



Victorhugo Montoya Chávez^(*) y Raúl Feijóo Cambiaso^(**)

El rango de los Tratados sobre Derechos Humanos^(***)

The Hierarchy of Human Rights International Treaties

Resumen: Un tema que ha despertado un gran debate a lo largo de los años, es sin duda el rango de los Tratados Internacionales en el ordenamiento jurídico peruano. El punto álgido sobre la discusión es si dichos tratados tienen el mismo peso que la Constitución. De esta manera, los autores buscan responder a la interrogante basándose en la jerarquía normativa y cómo se entienden hoy en día los Tratados sobre Derechos Humanos. Además, analizan los argumentos que defienden su rango constitucional, para finalmente emitir una sólida conclusión considerando el proceso de globalización por el que transcurre el Derecho en la actualidad.

Palabras clave: Tratados Internacionales - Constitución - Derechos Humanos - Estado - Derecho Internacional - Jerarquía

Abstract: An issue that has sparked heated debate over the years is undoubtedly the hierarchy of International Treaties in the Peruvian legal system. The critical point is whether these treaties have Constitutional status. Thus, the authors seek the answer based on the hierarchy of laws and how Human Rights Treaties are defined nowadays. Furthermore, they analyze the arguments defending their constitutional status in order to arrive to a firm conclusion that considers the globalization process that Law is going through.

Keywords: International Treaties - Constitution - Human Rights - State - International Law - Hierarchy

-
- (*) Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Máster en Democracia y Buen Gobierno por la Universidad de Salamanca. Doctorando en Estado de Derecho y Gobernanza Global por la Universidad de Salamanca. Especializaciones en el Centro de Estudios Constitucionales y Políticos y en el Institut International des Droits de l'Homme. *Visiting scholar* en Boston University. Profesor de la PUCP y de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. Miembro extraordinario de la Asociación IUS ET VERITAS.
- (**) Estudiante de octavo ciclo de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Asistente de docencia en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú en los cursos de Derecho Constitucional y Derecho Procesal Civil. Miembro ordinario de la Asociación Civil IUS ET VERITAS.
- (***) Nota del Editor: el presente artículo fue recibido el 21 de febrero del 2015 y aprobada su publicación el 30 de junio del mismo año.

1. Cuestiones previas

Desde el punto de vista estructural y funcional, la Constitución es la guía del ordenamiento y fundamenta el sistema jurídico y político democrático, cuya naturaleza dual -jurídico y política- permite, bajo la interacción de los contenidos normativo y real, adecuarse a contextos sociales determinados (sentencia recaída en el expediente No. 0002-2005-PI/TC)⁽¹⁾. Es la suma de los factores reales y jurídicos del poder que rigen en el país, los cuales constituyen la fuerza activa y eficaz que informan todas las normas e instituciones jurídicas de la sociedad en cuestión⁽²⁾, y no se puede negar, por otro lado, que los tratados de derechos humanos determinan el parámetro internacional de protección de los derechos de las personas a ser exigido en nuestro Estado⁽³⁾.

Al ser esta premisa cierta, la pregunta que busca responderse en el presente trabajo es si dichos tratados, por dicho rol cardinal en el ordenamiento jurídico, tiene el mismo peso (rango, categoría o como guste denominarse) que la Constitución nacional. Para ello, antes de ingresar al examen en sí, primero es necesario conocer, de manera inicial, qué implica este concepto de *rango* y a qué se refiere el concepto de *tratados de derechos humanos*.

1.1. Principio de jerarquía normativa

El sistema normativo instituye una ordenación jerárquica de las normas jurídicas que forman parte del ordenamiento jurídico nacional, determinando que las normas de rango inferior no pueden contradecir lo establecido por una superior, guiada esta última de un criterio de supraordinación⁽⁴⁾. El establecimiento de tal orden de aplicabilidad entre las normas se encuentra establecido desde la misma *norma normarum*: “La Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley, sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente” (artículo 51 de la Constitución), definición que goza de sentido en el entendido que la Constitución es la norma que fundamenta la validez de todas las normas de un sistema jurídico⁽⁵⁾.

El principio de jerarquía se desarrolla conforme al principio de coherencia normativa. Éste implica una relación armónica entre las normas que conforman nuestro sistema jurídico (sentencia recaída en el expediente

(1) En tanto norma jurídica, posee carácter vinculante y está conformada por un conjunto de valores, derechos y principios que, por pertenecer a ella, limitan y delimitan jurídicamente los actos de los poderes públicos (sentencia recaída en el expediente No. 5854-2005-PA/TC, haciendo referencia a jurisprudencia comparada para exhibirla como “Derecho de la Constitución”). No sólo es una norma de rasgo eminentemente jurídico; también su validez y eficacia condiciona el fortalecimiento del régimen democrático. Es la juridificación de la democracia y al mismo tiempo la expresión jurídica de un hecho político democrático, pues es la postulación jurídica de la voluntad del poder constituyente, como un *totus social* en el que subyace la igualdad (sentencia recaída en el expediente No. 0050-2004-AI/TC y otros; asimismo la sentencia recaída en el expediente No. 0030-2005-PI/TC).

(2) Ferdinand Lassalle, *¿Qué es una Constitución?* (México: Colofón, 1999).

(3) A juicio de la Corte Interamericana, no son tratados multilaterales de tipo tradicional, concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos, para el beneficio mutuo de los Estados contratantes, sino su objeto y fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los otros Estados. Al aprobar estos tratados, los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción (Opinión Consultiva 2/82. *El Efecto de las Reservas sobre la Entrada en Vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, 24 de septiembre de 1982; Serie A-2.)

(4) Como significa la imposición de un modo de organizar las normas vigentes en un Estado, consistente en hacer depender la validez de unas sobre otras, una norma es jerárquicamente superior a otra cuando la validez de ésta depende de aquella; Tomás Requena López, *El principio de jerarquía normativa* (Madrid: Civitas, 2004). Implica el sometimiento de los poderes públicos a la Constitución y al resto de normas jurídicas, toda vez que una norma es jerárquicamente superior a otra cuando la validez de ésta depende de aquélla (sentencia recaída en el expediente 0005-2006-PI/TC).

(5) Robert Alexy, *El concepto y validez del derecho* (Barcelona: Gedisa, 2004).



Victorhugo Montoya Chávez y Raúl Feijóo Cambiaso

No. 0005-2003-AI/TC), a partir del cual se establece la cadena de validez de las normas, dada por el órgano competente mediante el procedimiento establecido en la norma superior, donde una norma debe emitirse de conformidad con las que sean jerárquicamente superiores⁽⁶⁾⁽⁷⁾. De tal escalafón normativo se deriva uno de los principios para superar las antinomias normativas conocido como el de jerarquía normativa, entendido como un canon estructurado del ordenamiento estatal⁽⁸⁾, el mismo que opera para la creación, abrogación o derogación y aplicación de normas, definiendo así las posibilidades y límites del poder político⁽⁹⁾.

La pirámide jurídica se establece en base a dos criterios rectores, como son las categorías, expresión de un género normativo que ostenta una cualificación de su contenido y una condición preferente, como son las resoluciones, y los grados (jerarquía existente entre las normas pertenecientes a una

misma categoría, como son las resoluciones supremas, ministeriales o directorales), sentencia recaída en el expediente No. 0047-2004-AI/TC. El rango de una norma suele estar relacionado con la categoría que ésta ostenta y por eso en el presente estudio se busca determinar exactamente a qué rango pertenecen los tratados internacionales de derechos humanos (en adelante, TIDH), porque se ha alegado que tienen uno constitucional (tercer grado de la primera categoría) o si por el contrario uno legal (segunda categoría)⁽¹⁰⁾, como cualquier otro tratado⁽¹¹⁾.

El principio de jerarquía implica un análisis dinámico, donde las normas inferiores son creadas mediante la aplicación de

(6) Tomás Requena López, *El principio de jerarquía normativa*, (Madrid: Civitas, 2004)

(7) Si a partir de la jerarquía, se establece un sistema orgánico, coherente e integrado jerárquicamente por normas de distinto nivel que se encuentran interconectadas por su origen, unas normas se fundan en otras o son consecuencia de ellas, surge el principio de subordinación escalonada, según el cual existe una prelación de normas a partir de la cual éstas se diversifican en una pluralidad de categorías que se escalonan, en su producción y en su aplicación, en consideración a su rango jerárquico (sentencia recaída en el expediente No. 0005-2003-AI/TC, retomada en sentencia recaída en el expediente No. 0047-2004-AI/TC).

(8) Tampoco serviría el principio de temporalidad o sucesión de normas en el tiempo, según el cual una norma anterior puede ser derogada por otra posterior en el tiempo, de similar o mayor jerarquía.

(9) El reconocimiento de la jerarquía normativa de la Constitución puede ser vista desde dos puntos de vista (sentencia recaída en el expediente No. 0030-2005-PI/TC): uno objetivo-estructural (artículo 51 de la Constitución) y uno subjetivo-institucional (artículos 38 y 45 de la Constitución). El principio se encuentra recogido en dos vertientes (sentencia recaída en el expediente No. 5854-2005-PA/TC): conforme a la *objetiva*, la Constitución preside el ordenamiento jurídico, prevaleciendo sobre toda norma legal y ésta sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente, conforme al sistema de fuentes diseñado por la Norma Suprema (sentencia recaída en el expediente No. 0022-2004-AI/TC, que se desprende también de los artículos 51 y 138 *in fine* de la Constitución); y, de acuerdo a la *subjetiva*, ningún acto de los poderes públicos o de la colectividad en general puede vulnerar válidamente la Constitución (artículos 38 y 45 de la Constitución).

(10) Aun cuando por regla general los tratados tienen rango legal en el sistema de fuentes interno (con claridad, artículo 200 inciso 4 de la Constitución), se propugna su constitucionalización con el objetivo de dotarle de mayor protección a este tipo de tratados por su cardinal importancia que tiene en la protección de la persona.

(11) Se alega que posee rango constitucional, seguramente a partir de una lectura conjunta del artículo 57 (aprobación de tratados que afectan la Constitución mediante procedimiento de reforma constitucional) y la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución [interpretación de las normas relativas a los derechos y a las libertades de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú -ampliado a jurisprudencia internacional (artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional)-]. En la jurisprudencia también se ha hecho eco a este planteo, señalándose que la primera categoría de normas está constituida por las normas constitucionales, dentro de las cuales existen tres grados: el primero, la Constitución; el segundo, las leyes de reforma constitucional; y, el tercero, los tratados de derechos humanos (sentencia recaída en el expediente No. 0047-2004-AI/TC). Para justificar tal ubicación se ha hecho uso de lo señalado en el artículo 3 (*numerus apertus* de derechos fundamentales), aparte del ya mencionado artículo 57 (sentencia recaída en el expediente No. 0025-2005-PI/TC y otros).

El rango de los Tratados sobre Derechos Humanos *The Hierarchy of Human Rights International Treaties*

lo establecido por las superiores, no por una derivación intelectual (relación género-especie), sino bajo los parámetros que estas últimas establecen como el quién (órgano encargado de su dación), el cómo (procedimiento para aprobarla) y el qué (contenido de las inferiores)⁽¹²⁾. Para que una norma pueda condicionar la validez de otra mediante una prelación jerárquica, requiere una dependencia ordinamental, entre normas vigentes en un mismo ordenamiento, una conexión material, ante un enlace de contenido, objeto o ámbito de actuación entre una norma superior y otra categorialmente inferior, y una intersección normativa, legítima capacidad regulatoria de una norma contraría al mandato u ordenación de contenidos de otra norma, (sentencia recaída en el expediente No. 0047-2004-AI/TC). Pero así como la jerarquía implica la validez de normas, también implica la determinación de la fuerza jurídica de las normas o eficiencia de las fuentes. Esto quiere decir que tiene capacidad para incidir en el ordenamiento creando derecho objetivo o modificando el ya existente, su potencialidad frente a las otras fuentes⁽¹³⁾⁽¹⁴⁾.

La definición del rango de las normas tiene relación con la fuerza activa y pasiva que ellas tienen (sentencia recaída en el expediente No. 0047-2004-AI/TC). Según la primera incorporan los derechos reconocidos por ellos, pero no bajo cualquier condición, sino a título de derechos de rango constitucional (puede modificar cualquier disposición de fuerza inferior o igual a la suya); según la segunda, trae consigo su aptitud de resistencia frente a normas infraconstitucionales, toda vez que no pueden ser modificadas ni contradichas por ellas ni siquiera por una reforma constitucional (ninguna puede ser contradicha por una fuente de fuerza inferior)⁽¹⁵⁾. Es ahí de donde fluye la validez de las normas por respetar a sus superiores, y la consecuente expulsión⁽¹⁶⁾ o inaplicación⁽¹⁷⁾ de las que no las obedecen.

(12) Hans Kelsen, *Teoría General del Estado* (Granada: Comares, 2002).

(13) Jerónimo Betegon, Marina Gascón, Luis Prieto Sanchís y Juan Ramón de Páramo, *Lecciones de Teoría del Derecho* (Madrid: McGraw-Hill, 1997).

(14) Debido a que, como ya se ha señalado, una norma situada en un rango inferior no puede oponerse a otra de superior rango; Francisco Fernández Segado, *El sistema constitucional español*, (Madrid: Dykinson, 1992), lo cual denota la existencia de una correlación entre la fuente de la que emana una norma, la forma que ésta adopta y su fuerza jurídica. De esta forma, en toda estructura jerárquica existen tres tipos de normas (sentencia recaída en el expediente No. 0047-2004-AI/TC): las *productoras* son aquellas que revelan la expresión y ejercicio de un poder legislativo (originario o derivado), que promueven y condicionan la expedición de otras normas a las cuales se les asigna una jerarquía inferior, como la Constitución y algunas leyes; las *ejecutoras* son aquellas que dan cumplimiento a lo dispuesto o establecido en una norma productora, como las resoluciones; y, las *ejecutoras-productoras* son aquellas que realizan ambas tareas simultáneamente, como buena parte de las leyes y los decretos.

(15) De dicha fuerza pasiva se invalida la norma cuyo contenido contradiga el contenido de otra norma de grado superior; Jerónimo Betegon, Marina Gascón, Luis Prieto Sanchís y Juan Ramón de Páramo, *Lecciones de Teoría del Derecho* (Madrid: McGraw-Hill, 1997).

(16) Como es el caso de la inconstitucionalidad, un proceso que se realiza acorde con los valores y principios consagrados por la Constitución, en atención a la compatibilidad o incompatibilidad que, en abstracto, exista entre dos fuentes formales del derecho, a saber, normas con rango de ley y la Constitución (artículo 200.4 de la Constitución, desarrollado entre muchas, en sentencia recaída en los expedientes No. 0002-2005-PI/TC y No. 0033-2009-PI/TC). También existe el proceso popular para proteger a la ley y a la Constitución frente a normas con rango infralegal (artículo 200.5 de la Constitución). El efecto de ambos es la expulsión de la norma vulneratoria de la superior del ordenamiento jurídico.

(17) Según la Constitución, en todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, se debe preferir la primera (sentencia recaída en el expediente No. 1680-2005-PA/TC, sobre la base de los artículos 138 *in fine* y 51 de la Constitución). El control difuso debe realizarse en el seno de un caso judicial (o de naturaleza jurisdiccional) cuando la validez de una norma con rango de ley sea dudosa para resolver la controversia sometida al juzgador. Se ha admitido la posibilidad de realizar control difuso en distintas esferas: en procesos constitucionales (sentencia recaída en el expediente No. 1383-2001-AA/TC); en arbitraje (sentencia recaída en el expediente No. 0142-2011-PA/TC); con ciertas dudas en sede administrativo (sentencia recaída en el expediente No. 3741-2004-PA/TC, luego revertida parcialmente por



Victorhugo Montoya Chávez y Raúl Feijóo Cambiaso

Como aplicación de la jerarquía normativa⁽¹⁸⁾ se despliega lo que se ha venido a denominar el principio de supremacía constitucional, el cual debe ser tenido como parámetro a la hora de analizar el rango de los tratados sobre derechos humanos. Dado el carácter político y jurídico de la Constitución (y en tanto contrato social y codirector de su proceso continuo⁽¹⁹⁾), su supremacía merece ser protegida, superándose así la teoría política del *pouvoir neutre* esbozada en el siglo XIX⁽²⁰⁾ o la noción del *Herr der Verfassung*, señor de la Constitución⁽²¹⁾⁽²²⁾. A través de la supremacía constitucional, la Norma Fundamental es la encargada de consignar la regulación normativa básica de la cual emana la validez de todo el ordenamiento legal de la sociedad política (sentencia recaída en el expediente No. 0047-2004-AI/TC), máxime si no existe ni puede existir jurídicamente una voluntad superior a la Constitución⁽²³⁾⁽²⁴⁾. El control jurídico de la Constitución se

funda en la consistencia de las razones que ésta suministra al órgano que la controla, a las que se llega por medio de discusiones fundadas en el raciocinio (sentencia recaída en el expediente No. 0004-2011-PI/TC). Con la propuesta sobre el rango constitucional de los TIDH estos tendrían el mismo rango que la Constitución, por lo que estarían premunidos de supremacía constitucional, aunque igual sería objeto de control, lo cual aparecería como una total incongruencia.

1.2. Tratados sobre derechos humanos

Como se ha venido señalando, el objeto del presente estudio se centra en determinar es en qué orden jerárquico se encuentran los

sentencia recaída en el expediente No. 4293-2012-PA/TC); con relación a las normas privadas (entre muchas, la sentencia recaída en el expediente No. 6730-2006-PA/TC); incluso, en sede internacional, el control difuso de convencionalidad (a partir del Caso Almonacid Arellano vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de la Corte Interamericana de 26 de septiembre de 2006. Serie C, 154).

- (18) La validez es una categoría conforme a la cual la norma inferior es válida sólo en la medida en que sea compatible formal y materialmente con la norma superior (sentencia recaída en el expediente No. 0004-2004-AI/TC y otros).
- (19) Peter Häberle, *La libertad fundamental en el Estado Constitucional* (Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1997).
- (20) Benjamin Constant, "Principes de politique", en *Ecrits politiques* (1997).
- (21) Cesar Landa, *Tribunal Constitucional y Estado Democrático* (2007).
- (22) La judicialización de la Constitución (o, para ser más exactos, la de todo acto que la contravenga) es la máxima garantía de que su exigibilidad no está sujeta a los pareceres de intereses particulares, sino por el contrario, de que todo interés individual o colectivo, para ser constitucionalmente válido, debe manifestarse de conformidad con las reglas y principios, formales y sustantivos, previstos en la propia Constitución (sentencia recaída en el expediente No. 5854-2005-PA/TC). De esta forma, indirectamente se consolida la continuidad del Estado constitucional de derecho (sentencia recaída en el expediente 0003-2007-PCC/TC, sobre la base de los artículos 202 de la Constitución y 109 del Código Procesal Constitucional).
- (23) Javier Pérez Royo, *Curso de derecho constitucional* (Madrid: Marcial Pons, 2000)
- (24) Bajo tal perspectiva, se formula el concepto de "supremacía normativa de la Constitución", la cual se encuentra recogida en dos vertientes (sentencia recaída en el expediente No. 5854-2005-PA/TC). Conforme a la *objetiva*, la Constitución preside el ordenamiento jurídico, prevaleciendo sobre toda norma legal y ésta sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente, conforme al sistema de fuentes diseñado por la Norma Suprema (sentencia recaída en el expediente No. 0022-2004-AI/TC, que se desprende también de los artículos 51 y 138 *in fine* de la Constitución). De acuerdo a la *vertiente subjetiva*, ningún acto de los poderes públicos o de la colectividad en general puede vulnerar válidamente la Constitución (artículos 38 y 45 de la Constitución). La mencionada presunción de relación armónica entre la Constitución y las normas con rango infraconstitucional, entonces, se termina rompiendo si alguna de éstas atenta contra el contenido de la primera. Es así como para la defensa de esta última, especialmente frente a infracciones contra su jerarquía normativa, emerge el proceso de inconstitucionalidad (artículo 75 del Código Procesal Constitucional, conforme lo establecido en el artículo 200.4 de la Constitución). Como la Constitución es la norma que presta el fundamento de validez de la legislación de inferior jerarquía, el control concentrado tiene como finalidad inmediata defender la supremacía (jerarquía) normativa de la Constitución, depurando el ordenamiento de aquellas disposiciones que la contravengan (sentencia recaída en el expediente No. 0020-2005-PI/TC y otro).

El rango de los Tratados sobre Derechos Humanos *The Hierarchy of Human Rights International Treaties*

tratados sobre derechos humanos, a la luz de la prelación establecida constitucionalmente. Un tratado (también denominados convenios, protocolos, entre otros) es un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular (artículo 1.a de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, dado el 3 de mayo de 1969, ratificada en el país por Decreto Supremo 0292000RE, depositado el 14 de septiembre de 2000 y en vigencia desde el 14 de octubre de 2000).

El derecho internacional se hace derivar y depender del reconocimiento que reciba por parte del derecho estatal⁽²⁵⁾, y éste a su vez es una fase del procedimiento de creación de la norma internacional⁽²⁶⁾. Por esta razón, es indispensable establecer cómo debe entenderse un tratado a la luz del ordenamiento interno. A diferencia de las demás formas normativas que se producen en el ámbito del derecho interno, los tratados son fuente normativa, no porque se produzcan internamente, sino porque la Constitución así lo reconoce. Si bien la regulación específica sobre lo que son los tratados se encuentran en el ámbito internacional⁽²⁷⁾, en el interno también existen normas que versan sobre cómo deben ser emitidos, cuál es su contenido, de qué forma se suscriben y perfeccionan. Comenzando por la Constitución, existen leyes⁽²⁸⁾ y reglamentos⁽²⁹⁾ así como directivas⁽³⁰⁾ que versan sobre la materia. Si bien existen algunos dispositivos de la Constitución que versan

indirectamente sobre los tratados, el Capítulo II del Título II se refiere exclusivamente a los tratados, que incluye únicamente tres artículos, número mucho menor en comparación con la Constitución de 1979.

El artículo 55 de la Constitución -desarrollado en las sentencias recaídas en los expedientes No. 0002-2009-PI/TC y No. 0047-2004-AI/TC- señala que: “Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional⁽³¹⁾. Son normas del derecho internacional porque, por un lado, los órganos de producción de dicha fuente (esto es, los Estados y los organismos internacionales que celebran el tratado), desarrollan su actividad productora en el ámbito del derecho internacional, y por otro, porque su modo de producción se rige por el derecho internacional público. A diferencia de las normas creadas por las fuentes internas de un país, de las cuales no queda duda alguna de su eficacia inmediata y directa, en cambio se ha requerido siempre históricamente de procedimientos especiales para que los instrumentos de Derecho Internacional tengan efectos en el ámbito nacional⁽³²⁾.”

(25) Antonio La Pégola, *Poder exterior y Estado de derecho. El constitucionalista ante el Derecho Internacional* (Salamanca: Universidad de Salamanca, 1987).

(26) Hans Kelsen, *Teoría general del Derecho y del Estado* (México: UNAM, 1988).

(27) Véase las reglas de Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, U.N. Doc A/CONF.39/27 (1969), ratificado mediante Decreto Supremo 029-2000-RE, instrumento de ratificación depositado el 14 de septiembre de 2000, ratificado el 14 de septiembre de 2000 y entrada en vigencia el 14 de octubre de 2000.

(28) Como la Ley 29158, Orgánica del Poder Ejecutivo; la Ley 29357, de Organización y Funciones del Ministerio de Relaciones Exteriores; la Ley 26647, que establece las Normas que regulan los Actos relativos al Perfeccionamiento de los Tratados celebrados por el Estado peruano. También está el Reglamento del Congreso.

(29) Especialmente, el Decreto Supremo 135-2010-RE, Reglamento de Organización y Funciones del Ministerio de Relaciones Exteriores; y, el Decreto Supremo 031-2007-RE, Adecúan Normas Nacionales sobre Otorgamiento de Plenos Poderes al Derecho Internacional Contemporáneo.

(30) Sobre todo, la Directiva 002-DGT/RE-2013, Lineamientos Generales sobre la Suscripción, Perfeccionamiento interno y Registro de Tratados.

(31) Este artículo significa un avance con relación a lo que señalaba el artículo 101 de la Constitución de 1979, el cual se limitaba solo a reconocer como parte del derecho nacional a los tratados internacionales celebrados con otros Estados, lo cual es una fórmula cerrada que dejaba de lado a los tratados celebrados con otros sujetos de Derecho Internacional.

(32) El control posterior o represivo de la constitucionalidad de los tratados sólo puede realizarse luego de la incorporación del tratado en el derecho interno, en tanto concretización del principio de interpretación de unidad de la Constitución (ATC



Victorhugo Montoya Chávez y Raúl Feijóo Cambiaso

A partir de una norma de tal característica, Perú, siguiendo la tendencia de sus pares latinoamericanos, como Argentina, México, Colombia y Paraguay, entre otros, se ha adscrito de forma ‘tácita y automática’⁽³³⁾ a una teoría monista de incorporación o recepción del tratado al ordenamiento interno⁽³⁴⁾, toda vez que los tratados internacionales se integran de forma automática, luego de haber sido ratificados soberanamente por los Estados cuando concluya el proceso de perfeccionamiento según la normatividad interna e internacional, momento en el cual el tratado tiene eficacia directa y su aplicación inmediata debe ser respetada por los operadores jurídicos⁽³⁵⁾⁽³⁶⁾.

Pero tomando en cuenta el objeto del presente estudio, es preciso determinar a qué se denominan tratados

internacionales sobre derechos humanos. Al pasar a ser partes en los tratados, los Estados asumen las obligaciones y los deberes, en virtud del derecho internacional, de respetar, proteger y realizar los derechos humanos, así como adoptar medidas positivas para facilitar su disfrute. Aun cuando existe consenso en un grupo de tratados⁽³⁷⁾, sobre otros no existe claridad sobre si se les considera o no dentro de la naturaleza de derechos humanos⁽³⁸⁾. Los TIDH son instrumentos de efectos jurídicamente obligatorios para los Estados, los cuales adquieren ciertas obligaciones jurídicas respecto de los derechos de todas las personas sometidas a su jurisdicción

0018-2009-PI/TC; ATC 0036-2007-PI/TC, que interpreta conjuntamente los artículos 200.4 y 55 de la Constitución; ATC 0033-2006-PI/TC, siguiendo al artículo 101.6 del Código Procesal Constitucional).

- (33) Teodoro Ribera Neumann, “Los tratados internacionales y su control a posteriori por el Tribunal Constitucional”, en *Revista de Estudios Constitucionales*, año 5 número 1, (2007).
- (34) El otro modelo es el dualista. Según éste, se requiere de algún mecanismo especial de transformación de la norma internacional en norma interna, mediante expreso acto legislativo para reescribir el contenido del tratado, siguiendo el criterio establecido para la aprobación de leyes o un acto administrativo. Así sucede, por ejemplo, en Estados como el Reino Unido, Irlanda, Italia y los países nórdicos. A falta de disposición de adaptación, el derecho internacional no produce efectos en el ordenamiento estatal, pero sin que implique o signifique la inexistencia del derecho internacional en el ordenamiento jurídico; Antonio La Pégola, *Poder exterior y Estado de derecho. El constitucionalista ante el Derecho Internacional* (Salamanca: Universidad de Salamanca, 1987).
- (35) Humberto Henderson, “Los tratados internacionales de derechos humanos en el orden interno: La importancia del principio pro homine”, en *Revista IIDH/Instituto Interamericano de Derechos*, volumen 39, (2004).
- (36) En vista que jurisprudencialmente se ha establecido que “es la propia Constitución, la que establece que los tratados internacionales son fuente de derecho en el ordenamiento jurídico peruano. Por mandato de la disposición constitucional citada se produce una integración o recepción normativa del tratado” (sentencia recaída en el expediente No. 0047-2004-AI/TC), el Estado no requiere emitir acto adicional alguno de incorporación, sino que basta con que se haya, de un lado, celebrado el tratado y que este, de otro, se encuentre vigor de acuerdo con sus propias disposiciones; Elizabeth Salmón, “Los aspectos internacionales en la reforma de la Constitución”, en *Pensamiento Constitucional*, 9° ed., (2003).
- (37) Nadie dudaría la Declaración Universal de Derechos Humanos, que conjuntamente con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y sus dos protocolos facultativos, y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, forman la llamada ‘Carta Internacional de Derechos Humanos’. En esta misma línea estarían la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Violencia contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño y sus dos Protocolos Facultativos; la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares; la Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas; y, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. En sede hemisférica, tampoco se cuestionaría la *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y la Convención Americana sobre los Derechos Humanos (o Pacto de San José)*.
- (38) Si bien los tratados y el derecho consuetudinario forman la columna vertebral del derecho internacional de derechos humanos, otros instrumentos, como declaraciones, directrices y principios adoptados en el plano internacional contribuyen a su comprensión, aplicación y desarrollo.

El rango de los Tratados sobre Derechos Humanos *The Hierarchy of Human Rights International Treaties*

territorial, y cuyo objetivo es precisamente la protección de los derechos fundamentales en toda circunstancia y respecto de toda persona, sin distinciones⁽⁴⁰⁾.

De este modo, cada persona integrante de la jurisdicción de un Estado-parte del tratado queda investida automática y directamente, por fuerza de esos tratados, con los derechos, las libertades y las garantías que ellos reconocen y obligan a respetar a favor de los seres humanos⁽⁴¹⁾⁽⁴²⁾.

El derecho internacional de los derechos humanos, por ende, no es idéntico al derecho internacional de otras materias (como lo es en materia de comercio o paz), pues en estos se otorgan en forma recíproca derechos y obligaciones; en cambio, en aquéllos se imponen obligaciones a las partes frente a los demás miembros para respetar los derechos de los individuos, y se crean derechos de estos frente al Estado⁽⁴³⁾⁽⁴⁴⁾. Por ello, es preciso realizar algunas diferenciaciones con otros tipos de tratados que tienen una incidencia importante sobre derechos, pero que no pueden considerarse TIDH.

En primer lugar, está el Derecho Internacional Humanitario (DIH). Éste es un conjunto de normas de origen convencional o consuetudinario que tienen como fin la solución de los problemas de carácter humanitario generados por los conflictos armados, a través del establecimiento de límites

respecto de los métodos o medios de combate, protegiendo a las personas que no participan o que ya no participan en los combates, y actuando a través de la atención y cura de heridos, el trato digno a los prisioneros, la protección de los bienes indispensables para la supervivencia, entre otras acciones⁽⁴⁵⁾.

Teniendo en cuenta que la violencia dirigida contra los objetivos militares del adversario no está prohibida por el DIH, independientemente de que sea ocasionada por un Estado o una parte no estatal en un conflicto armado, el DIH busca establecer una especie de núcleo de derechos humanos (artículo 3 común a los Convenios de Ginebra y a nivel regional en el artículo 27 de la Convención Americana de Derechos Humanos), de tal forma que los actos de violencia contra las personas civiles y los bienes de carácter civil resultan ilícitos para este derecho (principio de distinción), que proscribe en ese sentido cualquier ataque indiscriminado o desproporcionado. Las operaciones militares en principio son conducidas por las FFAA, sin embargo, también pueden participar en ellas las

(40) Florentín Meléndez, "Instrumentos internacionales aplicables a la administración de justicia", en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, (2003).

(41) Germán Bidart Campos, "El derecho internacional de los derechos humanos", en *Jurídica. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, 20° ed., (1990).

(42) Estos tratados tienen como objetivo reconocer derechos y libertades fundamentales a favor de los individuos y no el regular las relaciones entre los Estados Partes como lo hacen otros tratados, de modo que el derecho internacional de los derechos humanos regula las relaciones entre el individuo y el Estado, imponiendo determinadas obligaciones a este último; Humberto Henderson, "Los tratados internacionales de derechos humanos en el orden interno: La importancia del principio pro homine", en *Revista IIDH/Instituto Interamericano de Derechos*, Vol. 39, (2004).

(43) Manuel Becerra Ramírez, "Las Resoluciones de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y el Derecho Internacional", en *Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*. Rodrigo Méndez Silva (México: IJ-UNAM, 2008).

(44) En estos tratados, es muy marcada la idoneidad de los criterios objetivos de interpretación, vinculados a los textos mismos en búsqueda de la tutela de derechos, frente a los subjetivos, relativos a la sola intención de los Estados partes (Opinión Consultiva 3/83 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Restricciones a la Pena de Muerte (artículos 4.2 y 4.4 Convención Americana sobre Derechos Humanos), del 8 de septiembre de 1983, Serie A-3).

(45) Por ello, los principios, directrices y prohibiciones que establece deben ser respetados por los gobiernos, sus militares, así como por los grupos armados en oposición o por cualquier otra parte que se encuentre en situación de conflicto. Las normas del DIH sobre la conducción de las hostilidades reconocen que el uso de la fuerza letal es inherente a la guerra, pues el objetivo último de las operaciones militares es dominar a las fuerzas armadas del enemigo.



Victorhugo Montoya Chávez y Raúl Feijóo Cambiaso

fuerzas policiales o de seguridad, las cuales mantienen la responsabilidad de garantizar el orden⁽⁴⁶⁾.

Por su parte, los TIDH, como ya se analizó, buscan proteger a las personas contra los abusos de poder provenientes del Estado y no pretenden regular la conducción de las hostilidades entre partes en un conflicto armado, sino el mantenimiento del orden público y la seguridad⁽⁴⁷⁾. De esta forma, si bien los TIDH y el DIH comparten un objetivo común que es el de proteger la dignidad y la humanidad de la persona, existe un marcado consenso en señalar que ambos cuerpos normativos son aplicables en situaciones de conflicto armado, aunque en tales contextos el segundo constituye la *lex specialis* para la

regulación y control de los actos o decisiones que tienen lugar en los conflictos armados⁽⁴⁸⁾.

En segundo lugar, se encuentran los tratados de integración (en tanto instrumento dinamizador de los Estados), los cuales muchas veces desarrollan derechos de las personas. El pensamiento inspirador de comunidades, como la andina⁽⁴⁹⁾, a la cual hace referencia el artículo 44 de la Constitución⁽⁵⁰⁾, requiere de una validación constitucional, a través de una cláusula de integración, entendida ésta como la base normativa que el derecho

(46) Comité Internacional de la Cruz Roja, *Violencia y Uso de la Fuerza*, (Ginebra, 2008).

(47) La línea fundamental, en cuanto al uso de la fuerza letal en este contexto, de conformidad con los principios relativos al cumplimiento de la ley que se rigen a su vez por el DIDH, es que se puede recurrir intencionalmente a ésta para proteger la vida sólo como último recurso, cuando otros medios resulten ineficaces o no garanticen de ninguna manera el logro del resultado previsto. Ello implica, a juicio del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, que el uso intencional de la fuerza letal no debe exceder lo que sea estricta o absolutamente necesario para proteger la vida (Artículo 3 del Código de Conducta para Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley, adoptado por la Asamblea General el 17 de diciembre de 1979, Resolución 34/169, concordante con el artículo 4 de los Principios Básicos sobre el Empleo de la Fuerza y de Armas de Fuego por los Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley, adoptado por el Octavo Congreso sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente), criterio acogido a nivel regional por la Corte Interamericana, al entender que cuando se usa fuerza excesiva, no se respeta la integridad personal, y toda privación de la vida resultante es arbitraria (párrafo 61 de la Sentencia del 19 de julio de 1995 (Fondo), Casos Neira Alegria y otros c. Perú, C-20; párrafos 54 y 74 de la Sentencia del 29 de julio de 1988 (Fondo), Caso Velásquez Rodríguez c. Honduras, C-4, entre otros).

(48) Así, las normas del DIH conforman nuestro ordenamiento jurídico -como parte del bloque de constitucionalidad internacional-, convirtiéndose en parámetro normativo y de interpretación para el desarrollo del derecho interno y el control de los actos o decisiones que tienen lugar en las situaciones de conflicto y que afectan a las personas que no participan en las hostilidades o que han dejado de hacerlo, así como en lo relativo a los medios y métodos de los enfrentamientos.

(49) A la par de modelos como el de la Unión Europea, ejemplo más consolidado de los diversos procesos de integración, en la región existe la llamada Comunidad Andina de Naciones – CAN, en su momento conocido como Pacto Andino y hoy compuesto por Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú. Surgió como una necesidad de los países miembros de instaurar un sistema de integración que permitiera el desarrollo equilibrado y armónico de los habitantes de la subregión en condiciones de equidad, a través de la armonización de las políticas económicas y sociales y de la coordinación de los respectivos planes de desarrollo de los Estados miembros (artículo 1 del Acuerdo de Integración Subregional Andino, Acuerdo de Cartagena). Con el paso de los años Estados como Chile y Venezuela han ido desertando del proyecto. Hoy en día, luego de la consultoría llevada a cabo por la Comisión Económica para América Latina y el Caribe – CEPAL y la Fundación Getulio Vargas, la Decisión 792 del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, del 2013, demuestra la preocupación existente por una nueva visión, nuevos lineamientos estratégicos y una priorización de ámbitos de acción, que deriva en la implementación de una reingeniería del sistema andino, máxime si el Perú está involucrado en otros esfuerzos integracionistas, como el del Unión de Naciones Suramericanas – Unasur, o la Alianza del Pacífico.

(50) En ella se reconoce explícitamente la existencia de un deber del Estado de *establecer y ejecutar la política de fronteras y promover la integración, particularmente latinoamericana*. En esta línea, también se encuentra Ecuador, donde entre otras disposiciones, el artículo 423.7 de la Constitución de 2008, establece -de forma genérica- que el Estado deberá *“favorecer la consolidación de organizaciones de carácter supranacional conformadas por Estados de América Latina y del Caribe, así como la suscripción de tratados y otros instrumentos internacionales de integración regional”*, sin mencionar de forma explícita la posibilidad de una eventual cesión de competencias a favor de organizaciones de integración.

El rango de los Tratados sobre Derechos Humanos *The Hierarchy of Human Rights International Treaties*

constitucional ofrece para la participación del Estado en los mecanismos de integración económica, lo cual incluye la temática de los efectos del ordenamiento jurídico resultante de tales acuerdos regionales⁽⁵¹⁾. Lamentablemente, en el país no existe dicha cláusula de integración y el único marco constitucional es el que se encuentra en el mencionado artículo 55, que se considera propicio para el reconocimiento del Derecho de Integración (normas de la Comunidad Andina⁽⁵²⁾). Este derecho constituye un nuevo esquema dentro del orden del clásico Derecho Internacional, a través del cual los Estados miembros limitan su soberanía, en un ámbito determinado de competencias, a favor de ciertos órganos e instituciones

de integración que persiguen el desarrollo armónico de las naciones integrantes de la *comunidad*, a partir de propósitos similares⁽⁵³⁾.

Dentro del ordenamiento comunitario, según lo ha establecido el artículo 1 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, validado por el propio Tribunal de Justicia Andino, se diferencian esencialmente dos tipos de fuentes. Las primeras son las fuentes denominadas *originarias, primarias o constitucionales*⁽⁵⁴⁾

- (51) Otros países andinos sí cuentan con cláusula de integración. En los artículos 150.16 y 227 de la Constitución colombiana de 1991, se establece que “el Congreso tiene competencia para aprobar tratados que impliquen la transferencia parcial de determinadas atribuciones a organismos internacionales que tengan por objeto promover o consolidar la integración económica con otros Estados”, mientras que al Estado le corresponde “promover la integración económica, social y política con las demás naciones... mediante tratados basados en equidad, igualdad y reciprocidad y la creación de organismos supranacionales”. La Constitución boliviana de 2008, asimismo, en su artículo 257.II.4, establece que la “cesión de competencias institucionales a organismos internacionales o supranacionales, en el marco de procesos de integración” requerirán de aprobación mediante referendo popular vinculante previo a la ratificación los tratados internacionales que la impliquen. El modelo andino ha seguido la experiencia de los países miembros de la Unión Europea, que desde hace varias décadas establecieron cláusulas de integración. Según el artículo 23.1 de la Ley Fundamental de Bonn de 1949, “la Federación podrá transferir derechos de soberanía por una ley que requiere la aprobación del Bundesrat”. El artículo 11 de la Constitución italiana de 1947, dispone que el Estado accede como medio de solución de las controversias internacionales, en condiciones de igualdad con los demás Estados, “a las limitaciones de soberanía necesarias para un ordenamiento que asegure la paz y la justicia entre las naciones”, y para tal efecto, “promoverá y favorecerá las organizaciones internacionales encaminadas a este fin”. Al mismo tiempo, el artículo 93 de la Constitución española establece que “Mediante la ley orgánica se podrá autorizar la celebración de tratados por los que se atribuya a una organización o institución internacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución”.
- (52) El Perú firmó el Acuerdo de Integración Subregional Andina -denominado también Acuerdo de Cartagena- ratificado por el Perú con la aprobación el Decreto Ley 17851, del 15 de octubre de 1969, entrando en vigor a partir del día siguiente. El 10 de marzo de 1996 el país suscribió el respectivo Protocolo Modificatorio -llamado Protocolo de Trujillo- aprobado por Resolución Legislativa 26603 y que entrase en vigor el 11 de mayo de 1996. Asimismo, existe el Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, suscrito el 28 de mayo de 1979, aprobado mediante el Decreto Ley 22679, del 18 de septiembre del mismo año, y que empezó a regir desde el 19 de mayo de 1983. A su vez, se suscribió el 28 de mayo de 1996 su Protocolo Modificatorio -también llamado Protocolo de Cochabamba-, aprobado mediante Resolución Legislativa 26674, del 14 de octubre, y promulgada el 21 de octubre de 1996, y ratificada mediante Decreto Supremo 044-96-RE, del 25 de octubre de 1996. Los protocolos adicionales fueron celebradas con posterioridad a la dación de la Constitución de 1993, que no han requeridos habilitación legislativa (artículo 57 de la Constitución) y no han sido declarados inconstitucionales por este Tribunal.
- (53) La existencia de un Sistema Andino de Integración no sólo reclamaba la estructuración y puesta en funcionamiento de una organización administrativa y técnica, así como la creación de autoridades comunitarias (entre ellas, el Consejo Presidencial Andino, la Comisión, el Parlamento Andino, la Secretaría General, el Tribunal de Justicia, entre otros), con específicas competencias, sino que también requería del reconocimiento de un ordenamiento jurídico dotado de la vigencia y eficacia requeridos para regular directamente las competencias que fueron materia del proceso de integración y la conducta de los países miembros y de sus habitantes, sin tener que recurrir a los procedimientos ordinarios del derecho interno de cada país.
- (54) Entre ellas se encuentran las disposiciones contenidas en el Acuerdo de Integración Subregional Andina (o Acuerdo de Cartagena) y en el Tratado del Tribunal de Justicia, con sus respectivos protocolos modificatorios e instrumentos adicionales, que como se pudo expresar con anterioridad han sido debidamente incorporados dentro de nuestro ordenamiento interno, contando con rango de ley.



Victorhugo Montoya Chávez y Raúl Feijóo Cambiaso

y las *secundarias*, derivadas de la actuación de órganos creados por los tratados comunitarios, y que son emitidas por las autoridades supranacionales, cuyas competencias son establecidas en los aludidos tratados-marco⁽⁵⁵⁾. Una norma secundaria del Derecho Comunitario es plausible de ser exigida en sede interna, cuya constitucionalidad es presumida *iuris tantum*⁽⁵⁶⁾. Al igual que sucede con las normas internas y los TIDH, las normas del Derecho Comunitario y el Derecho Nacional conversan. Al respecto, el propio Tribunal

de Justicia Andino ha reconocido que ambos ordenamientos jurídicos se encuentran vinculados por un criterio de competencia más no de jerarquía, al considerar que en la integración se produce “el tránsito de la competencia reguladora nacional hacia la comunitaria en los asuntos cuya decisión corresponde a esta última” (Sentencia del 24 de marzo de 1997, Proceso 3-AI-96). Asimismo,

- (55) Dentro de ellas se encuentran las Decisiones del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores (CAMRE) y de la Comisión de la Comunidad Andina, así como las Resoluciones de la Secretaría General. En ese contexto, y teniendo en cuenta que en el presente caso la parte accionante solicita el cumplimiento de una norma comunitaria secundaria (Decisión 436 de la Comisión de la Comunidad Andina de Naciones), lo que corresponde explicar cómo están reconocidas ellas en el ámbito interno, máxime si no existe una cláusula de integración. Si bien del Derecho Comunitario andino no se advierte una definición normativa clara respecto de la naturaleza jurídica que tendrían las Decisiones de la Comunidad Andina, de la misma se desprende con meridiana claridad que se trata de normas jurídicas que se rigen por lo establecido en el Tratado de Creación del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena (artículo 12 de Decisión 407, Reglamento del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores-CAMRE). Y es que aún cuando esta atribución sólo se menciona de manera expresa para el caso de las Decisiones emitidas por el CAMRE, dicha característica es también extensible para aquellas Decisiones emitidas por la Comisión, en virtud al tratamiento conjunto que de ambas hacen los artículos 2 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, y de la Decisión 500, Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, el cual las considera normas de Derecho secundario o derivado. Dentro del orden jerárquico normativo de la CAN, en un supuesto de similitud con el ordenamiento jurídico interno de los países miembros, la decisión sería para la comunidad, lo que es la ley para el derecho interno. De dicha naturaleza jurídica de las decisiones, deviene entonces la obligatoriedad de sus preceptos para los integrantes de la Comunidad Andina y la aplicación directa de sus disposiciones a partir de su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo. De otro lado, debe señalarse que la legitimidad de las decisiones, y de todas las normas secundarias, deriva de su concordancia con las normas primarias (a las que se encuentran jerárquicamente sujetas y están reconocidas como parte del derecho interno). Es así como el Perú admitió las fuentes primarias y a través de ellas se crea se establecen las secundarias, no cabe duda que indirectamente nuestro Estado ha admitido que éstas deben ser admitidas y respetadas dentro del país.
- (56) A la luz de los principios de preeminencia y efecto directo del derecho comunitario, y teniendo en cuenta que se trata de una norma de carácter secundario, emitida de conformidad con la facultad reconocida en el artículo 3.f del Acuerdo de Integración Subregional Andina o Acuerdo de Cartagena, y que no ha sido declarada nula por el Tribunal de Justicia Andino, conforme se advierte de la Sentencia recaída en el proceso 05-AI-2008, acción andina de incumplimiento según la cual el Tribunal declaró que el Estado peruano vendría incumpliendo la Decisión 436. Justamente es de resaltar en esto punto el principio comunitario de eficacia directa (también conocido como aplicación inmediata), establecido normativamente, se otorga la posibilidad a cualquier persona natural o jurídica de acudir ante los tribunales nacionales competentes, de conformidad con las prescripciones del derecho interno, para exigir la observancia de la normativa comunitaria. En el caso de las normas secundarias, como las Decisiones de la Comisión de la Comunidad Andina, estas también resultan directamente aplicables a partir de la fecha de su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo, a menos que las mismas señalen una fecha posterior, o requieran de su incorporación al derecho interno mediante acto expreso (artículos 3 y 31 del Tratado del Tribunal Andino, también desarrollados en la Sentencia del 24 de marzo de 1997, Proceso 3-AI-96). Por tanto, este Colegiado reconoce que el Derecho Comunitario es de eficacia directa dentro del territorio nacional. Asimismo, resulta admisible adecuar la vía del proceso de cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 4 y 31 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, según los cuales “Las personas naturales o jurídicas tendrán derecho a acudir ante los Tribunales nacionales competentes, de conformidad con las prescripciones del derecho interno, cuando los Países Miembros” no adopten las medidas necesarias para asegurar el cumplimiento de las normas comunitarias, y siempre que “sus derechos resulten afectados por dicho incumplimiento”.

El rango de los Tratados sobre Derechos Humanos *The Hierarchy of Human Rights International Treaties*

al igual que son la eficacia directa, la doble responsabilidad o la seguridad jurídica, un principio que orienta el Sistema Andino de Integración es el de preeminencia o primacía del Derecho Comunitario, referido a la preferencia aplicativa de éste frente al Derecho Nacional, sin que la eventual existencia de normas nacionales contradictorias puedan dar lugar al incumplimiento de los compromisos comunitarios⁽⁵⁷⁾. Visto así, el principio de preeminencia implica una limitación del concepto clásico de jerarquía normativa establecido en la Constitución⁽⁵⁸⁾, pero respetuosa del principio de supremacía constitucional⁽⁵⁹⁾. Con lo afirmado no se pretende que el ordenamiento comunitario recoja todos y cada uno de los elementos que pertenecen

al ordenamiento constitucional interno de los países miembros, pues ello podría dificultar el cabal desarrollo del proceso de integración. Precisamente, se ha querido preservar la independencia y autonomía del derecho comunitario, para lo cual se ha instaurado un Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, encargado de su interpretación y aplicación⁽⁶⁰⁾. De otro lado, se debe reconocer la presunción de constitucionalidad de las decisiones o actos comunitarios⁽⁶¹⁾. A partir de una lectura integradora del principio de

(57) Así está previsto en el artículo 4 del Tratado del Tribunal Andino, desarrollado en la Sentencia del 11 de diciembre de 1997, Proceso 1-AI-97, principio a partir del cual se desprende que, *prima facie*, las normas del Derecho Comunitario, tanto primarias (tratados-marco) como secundarias, gozan de preferencia aplicativa y eficacia directa frente al derecho interno de los países miembros.

(58) Sin embargo, tal limitación no puede ser sino únicamente relativa, en vista que de cada Constitución depende el rango que el derecho interno de cada país reconoce a los tratados internacionales. Como la Constitución es parte de un orden jurídico, está inserta dentro de los alcances del principio de coherencia normativa, a partir del cual se presume una relación armónica entre las normas que conforman nuestro sistema jurídico (sentencia recaída en el expediente No. 0005-2003-AI/TC). A nivel comparado, también se advierte el reconocimiento jurisprudencial comparado del principio de preeminencia, pero compatibilizándolo con el de supremacía constitucional. Así, el Tribunal Constitucional español reconoció que “la supremacía de la Constitución es, pues, compatible con regímenes de aplicación que otorguen preferencia aplicativa a normas de otro Ordenamiento diferente del nacional siempre que la propia Constitución lo haya así dispuesto” (entre otras, en fundamento 6 de la sentencia 28/1991, de 14 de febrero; fundamento 4 de la sentencia 120/1998, de 15 de junio; y, fundamento 10 de la sentencia 58/2004, de 19 de abril). En ese sentido, y teniendo en cuenta lo establecido en el artículo 93 de la Constitución hispana, así como en lo señalado en las Sentencias *Vand Gend en Loos*, de 5 de febrero de 1963, y *Costa contra ENEL*, de 15 de julio de 1964, emitidas por el entonces existente Tribunal de Justicia de las Comunidades, concluyó que mientras la primacía, que es la que se predica del Derecho Comunitario, se desenvuelve en el ámbito de aplicación de normas en principio válidas y por tanto puede la propia Constitución, establecer su preferencia aplicativa -la supremacía constitucional-, en vista que se mueve en el mundo de la jerarquía donde ocupa la posición suprema. De otro lado, la Corte Constitucional de Colombia construyó una tesis según la cual las facultades reconocidas a las autoridades de la subregión se encuentran limitadas al ejercicio de las competencias que se trasladan a la comunidad y éstas, como emanación de los diferentes pueblos soberanos, no comportan la posibilidad de quebrantar dichos principios, que, además de corresponder a la tradición de los países firmantes, se recogen en los tratados internacionales suscritos por ellos y que, por su condición de derecho imperativo, resultan oponibles y vinculantes en el seno de la comunidad creada; de lo contrario, los órganos de la comunidad detentarían un poder constituyente que ninguno de los países imaginó conferirles (fundamento 9 de la Sentencia C-231/97).

(59) Ninguna norma con rango de ley -como los tratados- u otra infraconstitucional puede desconocer los principios fundamentales de la Constitución tales como el respeto a la dignidad de la persona humana (artículo 1), los derechos y libertades fundamentales, la soberanía del pueblo (artículos 3 y 45), el Estado democrático de derecho (artículos 3 y 43), la forma republicana de gobierno (artículos 3 y 43), entre otros (sentencias recaídas en los expedientes No. 0005-2007-PC/TC y No. 0020-2005-PI/TC y otro).

(60) En ese sentido, corresponderá al referido Tribunal, conforme a las disposiciones del tratado que lo constituyó, declarar la nulidad de aquellas decisiones de la comunidad que violen su ordenamiento jurídico.

(61) Sólo en caso de denegación de justicia por parte del Tribunal Andino o ante la probada ineficacia de sus mecanismos judiciales para anular aquellas normas comunitarias secundarias que violen principios jurídicos superiores, podría eventualmente y sólo de forma excepcional, llevar a esta jurisdicción a ordenar su inaplicación interna -que no es invalidación- en un caso particular, siempre que previamente se hubiere procurado obtener del Tribunal Andino la interpretación de la norma sobre cuya aplicación se centra la controversia



Victorhugo Montoya Chávez y Raúl Feijóo Cambiaso

preeminencia y de supremacía constitucional, debe propiciarse un enriquecimiento mutuo entre los ordenamientos jurídicos comunitario y nacional como consecuencia del diálogo jurisprudencial existente -en materia de derechos humanos- entre los máximos intérpretes jurisdiccionales de cada ordenamiento. Esta confluencia de intereses normativos debe empezar a propiciarse en el país con relación a la CAN, a partir de una nueva concepción de la Constitución, en clave de pluralismo constitucional (o *multilevel Constitution*), tal como va ha venido a ocurrir en otras latitudes⁽⁶²⁾.

Los TIDH deben, por tanto, diferenciarse de las normas del derecho comunitario, por más que muchas veces éstas pueden tener una implicancia directa de protección, tal como ha ocurrido con mucha claridad en la Unión Europea (véase Tratado de Lisboa de 2007). Según el artículo 52 de esta *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, los derechos reconocidos en ella⁽⁶³⁾ son una recopilación de los derechos reconocidos por las Constituciones de los Estados miembros y por el Convención Europea⁽⁶⁴⁾ y en caso de contradicción se debe ponderar, haciendo primar la norma que

garantice de manera más amplia, todo ello en pos de la seguridad jurídica y continuidad de los derechos⁽⁶⁵⁾. La obligación de coherencia entre los diferentes estándares normativos de derechos humanos se debe a la incorporación de la Carta como texto vinculante a partir del 2009⁽⁶⁶⁾, por lo que ni los ciudadanos ni los jueces pueden abstenerse de su uso para la mejor tutela de los derechos fundamentales. En el caso regional, las normas primarias y secundarias comunitarias no hacen referencia explícita a derechos, y por lo tanto no pueden ser consideradas TIDH. De gran importancia también es el artículo 53 de la Carta que reafirma la mejor aplicación posible de los derechos en el ámbito de la región, dispositivo coherente con lo señalado en el CEDH.

Determinadas las cuestiones básicas sobre el principio de jerarquía normativa y sobre lo que puede entender los TIDH, es preciso

- (62) Así, en el caso del Tribunal Constitucional alemán, la jurisprudencia *Solange* impulsó de manera decisiva la construcción jurisprudencial del Tribunal de Justicia en materia de derechos humanos, así como la existencia de una Carta de Derechos de la Unión jurídicamente vinculante (artículo 6.1 del Tratado de la Unión Europea), y una cláusula de adhesión de la Unión al Convenio Europeo de Derechos Humanos (artículo 6.2 del mismo tratado). En un primer momento (Caso *Solange I*, BVerfGE 37, 271 (285)), el referido Tribunal entendió que “en tanto y en cuanto el proceso de integración de la Comunidad no se haya desarrollado hasta tal grado que el Derecho Comunitario Europeo también contenga un catálogo de derechos fundamentales, aprobado por un parlamento, y en plena vigencia, el cual sea equiparable al contenido de la Ley Fundamental de Bonn”, éste resultaba competente para conocer de un recurso planteado contra un acto comunitario susceptible de violar un derecho fundamental de su Constitución. Sin embargo, posteriormente, y a la luz de la reacción jurisprudencial generada en el sistema europeo, el mismo Tribunal renunció a conocer la constitucionalidad de las normas de Derecho Comunitario “en tanto en cuanto la Comunidad mantuviera entonces su nivel de protección de los derechos fundamentales” (Caso *Solange II* BVerfGE 73, 339). Otro ejemplo de este constante *feedback* jurisprudencial que se viene dando en el contexto de integración europeo, se encuentra a propósito de la jurisprudencia constitucional alemana posterior sobre el Tratado de Maastricht, que condujo igualmente a que el Tribunal de Justicia realizara una lectura más escrupulosa a propósito de la delimitación de las competencias entre la Unión Europea y los estados miembros.
- (63) En ella se ha señalado que “Ninguna de las disposiciones de la presente Carta podrá interpretarse como limitativa o lesiva de los derechos humanos y libertades fundamentales reconocidos, en su respectivo ámbito de aplicación, por el Derecho de la Unión, el Derecho internacional y los convenios internacionales de los que son parte la Unión o todos los Estados miembros, y en particular el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, así como por las constituciones de los Estados miembros”.
- (64) Su artículo 53 establece lo siguiente: “Ninguna de las disposiciones del presente Convenio será interpretada en el sentido de limitar o perjudicar aquellos derechos humanos y libertades fundamentales que podrían ser reconocidos conforme a las leyes de cualquier Alta Parte Contratante o en cualquier otro Convenio en el que ésta sea parte”.
- (65) Araceli Mangas Martín, “Comentario al artículo 96”, en *Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea. Comentario artículo por artículo*, Araceli Mangas Martín (coord.), (Bilbao: Fundación BBVA, 2008).
- (66) Fecha en que entra en vigor con el Tratado de Lisboa.

El rango de los Tratados sobre Derechos Humanos *The Hierarchy of Human Rights International Treaties*

ver exactamente en qué parte de la pirámide jurídica se encuentran dichos tratados.

2. Justificaciones sobre el rango de los tratados sobre derechos humanos

Para determinar qué rango corresponde a los TIDH en el presente trabajo se analizan cuatro de los principales argumentos utilizados por los defensores de su rango constitucional para ver si efectivamente tiene éste o si por el contrario tiene uno legal.

2.1. Literalidad de la norma constitucional

El artículo 200.4 de la Constitución, a la hora de definir el objeto de control a través del proceso de inconstitucionalidad señala que éste se refiere a las normas con rango de ley. Señala explícitamente que es una garantía constitucional “La Acción de Inconstitucionalidad, que procede contra las normas que tienen rango de ley: leyes, decretos legislativos, decretos de urgencia, tratados, reglamentos del Congreso, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales”. Una interpretación literal de la norma nos podría llevar a la conclusión de que el proceso de inconstitucionalidad podría *fulminar* incluso a aquellos tratados que versen sobre derechos humanos que contravinieran la Constitución en la forma o en el fondo⁽⁶⁷⁾.

Incluso, el legislador constituyente de manera consciente ha excluido la cláusula que estaba presente en la Constitución de 1979, según la cual “Los preceptos contenidos en tratados relativos a derechos humanos, tienen jerarquía constitucional” (artículo 105)⁽⁶⁸⁾. Hoy, el constituyente implícitamente ha

descartado una norma de este tipo y más bien ha sido explícito a regularlo en el artículo 200.4⁽⁶⁹⁾.

La idea general es encontrarle una interpretación coherente entre todo el texto constitucional. Y por más que la Constitución tenga una alto grado de complejidad (al habersele comparado con un modelo geométrico, geodésico, global, geológico o gravitacional⁽⁷⁰⁾), nunca la interpretación puede ir en contra de la voluntad del legislador constituyente. Y en este caso, ha sido bastante nítida su posición: todos los tratados, sin excepción, tienen rango legal. Pero es importante analizar otros argumentos que insisten en su rango constitucional.

2.2. Modificación por otra fuente normativa

Los TIDH están dotados de una fuerza activa y pasiva especiales y de esta última algunos aseveran que gozarían de rango constitucional (sentencia recaída en el expediente No. 0025-2005-PÍ/TC y otro), dado que no pueden ser modificados, en general, por cualquier otra fuente normativa del ordenamiento interno. Es así como una ley no estaría en la capacidad material de modificar un tratado que verse sobre derechos humanos. Pero por más que nadie dude de la fuerza pasiva de los TIDH, no es que una ley no pueda modificar un tratado porque éste es superior jerárquicamente a ella. Es necesario recurrir al principio de

(67) Hugo Rodríguez Brignardello, “Los tratados internacionales sobre derechos humanos en la constitución peruana de 1993”, en *Revista academia de la magistratura*, 1° ed., (1998)

(68) Una norma como aquella brindaba mayor seguridad jurídica a los ciudadanos y mecanismos idóneos de protección ante cualquier acto arbitrario del Estado, expresando asimismo ante la comunidad internacional la voluntad del Estado peruano de dar un tratamiento preferente a la materia de derechos humanos, en coherencia con la moderna tendencia del derecho internacional, que atribuye jerarquía *ius cogens* a las normas sobre derecho humanos; Fabián Novak Talavera, “Los Tratados y la Constitución Peruana de 1993”, en *Agenda Internacional* 2, año 1, (1994).

(69) No por ello, algunos consideran que tanto por la naturaleza excepcional de estos tratados como por el contenido de los mismos se hacía necesario un regreso a la fórmula de 1979, que resulta más acorde y comprometida con el respeto de los derechos humanos por parte de todo el aparato estatal; Elizabeth Salmón, “Los aspectos internacionales en la reforma de la Constitución”, en *Pensamiento Constitucional*, 9° ed., (2003).

(70) Laurence Tribe, *The Invisible Constitution* (New York: Oxford University Press, 2008).



Victorhugo Montoya Chávez y Raúl Feijóo Cambiaso

competencia, por ser éste útil también para resolver las antinomias normativas.

Como es necesario definir un ámbito espacial de la validez del orden jurídico del Estado⁽⁷¹⁾, el poder de éste se encuentra marcado fuertemente por el principio de la jurisdicción territorial⁽⁷²⁾, inalienable e inviolable y sobre la cual la autoridad política debe ejercer soberanía⁽⁷³⁾. Dado que el poder del Estado emana del pueblo (artículo 45 de la Constitución) y se aplica a un amplio ámbito territorial, la titularidad de su ejercicio no podía recaer sino en múltiples centros de poder, tal como lo señala el artículo 43 de la Constitución⁽⁷⁴⁾. Al exteriorizarse el Estado como ente de carácter unitario integrado por una serie de órganos que gozan de un ámbito de autonomía, es preciso explicar las relaciones y articulaciones que se pudieran presentar entre las normas jurídicas en la articulación horizontal del sistema de fuentes del derecho (sentencia recaída en el expediente No. 0013-2003-AI/TC; expediente No. 0020-2005-AI/TC y otra).

El poder estatal (limitado, en principio) se ha escindido y se encierra en un sistema de competencias circunscritas⁽⁷⁵⁾,

división del poder que evita el monopolio de un gobernante, favoreciendo la correcta toma de decisiones de parte de los individuos⁽⁷⁶⁾⁽⁷⁷⁾. Desde dicho principio (similar al *attitudinal model*), entre los diversos órganos que detentan el poder, es necesario establecer límites, a partir del necesario control y balance entre ellos, denominado *checks and balances of powers* (pesos y contrapesos), a fin de respetar lo que la Constitución establece como fin supremo: la persona humana (artículo 1 de la Constitución)⁽⁷⁸⁾.

El principio de competencia, por tanto, afecta directamente el acto de producción de la norma, mientras que el de jerarquía (que es el que está en juego para el caso de los TIDH) concierne directamente a su validez (sentencia recaída en el expediente No. 0047-2004-AI/TC). Aquél establece el *ámbito de materia* sobre el que se ejercen una competencia normativa y sólo como

(71) Hans Kelsen, *Teoría General del Estado* (Granada: Comares, 2002).

(72) Kriele, M., 1980. *Introducción a la Teoría del Estado*. Buenos Aires: Depalma.

(73) Se le identifica, entre muchas opciones, como resultado de la estrategia territorial explícita para delegar funciones administrativas pero mantener el control central; Robert Sack, *Human Territoriality: Its Theory and History*. (Cambridge: Cambridge University Press, 1986); de resolver dilemas que enfrentan los grupos sociales al distribuir bienes públicos (aun cuando no existe claridad sobre lo que ésta signifique); David Lake, 2003 "The New Sovereignty in International Relations", en *International Studies Review*, 5° ed. (2003); o, de definir fronteras entre los grupos sociales para identificar y mantener la cohesión grupal; Georg Simmel, *Estudios sobre las formas de socialización*. (Madrid: Alianza, 1986)

(74) De dicho artículo constitucional se instituye la específica forma estatal; Georges Burdeau, *Droit constitutionnel et Institutions politiques*, 18° ed., (París: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1957); que tiene el Perú.

(75) Carl Schmitt, *La defensa de la Constitución* (Madrid: Tecnos, 1983)

(76) Richard Posner, *Análisis económico del derecho*, 2° ed., (México: Fondo de Cultura Económica, 2007)

(77) A partir de esta configuración del poder se ha establecido el principio de separación-de-poderes como mecanismo de legitimación de un Estado democrático, por presentarse como expresión del compromiso político entre sociedad y Estado. Esta manifestación es nítida en el modelo político restrictivo italiano, el cual sitúa el ámbito de los conflictos constitucionales en su más estricta dimensión política, según lo establece el artículo 134 de la Constitución de 1947, respecto de la *Corte Costituzionale* en los conflictos de competencia.

(78) Los postulados teóricos de tal balance (implica el reconocimiento de 'exámenes interorgánicos'); Allard Loewenstein, *Teoría de la Constitución*. 2° ed., (Barcelona: Ariel, 1976); requieren actuar en toda su dimensión; Torsten Persson, "Separation of Powers and Political Accountability", en *The Quarterly Journal of Economics*, volumen 112, (1997); dada la imperiosa necesidad de crear reglas constitucionales de incentivo al control y a la incorporación del bienestar general dentro de la función de utilidad que da el ejercicio del poder; Mónica Safar Díaz, "Análisis económico del derecho constitucional: aplicación de la teoría económica bajo la escuela de la elección pública", en *Revista Derecho del Estado*, 23° ed., (2009). Tal distribución de funciones no implica una fragmentación del poder, sino una premisa necesaria para el mejor desempeño del Estado.

El rango de los Tratados sobre Derechos Humanos *The Hierarchy of Human Rights International Treaties*

consecuencia condicionan la validez de las disposiciones o normas creadas por ellos⁽⁷⁹⁾⁽⁸⁰⁾. La competencia, en el fondo, devela la superioridad jerárquica de aquellas normas que tienen como objeto la delimitación y reparto de materias o funciones⁽⁸¹⁾, como es la propia Constitución, al ser *norma normarum*⁽⁸²⁾. Como la *accountability* es producto de 'redes' de órganos estatales⁽⁸³⁾, es preciso que la distribución del poder se respete, a partir de lo que la propia Constitución establezca, bajo un criterio de eficiencia, donde se convierta en una garante de la restricción, la racionalización y el control del poder estatal y social⁽⁸⁴⁾. Bajo este entramado normativo, queda claro que no está en juego únicamente la posición jerárquica de los TIDH, sino principalmente la competencia interna de un poder estatal que tiene, a juicio de la propia Constitución, la capacidad para suscribirlos.

Y es justamente la propia Norma Fundamental la que ha señalado, reconociendo el ámbito y la forma especial en que se emite un tratado, que este último no puede ser modificado unilateralmente por otra norma nacional con

rango de ley. Pero esto para nada significa que un TIDH sea una norma con rango constitucional y superior a la ley, sino que ha definido las competencias para las correspondientes aprobaciones. No es que el TIDH tenga un rango mayor que cualquier otra norma, incluso la constitucional, sino que sólo puede ser modificada por el ente estatal correspondiente, bajo los parámetros establecidos en el derecho internacional. Es más, decir lo contrario, implicaría que no sólo los TIDH tengan dicho rango, sino que como ningún tratado puede ser modificado por normas con rango de ley, todos ellos tendrían rango constitucional. Además, en el supuesto de que una ley vaya en contra de un tratado, más allá que pueda ser inválido a la luz del derecho interno, también tal decisión normativa acarreará responsabilidad internacional del Estado⁽⁸⁵⁾.

(79) Jerónimo Betegón, Marina Gascón, Luis Prieto Sanchís y Juan Ramón de Páramo, *Lecciones de Teoría del Derecho* (Madrid: McGraw-Hill, 1997).

(80) En un Estado descentralizado como el nuestro (artículos 43 y 118 de la Constitución) sometido a un proceso de integración (artículo 44 de la Constitución), como el nuestro, es preciso encontrar que el sistema de fuentes también se asiente en los principios de redistribución territorial del poder y la concepción moderna de separación de poderes y órganos constitucionales (sentencia recaída en el expediente No. 0006-2006-PCC/TC), que propugna un sistema de control y balance entre órganos vinculados por relaciones de coordinación y cooperación, constituyéndose además como garantía de derechos y un límite al poder frente al absolutismo y la dictadura (sentencia recaída en el expediente No. 0005-2007-PI/TC).

(81) Tomás Requena López, *El principio de jerarquía normativa* (Madrid: Civitas, 2004)

(82) El principio de competencia es tributario del de jerarquía, pues si una entidad estatal puede incurrir en la expedición de una norma inválida por invadir esferas competenciales previstas como ajenas por otra norma de su mismo rango, es porque la Constitución, fuente normativa jerárquicamente superior a cualquier otra, reservó en ésta la capacidad de regular la distribución competencial (sentencia recaída en el expediente No. 0020-2005-AI/TC y otro).

(83) Guillermo O'Donnell, "Rendición de cuentas horizontal y nuevas poliarquías", en *Nueva Sociedad*, 152ª edición, (1997).

(84) Peter Häberle, "La jurisdicción constitucional institucionalizada en el Estado Constitucional", en *Nueve Ensayos Constitucionales y una Lección Jubilar*. Peter Häberle (Lima: Palestra, 2004).

(85) Todos los Estados Miembros de la Organización de las Naciones Unidas, en virtud de los artículos 55 y 56 de la Carta de la Organización elaborada en 1945, tienen importantes obligaciones en materia de derechos humanos. A pesar de ser obligatoriamente respetadas por los Estados, pueden ser aplicadas por los órganos internos de un país de dos distintas formas dependiendo de la naturaleza de las cláusulas presentes en el tratado, las cuales pueden ser: *self executing* y *non self executing*, por lo que solo en el caso de que la norma sea autoejecutable, el órgano estatal llamado a cumplirla estará imperando por ella, de lo contrario sólo se impone una obligación de hacer: adoptar las medidas concretas para ejecutar el programa o política que el Estado acuerde seguir al adherirse al tratado; Emilio Pfeffer Urquiaga, "Los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos y su ubicación en el orden normativo interno", en *Ius et Praxis*, volumen 9, número 1, (2003). Al encontrarnos frente a las normas *self executing*, las cuales deben aplicarse directamente en el derecho interno sin necesidad de obtener un desarrollo legislativo previo, éstas poseen el carácter de autoejecutables; Aylín Ordoñez, *Régimen constitucional de los tratados internacionales en Centroamérica* (Barcelona: Universidad Autónoma de Barcelona, 2010),



Victorhugo Montoya Chávez y Raúl Feijóo Cambiaso

Adicionalmente a estos argumentos, desde el punto de vista de la interpretación histórica, la actual Constitución ya no cuenta con un artículo similar al 101 de la Constitución de 1979 que señalaba que “en caso de conflicto entre el tratado y la ley, prevalecía el primero”. Hoy ya no se establece un criterio de solución en caso de un conflicto entre un tratado y una norma interna peruana; pero en el pasado igual se trataba de una relación horizontal y no vertical como la jerarquía, razón por la que sus efectos no eran derogatorios, sino de inaplicabilidad⁽⁸⁶⁾.

2.3. Control a través del proceso de inconstitucionalidad

De la fuerza pasiva de los TIDH debería derivarse que estos no puedan ser modificados por una ley de reforma constitucional. Sin embargo, la sentencia recaída en el expediente No. 0025-2005-PÍ/TC y otro, señala que por más que dichos tratados detenten rango constitucional [incluso los incorporados a través del procedimiento de reforma constitucional (segundo párrafo del artículo 57 de la Constitución)] no implica sustraerlos en cuanto objeto de control del proceso de inconstitucionalidad, ni por el fondo ni por la forma, tal como sucede en las normas de reforma constitucional (sentencia recaída en el expediente No. 0050-2004-AI/TC y otros). Esta argumentación es concordante con la señalada en la sentencia recaída en el expediente No. 0047-2004-AI/TC, según la cual por más que tratados sobre derechos humanos y Constitución sean normas de la primera categoría (normas constitucionales), son de diferente grado, pues los primeros están en el tercero y la Constitución en el primero⁽⁸⁷⁾.

Sólo podría iniciarse un proceso de control abstracto contra un TIDH si es contrario a la Constitución. No se está

hablando de un supuesto de *creación* de derechos (requerirá un acto jurisprudencial de reconocimiento) o de una mejor interpretación de estos (requerirá la existencia de un derecho preexistente establecido en la Constitución), temas a ser analizados *infra*⁽⁸⁸⁾, porque en ambos supuestos no habría contrariedad con la Constitución, sino un caso en que el tratado sea abiertamente opuesto a ella. Ante esta situación, el constituyente ha sido claro: el tratado debería ser expulsado del ordenamiento, al igual que sucede con una ley, incluso con una de reforma constitucional. El análisis se inicia del examen de la posible afectación del contenido esencial del derecho fundamental invocado, sobre la base de sus elementos, no sólo subjetivos, sino también de los objetivos⁽⁸⁹⁾⁽⁹⁰⁾.

En primer lugar, la forma en que debería realizarse (según lo expresara la jurisprudencia) este examen se basa en la admisión de grados en la categorías ‘normas constitucionales’. Sin embargo, tal como lo ha señalado la jurisprudencia (sentencia recaída en el expediente No. 3362-2004-AA/TC), en un sistema constitucional como el nuestro, existe igualdad entre los derechos fundamentales y no ha de aceptarse ningún tipo de jerarquización entre ellos, sino habrá de propiciarse una ponderación (justo equilibrio y armonización concreta), a través del principio

de modo que el Estado no podrá realizar ninguna actividad contraria a lo que dichas normas establecen, sin embargo no se señala como debe armonizarse dichas obligaciones con las normas internas de cada país parte del tratado.

- (86) Guillermo Fernández Maldonado, “Los Tratados Internacionales y el Sistema de Fuentes de Derecho en el Perú”, en *Derecho*, 43°-44° ed., (1989-1990)
- (87) Aunque, para algunos autores, si hubiere colisión se preferirá el tratado a la Constitución; Marcial Rubio Correa, “La ubicación jerárquica de los tratados referentes a derechos humanos dentro de la Constitución peruana de 1993”, en *Pensamiento Constitucional*, 5° ed., (1998).
- (88) De hecho, todo cambio en los derechos fundamentales debe ubicarse dentro de una tendencia evolutiva orientada a fortalecer, ampliar y mejorar la esfera de autodeterminación y desarrollo en sociedad del individuo (sentencia recaída en el expediente No. 0050-2004-AI y otros).
- (89) Victorhugo Montoya Chávez, “Las normas de derechos fundamentales”, en *Normas Legales*, volumen 339, (2004).
- (90) Este ámbito tiene como finalidad, entre otros, “promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación” (artículo 44 de la Constitución).

El rango de los Tratados sobre Derechos Humanos *The Hierarchy of Human Rights International Treaties*

de concordancia práctica⁽⁹¹⁾. De esta forma, al descartarse la teoría de las *preferred freedoms*⁽⁹²⁾, es poco coherente admitir grados diferenciados entre la Constitución (y los derechos que ella contiene- y los tratados que versan sobre derechos, porque todos -tanto los primeros como los segundos) deberían tener igual valor. Siendo así, no podría haber grados en la categoría constitucional, sino se rompería toda la construcción de igualdad entre las normas constitucionales. Sería imposible, por tanto, que pueda ser controlada la constitucionalidad de los TIDH dado que el parámetro constitucional sería el mismo que la norma objeto de control, siendo asimismo insostenible que pueda darse la invalidez por la infracción del principio de jerarquía.

Descartada la jerarquización interna en la Constitución, quedaría tomarla como igual. Este argumento, sin embargo, se enfrentaría a que el parámetro de constitucionalidad (tratado con rango constitucional) sería equivalente a la norma objeto de control (el mismo tratado). El artículo 200.4 no indicaría el rango sino únicamente las normas que pueden ser impugnadas a través de una demanda de inconstitucionalidad, valiéndose del reconocimiento de grados dentro de una misma categoría. Es así como la norma de grado inferior podría ser expulsado del ordenamiento si va contra de una del superior. Sólo de esta forma un TIDH que tuviese rango constitucional podría ser cuestionado a través de un proceso de inconstitucionalidad (o mediante control difuso) por ser contrario a la Norma Fundamental. Si es así, igual debería responderse la pregunta de cuál sería el parámetro de control a utilizarse.

Si bien es materialmente absurdo declarar la inconstitucionalidad de la Constitución (sentencia recaída en el expediente No.

0014-2003-AI/TC)⁽⁹³⁾, en la sentencia recaída en el expediente No. 0050-2004-AI/TC y otros, el Tribunal se pronunció sobre cómo examinar las leyes de reforma constitucional⁽⁹⁴⁾, y la misma lógica podría ser aplicable a los TIDH. La Constitución cuenta con un elemento intangible⁽⁹⁵⁾ y su esencia estriba en cláusulas de intangibilidad (o *contenido fundamental irreformable* de la Constitución⁽⁹⁶⁾), que se relativiza mediante una ponderación, fundada en los *supuestos ideológicos y valorativos* en los cuales descansa el sistema constitucional. Dichas cláusulas son el sistema democrático de gobierno, el régimen *representativo*, la Economía social de mercado, el principio de alternancia del gobierno y los derechos fundamentales. En el caso de los TIDH, de hecho, el punto de conexión se encuentra en el último de los elementos del contenido básico de la Constitución.

La modificación del TIDH por la Constitución, por tanto, efectivamente no podría realizarse, pero no porque el derecho se encuentra en un TIDH sino porque existe una norma constitucional que lo reconoce (artículo 2) o habilita (artículo 3), dado que una cláusula pétrea se encuentra en los derechos fundamentales, no en estricto en los derechos humanos (diferencia entre ambos conceptos, *infra*). Hacerlo en contra sería ir contra el

(91) Según éste, toda aparente tensión entre las propias disposiciones constitucionales debe ser resuelta *optimizando* su interpretación, es decir, sin *sacrificar* ninguno de los valores, derechos o principios concernidos; Konrad Hesse, *Escritos de Derecho Constitucional* (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985), concepto también recogido en jurisprudencia (sentencia recaída en el expediente No. 5854-2005-PA/TC).

(92) Aunque también es cierto que en ciertas oportunidades se ha admitido a favor de las libertades comunicativas (sentencias recaídas en los expedientes No. 0905-2001-AA/TC y No. 0015-2010-PI/TC), aunque olvidándose del modelo constitucional nacional y siguiendo parámetros de derecho comparado e internacional.

(93) En algún caso, sin embargo, prácticamente inaplica el artículo 154.2 de la Constitución referido a la proscripción de los magistrados no ratificados de reingresar al Poder Judicial o al Ministerio Público (sentencia recaída en el expediente No. 1333-2006-PA/TC).

(94) Victorhugo Montoya Chávez, "Controlando una ley de reforma constitucional", en *Lex, Difusión y Análisis*, 9° ed., (2005).

(95) Es un parámetro de identidad o esencia constitucional (sentencia recaída en el expediente No. 0014-2002-AI/TC).

(96) Dentro de éstas se encuentran las cláusulas pétreas (que en el caso nacional son implícitas), aquéllas en los que la propia Constitución, determina que ciertos contenidos o principios nucleares del ordenamiento constitucional están exceptuados de cualquier intento de reforma. Garantiza así el núcleo constitucional frente a las violaciones posibles.



Victorhugo Montoya Chávez y Raúl Feijóo Cambiaso

núcleo duro de la Constitución, inmodificable. Pero como bien lo señaló la sentencia recaída en el expediente No. 0050-2004-AI/TC y otros, cabe la posibilidad de realizar un test de proporcionalidad y optar, tomando en cuenta el elemento objetivo del derecho en juego, limitarlo, tal vez en contra de un tratado. *Prima facie*, nada en el ámbito interno obstaría para que el constituyente derivado pueda hacerlo, pero en el ámbito internacional, el Estado asumiría diversas responsabilidades.

2.4. Procedimiento de aprobación normativo

La sentencia recaída en el expediente No. 0025-2005-PÍ/TC y otro señala que el segundo párrafo del artículo 57 también justifica el rango constitucional de los TIDH en virtud a la regulación de la fuente constitucional de su producción, admisión y/o control. Dicho dispositivo establece 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”. A partir de tal redacción, de afectar la Constitución por el fondo se establece una forma agravada de incorporación del tratado al orden jurídico nacional, siguiendo el proceso de la reforma constitucional. De dicho dispositivo (en conjunción el artículo 3 y la Cuarta Disposición Complementaria y Final) se deriva de dicha norma suprema la constitucionalización de determinados tratados internacionales.

La cada vez mayor interrelación entre los Estados ha hecho que la configuración actual de los ordenamientos jurídicos varíe con mucha crudeza. La jerarquización (en conjunción con la competencia) necesita complementarse con propuestas más avanzadas (y actuales) como las del pluralismo normativo, entendido éste como una diversidad de órdenes normativos, cada uno con una Constitución, en el sentido de cuerpo de

normas de rango superior que establecen las características del ejercicio del poder político y, que se reconocen legitimidad uno al otro, sin establecerse una relación jerárquica entre ellos⁽⁹⁷⁾⁽⁹⁸⁾. Frente a este *constitutional pluralism*⁽⁹⁹⁾, se han propuesto estructuras normativas como la de la Constitución red⁽¹⁰⁰⁾⁽¹⁰¹⁾, donde la interrelación entre tratados y Constitución es directa, conversando los ordenamientos internacional (incluido los procesos de integración), nacional e incluso infranacional.

Una versión más clásica se encuentra en el reconocimiento de la tesis de la coordinación. A partir de ella no es posible asumir una tesis dualista de primacía del Derecho internacional sobre el Derecho interno ni a la inversa, sino que se necesita una solución integradora y de construcción jurisprudencial, en materia de relaciones del sistema internacional de derechos humanos y el Derecho constitucional nacional. Se precisa de un sistema de articulación competencial entre las jurisdicciones internacional y constitucional, en virtud del cual no resulta aceptable fijar una competencia de competencias privativa, sino establecer la voluntad del Estado peruano, en concordancia con las obligaciones internacionales asumidas como miembro de dicho sistema⁽¹⁰²⁾.

Cumplidos los requisitos materiales y formales de incorporación, los tratados constituyen

(97) Neil MacCormick, “Beyond the Sovereign State”, en *Modern Law Review*, volumen 1, (1993)

(98) Bajo esta consideración, la pirámide normativa se consideraría anticuada pues las relaciones europeas no se rigen por un criterio de jerarquía sino por complementariedad, colaboración e interconexión; José Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7° ed., (Coimbra: Almedina, 2008).

(99) Neil Walker, “The idea of constitutional pluralism”, en *Modern Law Review*, 65° ed., (2002)

(100) Rafael Bustos Gisbert, *La constitución red: un estudio sobre supraestatalidad y constitución* (Bilbao: Instituto Vasco de Administración Pública, 2005).

(101) Un constitucionalismo en red permite explicar la relación de complementariedad en la que se encontrarán las normas constitucionales situadas en la red.

(102) La confluencia teleológica, dada la protección efectiva de los derechos fundamentales de los ciudadanos peruanos, determina la relación de cooperación entre ambas jurisdicciones, de conformidad con el artículo 1 de la Constitución (sentencia recaída en el expediente No. 0679-2005-PA/TC).

El rango de los Tratados sobre Derechos Humanos *The Hierarchy of Human Rights International Treaties*

normas internas de fuente internacional, lo cual implica su obligatoriedad y aplicabilidad en el ámbito doméstico⁽¹⁰³⁾, obteniendo el carácter de autoejecutables o autoaplicativos por lo que no requieren de leyes de implementación⁽¹⁰⁴⁾⁽¹⁰⁵⁾. El perfeccionamiento de un tratado se produce con el cumplimiento de los recaudos formales previstos en el propio tratado, como los establecidos en el ámbito nacional para los fines de promulgación y publicidad. Como sucede con otras fuentes normativas, la previa publicación del tratado internacional es un requisito de admisibilidad para la demanda de inconstitucionalidad. Sin desconocer que en el ámbito del Derecho Internacional Público, los tratados entran en vigor en la fecha en que lo dispongan tales instrumentos internacionales, nuestra Constitución impone su publicidad como obligación para la vigencia de toda norma legal (artículo 51 *in fine* de la Constitución; artículo 24.1 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados; artículo 4 de la Ley 26647)⁽¹⁰⁶⁾.

El perfeccionamiento del tratado, sin embargo, no está exento de actividad legislativa interna en el país, es decir, la norma pertinente es el instrumento utilizado por el órgano nacional respectivo para la aprobación del mismo. No implica una

reescritura del tratado -como en la teoría dualista-, sino un vehículo normativo necesario. Según lo establecido en la Constitución se requieren tres tipos de normas distintos, que determinan igual número de tipos de formas de tratados (sentencia recaída en el expediente No. 0022-2009-PI/TC).

En primer lugar, se encuentran los *tratados con habilitación legislativa*. Como su contenido afecta disposiciones constitucionales, deben ser aprobados por el mismo procedimiento que rige la reforma de la Constitución, antes de ser ratificados por el presidente de la República (artículos 57 y 102.3 de la Constitución y artículo 92 del Reglamento del Congreso). La lógica es la misma que cuando se quiere aprobar una norma interna que vaya en contra de la Constitución; debe buscarse la coherencia con ésta. Por su parte, los *tratados ordinarios* son los que específicamente versan sobre derechos humanos; soberanía, dominio o integridad

(103) Eduardo Ferrer Mac Gregor & Fernando Silva García, "La Primera Sentencia Internacional Condenatoria en Contra del Estado Mexicano", en J. y. A. C. Carpizo, *Homenaje al Dr. Emilio O. Rabasa*. (México: IJ-Universidad Nacional Autónoma de México, 2010)

(104) Jean Claude Tron Petit, "La aplicación de los tratados internacionales por los tribunales mexicanos", en *El papel del derecho internacional en América Latina: la soberanía nacional en la era de la integración regional* (México: IJ-UNAM, 1997).

(105) Esta regla genérica peruaniza la norma de origen internacional y la integra en el conjunto de fuentes internas, de modo que no es necesario hacer distinción alguna en base al origen nacional o internacional de una disposición en cuanto a su naturaleza o alcance, salvo por su ubicación jerárquica.

(106) Validado en la sentencia recaída en el expediente No. 0021-2010-PI/TC, sentencia en la cual se cuestionó el Tratado de Libre Comercio entre el Gobierno de la República del Perú y el Gobierno de la República Popular China, por no haber sido publicado. De otro lado, la falta de publicación en un portal web de los anexos de un tratado no afecta el principio de publicidad de las normas, siempre que tales anexos no contengan reglas de naturaleza regulativa (cláusulas mediante las cuales se establezcan permisiones, prohibiciones u obligaciones) y la publicación web, en portales electrónicos, satisfaga los siguientes requerimientos (artículo 9 del Decreto Supremo 001-2009-JUS; Ley 26647; sentencia recaída en el expediente No. 0021-2010-PI/TC): que exista un link en la página web inicial, de la institución estatal correspondiente, que anuncie la publicación del tratado y sus anexos; que dicho anuncio sea lo suficientemente notorio y de fácil acceso, como para posibilitar que los ciudadanos puedan informarse sin mayores dificultades sobre el contenido de dichos anexos; y, que la página web precise de manera clara y notoria la fecha en que se publicaron los anexos del tratado. En caso sea un tratado bilateral, aparte de la publicación, se exige también que se hayan cumplido con las disposiciones internas conducentes a la entrada en vigor del mencionado instrumento internacional en el otro país. Así se señaló en el ATC 0033-2006-PI/TC; seguido en ATC) 0036-2007-PI/TC, referido a la búsqueda de control de constitucionalidad del Acuerdo de Promoción Comercial Perú - Estados Unidos cuando aún faltaba la aprobación por el Senado del otro país del Proyecto de Ley de Implementación del Tratado de Libre Comercio.



Victorhugo Montoya Chávez y Raúl Feijóo Cambiaso

del Estado; defensa nacional; obligaciones financieras del Estado; creación, modificación o supresión tributos; si exigen modificación o derogación de alguna ley y los que requieren medidas legislativas para su ejecución. Estos tratados deben ser necesariamente aprobados por el Congreso antes de su ratificación por el presidente de la República (artículo 56 de la Constitución), mediante resolución legislativa (artículos 76.1.f y 78 del Reglamento del Congreso⁽¹⁰⁷⁾). Por último se encuentran los *convenios internacionales ejecutivos*, aquellos que el presidente de la República puede elaborar o ratificar o adherir sin el requisito de la aprobación previa del Congreso, puesto que se refieren a materias no contempladas para los tratados ordinarios (artículos 57 y 118.11 de la Constitución). Efectuado el acto de celebración, ratificación o adhesión presidencial, se debe dar cuenta al Congreso (artículo 92 del Reglamento del Congreso).

De estas tres formas de tratados, la sentencia recaída en el expediente No. 0025-2005-PI/TC y otro centra su atención en los tratados con habilitación legislativa, toda vez que a partir de ella podría argumentarse su rango constitucional. Esta misma lógica se aplicaría a cualquier tratado que ingresa por reforma constitucional, no sólo para los TIDH. De otro lado, como bien lo señala la misma sentencia, un TIDH en estricto no significa una afectación constitucional, por cuanto podría solamente complementarla o desarrollarla. Sólo requeriría el ingreso con el procedimiento de reforma si es que va abiertamente en contra de la Constitución. Por lo tanto, como ningún TIDH ha sido incompatible con la Constitución y ha ingresado como tratado ordinario no habría cómo justificar su rango constitucional.

Es más, lo que está haciendo el constituyente es justamente reforzar la idea de que un tratado siempre debe estar sometido a la Constitución. Si un congresista quisiera aprobar una ley contraria a la Constitución, cabrían dos opciones: modificar la Constitución o simplemente optar por no aprobarla. Algo similar es lo que pasa en el tratado cuyo contenido sería contrario a la Constitución; también caben dos opciones: aprobarlo como reforma constitucional o simplemente optar por no suscribirlo, aunque esta alternativa podría acarrear responsabilidad al país en el plano internacional.

Justamente, es importante anotar que una cosa es el rango que tiene la herramienta utilizada por quien aprueba el tratado al rango que éste tiene. Así un convenio internacional ejecutivo en vista que su adhesión se ratificada por decreto supremo no puede decirse que tiene un rango infralegal. Tampoco lógicamente sería válido afirmar que un tratado con habilitación legislativa tiene rango constitucional⁽¹⁰⁸⁾.

3. La relevancia de los tratados sobre derechos humanos

De lo visto hasta acá no es posible dotar a los TIDH de rango constitucional. Aún

(107) Las proposiciones de resolución legislativa deben ir acompañadas por el texto íntegro del instrumento internacional, sus antecedentes, un informe sustentatorio que contenga las razones por las cuales el Poder Ejecutivo considera que debe ser aprobado por el Congreso, la opinión técnica favorable del sector o sectores competentes y la resolución suprema que aprueba la remisión del tratado al Poder Legislativo.

(108) Más clara la relación entre tratado e instrumentos es el caso de una resolución legislativa que aprueba un tratado. Al respecto, se ha señalado que entre éste y aquélla que lo aprueba hay una relación de naturaleza indisoluble, pues así como la resolución *per se* carece de contenido jurídico, el tratado sin aquélla tampoco forma parte siquiera del proceso de celebración del mismo por parte del Estado, quedándose, en tales circunstancias, por entero en el ámbito del derecho internacional, pues los alcances de la resolución legislativa se concretan y desarrollan en dicho tratado. Por tanto, es el tratado, y sólo a través de él, que la norma impugnada en la demanda adquiere contenido jurídico, que pueda ser sometido a un examen sobre su constitucionalidad (ATC 0018-2009-PI/TC; ATC 0036-2007-PI/TC; sentencia recaída en el expediente No. 0021-2010-PI/TC). Sin embargo para definir la impugnación de un tratado por vía de una inconstitucionalidad, se ha establecido la imposibilidad jurídica del uso del control constitucional sobre las resoluciones legislativas, a fin de lograr la inaplicación del plazo de prescripción de un tratado (ATC 0018-2009-PI/TC). Vale recordar que el plazo de prescripción de un tratado es de seis meses, y el de la resolución legislativa de seis años.

El rango de los Tratados sobre Derechos Humanos *The Hierarchy of Human Rights International Treaties*

así, tiene un cariz más que importante dentro del modelo constitucional peruano, sobre todo por dos razones: colabora con el reconocimiento de derechos y con la concreción de su contenido.

3.1. Función integradora

Uno de los argumentos para que el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el expediente No. 0025-2005-Pí/TC y otro, valide el rango constitucional de los tratados sobre derechos humanos estriba en una amplia interpretación del artículo 3 de la Constitución, que a la letra dice que “La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno”. La *naturaleza análoga* de estos nuevos derechos fundamentales puede encontrarse en cualquier otra fuente del ordenamiento jurídico (distinta a la Constitución), como son los tratados que versan sobre derechos humanos, razón por la cual dichos tratados de consuno enuncian derechos de naturaleza *constitucional*.

El uso del artículo 3 ha servido para reconocer algunos derechos en sede constitucional. Si bien se ha señalado, como parte del normativismo, que la Constitución requiere una norma hipotética básica⁽¹⁰⁹⁾ (dentro de la cual podría insertarse los tratados sobre derechos humanos y lógicamente estos podrían ser el germen de los derechos), del artículo 3 no puede derivarse de forma alguna que los TIDH tengan rango constitucional. En primer lugar, no es que automáticamente un derecho existente en un TIDH implica su reconocimiento

como fundamental, sino que es necesaria la acción del juez constitucional que lo integre al catálogo de derechos. El juez debe valorar o enjuiciar el derecho establecido en el tratado como proveniente de algunos principios constitucionales establecidos⁽¹¹⁰⁾, subsumiéndolo en el supuesto de hecho que éste recoge para así considerarlo como fundamental. Por lo tanto, no es que dicho tratado vuelve constitucional al derecho sino es la acción del juez que lo reconoce como fundamental, incluso dotándole de un carácter propio⁽¹¹¹⁾.

En segundo lugar, el artículo 3 no restringe su uso a la fuente normativa TIDH; es más no hace referencia a ningún tipo de fuente. Incluso no habría problema alguno en que el juez constitucional reconozca un derecho sin tener un reflejo en una fuente normativa preexistente, sino que la realidad y la posibilidad de subsumirlo en los principios constitucionales así lo pudiera sugerir. De otro lado, en el caso concreto de los tratados, podría también el juez utilizar alguno que aún no forma del ordenamiento interno, según las reglas del artículo 55, por no haber sido ratificado por el Perú⁽¹¹²⁾; el tratado no podría ser parte del derecho interno y menos tener rango constitucional, pero su contenido servirá para el reconocimiento de derechos. De otro lado, también podrían utilizarse tratados que

(109) Hans Kelsen, *Teoría General del Estado* (Granada: Comares, 2002).

(110) Básicamente del artículo 3 se extraen los principios de dignidad y democracia; Victorhugo Montoya Chávez, *Comunicación del discurso (información y expresión y respeto propio (honor y vida privada): determinación de sus contenidos desde la teoría de los derechos fundamentales* (Lima: PUCP, 2001).

(111) Así ha sucedido con los derechos a la verdad (sentencia recaída en el expediente No. 2915-2004-HC/TC) y al agua potable (sentencia recaída en el expediente No. 6534-2006-PA/TC).

(112) Aun cuando no ha servido para crear derechos, se ha considerado el Convenio 154 de la OIT como parte del bloque de constitucionalidad (específicamente, de los 28 y 42 de la Constitución), aun cuando no era parte del ordenamiento (sentencias recaída en los expedientes No. 2566-2012-PA/TC y No. 3561-2009-PA/TC, posición cuestionada con posterioridad en un fundamento de voto en la sentencia sobre el expediente No. 0018-2013-PI/TC). Asimismo, el contenido del artículo 3 equivale a decir que los derechos fundamentales reconocidos en instrumentos internacionales, hayan o no sido ratificados por el Perú, pueden ser considerados derechos con rango constitucional en nuestro ordenamiento jurídico; Fabián Novak Talavera, “Los Tratados y la Constitución Peruana de 1993”, en *Agenda Internacional*, año 1, número 2, (1994).



Victorhugo Montoya Chávez y Raúl Feijóo Cambiaso

no versen exclusivamente sobre derechos humanos (*Vid.* tratados de integrados o del DIH) para a partir de ellos reconocer derechos, pues muchas veces estas referencias indirectas pueden permitir una perfecta protección de la dignidad del ser humano o de la democracia en el país.

Por estas consideraciones, mal hizo el Tribunal Constitucional en utilizar el argumento del artículo 3 para señalar que los tratados sobre derechos humanos tienen rango constitucional. Nadie duda de su importancia para colaborar con el reconocimiento de nuevos derechos fundamentales pero ahí a señalar lo otro hay una gran diferencia. Su capacidad para facilitar la 'creación' de derechos de contenido constitucional hace que se reconozca a los TIDH una función integradora.

Antes de aterrizar esta idea, es preciso anotar algunas cuestiones antes los dos adjetivos de derechos que se están utilizando. Si bien la Constitución hace referencia indistinta a derechos humanos en el artículo 44 y a fundamentales en el Capítulo I del Título I, en el caso específico de los tratados ha utilizado únicamente la nomenclatura de *derechos humanos*. Ambos conceptos hacen referencia a derechos, entendidos no como algo dado, organizado, y, de tal modo, objetivados como *status*; sino, justamente a consecuencia del obrar humano, en *realidad vital*⁽¹¹³⁾, que configuran facultades referentes a ámbitos vitales del individuo en su propia libertad, relaciones sociales o participación política, imprescindibles para su desarrollo como persona y derivados de su propia dignidad de tal⁽¹¹⁴⁾ y que son por naturaleza históricos, y en

consecuencia se encuentran en constante desarrollo y progreso.

En estricto, *derechos humanos* y *derechos fundamentales* no son términos equivalentes. A grandes rasgos, los primeros son los naturales recogidos básicamente en instrumentos internacionales, y relacionados con exigencias cardinales de la sociedad, conjunto de principios de aceptación universal busca asegurar el respeto de la calidad de ser humano de toda persona, que se aplican para toda persona, por el hecho de serlo. La sociedad contemporánea, y particularmente la comunidad internacional organizada, han reconocido que todo ser humano, por el hecho de serlo, tiene derechos frente al Estado⁽¹¹⁵⁾⁽¹¹⁶⁾. Se exhiben, por tanto, como una categoría previa legitimadora e informadora de los derechos fundamentales⁽¹¹⁷⁾.

Los derechos fundamentales, por su parte, solamente son los que se aplican para todo ciudadano de un país⁽¹¹⁸⁾, debido a que es una decisión del legislador constituyente que elige entre los derechos constitucionales los que a su juicio son los más importantes para la nación⁽¹¹⁹⁾. Catalogar a un derecho como fundamental radica en estar recogido en la parte dogmática de una Constitución⁽¹²⁰⁾, a

(113) Peter Häberle, *La libertad fundamental en el Estado Constitucional* (Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1997).

(114) Juan José Solozábal, "Algunas cuestiones básicas de la teoría de los derechos fundamentales", en *Revista de Estudios Políticos*, 71° ed., (1991)

(115) Pedro Nikken, "Sobre el concepto de Derechos Humanos", en *Seminario sobre Derechos Humanos*, 1° ed., (San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1999)

(116) Es importante destacar que los derechos humanos son inherentes al ser humano, de modo que los TIDH no otorgan derechos, sino que luego de analizar la realidad, y valorarla, deciden reconocer situaciones preexistentes a través de normas escritas que vinculen a todos y que generen una protección formal a los derechos recogidos en dichas normas; Gattas Abugattás, 2003. "Hacia una visión tridimensional de los Derechos Humanos y los Tratados Internacionales sobre Derecho Humanos", en *Revista Jurídica del Perú*, número 46, (2003).

(117) Tulio Chinchilla Herrera, "¿Qué y cuáles son los derechos fundamentales?", en *Estudios de Derecho. Segunda Época*, número 127, (1997).

(118) Antonio Pérez Luño, *Los derechos fundamentales* (Madrid: Tecnos, 1991)

(119) Victorhugo Montoya Chávez, "Las normas de derechos fundamentales", en *Normas Legales*, volumen 339, (2004).

(120) Dentro la teoría argumentativa, estos derechos son básicamente los positivados, pero es necesario extraer las normas que se extraen de las disposiciones; Robert Alexy, *Teoría de los Derechos Fundamentales* (Madrid: Centro de Estudios

El rango de los Tratados sobre Derechos Humanos *The Hierarchy of Human Rights International Treaties*

través de lo cual permiten la convergencia de lo ideal y lo real: es una pretensión moral justificada, un subsistema dentro del sistema jurídico y una realidad social⁽¹²¹⁾. Sobre estos debe resaltarse su carácter de fundamentalidad, el cual define lo que está antes del Estado, lo prepositivo, lo que viene antes del derecho secundario, en resumen, lo *básico*, toda vez que *por naturaleza*, el ser humano tiene determinados derechos, y, es precisamente el Estado constitucional, el que simultáneamente le garantiza estos derechos⁽¹²²⁾⁽¹²³⁾.

En sede interna lo correcto sería hablar de *derechos fundamentales*, aunque es adecuado también que la Constitución haga referencia a los tratados como de derechos humanos. Asimismo, dado que a partir del artículo 55 de la Constitución, los tratados son Derecho válido, eficaz y, en consecuencia, inmediatamente aplicable al interior del Estado (sentencia recaída en el expediente No. 5854-2005-PA/TC), en un plano más concreto, los derechos humanos enunciados en los tratados que conforman nuestro ordenamiento vinculan a los poderes públicos y, dentro de ellos, ciertamente, al legislador (sentencia recaída en el expediente No. 0025-2005-PI/TC y otro).

Ahora bien, lo que se debe señalar es que a partir del reconocimiento de derechos humanos no fijados explícitamente en el artículo 2 de la Constitución pueden formularse y reconocerse derechos fundamentales, a partir del artículo 3. Una de las versiones más modernas de la habilitación constitucional de una cláusula de *desarrollo de los derechos fundamentales* -como es la peruana⁽¹²⁴⁾- implica el reconocimiento de derechos *no enumerados* o derechos *no escritos* (que se distingue de los *contenidos implícitos* de los *derechos viejos*⁽¹²⁵⁾ o de los *contenidos nuevos* de un *derecho escrito*), justificada en la existencia de nuevas necesidades o situaciones, de avances científicos, tecnológicos, culturales o sociales, no solo le presta un reconocimiento como derechos de la más alta consideración, sino incluso, les dota de las mismas garantías de aquellos que sí lo tienen expresamente (sentencia recaída en el expediente No. 0895-2001-AA/TC)⁽¹²⁶⁾.

Constitucionales, 1993). Una *norma* es el sentido correcto de lo que significa un derecho fundamental (para encontrarla debemos aplicar determinados criterios, los mismos que serán estudiados en el siguiente capítulo). Un *enunciado normativo o disposición*, por su parte, es lo que expresamente dice un artículo constitucional. Esta diferencia también ha sido desarrollada vía jurisprudencial (sentencia recaída en el expediente No. 1417-2005-PA/TC).

(121) Gregorio Peces-Barba Martínez, *Curso de Derechos Fundamentales* (Madrid: Eudema, 1991)

(122) Peter Häberle, 1994. "El concepto de los derechos humanos", en *Problemas actuales de los Derechos Fundamentales*. José María Sauca (Madrid: Universidad Carlos III, 1994).

(123) Son portadores de la coexistencia de ideologías heterogéneas, se encuentran garantizados dentro de las normas nacionales y limitados témporo-espacialmente; María del Pilar Hernández Martínez, "Constitución y Derechos Fundamentales", en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, número 84, (1995). Confluye en ellos, de un lado, una tradición filosófica humanista, representada por el iusnaturalismo de base democrática, con técnicas de positivación y sólida protección de los derechos constitucionales (plasmándose este encuentro en el Estado de derecho) y, de otro, un punto de mediación y de interés entre las tradicionales libertades individuales y las florecientes necesidades económicas, culturales y sociales; Antonio Pérez Luño, *Los derechos fundamentales* (Madrid: Tecnos, 1991). Por ello, "estos se protegen por su importancia, pero no deben su importancia a su protección"; Juan José Solozábal, "Algunas cuestiones básicas de la teoría de los derechos fundamentales", en *Revista de Estudios Políticos*, 71° ed., (1991).

(124) Peter Häberle, 1994. "El concepto de los derechos humanos", en *Problemas actuales de los Derechos Fundamentales*. José María Sauca (Madrid: Universidad Carlos III, 1994).

(125) Laurence Tribe, *The Invisible Constitution* (New York: Oxford University Press, 2008).

(126) Sólo es posible admitir especiales y novísimas manifestaciones que permitan consolidar el respeto a la dignidad del ser humano, que no pueda incluirse en el contenido de algún derecho ya reconocido en forma explícita. La importancia de su reconocimiento resalta aún más en vista que su importancia en la resolución de las controversias constitucionales ligada a *hard cases*; Dworkin, R., 1975. *Hard Cases*. *Harvard Law Review*, Issue 88; -o casos trágicos; Manuel Atienza Rodríguez, "Los límites de la interpretación judicial. De nuevo sobre los casos trágicos". *Isonomía*, Issue 6, (1997).



Victorhugo Montoya Chávez y Raúl Feijóo Cambiaso

Una propuesta como la que establece el artículo 3 tiene coherencia con algunas aproximaciones a los derechos fundamentales. La teoría valorativa nos presenta a estos derechos fundamentales como fiel expresión del orden valorativo de la sociedad, valores que se expresarían a través de normas constitucionales (concepción de la ética material de los valores, *material wertethik*), razón por la cual se relativizan a su tiempo y espacio, revaluándose o devaluándose según las circunstancias del estado de conciencia o del espíritu, *zeitgeist*, basándose en el carácter objetivo de los derechos y en la consideración de que estos son el fundamento de los valores por los que se va a regir la comunidad y expresión de los valores que ha establecido por sí misma dicha comunidad⁽¹²⁷⁾. Desde otro punto de vista, en la teoría moral-jurídica, se propone hacer coexistir los derechos morales con los jurídicos, razón por la cual el juez sólo reconocerá el derecho que tenga mayor fuerza de convicción, sin aplicar, en la medida de lo posible, sus convicciones personales, siendo así que la función del juez no podrá, entonces, considerarse como creadora, propia de la *living Constitution*, sino simplemente como garantizadora⁽¹²⁸⁾⁽¹²⁹⁾.

Por tales razones expuestas, no importa qué rango normativo tienen los tratados sobre derechos humanos, lo importante es que a partir de su contenido se pueden formular derechos fundamentales, gracias a la actividad creativa de jueces, a partir de una Constitución viva que se va a reescribiendo día a día.

3.2. Función hermenéutica

Nadie duda de la importancia de los tratados sobre derechos humanos. Por eso, más allá de la posibilidad de reconocer derechos, su relevancia estriba en el reforzamiento de su ejecución mediante la interpretación, que parte de la Cuarta Disposición Final y Transitoria (sentencia recaída en el expediente No. 0025-2005-PÍ/TC y otro)⁽¹³⁰⁾.

También se ha utilizado esta dispositivo para justificar el rango constitucional de los TIDH, toda vez que se alega que no sería posible condicionar la interpretación del texto constitucional, pues sólo se interpreta un mandato mediante otro con rango igual o superior, nunca de rango menor. Sin embargo, esta postura no parece recordar lo que el mismo tribunal ha señalado a partir del artículo 79 del Código Procesal Constitucional, referido al bloque de constitucionalidad⁽¹³¹⁾, en el supuesto que el contenido de normas de rango infraconstitucional puede aportar elementos específicos para la concreción de dispositivos constitucionales⁽¹³²⁾. Es así como se ha reconocido que los TIDH pueden presentarse como un mecanismo adicional

(127) Rudolf Smend, *Ensayos sobre la libertad de expresión, de ciencia y de cátedra como derecho fundamental y sobre el Tribunal Constitucional alemán*, (México: UNAM, 2005).

(128) Ronald Dworkin, *Freedom's Law. The Moral Reading of the American Constitution*. (Cambridge: Harvard University Press, 1997).

(129) La doctrina de la *Living Constitution*; Konrad Hesse, *Escritos de Derecho Constitucional*, (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985); (similar a la *Constitución viva* del interpretativismo norteamericano), en contraposición a una posición rígida como es la Constitución Estatua (*teoría austríaca de la petrificación, versteinierungstheorie*). A partir de una guerra entre vivos y muertos, como se ha dicho, algunos se hayan adscrito al *originalism* (textualismo, intencionalismo o contextualismo), basándose en una Constitución estatua, o también una *bestehende Verfassung*, o que otros se hayan plegado al evolucionismo, entendiéndola como vividura, parte de una *living Constitution* o una *lebende Verfassung*; Bruce Ackerman, "The Living Constitution", en *Harvard Law Review*, Issue 120 (2007).

(130) Adicionalmente, se prevé el artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.

(131) Originariamente, el *Conseil constitutionnel* francés utilizó el llamado *bloc de la constitutionnalité*, constituido por una serie de normas jurídicas cuya función consiste en servir de parámetro a la constitucionalidad de las normas, haciéndose una remisión al valor jurídico y positivo de los Preámbulos constitucionales.

(132) Se utiliza el contenido textual (incluyendo normas de rango legal), los aportes eventuales de la costumbre y las construcciones constitucionales de la jurisprudencia; Pierre Pactet, & Ferdinand Mélin-Soucramanien, *Derecho Constitucional*, (Bogotá: Universidad Santo Tomás, 2011).

El rango de los Tratados sobre Derechos Humanos *The Hierarchy of Human Rights International Treaties*

de bloque de constitucional internacional (sentencia recaída en el expediente No. 1776-2004-AA/TC)⁽¹³³⁾, sin que ello signifique modificarle el rango de dichos tratados⁽¹³⁴⁾, sino únicamente determinando la función interpretativa⁽¹³⁵⁾ de los TIDH (sentencia recaída en el expediente No. 0047-2004-AI/TC).

Las normas de los derechos fundamentales presentan, como característica intrínseca, indeterminaciones (por su sentido prescriptivo o el cualificadorio⁽¹³⁶⁾⁽¹³⁷⁾, dada la búsqueda de unidad política, el respeto de los derechos de las personas y la racionalización del poder. Por ello, es preciso concretizar el sentido de los derechos fundamentales a través de la dotación de contenido material a alguno de los elementos de los derechos, y no sólo a través de la *constitución*, en la cual se *determina* el objeto de protección del derecho fundamental, sino principalmente por intermedio de la *concreción*, se adoptan las normas necesarias para *clarificar* el objeto de protección o para posibilitar el ejercicio del derecho⁽¹³⁸⁾. La concretización, *konkretisierung*, es el acto creativo por el cual el contenido de la norma interpretada sólo queda completo con su interpretación, aunque, eso sí, la interpretación no podrá apartarse del propio texto⁽¹³⁹⁾, como ya se mencionó. Como parte de la concretización, y buscando la mejor tutela posible del derecho, es necesario

DE ESTA FORMA, EL ESTADO
CONSTITUCIONAL PIERDE SU
TRADICIONAL *INTROVERSIÓN*,
ORIENTÁNDOSE HACIA FUERA
COMO ESTADO CONSTITUCIONAL
COOPERATIVO, ESTO ES,
INTERIORIZA LOS DERECHOS
HUMANOS UNIVERSALES QUE LE
SON DADOS DESDE FUERA, TANTO
DE FORMA APARENTE COMO REAL.

identificar el contenido esencial del derecho fundamental, *wesensgehaltgarantie*, espacio mínimo de los derechos, a partir del cual fluye el verdadero sentido de los mismos. En términos sencillos concebida como un límite a los límites, *schracken-schrank*⁽¹⁴⁰⁾, para darle

(133) Así ha sucedido en Derecho Comparado. Austria decidió incorporar las normas de derecho internacional a su bloque de constitucionalidad; Italia la idea de bloque representaba el conjunto de normas que sin estar en el texto constitucional, servía de criterio para la evaluación de la constitucionalidad de otras normas, incluyendo normas de derecho comunitario; y, en Alemania los principios generales del derecho internacional hacen parte del derecho federal y que tienen prevalencia sobre las leyes y crearán derechos y deberes para los habitantes del territorio federal; Eduardo Jiménez de Arechaga, "Introducción al problema de las relaciones entre el derecho", en *Revista Jurídica*, (1962).

(134) En España, el Tribunal Constitucional se refirió al bloque como un conjunto de normas no incluidas en la Constitución ni delimitan competencia, pero cuya infracción determina la constitucionalidad de la ley sometida a examen; Francisco Rubio Llorente, "Bloque de constitucionalidad", en: *Revista Española de Derecho Constitucional*, 9(27), (1989).

(135) Cuando se interpreta, se intenta llegar a la connotación de lo denotado, actividad que en el ámbito constitucional ha alcanzado inusitada importancia, por ser un factor principal de movilización de la teoría constitucional y de la teoría del derecho, dinámica que ha llevado a la construcción de una propia teoría de la interpretación constitucional; Cesar Landa Arroyo, *Tribunal Constitucional y Estado Democrático*, 3° ed. (Lima: Palestra, 2007).

(136) Por el primero se analiza qué obliga o permite realizar la norma; por el segundo, su validez dentro del ordenamiento jurídico.

(137) Juan Carlos Gavara de Cara, *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo. La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn*, (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1994).

(138) Peter Häberle, *La libertad fundamental en el Estado Constitucional*, (Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1997).

(139) Konrad Hesse, *Escritos de Derecho Constitucional*. (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985).

(140) El contenido esencial limita la posibilidad de límite, señala un límite más allá del cual no es posible la actividad limitadora de los derechos fundamentales; Humberto Nogueira Alcalá, *Dogmática constitucional*, (Talca: Gütenberg, 1997).



Victorhugo Montoya Chávez y Raúl Feijóo Cambiaso

una eficacia real a éste, es necesario retomar la teoría de los límites inmanentes que haga inmune el contenido esencial a los gobiernos, en la medida que los derechos se encuentran vinculados a la sociedad, *gemeinschaftsbindung*. Tomando como cierta esta premisa, se puede afirmar que a través del contenido esencial se dispone de una verdadera 'médula de la concretización'⁽¹⁴¹⁾.

Debe remitirse, por tanto, a la Cuarta Disposición Final y Transitoria en caso norma constitucional sobre esta materia no sea suficientemente clara y si necesitan de una explicación no solo explicativa, sino rellena⁽¹⁴²⁾. Bajo este parámetro, los tratados sirven en el proceso de delimitación del ámbito constitucionalmente garantizado de los derechos fundamentales, estableciendo las obligaciones asumidas por el Estado peruano con su ratificación comprenden el deber de garantizar aquellos derechos que, de conformidad con el Derecho Internacional, son inderogables y respecto de los cuales el Estado se ha obligado internacionalmente a sancionar su afectación (sentencia recaída en el expediente No. 0679-2005-PA/TC).

El intérprete ha de tener presente el contenido preciso de las normas constitucionales⁽¹⁴³⁾, y ha de vivificarlas, infundiéndoles el espíritu progresivo de la Constitución⁽¹⁴⁴⁾. Esta búsqueda constante por encontrar la norma, detrás de la disposición, permite que en el fondo se creen reglas jurídicas a partir de la actividad interpretativa del juez⁽¹⁴⁵⁾, aplicando (si es necesario) el principio de interpretación

conforme, calificado en el modelo alemán como '*verfassungskonforme Auslegung des Gesetzes*' o en el estadounidense, como '*in harmony with the Constitution*'⁽¹⁴⁶⁾.

Se podría, en este escenario, plantear que una interpretación de los TIDH *conforme* a la Constitución. De esta actividad hermenéutica puedan surgir algunas dudas, como lo es el hecho de si al hacer la interpretación se afectaría el contenido de los derechos fundamentales, ya reconocidos en la Constitución. Esta interpretación *conforme* no podría serlo en sentido formal, más bien alude a la conformidad material o sustancial, es decir, al contenido, en ese caso, de los derechos presentes en los enunciados normativos a interpretar y su significado es en un doble sentido, ya sea de mera compatibilidad, significando una ausencia de contradicción o conformidad *stricto sensu*, significando deducibilidad⁽¹⁴⁷⁾. Se refiere solo a la compatibilidad o ausencia de contradicción, pero no necesariamente a la plena identidad o conformidad en un sentido fuerte. La garantía de los derechos humanos impone al Estado el deber de asegurar la efectividad de los derechos humanos con todos los medios a su alcance⁽¹⁴⁸⁾.

(141) Peter Häberle, *La libertad fundamental en el Estado Constitucional*, (Lima: Fondo Editorial de la PUCP, 1997).

(142) Ernst-Wolfgang Böckenförde, "Teoría e interpretación de los derechos fundamentales", en: Ernst-Wolfgang Böckenförde (ed.), *Escritos sobre derechos fundamentales*. (Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1993).

(143) El parámetro a utilizar en un proceso de inconstitucionalidad no sólo está compuesto únicamente por el contenido del texto constitucional, sino también por el bloque de constitucionalidad nacional (artículo 79 del Código Procesal Constitucional) e internacional (Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución), así como las interpretaciones realizadas por la jurisprudencia constitucional (artículo VI *in fine* del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional) y también la del sistema interamericano de derechos humanos (artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional).

(144) Piero Calamandrei, *Corte Constitucional y Autoridad Judicial, Estudios sobre el Proceso Civil; III*, (Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1962).

(145) Antonin Scalia, *A Matter of Interpretation. Federal Courts and the Law*. (New Jersey: Princeton University Press, 1997).

(146) Hector Fix-Zamudio y Eduardo Ferrer MacGregor, *Las sentencias de los Tribunales Constitucionales*, (Lima: Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal, 2009).

(147) Alejandro Sainz Arnaiz, *La apertura constitucional al derecho internacional y europeo de los derechos humanos. El artículo 10.2 de la constitución española*, (Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1998).

(148) Pedro Nikken, "Sobre el concepto de Derechos Humanos", en: *Seminario sobre Derechos Humanos*, 1° ed., 1° reimpr. ed. (San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1999).

El rango de los Tratados sobre Derechos Humanos *The Hierarchy of Human Rights International Treaties*

La norma está dirigida a todas las instituciones del Estado⁽¹⁴⁹⁾, pudiendo ser invocado por los particulares a fin de que dichas instituciones legislen, ejecuten y juzguen de conformidad con los instrumentos internacionales⁽¹⁵⁰⁾, sobre todo si se toma en cuenta el mandato constitucional de promoción de derechos como objetivo del Estado (artículo 44 de la Constitución). Al quedar de esta manera el intérprete vinculado a la exégesis de los derechos fundamentales *de conformidad* con aquellos tratados y acuerdos, cabe mencionar que el artículo constitucional no es de libre autorización, no se encuentra a disposición del intérprete, por lo que se trata de una obligación de resultado que no impone presencia material escrita en la argumentación de los jueces⁽¹⁵¹⁾⁽¹⁵²⁾.

4. Reflexiones finales

Una Constitución democrática ya no podrá pensarse como centro del que todo deriva como irradiación a través de la soberanía del Estado en que se apoya, sino como centro sobre el que todo debe converger⁽¹⁵³⁾⁽¹⁵⁴⁾, y por ello, visto desde el derecho interno, los tratados que versen sobre derecho humano deberán seguir lo que la

Constitución establezca, colaborando a la mejor protección posible de los derechos que ella reconoce o deba reconocer. Lo importante, por tanto, no es el rango de los TIDH, sino es que los operadores jurídicos los conozcan y los apliquen, bajo una lógica *pro homine*.

De esta forma, el Estado constitucional pierde su tradicional *introversión*, orientándose hacia fuera como *Estado constitucional cooperativo*, esto es, *interioriza* los derechos humanos universales que le son *dados* desde fuera, tanto de forma aparente como real⁽¹⁵⁵⁾⁽¹⁵⁶⁾. La interpretación *pro homine* de los derechos se encuentran en que la mejor protección de la persona a través de una visión omnicompreensiva de los derechos es el principal fin del constitucionalismo, en vista que el tratamiento de los derechos se configura desde los inicios del constitucionalismo, hace ya más de doscientos años, como uno de los

(149) Aunque también es cierto que no sólo desde el poder público se violan los derechos. Su fuerza real, su *vis expansiva*, importa reexaminar las relaciones a partir de los derechos fundamentales, incluyendo la teoría del *drittwirkung der grunderchte*. Se acoge así el carácter objetivo de los derechos fundamentales. Esta es la *horizontal application* o *horizontalwirkung* de los derechos, idea que se contraponen al plano vertical clásico. El fundamento del efecto horizontal de los derechos fundamentales se encuentra en la *tesis de irradiación*. Von Münch (ed.), *Asociaciones, derechos fundamentales y autonomía privada*. (Madrid: Cívitas). Lo que no se debe obviar es que la obligación que lleva implícito un derecho fundamental se presenta de distinto modo frente a los poderes públicos que ante los privados. De otro lado, es válido afirmar que no todos los derechos fundamentales desarrollan esta vigencia horizontal; por lo tanto la frase correcta no es *drittwirkung* 'de los' derechos fundamentales sino *drittwirkung* 'de' derechos fundamentales.

(150) Araceli Mangas Martín, "Cuestiones de Derecho internacional público en la Constitución española de 1978", en: *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, Issue 61 (1980).

(151) Alejandro Sainz Arnaiz, *La apertura constitucional al derecho internacional y europeo de los derechos humanos. El artículo 10.2 de la constitución española*. (Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1998).

(152) Sin embargo, tratados sobre derechos humanos son ignorados por los jueces, en el sentido de que probablemente no los conocen y de que tampoco los utilizan debidamente para construir sus argumentaciones. Miguel Carbonell, "Debatido sobre la Suprema Corte", en: *Reforma Judicial: Revista Mexicana de Justicia*, Issue 12 (2008).

(153) Gustavo Zagrebelsky, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. (Madrid: Trotta, 1995).

(154) Se reformula o reescribe en cada momento según el comportamiento de los operadores y las reacciones sociales frente a él; nada de esto implica, necesariamente, un cambio de Constitución.

(155) Peter Häberle, "El concepto de los derechos humanos", en: J. M. Sauca, (ed.), *Problemas actuales de los Derechos Fundamentales*, (Madrid: Universidad Carlos III, 1994).

(156) Éste también es el objetivo expresado por el Preámbulo del propio Pacto de San José de Costa Rica, según el cual los instrumentos internacionales reconocen "que los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados".



Victorhugo Montoya Chávez y Raúl Feijóo Cambiaso

contenidos principales (si no el principal) de las decisiones del constituyente⁽¹⁵⁷⁾.

De hecho, la regulación constitucional mostrada no se refiere a una constitucionalización de los tratados sobre derechos humanos⁽¹⁵⁸⁾, sino los presenta como modelo, deviniendo en un instrumento principal del razonamiento del intérprete, que no habría de llegar necesariamente a la misma solución prescindiendo de ella (máxime si el Estado está obligado a honrar los compromisos internacionales), y los TIDH son indispensables para concretizar o rellenar el derecho fundamental constitucionalmente declarado⁽¹⁵⁹⁾.

Por ello, se exige que cada vez que una persona interprete la Constitución, debe hacerlo bajo criterios racionales y objetivos, en base a razonamientos jurídicos⁽¹⁶⁰⁾, con ética, independencia e idoneidad, una triada que lo ha de orientar⁽¹⁶¹⁾. Las controversias sobre la Constitución deben resolverse sobre un marco interpretativo estrictamente normativo, procurando zanjar cuestiones sociales y asuntos públicos, que subyacen el sentido de la propia Norma Fundamental⁽¹⁶²⁾. Por eso, no es posible dotar de un rango constitucional a los TIDH porque así no lo formuló el constituyente, quien sin embargo le ha dotado de un posicionamiento en el espectro constitucional digno de resaltar.

En ese sentido, y tomando en consideración la globalización del Derecho, cualquier atentado contra derechos de la persona no es más una *cuestión doméstica* de los Estados, sino un problema de relevancia internacional⁽¹⁶³⁾, pues todos estamos obligados a la salvaguardia de los derechos fundamentales, en su sentido más amplio y proteccionista posible. Pero es ahí donde aparece la misma Constitución, cuyo fin es reforzar la calidad del ser humano (artículos 1 y 44 de la Constitución), haciendo énfasis en lo que la dignidad expresa. Ésta en cuanto premisa antropológica constituye una garantía cultural del *statu quo*, la que ha establecido un punto de no retorno. Y a partir de ella se infirió y desplegó la diversidad de derechos fundamentales⁽¹⁶⁴⁾. La dignidad humana no sólo es una garantía negativa, sino que coadyuva el pleno de desarrollo personal dentro de la cual se incluye la autodisponibilidad y la autodeterminación, por lo que no se puede identificar la dignidad con un hombre singular encerrado en sí mismo, *selbsein*, sino con una persona en relación con los demás, *mitsein*⁽¹⁶⁵⁾.

(157) Alejandro Sainz Arnaiz, *La apertura constitucional al derecho internacional y europeo de los derechos humanos. El artículo 10.2 de la constitución española*. (Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1998).

(158) Araceli Mangas Martín, "Cuestiones de Derecho internacional público en la Constitución española de 1978", en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, Issue 61, (1980).

(159) Alejandro Sainz Arnaiz, *La apertura constitucional al derecho internacional y europeo de los derechos humanos. El artículo 10.2 de la constitución española*. (Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1998).

(160) Louis Favoreu, *Los Tribunales Constitucionales*. (Barcelona: Ariel, 1994).

(161) German Bidart Campos, "El derecho internacional de los derechos humanos", en: *Jurídica. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, Issue 20, (1990).

(162) El Estado constitucional de derecho consiste en la sujeción de la actividad estatal a la Constitución y a las normas aprobadas conforme a los procedimientos que establezca, que garantizan el funcionamiento responsable y controlado de los órganos del poder; el ejercicio de la autoridad conforme a disposiciones conocidas y no retroactivas en términos prejudiciales, y la observancia de los derechos individuales, sociales, culturales y políticos. Diego Valadés, *La no aplicación de las normas y el Estado de Derecho. Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Nueva serie, XXXV(103), (2002).

(163) Antonio Pérez Luño, *Los derechos fundamentales*. (Madrid: Tecnos, 1991).

(164) Peter Häberle, *La libertad fundamental en el Estado Constitucional*. (Lima: Fondo Editorial de la PUCP, 1997)

(165) Werner Maihofer, *Estado de derecho y dignidad humana*. (Montevideo: B de F., 2008)

La nueva realidad jurídica que el mundo de hoy trae consigo: la interacción del Estado constitucional con el derecho internacional de los derechos humanos⁽¹⁶⁶⁾, lo cual expresa en alguna medida la apertura del Estado al Derecho Internacional de los derechos humano⁽¹⁶⁷⁾. Este diálogo constitucional con el ordenamiento internacional importa el

cumplimiento por parte del Estado de la obligación que nace del derecho internacional de aplicar y ejecutar las normas de este último ordenamiento, mediante la emanación de normas estatales complementarias⁽¹⁶⁸⁾. En este contexto, antes que se abogue por un rango que los TIDH no cuentan por decisión expresa del constituyente, es preciso reforzar los mecanismos para ellos cumplan con los objetivos integradores y hermenéuticos que la propia Constitución les ha reservado. 

(166) Eduardo Ferrer Mac Gregor & Fernando Silva García, “La Primera Sentencia Internacional Condenatoria en Contra del Estado Mexicano”.

(167) Alejandro Sainz Arnaiz, *La apertura constitucional al derecho internacional y europeo de los derechos humanos. El artículo 10.2 de la constitución española*, (Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1998).

(168) Antonio La Pégola, *Poder exterior y Estado de derecho. El constitucionalista ante el Derecho Internacional*, (Salamanca: Universidad de Salamanca, 1987).