondiente.” Ernesto Rey Cantor: “Derecho procesal constitucional en Colombia”, en Eduardo Ferrer Mac-Gregor (coord.): *Derecho procesal constitucional*, tomo II, México: Porrúa, 2003, tomo IV, p. 3006.

⁴⁵ En efecto, el examen es de forma, y opera en dos vías: a) en cuanto a la representación y competencia del Estado legalmente ejercida, y b) con relación al procedimiento seguido por el Congreso para la emisión de la ley (*interna corporis*). Y de fondo, en cuanto supone efectuar una comparación entre el ajuste que deben guardar las disposiciones del texto del tratado internacional y los preceptos constitucionales.

y la primacía del derecho internacional), o 2) interpretar las disposiciones del derecho interno de forma armónica, a tal grado que desapareciesen las incompatibilidades entre las disposiciones normativas en conflicto, o 3) simplemente no admitir de llano el control represivo de los tratados internacionales si están válidamente incorporados al derecho interno.

Sin embargo, ninguna de las respuestas anteriores satisface y todas parecen alejadas en cierta manera de la objetiva realidad. Indudablemente, la refutación requiere más precisión.

Permítase apuntar que el control de constitucionalidad automático, oficioso o previo de los tratados internacionales *no asegura en todos los casos* la compatibilidad de las disposiciones normativas contenidas en los tratados internacionales con respecto a las normas constitucionales establecidas. En consecuencia, debe ser admisible el control de constitucionalidad de los tratados internacionales no solo *antes* de que estos entren en vigor (*control preventivo*), sino incluso cuando, *ya* habiéndolo hecho, sobrevenga una causa que los haga inconstitucionales (*control represivo*). De aquí que no se permita afirmar con toda propiedad que el control previo de constitucionalidad de un tratado internacional sea la panacea para la eventual incompatibilidad de un tratado internacional con la normativa constitucional.

En este orden de ideas, y en estrecha relación con lo anterior, de forma obvia se deduce que la inconstitucionalidad de la ley que incorpora al derecho interno un tratado internacional no solo puede ser examinada en el momento previo a que esta incorpore al ordenamiento jurídico interno el tratado internacional, sino que dicho control debe persistir a través del tiempo, aun cuando el tratado ya esté en vigor en el plano del derecho internacional.

Para dar cierre a estas líneas, y como corolario inexorable de todo lo expuesto, resulta adecuado traer a colación los expedientes acumulados 12-2004 y 213-2004 proferidos por la Corte de Constitucionalidad, en virtud de los cuales se admitió la procedencia de un control constitucional represivo de los tratados internacionales y se declaró “inconstitucionales, con efectos exclusivamente para el Estado de Guatemala” cierta dicción y algunos incisos contenidos en los artículos 2 y 27 del Tratado Constitutivo del Parlamento Centroamericano, complementando así la jurisprudencia anterior en esta materia.⁴⁶

⁴⁶ Véanse en este sentido las sentencias de la Corte de Constitucionalidad contenidas en los expedientes acumulados 147-90 y 67-90, como asimismo la del expediente 320-90. De la *ratio decidendi* de dicho fallo se extrae el siguiente razonamiento: “Los tratados internacionales aceptados y ratificados por Guatemala forman parte de su ordenamiento jurídico, sujetos al principio de supremacía constitucional y, por lo mismo, susceptibles del control de constitucionalidad de las normas. Estas afirmaciones aplican respecto de los instrumentos y normas internacionales que Guatemala ha aceptado, salvo lo referente a las normas de *ius cogens* en materia de derechos humanos, que por virtud de los artículos 44, 46 y 149 constitucionales presentan algunas especificidades e implicaciones distintas. De esa cuenta, los instrumentos internacionales convencionales que Guatemala ha aceptado y ratificado, que no regulan materias de derechos humanos, y que puedan presentar alguna incompatibilidad con la Constitución, es pertinente expresar que si bien están sujetos al control de constitucionalidad de las normas, la declaratoria que en tal sentido pueda emitir esta Corte carece de efectos modificatorios o derogatorios del tratado o convenio de que se trate, en el ámbito del Derecho Internacional, pero tiene plenos efectos *erga omnes* respecto del Derecho

Con relación al juicio emitido, el entonces magistrado Mario Guillermo Ruiz Wong, con voto disidente, se opuso fervientemente a dicha resolución, de manera tal que conjuga —desde nuestra particular óptica—, si no todos, al menos la mayoría de los argumentos señalados por la doctrina respecto a la no admisibilidad o procedencia de un control constitucional *represivo* de tratados internacionales. El citado jurista sostiene las siguientes argumentaciones:

1. “Una norma internacional, una vez incorporada válidamente al derecho interno, no puede ser objeto del control represivo de constitucionalidad de las leyes, sin incurrirse en una violación de lo dispuesto en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados [...]. En un régimen como el que se propone en el artículo 149 constitucional encaminado sobre la perspectiva de responsabilidad y coherencia con los principios del Estado de Derecho Constitucional, y los principios generales del Derecho Internacional, se exige que los tratados solo pueden tener control de constitucionalidad de sus preceptos, en el proceso de su incorporación al derecho interno, quedando inhibido el control de constitucionalidad cuando las normas de derecho internacional se han incorporado válidamente al derecho interno; de manera que no entenderlo así implicaría vulnerar consciente y de mala fe el principio del derecho internacional válidamente incorporado”.
2. “El Estado de Guatemala, libremente, en cada una de las etapas de creación del Tratado Constitutivo del Parlamento Centroamericano y otras instancias Políticas, pudo decidir el suscribirlo o no, o bien el advertir en él contravención a normas de la Constitución Política vigente y formular reservas respecto de la normativa infractora del texto constitucional; y al no haberse realizado reserva alguna e incorporado al ordenamiento jurídico interno dicho tratado por aprobación por parte del Organismo Legislativo y ratificación por el Organismo Ejecutivo, ahora el Estado de Guatemala no podría declarar la inconstitucionalidad de normas de un tratado internacional [...] ya que de hacerlo de esa manera, tal actitud implica una marcada violación de los artículos 26 y 27 de la citada Convención, lo cual genera responsabilidad internacional para el Estado de Guatemala”.
3. En la sentencia se considera que los tratados internacionales están sujetos al control abstracto de constitucionalidad. Por ello, en caso de que “una regulación de carácter internacional —convencional— aceptada y ratificada por Guatemala, sea declarada inconstitucional por esta Corte, no podrá ser aplicada o invocada dentro del Estado ni por él mismo o sus funcionarios y habitantes”. Sin embargo, “[...] tal argumento carece absolutamente de

Interno, por lo que, en caso una regulación de carácter internacional —convencional—, aceptada y ratificada por Guatemala, sea declarada inconstitucional por esta Corte, no podrá ser aplicada o invocada dentro del Estado ni por el mismo o sus funcionarios y habitantes, circunstancia que no afecta su validez en el ámbito internacional ni los efectos e implicaciones que ello conlleve en esa competencia”.

sustentación jurídica y no se adecua a los dictados del Derecho Internacional ni del Derecho Constitucional guatemalteco; sobre todo si se toma en cuenta que el artículo 149 de la Constitución Política de la República reconoce la validez de todos aquellos principios, reglas y prácticas de Derecho Internacional. La consideración que contiene la sentencia, no solo es violatoria del artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho a los Tratados [...] sino además es contradictoria de la propia jurisprudencia de la Corte de Constitucionalidad [...].⁴⁷

4. “Para el caso que existiera un eventual conflicto de aplicación o validez entre normas de un tratado internacional con normas del ordenamiento jurídico interno, se deben respetar los principios imperativos del Derecho Internacional *pacta sunt servanda* y *bonna fide* que exigen cumplir de buena fe aquellas obligaciones internacionales contraídas por el Estado. Tal aspecto lo determina la denominada ‘doctrina de los actos propios’, de observancia obligatoria en el Derecho Internacional, que invalida toda actuación del propio Estado que viole las obligaciones y compromisos adquiridos libre y responsablemente en el ámbito de este Derecho; *de manera que mientras* no se haya obtenido la nulidad por vía del artículo 46 de la, Convención de Viena, *o no se haya procedido a la denuncia del tratado por la vía internacional* y este deje de ser aplicable al Estado parte, *este último estará obligado a su cumplimiento*, y las normas del tratado no pueden dejar de ser aplicadas por los órganos del Estado, como una lógica consecuencia de lo dispuesto en los artículos 26 y 27 de la citada Convención”. Propone finalmente que “[...] una vez se ha advertido transgresión constitucional en normas de un tratado internacional, *una perspectiva honesta y respetable de un Estado que ha ratificado la Convención de Viena sobre el Derecho a los Tratados, sería la de denunciar el tratado mismo*, asumiendo todos los costos políticos, económicos y sociales que ello impone, y no declarar su inconstitucionalidad como se hizo en la sentencia de la que razono mi voto disidente.”⁴⁸

Antes de intentar dilucidar los raciocinios argüidos, se debe dejar constancia de la amplitud de los párrafos sustraídos por razones de espacio.

El ex magistrado de la Corte de Constitucionalidad, en su voto disidente, admite la procedencia del control constitucional de los tratados internacionales *antes de que estos se incorporen* al ordenamiento jurídico interno. Sobre ello ya hemos dicho que no cabe la menor duda. Sin embargo, el estudio toral de la problemática surge ahora respecto a la posible inhibición de un control constitucional *posterior* a su incorporación

⁴⁷ Ya antes, en la sentencia contenida en el expediente 320-90 (*Gaceta* n.º 19), la Corte de Constitucionalidad había sostenido: “[...] un Estado no puede oponer su legislación interna para incumplir sus obligaciones internacionales válidamente contraídas, situación reconocida en el artículo 149 de la Constitución Política, el caso de infracción a las normas Convencionales de Derecho Internacional Público tiene sus propios mecanismos de reparación, siendo titularidad del reclamo de los Estados partes y ante las instancias apropiadas”.

⁴⁸ Cursivas añadidas.

valida en el derecho interno. Entender que se puede realizar un control constitucional posterior implica vulnerar conscientemente el principio de buena fe y la regla *pacta sunt servanda*, lo cual será en algunos casos plenamente válido en el ámbito del derecho internacional, mas no así en la esfera del derecho estatal (léase constitucional). El intérprete se coloca así en una confrontación entre dos órdenes jurídicos distintos, los cuales, al no ser factible su íntegra armonía, naturalmente constriñen a la preferencia de uno por sobre el otro.⁴⁹

Sin hipérbole cabe destacar que, en todo caso, lo que se declara inconstitucional es la ley aprobatoria del tratado internacional, nunca el propio tratado. Esto apareja que el Estado permanezca sujeto en un plano internacional hasta tanto no se le ponga fin por las vías admitidas en el derecho internacional. De ahí que la declaratoria de nulidad de la ley aprobatoria no afecte necesariamente al tratado.

No obstante, el citado ex magistrado admite que el Estado denuncie el tratado internacional, y debemos enfatizar que, precisamente, denunciar el tratado internacional será generalmente⁵⁰ la natural consecuencia que suceda a la declaratoria de inconstitucionalidad de la ley aprobatoria del tratado. Por ello, es “honesto y respetable” (en términos del ex magistrado, para nosotros “legal y justo”) admitir, por estas y las razones ya apuntadas, el control *represivo* de los tratados internacionales. Nunca anulándolos directamente, sino a la ley que los incorpora, y, en consecuencia, produciendo tras su denuncia la cesación de sus efectos, válidamente desde el punto de vista del derecho internacional.

Sin embargo, sería torpe y miope de nuestra parte excluir, con estas justificaciones, la responsabilidad internacional que el Estado en estos casos deba asumir.

Regresando a la sentencia que hemos puesto por ejemplo, póngase énfasis en el hecho de que únicamente fueron *dos* las normas internacionales declaradas inconstitucionales. Estas, por su número, no provocaban la inoperatividad o imposibilidad del cumplimiento total del tratado, razón por la cual no dieron mérito a declararlo inconstitucional.

En cambio, cuando los preceptos de dichos instrumentos internacionales íntegramente confrontan el orden constitucional, ¿opera la inconstitucionalidad de la misma forma? En otras palabras y aplicándolo al caso objeto de estudio: ¿Fue válida la actuación de la Corte de Constitucionalidad al percatarse de la existencia únicamente de un vicio de fondo *parcial* y así declararlo (parcialmente inconstitucional)?

En definitiva, no, pero no por las razones aducidas por el ex magistrado Ruiz Wong. A nuestro juicio, el proceder de la Corte de Constitucionalidad no fue el correcto debido a que la declaratoria de inconstitucionalidad nunca estuvo referida al decreto —ley aprobatoria— que incorporó el tratado al orden interno. La Corte, por ende,

⁴⁹ En el caso de Guatemala, el choque se materializa en el propio seno de la normativa suprema, no solo al suponer en rigor la sobreposición de la supremacía de su articulado frente a la regla general de respeto al derecho internacional, sino también la posible derogatividad *ilegítima e ilegal* de su propio articulado, en caso de que se prefiera o se quiera estar a lo previsto por la norma convencional contraria al orden constitucional.

⁵⁰ Podría también reformar su Constitución.

no declaró inconstitucional dicho decreto *sino el tratado mismo*, si bien “con efectos exclusivamente para el Estado de Guatemala”. Existió, pues, confusión entre lo que ya antes se ha denominado *acto aprobatorio* —ley o decreto— y el *acto aprobado* —tratado—. Pese a que la Corte de Constitucionalidad admitió que los efectos de dicha declaratoria (anulabilidad) no se aplicarían sino estrictamente al orden jurídico interno, al no referirse a la ley aprobatoria del tratado careció de una conexión lógica y jurídica que sustentase su inconstitucionalidad —con efectos exclusivamente para el Estado de Guatemala— del propio tratado internacional.

Como se ha venido recalcando, *lo que se puede controlar por vía de la inconstitucionalidad es el acto aprobatorio, no el acto aprobado*. Lo que la Corte de Constitucionalidad provocó, en realidad, fue una denuncia parcial (*de hecho*) del tratado internacional, cuestión que es imposible justificar desde un punto de vista internacional y aun desde la óptica del derecho constitucional. En todo caso, conviene preguntarse cuál fue la justificación que encauzó el actuar de la Corte de Constitucionalidad. Y aunque humanamente es imposible desentrañar un raciocinio que se desconoce, nos atrevemos a realizar las siguientes consideraciones.

En primer lugar, debe recordarse que la ley o el decreto incorporan al orden interno el tratado internacional *de forma íntegra*, sin deslindar a través de un articulado específico cada una de las normas convencionales. Por ello, cuando solo unas cuantas de esas normas chocan con la normativa constitucional, parece difuminarse o ponerse en entredicho la viabilidad de declarar su inconstitucionalidad parcial. De ahí que algunos estimen que el procedimiento debería ser declarar la inconstitucionalidad total del decreto o la ley aprobatoria. Y posteriormente, o bien que la magistratura constitucional señale al poder constituido competente las normas inconstitucionales para que este proceda a su denuncia parcial (siempre que ello sea posible),⁵¹ o bien que se reforme la Constitución para que guarde armonía con la disposición internacional, o bien, en última caso, que se realice la denuncia total del tratado internacional.

El primer supuesto —la denuncia parcial— constituiría, según el derecho de los tratados, una excepción a la regla general, por cuanto un Estado queda siempre obligado y facultado, en principio, a denunciar la totalidad del tratado internacional.⁵² De ahí que no parezca la salida más idónea, ya que en la mayoría de los casos, a costa de unas cuantas normas internacionales teñidas de inconstitucionales, se estaría sacrificando el resto de la preceptiva internacional. Además, aun en el supuesto muy lejano de que se pudiese proceder a su denuncia parcial, al ya haberse declarado inconstitucional *totalmente* el decreto que incorpora el tratado al orden interno, ¿cuál podría ser la senda legal para incorporarlo nuevamente? ¿Emitirse un nuevo decreto? ¿Emitirse una nueva sentencia que aclare el panorama? Ninguna parece ser la salida correcta.

Supongamos ahora que la magistratura declarase inconstitucional todo el decreto en mención y se propusiese una reforma a la Constitución. El problema radica aquí en

⁵¹ De conformidad con el artículo 44.1. de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

⁵² Procede únicamente cuando las partes así lo hayan dispuesto o el tratado lo permita (artículo 44.1. de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados).

que, aunque dicha reforma se promueva, ello no asegura que será aprobada o uniforme en cuanto al criterio esgrimido. Y aun si lo fuera, en el ínterin (que seguramente no será corto) el tratado internacional conservaría sus efectos jurídicos en el ámbito internacional pero carecería de ellos en el ámbito nacional. Por lo tanto, el remedio no es seguro ni, mucho menos, eficiente.

En la última de las hipótesis, si se declarara inconstitucional totalmente la ley aprobatoria del tratado internacional por unas cuantas normas internacionales que choquen con la normativa constitucional y se debiese denunciar totalmente el tratado —ya que, como se ha dicho, en la mayoría de casos no será admitida la denuncia parcial—, se estaría a la postre, al igual que en el primer supuesto, sacrificando el contenido íntegro de las disposiciones internacionales por unas cuantas normas que a menudo no serán trascendentes en relación con la importancia del tratado en general. Esta última solución, entonces, tampoco parece la más correcta.

Lo más apropiado parecería ser —considerando el carácter *sui generis* del decreto o ley relacionado— la declaratoria de inconstitucionalidad parcial, respecto al artículo específico mediante el cual se dinamiza la incorporación del instrumento internacional al orden estatal. En este caso, la magistratura constitucional debería hacer la salvedad de que todos los artículos aprobados son constitucionalmente válidos, excepto aquellos enunciados al efecto. Esta sería la interpretación a imponer, pero huelga decir que únicamente sería aplicable cuando existiese una inconstitucionalidad parcial del tratado internacional.⁵³ Así, el tratado sería únicamente inaplicable en el territorio nacional, en orden a aquellas normas que adolecieran de inconstitucionalidad, pero perviviría conforme a las reglas del derecho internacional. Se evitarían así, a nuestro parecer, los males señalados en los supuestos anteriores.

5. Nuestra perspectiva final

Podemos ahora sostener con toda propiedad que —contrario al actuar de la Corte de Constitucionalidad recién expuesto— es solo la ley que aprueba un tratado internacional la que puede y debe ser declarada inconstitucional, tanto si las contradicciones se hubiesen presentado *previa* como *posteriormente* a que aquel haya sido incorporado al orden interno, sea por vicios de *fondo* o de *forma*. La declaración puede ser total o parcial. En el primer caso, el Estado deberá dar fin al tratado internacional por las vías internacionales legalmente reconocidas,⁵⁴ sin que la declaratoria redunde en el ámbito de las obligaciones internacionales, y asumiendo el Estado la responsabilidad

⁵³ No obstante, como se ha dicho, si la inconstitucionalidad parcial se basara en disposiciones del tratado internacional que lo hiciesen inoperable, inútil o vacío de realidad, entonces lo más apropiado sería declarar inconstitucional, de forma total, el decreto o la ley que lo aprueba e incorpora al orden nacional.

⁵⁴ En rigor de verdad, es también válido considerar la posibilidad para el Estado de cambiar y adecuar su ordenamiento de modo de no registrar ninguna incompatibilidad. No parece, al contrario, lo más apto considerar que la magistratura constitucional emitiera interpretaciones que armonizarán los choques existentes. Ello sería un paliativo que únicamente disfrazará con

internacional que conllevaría dicho actuar. En caso de que la inconstitucionalidad fuese parcial, la ley aprobatoria se puede declarar inconstitucional pero únicamente de forma parcial, y la magistratura constitucional debe imponer la final interpretación respecto a aquella normativa. Advertamos que en ambos casos, conforme a la dinámica antes expuesta, el hecho de habilitar al tribunal constitucional el control constitucional de los tratados internacionales —salvo la excepción hecha en materia de derechos humanos— no equivale a un poder omnímodo, sino a una función muy delicada que requiere la más prudente medida en su ejercicio. La magistratura no debe estar alejada de esta realidad, sino ser consciente de que sobre sus hombros no solo pesa el afán de justicia, sino también el compromiso internacional que inexorablemente deberá asumir el Estado como corolario a su operar.

Por otra parte, aunque ciertas doctrinas del derecho internacional (verbigracia, la doctrina de los actos propios) tengan plena validez en el orden externo, en muchos casos no hacen sino mancillar las reglas matrices constitucionales. Nos oponemos a ello, no porque en todos los casos sean erróneas, sino porque las perspectivas e interpretaciones no han sido las adecuadas. He aquí el trabajo del jurista, he aquí el advenimiento de una deuda y un compromiso, pero no simplemente con la patria, sino principalmente con el raciocinio y la justicia.

cierta estética lo disconforme, generando, en el mayor de los casos, una serie de contradicciones e incoherencias que engazarían en inseguridad jurídica.