

Las normas internacionales en la propuesta de la Comisión de Estudio de las Bases de la Reforma Constitucional del Perú

Elizabeth Salmón Gárate

59

En el mes de julio de 2001, la Comisión de Estudio de las Bases de la Reforma Constitucional presentó su informe final en el que dedica parte del capítulo V, *Del Estado y la Nación*, al tema de los tratados internacionales. El conjunto de la propuesta respeta los aspectos centrales de la Constitución de 1993 y rescata los puntos más valiosos de la Constitución de 1979 (como el relativo a la jerarquía de los tratados de derechos humanos). En el presente artículo analizamos los alcances globales de los nueve puntos de este documento y subrayamos tanto sus principales logros como aquellos aspectos que, en nuestra opinión, no están presentes o podrían alcanzar un mejor desarrollo.

1. Los nueve puntos de la propuesta

1.1. La incorporación inmediata de los tratados (Artículo 55 de la Constitución de 1993)

1. Incorporación de los tratados al derecho nacional. Se sugiere establecer que los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional.¹

¹ COMISIÓN DE ESTUDIO DE LAS BASES DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. Lima: Ministerio de Justicia, 2001, p. 38.

El ingreso de las normas internacionales a los ordenamientos internos de los Estados implica, necesariamente, la toma de posición con respecto a dos aspectos complementarios que son la incorporación y la jerarquía. La *incorporación* alude a la forma en que las normas internacionales ingresan a los ordenamientos estatales. Estas pueden ingresar automáticamente (sistema de incorporación monista) o requerir de algún mecanismo especial de transformación de la norma internacional en norma interna (sistema de incorporación dualista) como sucede en Estados como el Reino Unido, Irlanda, Italia y los países nórdicos.² La *jerarquía*, por su parte, se refiere al rango o posición que los tratados tendrán en relación (de prevalencia o subordinación) con las otras normas del sistema jurídico estatal.

Tanto la Constitución de 1993 como la de 1979 delinearon un régimen que, en términos generales, abordó estos dos aspectos siguiendo las tendencias más o menos dominantes en América Latina. En efecto, en el ámbito latinoamericano resulta posible identificar una cierta tendencia a adoptar automáticamente los tratados internacionales desde su entrada en vigor, es decir, sin necesidad alguna de transformación de la norma internacional en norma interna. Este es el caso, con algunas variables, de las constituciones de Argentina (artículo 31), El Salvador (artículo 144), Honduras (artículo 16), México (artículo 133), Colombia (artículo 224) y Paraguay (artículo 141). En el resto de los casos solo figuran normas específicas sobre la competencia del órgano legislativo para aprobar el tratado y, normalmente, sobre la del presidente del órgano ejecutivo para ratificarlo.

60

Nuestro sistema constitucional vigente opta por la aplicabilidad inmediata de los tratados en el derecho interno (sistema monista). Esta elección significa, en términos prácticos, que el Estado no requiere emitir acto adicional alguno de incorporación, sino que basta con que el Perú haya *celebrado* el tratado y que este se encuentre *en vigor* de acuerdo a sus propias disposiciones.

En este sentido, el artículo 55 de la Constitución de 1993 dispone que:

Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional.

De igual manera, el artículo 3 de la Ley sobre Perfeccionamiento de Tratados N° 26647 precisa que:

[...] [Dichos tratados] entran en vigencia y se incorporan al Derecho nacional, en la fecha en que se cumplan las condiciones establecidas en los instrumentos internacionales respectivos.

En síntesis, estas normas contienen dos conceptos que conviene precisar.

² CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio. *Curso de Derecho Internacional Público*. Madrid: Tecnos, 1991, p. 153.

a. “Celebrados por el Estado”

En principio, cuando se alude al proceso de celebración de tratados, se hace referencia, de manera general, “al conjunto de actos a través de los cuales se forman los tratados en el ordenamiento internacional”³ y, de manera particular, a la decisión de los sujetos que elaboraron el tratado (y eventualmente de sujetos no negociadores) “de quedar vinculados jurídicamente por sus disposiciones”.⁴ Esta vinculación se realiza a través de cualquiera de los mecanismos previstos por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, la cual establece como formas de manifestación del consentimiento la firma, el canje de los instrumentos que constituyan un tratado, la ratificación, la aceptación, la aprobación, la adhesión o cualquier otra forma que se hubiere convenido.⁵

La elección del mecanismo idóneo para manifestar el consentimiento, por tanto, corresponde normalmente a los ordenamientos jurídicos de los propios Estados que gozan, como confirma la práctica internacional, de una amplia libertad de forma en este punto. En nuestro caso, los artículos 56 y 57 de la Constitución delimitan, acertadamente, tres procedimientos diferentes de acuerdo con el contenido negociable de los compromisos internacionales. En algunos casos,⁶ es suficiente con la sola ratificación presidencial; en otros, se requiere la participación del Congreso a través de la aprobación. Finalmente, los casos en que el contenido del tratado “afecte disposiciones constitucionales” han de seguir el procedimiento que rige la reforma de la Constitución.

Cabe destacar que cualquiera de estos tres procedimientos —que concluyen siempre con la ratificación presidencial— alude al proceso de celebración del tratado y no constituye un requisito adicional para su incorporación en el Derecho Peruano. De esta manera, afirmar que un tratado ha sido celebrado por el Perú significa que nuestro Estado ha tenido la oportunidad de participar en las fases de celebración del mismo o que, adhiriéndose a él (cuando este procedimiento ya concluyó), ha tenido la oportunidad de conocer el contenido del convenio y, lo que resulta fundamental, ha manifestado su consentimiento en obligarse con este a través de cualquiera de los mecanismos que el Derecho Internacional establece.

³ GONZÁLEZ CAMPOS, Julio y otros. *Curso de Derecho Internacional Público*. Madrid: Servicio de Publicaciones de la Universidad Complutense, 1992, p. 139.

⁴ GUTIÉRREZ ESPADA, Cesáreo. *Derecho Internacional Público*. Vol. 1. Introducción y Fuentes. Barcelona: PPU, 1993, p. 152.

⁵ *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969)*. Artículos 11 a 16. Aprobada mediante DS 029-2000-RE de 21 de setiembre de 2000.

⁶ Se trata de aquellos que forman parte de la denominada *lista positiva* y son, entre otros, los concernientes a derechos humanos, soberanía, dominio o integridad del Estado, asunción de obligaciones financieras, etc.

b. Entrada en vigor

La exigencia constitucional de que el tratado esté *en vigor* se refiere al momento, siempre posterior a la manifestación del consentimiento, en que el tratado comienza a “desplegar todos sus efectos jurídicos”, entre ellos su obligatoriedad jurídica (*Pacta Sunt Servanda*)⁷ y su cumplimiento de acuerdo al principio de buena fe. Un tratado en vigor, por tanto, obliga a las partes, y su incumplimiento genera una situación de responsabilidad inter-nacional.

Según el artículo 24 de la Convención de Viena, un tratado entra en vigor de acuerdo con lo dispuesto por los propios Estados que negociaron el tratado o, a falta de disposición en este sentido, cuando exista constancia del consentimiento de todos los Estados negociadores. Este último supuesto, más bien excepcional y residual, se ha visto relegado por disposiciones expresas de tratados multilaterales que normalmente posponen su entrada en vigor hasta el momento en que un número determinado de Estados hayan consentido en obligarse por el tratado⁸ o a partir de una fecha determinada.⁹

Por otra parte, cabe destacar que la publicación del texto de los tratados en el orden interno solo cumple en nuestro sistema jurídico una labor de publicidad y difusión de la norma internacional,¹⁰ y no constituye una condición o requisito para la incorporación del mismo, que se verifica —como ya hemos anotado— con la sola entrada en vigencia internacional. Por ello, coincidimos con Novak cuando afirma que el artículo 55 es una norma especial a la que no le es oponible la norma general sobre publicidad del artículo 51 de la Constitución, interpretación que, como él mismo dice, ha sido plenamente confirmada por la práctica diplomática peruana. En efecto, en muchos casos, el Estado peruano ha honrado sus compromisos internacionales no obstante no haber sido publicados los tratados cuyo cumplimiento se exigía. La publicidad, por una interpretación sistemática, no es condición de vigencia por acción del artículo 55, pero sí de conocimiento general y, por ende, de correcta aplicación del mismo.

De esta manera y desde una perspectiva técnica, la fórmula del artículo 55 de la Constitución de 1993 supera ampliamente la primera parte del artículo 101 de la Constitución de 1979 que establecía:

⁷ GUTIÉRREZ ESPADA, Cesáreo. *Op. cit.*, pp. 170-171.

⁸ Este es, por ejemplo, el caso de la Convención de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar que estipulaba que entraría en vigor a los doce meses del depósito del sexagésimo instrumento de ratificación.

⁹ Por ejemplo, el artículo 84 de la Convención de Viena de 1969 establece un plazo de treinta días para aquellos Estados que ratifiquen o se adhieran a ella después de que el tratado recibió la trigésima quinta ratificación.

¹⁰ Así, el artículo 51 de la Constitución proclama la publicidad como elemento esencial para la vigencia de toda norma del Estado.

Los tratados internacionales celebrados por el Perú con otros Estados, forman parte del derecho nacional [...].

En efecto, la actual constitución ofrece, por lo menos, tres claras ventajas frente al texto anterior:

- En primer lugar, la exigencia del artículo 55, al prever el requisito de que el tratado esté en vigor, supera los problemas que podrían haberse presentado con la Constitución de 1979 en el caso de que el Perú manifestara su consentimiento en relación con un tratado que aún no había entrado en vigor o, supuesto más anómalo, que nunca entrara en vigor por no alcanzar el número de ratificaciones necesarias para ello.
- En segundo lugar, otorga mayor seguridad jurídica a las relaciones exteriores del Perú al exigirse que el tratado celebrado por nuestro Estado “se encuentre en vigor” como requisito *sine qua non* para pasar a formar parte del ordenamiento nacional.
- Asimismo, la Constitución de 1993 elimina acertadamente toda referencia a los sujetos con los cuales el Perú podría celebrar un tratado (como lo hacía la constitución anterior al referirse a “los tratados internacionales celebrados por el Perú *con otros Estados* [la cursiva es nuestra]”. En efecto, no solo los Estados son sujetos de Derecho Internacional y pueden celebrar tratados internacionales; también las organizaciones internacionales, sujetos derivados del orden internacional, tienen en casi todos los casos la capacidad de hacerlo siempre que cuenten con las competencias para ello. No reconocer este hecho supone desconocer el rol fundamental que juegan las organizaciones internacionales en las relaciones internacionales de nuestro tiempo. En este sentido, si bien la Convención de Viena de 1969 limita su ámbito de aplicación a los tratados celebrados entre Estados, se encarga de precisar que esta restricción “no afectará el valor jurídico de otros acuerdos internacionales celebrados entre Estados y otras entidades internacionales”. Por esto, al concluirse la Conferencia de Viena de 1969, se encargó a la Comisión de Derecho Internacional la elaboración de un proyecto sobre este tema que fue finalmente propuesto a los Estados en la Conferencia de Viena, concluida el 21 de marzo de 1986. Es a esta fecha que corresponde la Convención de Viena sobre los Tratados celebrados entre Estados y organizaciones internacionales, o entre organizaciones internacionales entre sí.

Por todo lo dicho, nuestra Constitución, al establecer que los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del Derecho Nacional, opta por un sistema de aplicabilidad inmediata que se acerca a una evidente y saludable comprensión monista de las relaciones entre el Derecho Internacional y el derecho interno.

1.2. La jerarquía de los tratados

En la práctica comparada latinoamericana resulta posible identificar dos claras tendencias en el tema de la jerarquía: la mayoritaria, que suele darle valor legal a los tratados inter-

nacionales; y la minoritaria, que le otorga valor supralegal a estas normas convencionales. Este último es el caso de las Constituciones de países como Costa Rica (artículo 7), El Salvador (artículo 144), Honduras (artículo 18), Paraguay (artículo 137) y Argentina (artículo 75, inciso 22).¹¹

Existe una tercera tendencia que es, en realidad, una mezcla de ambos sistemas y que consiste en que solo ciertos tratados, generalmente los referidos a la protección de los derechos humanos, gozan de rango supralegal o incluso constitucional mientras que el resto mantiene el rango legal —como en el caso de las Constituciones de Guatemala (artículo 46) y Colombia (artículo 93)—. También se presenta, aunque analizado en este tercer grupo, el caso único de la constitución argentina (artículo 75, inciso 22) que otorga jerarquía constitucional para los tratados sobre derechos humanos que ella determina y rango supralegal al resto de las normas convencionales.

En la Constitución de 1993, el Estado peruano otorga de manera general el rango de ley a los tratados internacionales sin hacer distinción alguna entre los tratados aprobados por el Congreso vía Resolución Legislativa y aquellos ratificados por el Presidente de la República, vía Decreto Supremo. Esta particularidad constituye una clara involución en relación con la tendencia contemporánea —al otorgarle mayor rango jerárquico a los tratados de derechos humanos— y con la propia Constitución de 1979.

64

De esta forma el artículo 200, apartado 4 afirma categóricamente que:

Son garantías constitucionales: [...] 4) La acción de inconstitucionalidad, que procede contra las normas que tienen rango de ley: leyes, decretos legislativos, decretos de urgencia, *tratados*, [...] [la cursiva es nuestra].

No obstante la claridad de esta disposición, se abren por lo menos dos alternativas a la fórmula constitucional de 1993.

1.2.1. La modificación de los tratados

2. Modificación de los tratados. Se recomienda que las normas de los tratados sólo pueden ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo a las normas generales del Derecho internacional”.¹²

El problema que surge como consecuencia de otorgar rango legal a los tratados es que estos priman sobre las leyes anteriores pero podrían ser modificados o derogados por

¹¹ Con algunas variaciones, las opciones van desde el señalamiento de que los tratados tendrán “autoridad superior a las leyes” (Costa Rica y Argentina) hasta la precisión de que “en caso de conflicto entre el tratado y la ley, prevalecerá el tratado” (El Salvador y Honduras), pasando por la enunciación de órdenes de prelación (Paraguay).

¹² COMISIÓN DE ESTUDIO DE LAS BASES DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. *Op. cit.*, p. 38.

una ley posterior. Su aplicación se rige por el principio de *lex posteriori derogat priori* que, en caso de descartar al tratado, hace que el Estado pueda incurrir en responsabilidad internacional. El riesgo de esta posición ha generado en la práctica comparada previsiones, normalmente jurisprudenciales y a veces legales (como el caso de nuestra ley 26647), que apuntan a señalar mecanismos que hagan preferir al tratado en desmedro de la ley para así cumplir con las obligaciones internacionales asumidas.¹³

En buena cuenta, la opción de otorgar rango legal a los tratados internacionales debe necesariamente rodearse de garantías adicionales para asegurar la plena vigencia de estos instrumentos internacionales. Como señalábamos, en el Perú, el artículo 7 de la ley 26647 cumple esa función aunque con el innegable riesgo de que, a su vez, ella misma se encuentra contenida en otra norma con rango de ley. Así se señala:

Artículo 7.- Los tratados celebrados y perfeccionados por el Estado Peruano, conforme a lo señalado en los artículos anteriores, sólo podrán ser denunciados, modificados o suspendidos, según lo estipulen las disposiciones de los mismos o, en su defecto de acuerdo con las normas generales del derecho internacional”.¹⁴

Esta disposición copia literalmente la fórmula de la constitución española de 1978,¹⁵ y es precisamente en el marco de la doctrina y jurisprudencia españolas donde se ha generado una amplia discusión acerca de si la norma confiere una suerte de supralegalidad de facto a los tratados o si, por el contrario, de lo que se trata es de un reparto de competencias que impide al legislador nacional ingresar a los ámbitos regulados por el tratado internacional.¹⁶ No obstante, cualquiera que sea la posición adoptada, lo cierto

¹³ El propio legislador parece también, en algunos supuestos concretos, haber preferido los tratados internacionales frente a otras normas con rango de ley. En nuestro país, la dación de la ley 26647 apunta también en esta dirección. La solución jurisprudencial también se ha dado en algunos países como Chile en que ha habido sentencias en esa dirección. Para mayor información sobre el punto véase BENADAVA, Santiago. *Derecho Internacional Público*. 4ª ed. Santiago de Chile: Editorial Universitaria, 1993, p. 104. Entendemos que una práctica de este tipo es, en principio, acorde con el Derecho Internacional dado que puede en un caso determinado evitar la eventual responsabilidad internacional de su Estado, pero tiene el riesgo innegable de depender de factores diversos que no aseguran de manera general el cumplimiento de las obligaciones internacionales.

¹⁴ Publicada en el diario *El Peruano* el 28 de junio de 1996. Cabe señalar que el término *modificación* puede entenderse como la modificación de los tratados que no es, por definición, una facultad unilateral del Estado, sino un nuevo acuerdo de voluntades en el plano internacional (al respecto véase el artículo 41 de la Convención de Viena). Un solo Estado mal podría, por tanto, modificar el resultado de por lo menos dos voluntades de sujetos distintos del orden internacional. *Modificación*, en este contexto, debe entenderse como cualquier alteración que solo tendría efectos internos.

¹⁵ Artículo 96.- “[...] Sus disposiciones [refiriéndose a los tratados] sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional”. La coincidencia, como puede apreciarse, es literal.

¹⁶ Para algunos, si los tratados internacionales solo pudieran ser denunciados, modificados o suspendidos “según las disposiciones de los mismos o, en su defecto, de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional”, se estaría *de facto* ubicando a aquel en un nivel superior al

es que en el caso español es la Constitución y no una norma de rango legal la que suscita el debate. En nuestro caso, la solución de la mencionada ley 26647 llena de mala manera lo que debió haber sido una disposición constitucional que acompañara al rango legal de los tratados internacionales.

1.2.2. La prevalencia de los tratados

3. Prevalencia de los tratados sobre la ley. Se plantea establecer que en caso de conflicto entre tratado y la ley, prevalece el primero.

Diversos factores como seguridad jurídica, mayor posibilidad de cumplimiento de los compromisos internacionales y una adecuación más eficaz entre el ordenamiento interno y el Derecho Internacional, han llevado a numerosos Estados bien a otorgar rango mayor a los tratados internacionales o bien a brindarles mayor protección frente a las leyes. En este sentido, la propuesta de la Comisión de Estudio rescata el artículo 101 de la Constitución de 1979 que preveía, tan escueta como acertadamente, que:

“En caso de conflicto entre el tratado y la ley, prevalece el primero.”

Coincidimos plenamente con esta propuesta frente a una eventual reforma de la Constitución de 1993. Este mecanismo de solución de conflictos no solo aseguraría una mayor coherencia entre las disposiciones internacionales obligatorias para nuestro país y las normas internas, que en ningún caso podrían desconocerlas, sino que además introduciría una dosis de orden y seguridad en las relaciones jurídicas del Estado peruano.

del resto de las leyes; en ningún caso, por encima de la norma constitucional ya que este privilegio solo podría otorgarlo la propia constitución. Se trataría por tanto de una suerte de supremacía del tratado sobre las disposiciones internas que tengan rango inferior al constitucional, sean anteriores (fuerza activa) o posteriores al tratado. Es por esta última precisión que una ley posterior no podría derogar o alterar de forma alguna el compromiso internacional. Esta opinión es sostenida, entre otros, por PASTOR RIDRUEJO, José Antonio. *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*. 6ª ed. Madrid: Tecnos, 1996, p. 203, y GONZÁLEZ CAMPOS, Julio y otros. *Op. cit.*, p. 240.

Otra posición, sostenida por García de Enterría, es que las relaciones entre tratado y ley interna se resuelven aplicando el principio de competencia. Este sostiene que todo aquello que ha sido objeto de un tratado queda excluido de la competencia del legislador interno. Así, se señala que la materia regulada por los tratados “queda acotada como una esfera autónoma más de nuestro concreto sistema de fuentes y sometida a un tratamiento procesal específico, el propio del Derecho internacional, tratamiento que la defiende frente a eventuales invasiones [o] frente a cualesquiera otro tipo de normas legales cuyo ámbito operativo se circunscribe a bloques de materias diferentes y separadas”. Desde esta perspectiva no podría, en estricto, existir conflicto entre el tratado anterior y la ley posterior que pretende alterarlo ya que para que ello sucediera, sería necesario que existan dos normas válidamente emitidas y, en este caso, una de las dos normas —la interna— no sería válida desde que ha invadido una esfera que no le corresponde. Véase GARCÍA DE ENTERRÍA Y FERNANDEZ RODRIGUEZ, T.R. *Curso de Derecho Administrativo*. Vol. I. Madrid: 1980, pp. 146 y ss.

Por estas razones, la autora de este ensayo sugirió, en su informe a la Comisión de Estudios de las Bases de la Reforma Constitucional, que si bien debía optarse por la prevalencia de los tratados frente a la ley, por preservar el rango legal de los mismos, debía necesariamente elevarse a nivel constitucional una disposición referente a la modificación de tratados (punto 2 de la propuesta) como segunda parte del actual artículo 55. Sin embargo, proponer la prevalencia de los tratados internacionales (punto 3) y, al mismo tiempo, una salvaguardia con respecto a su modificación nos parece reiterativo e innecesario, porque si el tratado goza de esta protección frente a la ley el efecto lógico es, precisamente, que el legislador no podrá mediante una ley alterarlo en forma alguna.

1.3. La jerarquía de los tratados de derechos humanos

4. Jerarquía y preferencia de los tratados sobre derechos humanos. Se sugiere que los preceptos contenidos en los instrumentos internacionales relativos a derechos humanos tienen jerarquía constitucional. Cuando un tratado sobre derechos humanos contenga normas más favorables a la persona que las previstas por la Constitución, prevalecerán las primeras.

8. Denuncia de los tratados. Se plantea que la denuncia de los tratados es potestad del Presidente de la República, con cargo de dar cuenta al Congreso. En el caso de los tratados sujetos a aprobación del Congreso, se debe precisar que la denuncia requiere aprobación previa de éste.

9. Denuncia de los tratados sobre derechos humanos. Se propone precisar que la denuncia de los tratados sobre derechos humanos debe efectuarse según el procedimiento previsto para la reforma constitucional.

Como anota el profesor Fix Zamudio,¹⁷ el espinoso tema de la jerarquía de los tratados de derechos humanos es la materia en la cual se observa una evolución más vigorosa en cuanto al reconocimiento de la primacía, así sea parcial, del Derecho Internacional. En el ámbito latinoamericano, a través de diferentes enunciados, encontramos los casos de las Constituciones de Guatemala (artículo 46), Colombia (artículo 93), Venezuela (artículo 23)¹⁸ y Argentina (artículo 75) como claros exponentes de esta evolución a favor de los derechos humanos.

¹⁷ FIX ZAMUDIO, Héctor. "El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en las constituciones latinoamericanas y en la Corte Interamericana de Derechos Humanos". *Boletín Mexicano de Derecho Comparado de la UNAM*, N.º 75, septiembre-diciembre de 1992, p. 755.

¹⁸ La novísima constitución venezolana establece: "Artículo 23. Los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno, en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorable a las establecidas por esta Constitución y la ley de la República, y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público".

No obstante, el caso de la Constitución de 1993 fue más bien el ejemplo de una involución en el tema desde que se dejó de lado la solución de la Constitución de 1979 en el sentido de que:

Artículo 105.- Los preceptos contenidos en los tratados relativos a derechos humanos, tienen jerarquía constitucional. No pueden ser modificados sino por el procedimiento que rige para la reforma de la Constitución.

Frente al rango legal de los tratados establecido en el artículo 200, inciso 4 de la Constitución, la doctrina nacional ensayó interpretaciones diversas que favorecieran un rango constitucional para los tratados de derechos humanos suscritos por nuestro Estado bien a partir de la Cuarta Disposición Final y Transitoria o bien a través del artículo 3 de la Constitución.¹⁹ Pero lo cierto es que, más allá de la posición que cada cual adopte, la Constitución de 1993 no consagra de manera clara el rango constitucional de los tratados de derechos humanos.

Por ello creemos que, tanto por la naturaleza excepcional de estos tratados como por el contenido de los mismos, se hace necesario un regreso a la fórmula de 1979, más acorde y alerta al respeto de los derechos humanos por parte de todo el aparato estatal. Como hemos apuntado en otro lugar,²⁰ la norma contenida en el artículo 105 tenía una importancia singular: primero, porque al elevarse estos derechos a rango constitucional se brindaba una mayor seguridad jurídica a los ciudadanos, así como mecanismos idóneos de protección ante cualquier acto arbitrario del Estado que intentara violentarlos;²¹ segundo, porque la norma reflejaba ante la Comunidad Internacional, la voluntad del Estado peruano de dar un tratamiento preferente a la materia de los Derechos Humanos, lo que resultaba políticamente conveniente para la imagen externa

¹⁹ CIURLIZZA, Javier. “La inserción y jerarquía de los tratados en la Constitución de 1993: retrocesos y conflictos”. En: *La Constitución de 1993. Análisis y comentarios II*. Lima: CAJ, 1995, pp. 65-83; LANDA, César. “Límites constitucionales de la ley de amnistía peruana”. *Pensamiento Constitucional*. Lima: Fondo Editorial de la PUCP, año III, n.º3, noviembre de 1996, pp. 151-208; NEVES, Javier. *Introducción al Derecho del Trabajo*. Lima: ARA Editores, 1997, pp. 51 y ss., en especial 66-67; NOVAK, Fabián. “Los Tratados y la Constitución peruana de 1993”. *Agenda Internacional*. Lima: PUCP-IDEI, año I, N° 2, julio-diciembre de 1994, pp. 71-94; RODRÍGUEZ, Hugo. “Los tratados internacionales sobre derechos humanos y el ordenamiento jurídico peruano”. *Revista de la Academia de la Magistratura*. Lima, enero de 1998, N° 1, pp. 95-111; RUBIO CORREA, Marcial. “La ubicación jerárquica de los tratados referentes a derechos humanos dentro de la Constitución peruana de 1993”. *Pensamiento Constitucional*. Lima: Fondo Editorial de la PUCP, año V, N° 5, noviembre de 1998, pp. 99-113.

²⁰ NOVAK, Fabián y Elizabeth SALMÓN. *Las obligaciones internacionales del Perú en materia de Derechos Humanos*. Lima: Fondo Editorial de la PUCP, 2000, p. 123.

²¹ BERNALES BALLESTEROS, Enrique. *La Constitución de 1993. Análisis Comparado*. Lima: Konrad Adenauer, 1996, p. 297: “Este artículo identificaba a la constitución anterior con la defensa de los Derechos Humanos y fue uno de los ejes conceptuales para otorgar valor superior y trascendencia histórica a esa Carta”.

de nuestro país; y tercero, porque jurídicamente, al atribuirse a estos tratados la jerarquía normativa máxima dentro de nuestro ordenamiento jurídico, se era consecuente con la moderna tendencia del Derecho Internacional, que atribuye jerarquía de *ius cogens* a gran parte de las normas sobre derechos humanos. De este modo, nuestra Constitución era una de las primeras Constituciones en el mundo conjuntamente con las centroamericanas en consagrar una disposición de este tipo.²²

No obstante la feliz fórmula del antes citado artículo 105, este adolece de una imprecisión técnica que se repite en la propuesta. En efecto, en la segunda parte del mismo se señala que los tratados de derechos humanos no podrán ser modificados “sino por el procedimiento que rige para la reforma de la Constitución”. Como se sabe, un solo Estado mal podría modificar el resultado de por lo menos dos voluntades de sujetos distintos del orden internacional. Nuevamente, como en el caso del artículo n.º 7 de la ley 26647,²³ la disposición apunta a que el legislador no pueda alterar el contenido del tratado para efectos internos exclusivamente, salvo que se siga el procedimiento previsto para la reforma de la constitución. Esta limitación, a su vez, resulta lógica si se tiene en cuenta que en el mismo artículo se le ha asignado rango constitucional.

Ciertamente, las normas y las propuestas de nuevas normas responden a los contextos sociales que pretenden regular y, teniendo en cuenta los excesos cometidos durante el anterior régimen, cualquier previsión parece poca. Sin embargo, creemos que las violaciones a las normas no se producen necesariamente porque estas sean más o menos explícitas, sino por factores mucho más complejos que tienen que ver con el valor que se otorga a la ética, en su dimensión más amplia, en el ejercicio del poder. Por ello, plantear elementos reiterativos para proteger las normas internacionales y, en especial, las normas internacionales sobre derechos humanos no nos parece el camino más adecuado. Las normas deben aspirar a ser claras y responder a una buena técnica legislativa lo que, en el caso que comentamos, se logra previendo que *los preceptos contenidos en los instrumentos internacionales relativos a derechos humanos* tengan *jerarquía constitucional*.

Los puntos 8 y 9 de la propuesta prevén la denuncia de los tratados en general y de los tratados sobre derechos humanos, respectivamente. La idea, ya presente en la Constitución de 1993, es que los tratados sigan en su fase final (la denuncia) el mismo trámite que siguieron en su fase inicial (manifestación del consentimiento). Por ello, el punto 8 precisa que: “En el caso de los tratados sujetos a aprobación del Congreso, se debe precisar que la denuncia requiere aprobación previa de este”; con lo que, *contrario sensu*, los tratados que no requieran este trámite podrán ser denunciados mediante un

²² RUBIO CORREA, Marcial. *Estudio de la Constitución Política de 1993*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Tesis Doctoral, 1997, vol. III, p. 136.

²³ Véase nota 13.

acto del Ejecutivo. En este caso, la fórmula del artículo 96.2 de la constitución española parece sintetizar mejor el propósito de la norma al señalar que:

[...] para la denuncia de los tratados y convenios internacionales se utilizará el mismo procedimiento previsto para su aprobación [...].

En cualquier caso, ambas disposiciones apuntan a una asunción y finalización ordenada de obligaciones internacionales.

La propuesta se aparta de esta paridad para el caso específico de los tratados de derechos humanos cuando establece que la denuncia de los mismos “debe efectuarse según el procedimiento previsto para la reforma constitucional”. Si bien es cierto que la sola previsión del rango constitucional podría llevar a la misma conclusión (en tanto se pretendería alterar materia constitucional), lo cierto es que también podría argumentarse que sí, de acuerdo al artículo 56, el trámite para asumir la obligación fue el de la aprobación del Congreso —mediante resolución legislativa—, también se podría denunciar a través de una norma similar. Por esto, la propuesta acierta en este punto al rodear de mayores garantías la supervivencia del tratado en nuestro ordenamiento jurídico.

Finalmente, la segunda parte del punto 4 de la propuesta establece que: “*Cuando un tratado sobre derechos humanos contenga normas más favorables a la persona que las previstas por la Constitución, prevalecerán las primeras*”. Al respecto caben dos comentarios: el primero apunta al hecho de que esta disposición agrega un elemento adicional a la equivalencia normativa que se establece entre tratado sobre derechos humanos y Constitución, ya que no regiría el principio de temporalidad sino uno cualitativo, similar al *pro homine*, que opta por la interpretación y aplicación de las normas más favorables al ser humano; el segundo comentario, sin embargo, radica en que la dinámica y literalidad de las propias normas internacionales ya prevé esta norma de interpretación cuando, por ejemplo, el artículo 29 de la Convención Americana señala que:

Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: [...] b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes [...].

Nuevamente, las previsiones de la propuesta apuntan a una constitución extremadamente preocupada por garantizar un ejercicio pleno de los derechos humanos previstos tanto interna como internacionalmente, lo que no puede más que merecer nuestro total acuerdo.

1.4. Los artículos 56 y 57 de la Constitución de 1993: la denominada lista positiva y el sistema de distribución de competencias

5. Aprobación de los tratados por el Congreso. Se estima que los tratados sobre las siguientes materias deben ser aprobados por el Congreso antes de su ratificación por el Presidente de la República:

- Derechos humanos;
- Soberanía, dominio o integridad del Estado;
- Defensa nacional;
- Obligaciones financieras del Estado;
- Los que contienen materia tributaria;
- Los que exigen modificación o derogación de alguna ley; y
- Los que requieren medidas legislativas para su ejecución”.

6. Tratados de aprobación por el Presidente. Se sugiere que el Presidente de la República puede celebrar o ratificar tratados o adherir a estos sin el requisito de la aprobación previa del Congreso en materias no contempladas en el artículo respectivo. En todos estos casos, debe dar cuenta al Congreso dentro del plazo de treinta días.

7. Aprobación de tratados que afectan disposiciones constitucionales. Se propone que cuando el tratado afecte disposiciones constitucionales debe ser aprobado por el mismo procedimiento que rige la reforma de la Constitución, antes de ser ratificado por el Presidente de la República.

Corresponde al derecho nacional y no al Derecho Internacional definir las formas válidas de manifestar el consentimiento estatal. De esta manera, la Constitución de 1993 señala tres procedimientos de acuerdo a los contenidos negociables sobre los que recae el tratado. Cabe destacar que estos procedimientos internos no alteran el hecho de que externamente la forma será, en la mayor parte de los casos, la ratificación, que en el Perú es siempre presidencial (artículos 56 y 57), y que las formas aquí señaladas aluden, por tanto, a un momento necesariamente previo a la emisión de tal ratificación.

Para la delimitación de las materias, la Constitución optó acertadamente por lo que en doctrina se llama una lista positiva, es decir, por señalar expresamente los casos en los que es necesaria la aprobación del Congreso —vía Resolución Legislativa— antes de la ratificación. Esta fórmula delimita un sistema de distribución de competencias en materia de asunción de obligaciones jurídicas para el Estado y resulta mucho más acorde con las necesidades de nuestra constitución. Además, esta distribución supera ampliamente la opción de la constitución anterior²⁴ en que el tema de los denominados *acuerdos presidenciales* suscitó una de las mayores controversias desde que la

²⁴ Las disposiciones genéricas eran las del artículo 104 y la del artículo 211, inciso 14. El primero decía: “El Presidente de la República puede, sobre materias de su exclusiva competencia, celebrar o ratificar convenios internacionales con Estados extranjeros u organizaciones internacionales o adherir a ellos sin el requisito previo de la aprobación del Congreso. En todo caso debe dar cuenta inmediata a este”; el segundo estipulaba, como una de las atribuciones presidenciales, “Dirigir la política exterior y las relaciones internacionales y celebrar y ratificar tratados y convenios de conformidad con la Constitución”.

distribución de materias no era exacta y dejaba demasiado margen a la interpretación del Poder Ejecutivo en la materia.²⁵

El actual artículo 56 se refiere a los tratados de derechos humanos (o, entendemos, sistema de protección de derechos humanos), los de soberanía, dominio o integridad del Estado (por ejemplo la ratificación de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982), los de defensa nacional (el ingreso a una organización internacional de tipo defensivo-militar y la consiguiente aceptación del tratado constitutivo de la misma) y los de obligaciones financieras del Estado (préstamos con instituciones financieras internacionales, entre otros). Aparte de estos supuestos expresos, se señala un último caso general al prescribirse que también requerirían aprobación legislativa tres clases de tratados: a) los que crean, modifican o suprimen tributos; b) los que exigen modificación o derogación de alguna ley, es decir, los que tendrían lo que la doctrina administrativista llama *fuerza activa* en relación con las leyes de nuestro país; y c) los que requieren medidas legislativas para su ejecución.

Contrario sensu y en virtud del artículo 57, el resto de convenios que no tengan que ver con estos temas podrán perfeccionarse internacionalmente para el Perú con la sola ratificación presidencial —vía Decreto Supremo—,²⁶ aunque siempre con la obligación *a posteriori* de dar cuenta al Congreso. En este punto, cabe señalar que la propuesta agrega acertadamente el plazo de treinta días para cumplir con esta obligación de informar. Finalmente, se reitera lo previsto en el actual artículo 57, que a su vez reiteraba la previsión del artículo 103 de la Constitución de 1979, al establecerse que cuando el tratado afecte disposiciones constitucionales deberá aprobarse por el mismo procedimiento que rija la reforma de la Constitución, es decir, el procedimiento establecido en el artículo 206.²⁷

72

²⁵ El Congreso reguló este tema en la Ley de Control Parlamentario sobre los actos normativos del Presidente de la República de 9 de febrero de 1992. En ella se precisaba el campo de los “convenios internacionales ejecutivos”, su rango de decreto supremo y su incapacidad de surtir efectos internos de no cumplirse con trámite de dar cuenta al Congreso en el plazo de 24 horas o en el término de la distancia de la celebración del convenio. Esta norma de difícil aplicación, dadas las características de las normas internacionales, casi no tuvo posibilidad de ejecución desde que precedía y formaba parte del ambiente previo al golpe de Estado del 5 de abril de 1992. Para mayores detalles, véase FERNÁNDEZ-MALDONADO, Guillermo. “El control parlamentario sobre los tratados internacionales”. *Lecturas sobre Temas Constitucionales 7*. Lima: Comisión Andina de Juristas, 1991.

²⁶ Este mecanismo de perfeccionamiento ya se venía usando por una interpretación sistemática de la Constitución, en especial de los artículos 102, inciso 1 y 118, inciso 8. El artículo 2 de la ley 26647, en este sentido, solo vino a formalizar esta práctica.

²⁷ En este artículo, se establece el requisito de la mayoría absoluta del número legal de los miembros del Congreso con la ratificación de la reforma vía referéndum o sin referéndum, de lograrse el acuerdo del Congreso en dos legislaturas ordinarias sucesivas con una votación favorable, en cada caso, superior a los dos tercios del número legal de congresistas.

Debe recordarse que los procedimientos de manifestación válida del consentimiento del Estado peruano corresponden a una etapa anterior a la incorporación del tratado (la celebración del mismo) y no al rango jerárquico que este tendrá una vez celebrado y en vigor. Lo contrario, que se sustenta en el denominado principio de equivalencia, supone la transformación de la norma internacional en la norma interna que sirvió para aprobarla y que lo que regiría en el Perú no es el tratado internacional *per se* sino la Resolución Legislativa o el Decreto Supremo, según sea el caso. Esta concepción no solo va contra la opción del artículo 55 de la Carta que establece la aplicabilidad inmediata de la norma internacional (teoría monista), sino que además reúne dos momentos que tienen naturaleza jurídica distinta.

En efecto, normalmente las provisiones a la aprobación del órgano legislativo responden a la intención del constituyente de que ciertas materias fundamentales del ordenamiento jurídico no queden a expensas del exclusivo consentimiento presidencial (los denominados *executive agreements*). Esta es la razón de la detallada regulación del artículo 56 y de las provisiones que encontramos en diversas constituciones latinoamericanas como la mexicana, colombiana y paraguaya, que hacen expresa referencia a la necesidad de la participación del órgano legislativo, o de la tendencia mayor de solo enunciar el trámite interno de aprobación del tratado sin aludir ni a su incorporación ni jerarquía. Otras razones como celeridad, iniciativa en los compromisos internacionales, entre otras, motivan la facultad presidencial de celebración de tratados (artículo 57, primer párrafo) y también lo referente a la afectación de la Constitución en asuntos fundamentales (artículo 57, segundo párrafo).

73

Tratado y norma aprobatoria, por tanto, constituyen dos actos independientes y de naturaleza jurídica diferente. Lo que rige como derecho aplicable, una vez cumplidas las formalidades prescritas por la Constitución, es el tratado mismo y no la norma, sea esta cual sea, que lo aprobó. Como afirma Vargas Carreño, esta constituye solo un acto accesorio cuya finalidad, dado el caso, es controlar o fiscalizar el acto principal que es el tratado.²⁸

2. Aspectos no contemplados en la propuesta

2.1. El control de constitucionalidad de los tratados internacionales

En un sistema en que los tratados internacionales tienen rango inferior al de la Constitución, estos necesariamente deben guardar compatibilidad con la misma. En

²⁸ VARGAS CARREÑO, Edmundo. *Introducción al Derecho Internacional*. San José de Costa Rica: Editorial Judicentro, 1992, pp. 260-261.

este sentido, el artículo 200, inciso 4, establece un sistema de control constitucional al prever que los tratados podrán ser objeto de una acción de inconstitucionalidad.

En la práctica comparada, existen recursos de este tipo, puesto que resulta un mecanismo de control para asegurarse de que el consentimiento estatal fue válidamente emitido, es decir, que el tratado siguió internamente los cauces que debía (por ejemplo, la aprobación del Congreso en los casos previstos por el artículo 56). Nos parece que este, y no otro, es el principal efecto de la acción de inconstitucionalidad en nuestro sistema porque teóricamente la contradicción de un tratado con una disposición constitucional solo sería imaginable si no se hubiera seguido el procedimiento previsto en el artículo 57.

En cualquier caso, el problema se presenta cuando el órgano encargado del control constitucional entiende que el tratado transgrede, por lo antes dicho, disposiciones constitucionales. En el ámbito interno, nos encontraríamos en la situación de no poder aplicar el tratado internacional por una sentencia que lo ha declarado inconstitucional y, en el ámbito internacional, el Estado seguiría plenamente obligado a cumplir la norma por ser Estado parte.

Frente a esto, y desde una perspectiva normativa, lo que correspondería al Estado peruano, siguiendo el procedimiento del artículo 57, tercer párrafo, sería denunciar el instrumento internacional, es decir, dejar de ser parte del tratado para hacer cesar cualquier obligación derivada del mismo. Otras formas serían la terminación, suspensión o modificación del tratado, pero estos medios ya no dependen del Estado peruano en exclusiva sino de las normas internacionales en la materia y de las propias circunstancias del convenio —por ejemplo, la extinción del objeto del tratado, entre otras—²⁹ que implican la participación de más Estados.

74

Por ello, el mecanismo normal que el Estado tiene a su disposición será el de la denuncia, que presenta el inconveniente de que su procedimiento, en la mayor parte de los casos, no es inmediato. En este sentido, el artículo 56 inciso 2 de la Convención de Viena establece el plazo de un año para que la misma surta efectos jurídicos.³⁰ Si bien esta disposición reviste naturaleza dispositiva, por lo que los Estados podrían pactar otro plazo o el efecto inmediato de la denuncia, la práctica internacional nos proporciona varios ejemplos de cómo se condiciona la denuncia al cumplimiento de un plazo determinado. De esta manera, por ejemplo, la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece en su artículo 78 que la denuncia solo puede realizarse transcurridos cinco años desde la entrada en vigor de la misma y mediante un preaviso de un año. Contrariamente y como caso excepcional, se ha establecido, en el ámbito de la Comu-

²⁹ Véase los artículos 54, 56 al 60 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969.

³⁰ Artículo 56, inciso 2: “Una parte, deberá notificar con doce meses por lo menos de antelación, su intención de denunciar un tratado o de retirarse de él [...]”.

nidad Andina, un sistema de denuncia inmediata (artículo 153 del Acuerdo de Cartagena).

Otro camino para evitar el desfase podría darse con la suspensión de los efectos de la sentencia del órgano de control constitucional hasta que la denuncia internacional del tratado —que precisamente se realizaría como consecuencia de aquella— surta efectos jurídicos. Esta sería la única forma de evitar la responsabilidad internacional del Estado peruano frente a cualquier otro Estado Parte del tratado que le exigiera el cumplimiento del mismo más allá de lo que establezca la sentencia interna, pues, como bien señala el artículo 27 de la Convención de Viena, un Estado no puede alegar normas internas para incumplir un tratado internacional.

Planteado el problema, creemos que la mejor forma de evitar esta situación sería contemplando una suerte de *control de constitucionalidad previo* como se establece en otras legislaciones. En efecto, el artículo 95, inciso 1 de la constitución española establece que:

La celebración de un tratado internacional que contenga estipulaciones contrarias a la Constitución exigirá la previa revisión constitucional.

Y el siguiente inciso prevé los sujetos llamados a llevar a cabo esta consulta al decir que:

El gobierno o cualquiera de las Cámaras puede requerir al Tribunal Constitucional para que declare si existe o no esa contradicción.

75

Con un control *a priori* de constitucionalidad, podría establecerse de forma expresa, en los casos en que existan argumentos atendibles para ello, si el tratado contiene disposiciones contrarias a la Constitución y, de esta manera, prescribirse el procedimiento válido de prestación del consentimiento. En otras palabras, si corresponde la votación necesaria para la reforma de la Constitución, de acuerdo al artículo 206, a fin de evitar situaciones límites en que bien se incumple con una sentencia interna del órgano de control de constitucionalidad o bien se incurre en responsabilidad internacional por el incumplimiento de un tratado internacional.

2.2. La costumbre internacional

El Perú se adscribe a la tendencia que guarda silencio constitucional con respecto a la costumbre internacional.³¹ No encontramos en la Constitución ninguna referencia global a las normas consuetudinarias ni tampoco referencias parciales a las mismas, como sí las tienen las Constituciones de otros Estados latinoamericanos.

Pero en el Perú no todo es silencio. En efecto, la ya mencionada ley N° 26647 sobre regulación de actos relativos al perfeccionamiento nacional de los tratados celebrados

³¹ Es también el caso de Argentina (1994), Chile (con las reformas de 1997) y Puerto Rico (1952).

por el Estado peruano realiza una alusión global a las “normas del Derecho Internacional general” aplicables a la conclusión de tratados internacionales. La jerarquía con la que estas normas consuetudinarias ingresarían a nuestro ordenamiento parece apuntar a una equivalencia con las normas convencionales (tratados) desde que el mencionado artículo recurre para efectos de la modificación, derogación o suspensión del tratado al propio tratado o a la costumbre en la materia.

Más allá de los cuestionamientos acerca de que sea una disposición legal y no constitucional la que haga esta referencia, lo destacable es que el silencio constitucional sobre la costumbre ni mella su valor de fuente obligatoria del Derecho Internacional, ni constituye una voluntad de sustraerse a los efectos de la misma. Una interpretación sistemática y lógica de las normas nos lleva a pensar que la costumbre internacional se encuentra en el mismo plano que las normas convencionales pues, salvo disposición contraria,³² no habría razón para distinguir entre ambas fuentes del Derecho Internacional Público. En efecto, ambas pueden generar responsabilidad internacional para el Estado y gozan de igual primacía en el ámbito internacional.

En este sentido, la mención legal no vendría sino a demostrar que las normas consuetudinarias existentes son obligatorias para nuestro país y que es por eso que una norma de inferior jerarquía recurre a ellas para regular un tema tan importante como es la terminación, modificación o derogación de los tratados internacionales suscritos por el Perú.

76

Como se sabe, la costumbre internacional, de manera general, se aplica de forma inmediata en los ordenamientos estatales, lo que significa que no requiere de ningún acto de incorporación por parte de estos. Por lo que, desde el momento mismo de formación de la norma consuetudinaria, esta sería plenamente aplicable en el ordenamiento jurídico peruano sujetándose únicamente a los cauces de creación de la costumbre internacional, es decir, a la confluencia de los dos elementos constitutivos de la misma: la práctica material de los Estados y la *opinio iuris* que la acompaña.

Visto así, resultaría del todo alejado a la práctica y reiterada jurisprudencia internacional concluir que la no alusión a esta fuente del Derecho Internacional tenga como efecto inaplicar la costumbre internacional en el Perú. De esta forma, el silencio constitucional, al que se ha adscrito nuestro país, no resulta óbice para el carácter obligatorio de la costumbre internacional ni podría servir de excusa para su incumplimiento, por lo que, creemos, bien podría incluirse una disposición constitucional que hiciera expreso este compromiso siguiéndose la tendencia de varios países latinoamericanos.

³² En Alemania, por ejemplo, se ha hecho esta distinción: las normas consuetudinarias gozan de rango supralegal, mientras que las convencionales tienen rango legal. CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio. *Op. cit.*, p. 153.

En este sentido se debería tener en cuenta fórmulas como las de la Guatemala (1985 con las reformas de 1993), Honduras (1982) o Costa Rica (1949 con las reformas de 1997) que respectivamente señalan:

Artículo 149. Guatemala normará sus relaciones con otros Estados, *de conformidad con los principios, reglas y prácticas internacionales* con el propósito de contribuir al mantenimiento de la paz y la libertad, al respeto y defensa de los derechos humanos, al fortalecimiento de los procesos democráticos e instituciones internacionales que garanticen el beneficio mutuo y equitativo entre los Estados. [El subrayado es nuestro].

Artículo 15. Honduras hace suyos los principios y prácticas del Derecho Internacional que propenden a la solidaridad humana, al respeto de la autodeterminación de los pueblos, a la no intervención y al afianzamiento de la paz y democracia universales.

Artículo 6. El Estado ejerce soberanía completa y exclusiva [...] de acuerdo con los principios de Derecho Internacional.

O disposiciones más generales como las de la Constitución de Panamá (de 1972)³³ o Paraguay (de 1992):

Artículo 4. La República de Panamá acata las normas del Derecho Internacional.

Artículo 143. La República del Paraguay, en sus relaciones internacionales, acepta el Derecho Internacional [...].

No obstante, parece ser que los textos constitucionales que optan por esta alusión específica a las “relaciones internacionales”, como ámbito de la obligatoriedad del Derecho Internacional, son menos precisos que los que, de manera general, simplemente acatan las normas del orden internacional (como lo hace la Constitución de Panamá). En cualquier caso, esta clase de disposiciones tiene como efecto permitir una interpretación, ampliamente utilizada en la jurisprudencia de los tribunales europeos, que concilie las reglas del derecho interno con las reglas del Derecho Internacional haciendo uso de la presunción de que el legislador interno no pretende nunca violar las obligaciones internacionales del Estado. Este esfuerzo de adecuación de la normativa interna a la internacional ha sido utilizado preponderantemente en los países de Europa occidental y tiene escasos precedentes en el ámbito latinoamericano. Si una disposición constitucional de este tipo tiene el efecto de proporcionar al juez interno una base que le habilite a tal interpretación, consideramos que la efectividad de tal disposición no puede ser cuestionada.

Finalmente, como dice Cassese,³⁴ los que hacen la Constitución pretenden establecer líneas básicas y estándares de política internacional pero también expresan su intención

³³ Con los Actos Reformativos de 1978, el Acto Constitucional de 1983 y los Actos Legislativos 1 de 1983 y 2 de 1994.

³⁴ CASSESE, Antonio. “Modern Constitutions and International Law”. *RCADI*, 1985-III, p. 388.

de cumplir con ellas. Además, estas previsiones tienen un impacto en los tribunales internos cuando, frente a un caso que requiere la aplicación del Derecho Internacional que no está en un tratado, por una cuestión de necesidad se debe recurrir a las normas consuetudinarias para aportar una más completa decisión en la materia.

2.3. Otras disposiciones en materia de derechos humanos. La Cuarta Disposición Final y Transitoria y otras disposiciones protectoras

La importancia de la protección de los derechos humanos hace imprescindible que el texto constitucional, además de otorgar un lugar privilegiado a los tratados de derechos humanos, contenga normas específicas que puedan profundizar, y hacer más efectiva y dinámica la obligación del Estado de proteger estos derechos. Por ello consideramos que debería continuarse, aunque en el lugar previsto para el listado de derechos fundamentales, con una fórmula como la de la actual Cuarta Disposición Final y Transitoria (en adelante 4^oDFT).

Esta disposición establece unos criterios hermenéuticos de uso obligatorio para la aplicación de los derechos y libertades reconocidos en la Constitución. Los tratados sobre derechos humanos son directamente invocables ante los tribunales y deberán servir como criterio necesario e imprescindible a la hora de interpretar los preceptos constitucionales correspondientes. Es por esta razón que se da lo que, en términos de Neves, se llama una “vinculación intensa”³⁵ entre la norma interna (el artículo constitucional a ser interpretado) y la norma internacional válidamente ratificada por nuestro país.

Es esta, por ejemplo, la interpretación que mayoritariamente ha recibido el artículo 10 inciso 2 de la constitución española de 1979, cuyo texto es literalmente idéntico al de la disposición que comentamos.³⁶ En efecto, en sus casi veinte años de vida, esta disposición ha sido entendida por la jurisprudencia³⁷ y la doctrina³⁸ en el sentido anotado y no en la línea que otorga un rango constitucional a los tratados de derechos humanos ni a la Declaración Universal. La Constitución de 1993, por su parte, no quiso otorgar rango constitucional a los tratados de derechos humanos³⁹ pero los distingue, en relación con el resto de los tratados internacionales, al precisar un rol específico para ellos.

³⁵ NEVES, Javier. *Principios del Derecho del Trabajo*. Lima: Ara Editores, 1997, p. 71.

³⁶ La disposición española establece: “Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce, se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”. Como puede verse, la única distinción es el cambio de España por Perú.

³⁷ Sentencia del Tribunal Supremo del 5 de abril de 1982 (BOE 1982).

³⁸ Así PASTOR RIDRUEJO, José Antonio. *Curso de Derecho Internacional Público*. Madrid: Tecnos, 2001, p. 180; GONZÁLEZ CAMPOS, Julio. *Op. cit.*, p. 642; entre otros.

³⁹ En esta línea, una sencilla aplicación del método sistemático por comparación con la norma derogada nos lleva a la misma conclusión. Llama la atención, no obstante, algunas descoordi-

Asimismo, resulta sumamente importante tener en cuenta que algunos de los tratados de derechos humanos no solo se han limitado a prescribir derechos, sino que también han estatuido mecanismos de protección de dichos derechos.⁴⁰ Creemos que el texto de la 4ª DFT tiene un efecto altamente expansivo al comprender necesariamente los pronunciamientos de los órganos establecidos por estos tratados, pero en la medida determinada por ellos mismos, es decir, bien con carácter obligatorio, como una sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, o bien con carácter recomendatorio, como un pronunciamiento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos o una Recomendación de la OIT, inclusive.⁴¹ Estas últimas disposiciones no fueron concebidas para tener efectos vinculantes, pero son textos orientadores que operan como criterios interpretativos o aclaratorios de los propios tratados internacionales invocados por la 4ª DFT, con lo que, aunque de forma indirecta, deben respetarse en el ordenamiento peruano.⁴²

Recordemos que el sustento jurídico último de dichos pronunciamientos es el propio tratado internacional que les dio origen, por lo que la 4ª DFT debe entenderse necesariamente como comprensiva de los actos posteriores que se han dado en virtud del compromiso internacional. Al obligarse internacionalmente con las normas convencionales que establecen un mecanismo de protección (regulación ideal desde el punto de vista del individuo que tendrá a su disposición la forma de hacer cumplir lo pactado por su Estado), el Estado peruano acepta un sistema de protección completo que implica

naciones al interior del propio texto constitucional. Así el artículo 188, numeral 1, establece la obligación presidencial de “Cumplir y hacer cumplir la Constitución y los tratados, las leyes y demás disposiciones legales”, ubicando las normas internacionales en el orden de prelación que correspondía a la anterior constitución.

⁴⁰ Nuestro país, recordemos, ha aceptado la jurisdicción consultiva y contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los pronunciamientos de la Comisión interamericana, además ha adherido al Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que establece el Comité de Derechos Humanos, entre otros. Resulta interesante anotar que también en el contexto español, los jueces y la doctrina con ellos han utilizado esta norma para interpretar las disposiciones constitucionales que reconocen derechos fundamentales y han logrado, a través de este camino, incluir los pronunciamientos de los organismos internacionales creados por estos tratados para lograr una interpretación armónica con las sentencias y pronunciamientos de los mismos.

⁴¹ El Tribunal Constitucional Español ha sido unánime en esta interpretación al aplicar el artículo 10,2 de su Constitución. De esta forma, por ejemplo, las Sentencias del 14 de julio de 1981 (BOE de 20 de julio de 1981) y la de 23 de noviembre de 1981 (BOE de 22 de diciembre de 1981), ambas citadas en CASANOVAS Y LA ROSA, Oriol. *Casos y Textos de Derecho Internacional Público*. 4ª edición. Madrid: Tecnos, 1990, pp. 153-157.

⁴² Precisamente, la Sentencia del 23 de noviembre antes mencionada (CASANOVAS Y LA ROSA, *op. cit.*, p. 157) se refiere al caso de una Recomendación de la OIT que “si bien, como es obvio, [es] distinta de los Convenios y sin alusión directa en el artículo 10,2 pueden operar como criterios interpretativos de los Convenios”.

tanto la enunciación del derecho como el medio de hacerlo efectivo. Cualquier interpretación de los mismos, en la esfera interna, debe por tanto, y en virtud de esta 4ª DFT, recurrir a todo este acervo internacional en la materia para cumplir cabalmente lo dispuesto por tal norma constitucional.⁴³

En conclusión, la 4ª DFT establece unas pautas interpretativas obligatorias para los derechos y libertades reconocidos en la Constitución. La extensión de esas pautas está dada tanto por la Declaración como por los tratados y sus desarrollos posteriores sobre derechos humanos. Asimismo, al tener una redacción de tipo abierto, los criterios establecidos no terminan con las normas internacionales ratificadas al momento de la dación de la norma constitucional, sino que abarca las futuras obligaciones internacionales que el Perú asuma en la materia.

Finalmente, creemos que debería considerarse la posibilidad de incluir otras disposiciones en materia de derechos humanos como la de la Constitución de Chile, con las modificaciones aprobadas en el plebiscito del 30 de julio 1989 y la Reforma de 1997.⁴⁴ Allí se establece:

Artículo 5. [...] El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado, respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.

80

De igual modo, el artículo 19 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, establece una fórmula interesante y contemporánea que también podría ser tomada en consideración:

Artículo 19.- El Estado garantizará a toda persona, conforme al principio de progresividad y sin discriminación alguna, el goce y ejercicio irrenunciable, indivisible e interdependiente de los derechos humanos. Su respeto y garantía son obligatorios para los órganos del Poder Público de conformidad con la Constitución, los tratados sobre derechos humanos suscritos y ratificados por la República y las leyes que los desarrollen.

⁴³ Lo mismo sucede en cualquier ámbito en que un Estado ha facultado a una institución a emitir pronunciamientos de obligatorio cumplimiento. Por ejemplo, la aceptación de la jurisdicción de la Corte Internacional de Justicia o el caso, ya mencionado, de las Decisiones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas que en virtud del artículo 25 de la Carta revisten carácter obligatorio.

⁴⁴ Su texto, aunque no prevé expresamente un rango especial para los tratados de derechos humanos, parece haber dado lugar a cierta interpretación en este sentido. En esta misma dirección, BENADAVA, Santiago. *Op. cit.*, p. 104, afirma que por efecto del artículo 5 de la Constitución Política de Chile “los tratados internacionales ratificados por Chile” que garanticen “los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana” tienen jerarquía constitucional y por lo tanto prevalecen sobre las leyes ordinarias.

3. Conclusiones

1. La fórmula del artículo 55 para la incorporación de los tratados en el Derecho Nacional resulta correcta desde una perspectiva formal y material, por lo que debería permanecer en su texto actual.
2. Los tratados, tanto por la naturaleza de las obligaciones que comportan así como por el mecanismo por el que han sido creados y por las consecuencias de su eventual incumplimiento, deben prevalecer frente a las normas con rango de ley. Para ello se puede optar bien por señalar expresamente su relación de prevalencia con las leyes, o bien por rodear de garantías la vida del tratado a través del impedimento al legislador nacional de alterar de cualquier forma el contenido del mismo.
3. Los tratados de derechos humanos deben gozar de un rango superior al del resto de los tratados.
4. La distribución de competencias para efectos de determinar el procedimiento interno de manifestación del consentimiento del Estado peruano (lista positiva) responde a las necesidades del texto constitucional y a la tendencia contemporánea en la materia. En este sentido, los artículos 56 y 57 de la Constitución de 1993 superan a la Constitución anterior y deberían mantener su formulación actual.
5. El control de constitucionalidad, coherente conceptualmente con un sistema en que los tratados en general deben adecuarse a la Constitución del Estado, debe —para ser efectivo— darse antes de que el Estado manifieste su consentimiento internacionalmente.
6. Debería preverse alguna disposición que señalara de manera general la sujeción del Estado peruano al Derecho Internacional. Esta disposición no sólo enunciaría algo implícito en nuestro sistema, sino que además podría constituir una pieza de interpretación importante al aplicar el derecho nacional en general.
7. El texto de la 4ª DFT debe, por las consecuencias expansivas que detenta, ser incluido en la parte sustantiva del articulado, especialmente en la prevista para la definición de los derechos fundamentales.