

La ubicación jerárquica de los tratados referentes a derechos humanos dentro de la Constitución peruana de 1993

MARCIAL RUBIO CORREA

SUMARIO:

INTRODUCCION

- I. LO QUE DIJO LA CONSTITUCIÓN DE 1979
- II. EL PROBLEMA DE LA PENA DE MUERTE
- III. LAS NORMAS CONTENIDAS EN LA CONSTITUCIÓN DE 1993
- IV. EL PROBLEMA DEL RANGO DE LA CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS.

SINTESIS

INTRODUCCIÓN

La Constitución peruana de 1979 adoptó una posición clara frente a la jerarquía que correspondía a los derechos humanos dentro del derecho interno: tenían rango constitucional. Durante la década de los años ochenta y hasta 1993, el Perú vivió un grave fenómeno subversivo en el que, si bien coexistieron sin alianzas entre sí el movimiento revolucionario Túpac Amaru y el Partido Comunista del Perú «Sendero Luminoso», las condiciones de violencia las puso este último, acumulando poder y generando una acción terrorista ineluctablemente que fue paradigma de que el fin justifica los medios.

Los gobiernos constitucionales de la década del ochenta (Fernando Belaunde Terry entre 1980 y 1985, y Alan García Pérez entre 1985 y 1990) pretendieron terminar con el terrorismo exclusivamente mediante la confrontación militar. Con ello perdieron terreno poco a poco: las organizaciones terroristas tenían antídotos frente a la violencia y lejos de caer se desarrollaron. Una estrecha vinculación con el narcotráfico, permitió que la subversión tuviera acceso a considera-

bles cantidades de dinero, obtenidas bajo formas de cupos de protección contra las fuerzas del orden del Estado.

Cuando en julio de 1990 accede al poder el Presidente Alberto Fujimori, cambia la estrategia contrasubversiva de sus predecesores, adoptando la que recomendaban insistentemente los militares: combinar las acciones armadas con el acercamiento a la población y con tareas de inteligencia. Esto hizo que Sendero Luminoso se estancara en las zonas rurales y decidiera que, estando en «equilibrio estratégico», debía conquistar las ciudades y principalmente Lima, la capital, a la que había cercado mediante sabotajes periféricos, pero no había intentado capturar.

En 1991 se inició, así, una sangrienta y dolorosa etapa de lucha subversiva en la capital, que agravó el sentimiento general de miedo en la población porque Lima fue considerada siempre el bastión nacional y entonces parecía inerte frente al acoso subversivo. Pero la necesidad de hacer una lucha menos sigilosa en la ciudad, el enfrentamiento a las fuerzas del orden en su terreno y los efectos del cambio de la estrategia contrasubversiva, minaron el hermetismo y la casi total infabilidad que hasta ese momento había tenido Sendero Luminoso.

Una combinación de factores políticos hizo que el Presidente Fujimori decidiera dar un golpe de Estado con las Fuerzas Armadas el 5 de abril de 1992 para establecer el «Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional», clausurando los órganos de gobierno democrático del país y estableciendo un gobierno *de facto* con todo el poder en el Consejo de Ministros nombrado por él mismo. Le fue difícil sostener la validez de esta decisión (a pesar de que las encuestas mostraban casi 80% de apoyo) y debió convocar a un Congreso Constituyente que fue elegido en noviembre de 1992, para proponer a Referéndum una nueva Constitución (la que en efecto fue votada popularmente en noviembre de 1993). Pero dos meses antes de la elección de este Congreso, el 12 de setiembre de 1992, la Policía Nacional capturó a Abimael Guzmán (camarada «Gonzalo»), el hombre más buscado del país por ser el máximo líder de Sendero Luminoso y, con ello, no sólo logró un inmenso apoyo a las listas oficialistas para el Congreso Constituyente sino que, además, con la cuantiosa información disponible a raíz de la captura, el Gobierno procedió a la veloz y sistemática demolición de la estructura política de Sendero Luminoso.

Una de las propuestas hechas por el gobierno para la próxima Constitución, que recibía apoyo popular, era la de instaurar la pena de muerte para el delito de terrorismo (en la Constitución de 1979 sólo existía para el caso de traición a la patria en conflicto exterior) pero esta propuesta contravenía normas expresas de la Convención Americana de Derechos Humanos de San José de Costa Rica. Fue en este contexto político, y fundada en equivocadas concepciones jurídicas, que la mayoría del Congreso Constituyente de 1993 pretendió hacer descender en la jerarquía jurídica del país a los derechos humanos. El argumento que utilizó fue muy simple: si la Convención Americana ya no tuviera rango constitucional sino rango de ley, el Perú podría establecer constitucionalmente la pena de muerte para el terrorismo.

Trató de hacerlo pero no lo logró.

I. LO QUE DIJO LA CONSTITUCIÓN DE 1979

La regla general de incorporación de las normas de los tratados al Derecho Peruano era la siguiente:

«Constitución peruana de 1979, artículo 101°.- Los tratados internacionales celebrados por el Perú con otros estados, forman parte del derecho nacional. En caso de conflicto entre el tratado y la ley, prevalece el primero».

La incorporación de los tratados requería “celebración”, esto es, que se hubiera cumplido el requisito de aprobación por el Congreso y de ratificación por el Poder Ejecutivo según la legislación interna. El artículo 102° de la Constitución establecía lo siguiente:

«Constitución peruana de 1979, artículo 102°.- Todo tratado internacional debe ser aprobado por el Congreso, antes de su ratificación por el Presidente de la República».

Por lo demás, la parte final del artículo 101° era contundente: en conflicto prevalecía la norma internacional incorporada al Derecho interno y no la norma interna.

Estas eran las reglas generales referentes a la relación de los tratados con el Derecho interno. Sin embargo, existían normas adicionales en referencia a los derechos humanos contenidos en los tratados o en la costumbre internacional.

Cuando un tratado versara sobre disposiciones de carácter constitucional (se tratara de normas referentes a derechos humanos o no), el procedimiento que el Congreso debía adoptar para aprobarlo era el de la reforma de la Constitución. Lo decía el artículo 103:

«Constitución peruana de 1979, artículo 103°.- Cuando un tratado internacional contiene una estipulación que afecta una disposición constitucional, debe ser aprobado por el mismo procedimiento que rige la reforma de la constitución, antes de ser ratificado por el Presidente de la República».

La intención de esta norma era no precisamente la de incorporar al tratado como parte de la Constitución, pero sí la de precaver una posible incompatibilidad futura entre los dos cuerpos normativos de manera que, en caso que dicha incompatibilidad se produjera, quedara claro que al haberse utilizado el procedimiento de reforma constitucional, la norma del tratado tendría preferencia en el conflicto. No se hacía sino ratificar el principio general establecido en el artículo 101, en el sentido de que el tratado primaba sobre la norma interna.

Desde luego, estas normas eran aplicables a todo tratado con contenido constitucional y, por tanto, también a los tratados con contenido constitucional y, por tanto, también a los tratados de derechos humanos, pero sólo a partir de la vigencia de la constitución y, por consiguiente, no solucionaba los posibles problemas que se presentaran con tratados anteriores.

Entonces, la Constitución añadió otra disposición, contenida esta vez en el artículo 105°:

“Constitución peruana de 1979, artículo 105°.- Los preceptos contenidos en los tratados relativos a derechos humanos, tienen jerarquía constitucional. No pueden ser modificados sino por el procedimiento que rige para la reforma de la Constitución”.

Esta norma era no solamente de procedimiento, sino también una de carácter hermenéutico para el tema de la jerarquía de los tratados internacionales en materia de derechos humanos dentro del sistema constitucional peruano: si antes de la Constitución de 1979, uno de esta naturaleza había sido aprobado mediante una disposición de rango inferior al constitucional¹, ahora era automáticamente elevado a tal categoría, desde que adquiría dos características:

- La primera era declarativa: los derechos humanos contenidos en los tratados tenían jerarquía constitucional (no importando cual hubiera sido el rango de la norma que los hubiera aprobado previamente, se entiende) y,
- La segunda era de procedimiento: los tratados sobre derechos humanos debían ser modificados por el procedimiento de reforma constitucional. Esto ratificaba el rango constitucional que se les daba en la regla inmediatamente anterior.

Finalmente, en las disposiciones generales colocadas al terminar el texto de la Constitución, se ratificó diversos tratados internacionales cuya aprobación interna había quedado pendiente en años previos. Entre ellos estaba la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Dijo la decimosexta disposición general:

“Constitución peruana de 1979, Decimosexta disposición general.- Se ratifica constitucionalmente en todas sus cláusulas, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos así como el Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas.

Se ratifica igualmente, la Convención Americana sobre Derechos Humanos de San José de Costa Rica, incluyendo sus artículos 45 y 62, referidos a la competencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y de la Corte Internacional de Derechos Humanos”.

Este procedimiento de ratificación hecho por la Asamblea Constituyente no hizo sino dar rango constitucional interno a las disposiciones de estos tratados. Se sumaban aquí para permitir esta interpretación las normas que establecían que los tratados sobre derechos humanos tenían rango constitucional; aquella que decía que sólo podían ser modificados por el procedimiento de reforma constitucional; y, el factor formal de que fuera una disposición constitucional la que los ratificaba².

¹ Normalmente, los tratados en el Perú eran aprobados mediante *resoluciones legislativas* normas dictadas por el Congreso con rango de ley. Esto hacía que todos los tratados internacionales existentes en el Perú hasta entonces tuvieran, estrictamente hablando, rango de ley, no rango constitucional.

² La Asamblea Constituyente de 1979 no sólo aprobó estos tratados en su decimosexta disposición general, sino que además los *ratificó* acto que en general, y también según las normas de la propia constitución de 1979, correspondía al Poder Ejecutivo. La razón determinante de esta decisión fue que, en aquel entonces, existía en el Perú un gobierno de facto que no había ratificado dichos instrumentos anteriormente y que, por consiguiente, probablemente no los ratificaría aún cuando la asamblea Constituyente los hubiera apro-

En adición a todo lo dicho hasta aquí, cabe añadir que el artículo 4° de la Constitución de 1979 estableció lo siguiente:

“Constitución peruana de 1979, artículo 4°.- La enumeración de los derechos reconocidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que derivan de la dignidad del hombre, del principio de soberanía del pueblo, del Estado social y democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno”.

Como puede apreciarse, aquí la constitución hacía una incorporación directa, sin la intermediación de norma aprobatoria interna alguna, de los derechos humanos “*de naturaleza análoga*” a los establecidos en la Constitución, así como de otros que cumplieran los requisitos de contenido establecidos en la parte final del artículo. En todos estos casos, se trataba de derechos no escritos en el texto constitucional pero exigibles mediante las garantías constitucionales (en el caso de la Constitución de 1979, fueron las que llamó acciones de hábeas corpus y de amparo).

En síntesis, entonces, podemos decir que la Constitución de 1979 daba el siguiente tratamiento a las normas contenidas en los tratados referentes a derechos humanos:

- Los incorporaba al Derecho interno en el rango constitucional de varias maneras:
 - a. Si eran derechos análogos a los existentes en el texto constitucional, o derivados de la dignidad del hombre, del principio de soberanía del pueblo, del Estado social y democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno (fórmula lo bastante general como para abarcar prácticamente a todo derecho humano considerado internacionalmente), entonces la incorporación era directa y monista, esto es, sin necesidad de norma interna que así lo declarara de manera expresa (artículo 4 de la Constitución peruana de 1979).
 - b. Si eran derecho contenidos en tratados ratificados por el Perú (no importando cuál hubiera sido el rango de la norma que los incorporó al sistema jurídico peruano), tenían rango constitucional y, por consiguiente, sólo podían ser modificados por el procedimiento de reforma constitucional (artículo 105 de la constitución peruana de 1979).
 - c. Si luego de la entrada en vigencia de la Constitución de 1979 se debía aprobar un nuevo tratado de derechos humanos, debía también seguirse el procedimiento de reforma constitucional para darle dicho rango en el sistema jurídico (artículo 103 de la Constitución peruana de 1979).

Como puede fácilmente apreciarse, los casos b. y c. están en gran parte sino en su totalidad (lo que habría que estudiar casuísticamente), ya contenidos en el a. Que los engloba como norma genérica. Esta disfuncionalidad técnica, sin embargo, lejos de perjudicar el rango constitucional de los derechos humanos, lo reforzaba.

bado. Desde el punto de vista formal, la asamblea Constituyente tenía poderes para esta ratificación *sui generis* y, en la vida del Estado peruano, se consideró y considera que estos tratados fueron efectivamente perfeccionados por la disposición general que hemos transcrito y que, desde la entrada en vigor de esta parte de la Constitución, dichos tratados forman parte del derecho interno en el rango constitucional.

- Los tratados internacionales en general, y por consiguiente también los de derechos humanos, eran incorporados al Derecho nacional y primaban sobre las normas internas en caso de conflicto (artículo 101° de la Constitución peruana de 1979).
- La Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas, adquirirían también rango constitucional por su ratificación en la decimosexta disposición general de la Constitución peruana de 1979.

Fue en este cuadro de la ubicación jerárquica de los derechos humanos en la Constitución de 1979, que se hicieron los cambios de la Constitución de 1993.

II. EL PROBLEMA DE LA PENA DE MUERTE

La Constitución de 1933 estableció en su artículo 54°:

“Artículo 54.- La pena de muerte se impondrá por delitos de traición a la patria y homicidio calificado, y por todos aquellos que señale la ley”.

Como es evidente, el reconocimiento de la pena de muerte en esta norma era extenso y permisivo. La Constitución de 1979, por su parte, estableció la siguiente norma sobre el tema:

“Constitución de 1979, artículo 235°.- No hay pena de muerte, sino por traición a la Patria en caso de guerra exterior”.

Esto fue equivalente a restringir el espectro de aplicación de la pena de muerte sólo a este delito y en esta circunstancia. Por su parte, la decimosexta disposición general de la Constitución ratificaba la Convención Americana sobre Derechos Humanos que, respecto de la pena de muerte, establecía lo siguiente en relación a lo que tratamos:

“Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 4.-

(...)

2.- En los países que no han abolido la pena de muerte, ésta sólo podrá imponerse por los delitos más graves, en cumplimiento de sentencia ejecutoriada de tribunal competente y de conformidad con una ley que establezca tal pena, dictada con anterioridad a la comisión del delito. Tampoco se extenderá su aplicación a delitos a los cuales no se la aplique actualmente.

(...)

La concordancia del artículo 235° de la Constitución de 1979 con el artículo 4° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, llevaba a la inequívoca conclusión de que la aplicación de la pena de muerte no podía ser ampliada más allá de los límites que la Carta había establecido.

Sin embargo, como hemos dicho en la introducción, la grave situación política producida por la combinación de la acción terrorista y del golpe de Estado que dio

origen al Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional, produjo como efecto el relanzamiento del tema de la ampliación de la pena de muerte, que fue bandera electoral y de identificación política para el gobierno existente.

Así, se dictó el Decreto Ley N° 25659, promulgado el 12 de agosto de 1992, en el que se establecieron las definiciones del delito de traición a la patria:

“Decreto Ley N° 25659, artículo 1°.- Constituye Delito de Traición a la Patria, la comisión de los actos previstos en el artículo 2° del Decreto Ley N° 25475, cuando se emplean las modalidades siguientes:

- a) Utilización de coches bombas o similares, artefactos explosivos, armas de guerra o similares, que causen la muerte de personas o lesionen su integridad física o su salud mental o dañen la propiedad pública o privada, o cuando de cualquier otra manera se pueda generar grave peligro para la población.
- b) *Almacenamiento o posesión ilegal de materiales explosivos, nitrato de amonio o los elementos que sirvan para la elaboración de este producto o proporcionar voluntariamente insumos o elementos utilizables en la fabricación de explosivos, para su empleo en los actos previstos en el inciso anterior”.*

“Decreto Ley N° 25659, artículo 2°.- Incurre en Delito de Traición a la Patria:

- a) El que pertenece al grupo dirigenal de una organización terrorista, sea en calidad de líder, cabecilla, jefe u otro equivalente;
- b) El que integra grupos armados, bandas, pelotones de aniquilamiento o similares de una organización terrorista, encargados de la eliminación física de personas;
- c) El que suministra, proporciona, divulga informes, datos, planes, proyectos y demás documentación o facilita el ingreso de terroristas en edificaciones y locales a su cargo o custodia, para favorecer el resultado dañoso previsto en los incisos a) y b) del artículo anterior”.

“Decreto Ley N° 25659, artículo 3°.- La pena aplicable al Delito de Traición a la Patria tipificado en el presente Decreto Ley, será la establecida en el inciso a) del artículo 3° del Decreto Ley N° 25475”. (la pena del inciso a) del Art. 3° del D.L. 25475 era la de cadena perpetua).

Fue luego de estas normas, y mientras ellas mantenían su vigencia, que se aprobó el artículo 140° de la Constitución de 1993 que dice:

“Constitución de 1993, artículo 140°.- La pena de muerte sólo puede aplicarse por el delito de traición a la patria en caso de guerra y el de terrorismo, conforme a las leyes y a los tratados de los que el Perú es parte obligada”.

La disposición va contra la Convención Americana sobre Derechos Humanos de Costa Rica en dos aspectos:

- Amplía la aplicación del delito de traición a la patria al caso de guerra interna al no hacer la precisión existente en la Constitución de 1979, en el sentido que se refiere exclusivamente a “guerra exterior”.
- Amplía la pena de muerte al delito de terrorismo.

Sin embargo, establece al mismo tiempo que la pena de muerte se aplicará según los tratados de los que el Perú es parte obligada. Sólo esto ya hace aplicable el inciso 2) del artículo 4° de la Convención Americana y, por consiguiente, impide que se amplíe la pena de muerte en los hechos. Es lo que ha ocurrido en los años de vigencia de la Constitución: nadie ha sido sancionado con pena de muerte y, además, previsiblemente ella no será aplicada.

Sin embargo, este conflicto era muy complicado para el reconstitucionalizado gobierno del Presidente Fujimori. Era necesario buscar una fórmula que facilitara las cosas y ella fue el intento de rebajar el rango de los derechos humanos, y específicamente de la Convención Americana, dentro del sistema jurídico peruano.

III. LAS NORMAS CONTENIDAS EN LA CONSTITUCIÓN DE 1993

En lo referente al tema que tratamos³, las normas establecidas en la constitución de 1993 sobre tratados son las siguientes:

- El artículo 55° de la Constitución dice: *«Los tratados celebrados por el Estado y en vigor, forman parte del derecho nacional»*. Esta es la disposición de incorporación al Derecho interno que guarda similaridad con el artículo 101° de la constitución de 1979. Para la incorporación de los tratados, la Carta de 1993 añade el requisito de que *«estén en vigor»* pero, en la recta comprensión de las cosas, eso ya estaba dicho en la Constitución de 1979.
- El segundo párrafo del artículo 57° de la Constitución de 1993 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, que es disposición correspondiente al artículo 103° de la constitución de 1979.*
- El artículo 3° de la Constitución de 1993 que, luego del artículo 2° que ha declarado todos los derechos considerados fundamentales por el constituyente, establece: *«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*

³ La sistemática de los tratados ha variado entre las constituciones de 1979 y 1993, fundamentalmente en que el Congreso sólo aprobará los tratados referentes a derechos humanos; soberanía, dominio o integridad del Estado; defensa nacional; obligaciones financieras del Estado y todos aquellos que crean, modifican o suprimen tributos, los que exigen modificaciones legislativas y los que requieren medidas legislativas para su ejecución (artículo 56 de la Constitución de 1993). Todos los demás tratados serán aprobados por el Presidente de la República (artículo 57 de la Constitución de 1993). La Constitución de 1979 establecía, por el contrario, que la regla general era la aprobación por el Congreso y el Presidente sólo podía celebrar tratados sobre materias de su exclusiva competencia (artículo 104 de la Constitución de 1979).

Democrático de Derecho y de la forma Republicana de Gobierno». Este dispositivo es equivalente al artículo 4 de la Constitución de 1979.

- La cuarta disposición final de la Constitución de 1993 que establece: «*Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificadas por el Perú*».

Las normas que existieron en la Constitución de 1979 y ya no aparecían en la de 1993 fueron las siguientes:

- La parte final de su artículo 101° según la cual, en caso de conflicto, prevalecía la norma internacional incorporada al Derecho interno y no la norma interna.
- Su artículo 105°, según el cual, los preceptos contenidos en los tratados relativos a derechos humanos tenían jerarquía constitucional y no podían ser modificados sino por el procedimiento que rige para la reforma de la constitución.
- La regla de la decimosexta disposición en la que se ratificaba constitucionalmente la Convención Americana sobre Derechos Humanos, no repetida ni ratificada en forma alguna en 1993.

Estos cambios fueron inmediatamente resaltados por los comentaristas peruanos y la posición que ha prevalecido es la de discrepar con ellos. Varios, además, han manifestado que la tendencia predominante de los constituyentes de 1993 fue la de rebajar el rango de las normas sobre derechos humanos desde rango constitucional al de la ley, entendiéndose que la no existencia de disposición que expresamente estableciera el rango constitucional, así como la decisión voluntaria de no transcribir el artículo 105 de la Constitución de 1979 al texto de 1993, excluían la posibilidad de asignar el rango supremo a los tratados sobre derechos humanos. Cuando menos, eso se desprende de la manera como el tema ha sido tratado en la literatura peruana reciente⁴. Sin embargo,

4 Fabián Novak no dice exactamente que los tratados hayan caído de rango pero tampoco afirma que lo hayan mantenido y, más aún, considera que la no repetición en la Constitución de 1993, del artículo 105 de la Constitución de 1979 es un «(...) retroceso a nivel jurídico» con lo que connota tácitamente la disminución del rango normativo aludida. Dice «*La eliminación del artículo 105 en nuestro nuevo texto constitucional no tiene ninguna justificación, constituyendo su derogación no sólo un retroceso a nivel jurídico sino también una verdadera torpeza política, si se considera la actual coyuntura, en la que nuestro país enfrenta una serie de cuestionamientos, fundados o no, en materia de respeto a los Derechos humanos*»

(NOVAK TALAVERA, Fabián ... Los Tratados y la Constitución Peruana de 1993.- En: Agenda Internacional.- Año I, n. 2.- Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú - Instituto de Estudios Internacionales-IDEI, julio-diciembre 1994.- p. 91). Por su parte, Javier Ciurlizza sí afirma lo siguiente al respecto: «*Las modificaciones producidas en la regulación constitucional de los tratados tienen, como la mayor parte de las reformas producidas, puntos positivos. Estos se refieren, principalmente, a asuntos de forma. Los retrocesos, lamentablemente, no son de forma sino de contenido (...) Modificaciones que implican retrocesos (...) c) Eliminación del rango constitucional otorgado a los preceptos contenidos en tratados en la constitución de 1993: retrocesos y conflictos.- La Constitución de 1993. Análisis y comentarios II.- Lima, Comisión Andina de Juristas, 1995.- p. 68).* Enrique Bernales, por su parte, considera así el punto: «*Otro aspecto que la constitución de 1979 incluyó y que ha sido omitido por la actual, es la disposición que otorgaba jerarquía constitucional a los preceptos contenidos en los tratados relativos a derechos humanos, razón por la cual no podían ser modificados sino por el procedimiento que regía para la reforma de la Constitución (art. 105). Este artículo identificaba a la constitución anterior con la defensa de los derechos humanos y*

vale la pena analizar a profundidad el contenido sistemático de las distintas normas involucradas a fin de determinar si, en efecto, tal degradación ha efectivamente ocurrido.

En primer lugar, está el artículo 57° de la Constitución de 1993 que establece:

«Constitución de 1993, artículo 57°.- (...)

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.

(...)

Indiscutiblemente, de acuerdo a esta disposición, todos los tratados que versen sobre temas vinculados al contenido del texto constitucional, y más específicamente al de los derechos constitucionales, deberá ser aprobado por el procedimiento de reforma constitucional. La razón ya fue dada antes: cumpliendo este procedimiento de aprobación, si hubiere colisión preferirá el tratado a la Constitución.

Históricamente, esta norma da rango constitucional a todos los tratados celebrados desde que entró en vigencia la norma similar a ésta que existía en la Constitución de 1979 pues, al producirse el cambio constitucional, la norma no sufrió interrupción.

Sin embargo, como dijimos al comentar la norma similar de la Constitución de 1979, recurrir a este artículo no soluciona el problema del rango constitucional de los tratados aprobados antes de 1979, ni tampoco de los que tratando sobre materia de derechos constitucionales, y al no haberse utilizado el procedimiento de reforma constitucional, y al no haber provisto la Constitución norma final que regularizara la situación, se podría interpretar que sus normas ingresan al segundo rango (el rango de ley). Existen varios tratados en esta situación como, por ejemplo y recientemente, la Convención de Belem do Pará para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer.

Aquí consideramos importante estudiar el significado de la Cuarta disposición final de la Constitución:

«Constitución de 1993, Cuarta Disposición final.- Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú».

fue uno de los ejes conceptuales para otorgar valor superior y trascendencia histórica a esa Carta. El silencio de la nueva Constitución en este tema indica que las preocupaciones de quienes la elaboraron han discurrido por asuntos más prácticos. Pero el perjudicado es objetivamente el ciudadano, que ve disminuido el nivel de protección constitucional de sus derechos fundamentales».

(BERNALES BALLESTEROS, Enrique ...La Constitución de 1993 –análisis comparado–. Lima, ICS editores, 1977 (tercera edición). p. 341).

Según esta disposición, el contenido de las normas de la Declaración Universal y de los tratados sobre dichas materias, debe ser imperativamente aplicado en concordancia con la constitución para establecer el verdadero sentido que tienen las normas de este rango en el Derecho peruano. Esto quiere decir que cada vez que un tratado internacional (o la Declaración de Naciones Unidas), especifiquen o determinen un derecho de naturaleza constitucional, éste no puede ser aplicado con significaciones contrarias a ellos y, antes bien, su interpretación debe ser adaptada a las normas internacionales para adquirir adecuado sentido. En otras palabras, la Declaración de Naciones Unidas y los tratados ratificados por el Perú tienen valor hermenéutico para aplicar la constitución y, con ello, hay que concluir que no tienen solamente rango de ley sino constitucional: de otra manera no podrían condicionar la interpretación del texto constitucional pues sólo se interpreta un mandato mediante otro rango igual o superior, nunca de rango menor⁵.

Esta cuarta disposición final nos hace concluir que, dentro del texto constitucional, la Declaración Universal y los tratados ratificados por el Perú tienen rango de normas constitucionales en materia de derechos humanos y que es el propio texto de la constitución el que exige que deba hacerse una aplicación armónica de las normas constitucionales internas e internacionales en esta materia.

Sin embargo, tenemos adicionalmente el artículo 3° de la Constitución cuyo texto indica lo siguiente:

«Constitución de 1993, artículo 3°.- 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».

Ya hemos indicado antes, al comentar el artículo 4° de la Constitución de 1979 que en ella la norma equivalente a ésta en la Constitución de 1993⁶, que este artículo es uno de incorporación monista al Derecho Internacional. Lo que en síntesis manda es lo siguiente:

⁵ Enrique Bernaldes considera lo siguiente sobre la cuarta disposición final de la Constitución: «(...) *la constitución de 1979 tenía la ventaja de una mayor claridad en cuanto a la opción de hacer prevalecer el tratado internacional sobre la ley interna en caso de conflicto (art. 101). Este aspecto ha sido omitido en la nueva Carta; la prevalencia sólo aparece en la Disposición Final y Transitoria Cuarta y con alcances limitados, pues señala que las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce, se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y convenios internacionales de la misma materia ratificados por el Perú. Es una forma de hacer prevalecer los tratados, pero exclusivamente para los asuntos referidos a los derechos fundamentales*». (BERNALES BALLESTEROS, Enrique ...La constitución de 1993 - Análisis comparado.- Lima, ICS editores, 1997 (tercera edición), p. 341).

⁶ El análisis exegético comparado del artículo 4 de la Constitución de 1979 y del artículo 3 de la Constitución de 1993 muestra una diferencia notable para la teoría de los derechos humanos: en la Constitución de 1979 se decía: «*La enumeración de los derechos reconocidos (...)*» en tanto que en la actual se dice «*La enumeración de los derechos establecidos (...)*». El texto de 1979 era correcto, como incorrecto es en esta materia el de 1993 pues los derechos no los establece la Constitución. Es una observación que, aunque marginal al tema que ahora tratamos, no puede dejar de ser subrayada.

- Los derechos que se hallen contenidos en el resto de la Constitución, esto es, toda norma que de alguna manera pueda ser tomada como conteniendo un derecho de las personas, debe ser considerada efectivamente como un derecho. Esta parte, como es obvio, se refiere a normas incorporadas en el texto de la Constitución.
- Un segundo grupo de derechos que reconoce este artículo está conformado por los que son análogos a los anteriores, es decir, que sin estar expresamente consignados en el texto de la Constitución, son sustantivamente similares a los que si lo están o, en todo caso, les son vecinos en contenido. Por la expresión que usa el artículo para este caso, hay que suponer que estos últimos derechos son tales sin estar expresamente mencionados en la Constitución (porque si no, carecería de razón que se los llamara «análogos»).
- Finalmente, un tercer grupo son los que sin estar en el texto constitucional y sin ser análogos a los en él consignados, sin embargo 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. Obviamente, estos derechos tampoco estarán textualmente establecidos en la Constitución.

Es preciso indicar que el artículo 3° no señala que los derechos a los que se refiere, deban estar incorporados en tratados ratificados por el Perú. En realidad, ni siquiera es necesario que figuren en tratados. Podrían ser, eventualmente, derechos que existen porque son consuetudinariamente reconocidos o porque tienen aceptación general⁷. La incorporación de contenidos al Derecho interno a través de este artículo es por tanto extensiva y no limitativa desde el punto de vista de la forma que hayan asumido tales derechos desde el punto de vista de las fuentes. Por consiguiente, la incorporación que hace este artículo es independiente de que dichos derechos hayan sido o no recogidos en tratados, y de que éstos estén ratificados por el Perú. Se dará por consiguiente el caso de que ciertos derechos se incorporen al Derecho peruano tanto por la vía del artículo 3° de la Constitución como por el hecho de que se hallen en tratados ratificados por el Estado.

Ahora bien, todavía cabe hacerse la pregunta siguiente: todos estos derechos han sido incorporados al Derecho peruano pero ¿en qué rango? La Constitución no dice expresamente que ello ocurra en el plano constitucional.

Sin embargo, la interpretación del artículo nos conduce a sostener que la incorporación es el rango constitucional por las siguientes razones:

- Estamos tratando en todo el artículo de derechos constitucionales desde al primera línea que dice «*La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo*» para, luego, referirse a los demás derechos «*que la constitución garantiza*». Si la Cons-

⁷ Dice O'Donnell respecto de qué debe entenderse por un derecho de aceptación general: «*Carrillo Salcedo ha sintetizado la doctrina sobre materia de la forma siguiente: «La exigencia de una aceptación general, efectivamente, no quiere decir unanimidad sino aceptación general por una amplia mayoría de los Estados, representativa de los diferentes sistemas sociales y económicos, es decir, de los distintos grupos de estados existentes en la sociedad internacional»*» (O'DONNELL, Daniel ... Protección internacional de los derechos humanos. Lima, Comisión Andina de Juristas, 1998. p. 21).

titución quería dar menor rango a los derechos siguientes debía establecer el contraste correspondiente de manera explícita. Al no hacerlo, la interpretación del sentido de la norma conduce a pensar que los siguientes también tienen rango constitucional.

- La segunda parte del artículo 3° se refiere a otros derechos «*de naturaleza análoga*» a los constitucionales, la analogía supone una similitud sustancial y no podríamos asumir que, teniéndola en contenido, no la tuvieran también en rango. Por el contrario, debe asumirse que la analogía es integral.
- Finalmente, la tercera parte del artículo se refiere a los derechos reconocidos que, sin estar en el texto constitucional, 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, todos ellos elementos esencialmente constitucionales en el Derecho contemporáneo y, específicamente, en la Constitución peruana de 1993.

Por consiguiente nuestra conclusión inequívoca es que la incorporación que hace el artículo 3 es de rango constitucional.

Ayala comparte esta opinión, citando a su vez a un tercer autor:

«La consecuencia de esta técnica constitucional de cláusulas enunciativas o incluyentes, es que tanto los derechos explícitos en el Texto fundamental, como los derechos implícitos (que sean «inherentes a la persona humana»), adquieren el rango y valor de derechos constitucionales, independientemente de la jerarquía de los tratados en el Derecho Interno. Como lo ha expresado Nikken sobre este particular.

«Los derechos humanos reconocidos en tratados en los que participa Venezuela, tienen, en el orden jurídico nacional, el rango de los derechos constitucionales. Esta conclusión es independiente que la posición que pueda adoptarse en relación con la jerarquía de los tratados frente a las leyes internas, pues el rango aludido no dimana de que tales derechos sean objeto de una convención internacional, sino de haber sido reconocidos como inherentes a la persona humana»⁸.

IV. EL PROBLEMA DEL RANGO DE LA CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS

Nos planteamos este problema por la siguiente razón: la Convención Americana fue ratificada por la decimosexta disposición final de la Constitución de 1979. La Constitución de 1993 derogó a la de 1979, incluida la decimosexta disposición final y, en su texto, no trae indicación alguna sobre el rango que debe corresponder a la convención en nuestro Derecho.

⁸ AYALA CORAO, Carlos ...La jerarquía de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos. En: COMBELLAS, Ricardo (coordinador) ...el Nuevo Derecho Constitucional Latinoamericano. Caracas, COPRE y CIEDLA, 1996. (Volumen II). p. 760.

La pregunta que aparece, sobre todo por el problema político antes señalado sobre la pena de muerte, es el siguiente: ¿La Convención Americana mantiene el rango constitucional a pesar de haber sido derogada la decimosexta disposición final de la Constitución de 1979 o, por el contrario, ha perdido tal rango y pasa a tener rango de ley?

Encontramos que la respuesta correcta a esta pregunta es que la Convención Americana tiene rango constitucional por las siguientes razones:

- Desde el punto de vista sistemático de la Constitución de 1993 porque en ella, según los artículos 3º, 57º y cuarta disposición final, los tratados referentes a derechos humanos tienen jerarquía constitucional como hemos sostenido antes.
- Desde el punto de vista conceptual porque la Convención Americana fue incorporada en 1979 con rango constitucional y debe mantenerlo. La única posibilidad de excepción a los dicho podría ser que una norma de rango constitucional dijera que la convención baja al rango de ley, pero esta hipótesis ni ha sucedido ni es aceptable⁹.
- Desde el punto de vista internacional porque el Perú ha hecho reconocimiento constitucional de la Convención Americana ante la sociedad internacional reconociéndole rango constitucional. Este es un compromiso que no puede ser alterado unilateralmente.

Por consiguiente, nuestra conclusión respecto de este punto consiste en que la Convención Americana sobre Derechos Humanos de San José de Costa Rica, mantiene el rango constitucional que le dio la Constitución de 1979 y que dicho rango no le puede ser válidamente retirado ni siquiera por norma constitucional (salvo, desde luego, que el Estado peruano procediera a denunciar la Convención, pero esto es ya cosa distinta).

SINTEESIS

En síntesis, sostenemos que en la Constitución peruana de 1993, y dejando de lado la intención que el legislador pueda haber mostrado de rebajar la jerarquía de los derechos humanos en la jerarquía jurídica interna del país, dichos derechos mantienen su rango constitucional y, por consiguiente, producen todas las consecuencias que dicha jerarquía trae consigo, incluida la de poder ser defendidos mediante las garantías establecidas en el artículo 200º de la Constitución peruana de 1993¹⁰. En consecuencia,

⁹ Consideramos que sería inaceptable que una norma constitucional rebajara a rango de ley a la Convención Americana porque en ella, como estamos viendo, confluyen todas las características que se requiere según la propia constitución, para que sus normas tengan rango constitucional pues, además de la ratificación que le hizo la Constitución de 1979, le son perfectamente aplicables los artículos 3 y 57 de la Constitución.

¹⁰ Sobre este tema es importante señalar que la corte suprema dictó una resolución a propósito del artículo 4 de la Constitución de 1979 (mientras ella todavía estaba vigente) que garantizaba la protección de nuevos derechos mediante la aplicación de dicha norma. dijo: «(...) conforme lo establece el artículo cuarto de la Constitución «la enumeración de los derechos reconocidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que deriven de la dignidad del hombre, del principio de soberanía del pueblo, del Estado social y democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno»; que dicho artículo constitucional consagra una cláusula abierta a fin de que la jurisprudencia pueda

es claro que los tratados concernientes a derechos humanos también mantienen jerarquía constitucional a pesar de que la norma expresa que en tal sentido existía en la Constitución de 1979 fue derogada.

El fundamento de la opinión anterior está en que, sistemáticamente, la combinación de los artículos 3°, 57° y cuarta disposición final, conduce a la necesaria consecuencia de que en la Constitución peruana de 1993 todos los derechos humanos que ella reconoce tienen rango constitucional, no rango inferior.

El artículo 3° es importante en esta conceptualización porque incorpora monistamente todos los derechos en él considerados al régimen jurídico interno. El artículo 57° porque da jerarquía constitucional a todo tratado aprobado por el procedimiento de reforma de la carta en la medida que afecte disposiciones constitucionales. La cuarta disposición final de la Constitución porque establece una paridad de rango entre la declaración Universal y los tratados ratificados por el Perú de una parte, y la constitución por otra, al determinar que los derechos contenidos en ésta deben ser interpretados en virtud de aquellos instrumentos internacionales.

Finalmente, creemos indiscutible que la Convención Americana sobre Derechos Humanos de San José de Costa Rica, tuvo y tiene rango constitucional y que la derogación de la decimosexta disposición final de la Carta de 1979 no ha variado su jerarquía en el Derecho interno.

Es difícil exactamente lo que el constituyente de 1993 quiso hacer al mantener el artículo 3° y establecer la cuarta disposición final de un lado, y borrar la norma de la Constitución de 1979 que daba rango constitucional a los tratados sobre derechos humanos. Son decisiones de política legislativa contradictorias entre sí y un retroceso de la Constitución de 1993 en relación a su predecesora en el plano de la expresión normativa. Pero esto sólo tiene que ver con el enjuiciamiento de la conducta del constituyente y con la historia constitucional, no con la realidad de las reglas existentes las que, en nuestro criterio, llevan a la ineludible conclusión de que los tratados referentes a derechos humanos, como los derechos humanos mismos, tienen jerarquía constitucional en el Perú.

establecer nuevos derechos tutelables por ser inherentes a la persona humana, y que por lo mismo no pueden ser indicados taxativamente (...)» (Resolución de la Corte Suprema del 22 de julio de 1992, en la acción de amparo interpuesta por la Empresa Editora La Industria de Trujillo S.A. contra el Ministerio de Economía y Finanzas).

La resolución, correctamente a nuestro juicio, indica que el artículo cuarto de la Constitución de 1993 es abierto en el sentido que permite reconocer nuevos derechos tutelables y que, por lo tanto, la enumeración constitucional no es taxativa.

Desde luego, consideramos que esta resolución puede ser perfectamente aplicada como antecedente a la interpretación del actual artículo 3 de la Constitución de 1993 pues entre esta norma y aquella en virtud de la cual se dictó la resolución, no hay diferencias sustantivas para estos efectos, ni de texto, ni de sistemática, ni de *ratio legis*.