

LOS TRATADOS Y LA CONSTITUCION PERUANA DE 1993

Fabián Novak Talavera *

**

INTRODUCCION

La Constitución Política de 1993 en lo referente al Título De los Tratados introduce algunos preceptos novedosos y complejos que exigen un primer análisis aproximativo.

La ausencia de mayores trabajos sobre este tema ha resultado muchas veces perjudicial, pues no ha permitido un mayor desarrollo constitucional en el área.

Por regla general, nuestros constitucionalistas no han prestado mayor atención a la problemática de la acción exterior del Estado y, entre sus múltiples aspectos, a los tratados internacionales. Esto ha sucedido, probablemente, en el entendido que se trata de una labor que corresponde realizar a los internacionalistas; estos, a su vez, han preferido analizar los tratados en el marco doctrinal y siguiendo lo dispuesto por la Convención de Viena de 1969 sobre el derecho de los tratados, donde la referencia constitucional es accesorio.¹

Debido precisamente a esta carencia, resulta una tarea difícil el emprender trabajos como éste, pues la ausencia de mayores fuentes sobre la materia, no permiten una mayor confrontación de ideas.

No obstante esto, la regulación constitucional de los tratados será nuestro objeto de estudio, buscando mostrar las ventajas, limitaciones y errores que a nuestro criterio están presentes en el novísimo texto constitucional.

* Coordinador e Investigador Principal del IDEI. Profesor de Derecho Internacional Público de la Facultad de Derecho y de la Maestría de Relaciones Internacionales de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

** A Beatriz Ramacciotti, con profundo agradecimiento.

1 FERNANDEZ MALDONADO, Guillermo. «Los Tratados Internacionales y el Sistema de Fuentes de Derecho en el Perú». EN: *Derecho*, N° 43-44, Diciembre 1989 - Diciembre 1990, p. 337.

1. ASPECTOS GENERALES

1.1 Denominación

Un primer aspecto a ser analizado sobre esta materia es el referido a la nomenclatura del Capítulo II, Título II de la Constitución de 1993, denominado **De los Tratados**.

La Comisión de Relaciones Exteriores del CCD recogiendo la propuesta formulada por el Instituto de Estudios Internacionales (IDEI) de la Pontificia Universidad Católica del Perú², decidió con buen criterio, mantener sin variaciones la nomenclatura del Capítulo V, Título II de la Constitución de 1979. Las razones que impulsaron a su mantenimiento resultan evidentes.

Existe consenso entre los publicistas en entender por *tratado* el acuerdo de voluntades realizado entre sujetos de Derecho Internacional dirigido a producir efectos jurídicos y regulado por dicho ordenamiento;³ es decir, se entiende que el vocablo *tratado* **abarca todo acuerdo de voluntades**, complejo o simplificado, cualquiera sea su procedimiento de celebración, modalidad o nomenclatura.

El término *tratado* comprende entonces otros vocablos como acuerdos, pactos, protocolos, actos y demás distinciones que realizaba la doctrina clásica en el derecho convencional.

En efecto, a través de la historia, los tratados han recibido diversas denominaciones, establecidas básicamente en función de sus diferencias formales. Miguel De La Lama cita como ejemplos los siguientes:⁴

- Modus Vivendi: acuerdos provisionales destinados a regir mientras se llega a un acuerdo definitivo.
- Protocolo: instrumentos aclaratorios o complementarios de un acuerdo principal.
- Acta: instrumento en el que constan las resoluciones adoptadas en una conferencia internacional.
- Convención: acuerdos multilaterales adoptados en una conferencia internacional convocada especialmente para tal efecto.
- Concordato: acuerdos celebrados por la Santa Sede con el objeto de regular

2 Este proyecto fue elaborado por los profesores de la Universidad Católica Beatriz Ramacciotti, Fabián Novak y Dante Negro.

3 Véase entre otros a CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio. **Curso de Derecho Internacional Público**, 1992, pp. 105-106; VIRALLY, Michael. «Fuentes del Derecho Internacional». EN: SORENSSEN, Max. **Manual de Derecho Internacional Público**, 1978, pp. 135-136, DIEZ DE VELASCO, Manuel. **Instituciones de Derecho Internacional Público**, T. II, 1984, p. 96.

4 DE LA LAMA, Miguel. «La Constitución Política de 1979 y los Tratados.» EN: **La Constitución Peruana de 1979 y sus Problemas de Aplicación**, pp. 471-472.

la situación jurídica de la Iglesia Católica en un determinado Estado.

- Compromiso: instrumentos en los que consta la materia, las cuestiones a ser sometidas y las circunstancias de lugar, tiempo, idioma, de un procedimiento arbitral.
- Pacto: acuerdos que revisten una solemnidad especial.
- Arreglo: armisticio, en situaciones de conflicto bélico; entre otros.

En consecuencia el término *tratado* engloba todo acuerdo internacional (incluyendo los llamados convenios ejecutivos o executive agreements del medio anglosajón). Por tanto, este término resultaba siendo el más adecuado para enmarcar el título II; no existiendo razón -como algunos propusieron- para agregar el vocablo «*internacionales*», pues no existen tratados internos; el tratado, es siempre internacional.

Esta postura es compartida por autores como Moncayo, Vinuesa y Gutiérrez quienes señalan:

«... Cualquiera sea su denominación particular -convención, pacto, acuerdo, carta, convenio, declaración, compromiso, protocolo, estatuto, notas reversales, acta, reglamento, etc- en todos los supuestos se define a un mismo negocio jurídico generalmente identificado como Tratado Internacional.»⁵

Sobre lo mismo apunta Hugo LLanos:

«El término «tratado» es el más adecuado para abarcar todos los acuerdos internacionales, sobre los que existe una gran variedad de denominaciones».⁶

Estas diferentes denominaciones a las que alude el profesor chileno se explican entonces por razones formales, pero ello no afecta su naturaleza jurídica ni que dejen de ser entendidos como tratados. Mas aún, la propia Convención de Viena de 1969 sobre Derecho de los Tratados, en su artículo 2, inciso 1, literal a señala con claridad que las características jurídicas del tratado se mantienen «cualquiera sea su denominación particular», codificando de esta forma la postura generalizada que sostiene que: «... la diversidad terminológica es jurídicamente irrelevante».⁷

Por otro lado, tampoco creemos que hubiera resultado conveniente el haber empleado dos términos (Tratados y Acuerdos) a fin de distinguir los tratados de procedimiento complejo de los de procedimiento simplificado. Consideramos que emplear dos términos para definir una misma figura jurídica, podría haber generado confusiones.

5 MONCAYO, Guillermo y otros. *Derecho Internacional Público*, Buenos Aires: Víctor P. de Zavala, T.I, 1981, p. 96.

6 LLANOS MANSILLA, Hugo, *Teoría y Práctica del Derecho Internacional Público*, T.I, p. 63.

7 VERDROSS, Alfred. *Derecho Internacional Público*, Madrid, 1978, p. 129.

En ese ánimo, fue también que el IDEI propuso que el término *tratado* fuese el único empleado en las demás disposiciones de la Constitución, propuesta que fue también recogida por el CCD.

Como se sabe la Constitución de 1979 empleaba en distintos artículos los términos tratados, convenios, acuerdos, etc, generando una absoluta confusión a nivel de derecho interno. Precisamente, para evitar estos problemas se decidió mantener la denominación empleada por la Constitución de 1979, pero esta vez, como término único en todo el texto.

1.2 Sistemática

Por otra parte, debemos hacer un comentario sobre la sistemática empleada en este Título.

El Título II de la actual Constitución dedica sólo 3 artículos (55, 56 y 57) al tema de los tratados, a diferencia de la Constitución de 1979 que contaba con 10. Las razones que explican esta reducción del articulado son diversas, resultando algunas de ellas bastante positivas.

Nos parece así acertado que en este Título de la actual Constitución, hayan sido separados los artículos 108 y 109 de la Constitución de 1979, referidos al tema del asilo y la extradición. No resultaba apropiado -por decir lo menos- incluir bajo este título artículos que hacían alusión a materias diversas a la de los tratados. En este sentido, fue correcto mantenerlos con la misma redacción pero ubicándolos en un capítulo más apropiado, como el de los Derechos Políticos y de los Deberes de la nueva Constitución.

Otra razón por la cual este Título II presenta un número menor de artículos es por la supresión de los artículos 105 y 106 de la Constitución de 1979, referidos a la jerarquía de los tratados de derechos humanos y de integración, respectivamente. Sin embargo, estas omisiones serán materia de posterior análisis en este trabajo. Por ahora, sólo cabe adelantar nuestra opinión favorable respecto a la derogación del artículo 106.

La brevedad del articulado obedece finalmente a una tercera razón, por demás criticable.

Como se sabe, una de las justificaciones del actual gobierno para dictar una nueva Constitución Política era que la anterior presentaba una serie de disposiciones obsoletas y declarativas que no se ajustaban a los nuevos tiempos y que por ende merecían ser derogadas, razón por la cual, el nuevo texto constitucional debía ser mas breve y eficaz.

Como es por todos conocido, al concluir las comisiones del Congreso los trabajos preparatorios de la nueva Constitución, ésta resultó teniendo un número mayor de artículos que la «vetusta» Constitución de 1979. Este «error» debía ser corregido de inmediato ante un posible cuestionamiento de la opinión pública, por lo cual, se decidió eliminar casi un centenar de artículos en una semana. Esto llevó a que algunas disposiciones constitucionales fueran suprimidas definitivamente y que otras fueran fundidas entre sí, a fin de arrojar como resultado final 206 artículos, esto es, 101 artículos menos que la Constitución de 1979.

Esta fusión de artículos puede pues apreciarse claramente en el artículo 57, cuyo primer párrafo, referido al procedimiento de celebración de los tratados simplificados, fue fusionado abruptamente con otros dos que debieron merecer un articulado propio. Nos referimos al caso de denuncia de los tratados y al de una posible suscripción de un tratado que afecte disposiciones constitucionales. Las materias reguladas por estos dos párrafos nada tenían que ver con la primera. Su regulación común, por tanto, sólo encuentra explicación en los absurdos intereses políticos ya precisados.

2. ARTICULADO

Luego de analizar los aspectos generales del Capítulo II, Título II de la actual Constitución, resulta pertinente pasar al estudio del articulado.

Artículo 55: «Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional».

El artículo 55 de la actual Constitución teniendo como base la propuesta del IDEI antes mencionada, corrige el error que contenía el artículo 101 de la Constitución de 1979. En ésta se limitaba el concepto de *tratado* a los acuerdos internacionales suscritos con otros Estados, excluyendo así a otros sujetos de Derecho Internacional como las Organizaciones Internacionales.

En efecto, al señalar el artículo 101 de la Constitución derogada: «Los tratados internacionales celebrados por el Perú **con otros Estados**, forman parte del derecho nacional», establecía un concepto de tratado muy limitado e inactual, pues los únicos que defienden un concepto de *tratado* limitado a los que se celebran entre Estados, son los autores clásicos y soviéticos hoy totalmente superados.

Así, el juez italiano Anzilotti manifestaba en su tiempo:

«... acto jurídico internacional es el acuerdo de voluntades de dos o más Estados a los que el Derecho Internacional atribuye efectos determinados».⁸

Por su parte, la Academia de Ciencias de la URSS señalaba:

«Las Organizaciones Internacionales, con independencia de la extensión de sus poderes, tienen a veces cierto parecido con un sujeto de Derecho Internacional, no obstante lo cual no pueden equipararse a los Estados que las crearon, en la medida en que los derechos de un Estado y aquellos que son específicos de una Organización Internacional son cualitativamente diferentes, tanto por su origen como por su naturaleza.» De lo cual concluían que «los Estados eran los únicos sujetos capaces de celebrar un tratado internacional».⁹

Como es sabido, hoy en día, ya nadie discute la existencia de una pluralidad de sujetos de Derecho Internacional, como son los Estados, las Organizaciones Internacionales,

8 Citado por LLANOS MANSILLA, Hugo. *Ob. Cit.*, p 59.

9 ACADEMIA DE CIENCIAS DE LA URSS. INSTITUTO DE ESTADO Y DERECHO. *Derecho Internacional Público*, (Y. A. Korovin: director), México D.F., 1963, p. 93.

los Individuos, los Grupos Beligerantes y los Movimientos de Liberación Nacional; al margen de otros cuya subjetividad se discute, como es el caso de las empresas transnacionales.

Muchos de estos sujetos poseen capacidad para celebrar tratados (*ius tractandi*), por lo cual haber mantenido la fórmula cerrada del 79 hubiera sido contraproducente. Más aún, como bien afirma el Proyecto del IDEI:

«Nada obsta para que en el futuro cercano estos entes logren el pleno reconocimiento por parte de la Comunidad Internacional, en cuyo caso, una fórmula restringida podría (haber quedado) fácilmente obsoleta en un plazo breve».¹⁰

Por otro lado, si bien es cierto la Convención de Viena de 1969 establece un concepto limitado de *tratado* -pues sólo regula los tratados celebrados entre Estados- esta restricción no tiene como base la doctrina de los publicistas, sino razones de orden práctico.

En su proyecto, la propia Comisión de Derecho Internacional no excluyó -en principio- los acuerdos suscritos con Organizaciones Internacionales u otros sujetos de Derecho Internacional. Lo hizo después, para evitar complicaciones y retrasos que supondrían regular todos los casos posibles de celebración de tratados. Esta, fue la única razón. Prueba de ello es que en 1986, la Comisión de Derecho Internacional elaboraría la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados celebrados entre Estados y Organizaciones Internacionales y entre Organizaciones Internacionales entre sí.

En consecuencia, la fórmula empleada por el artículo 55 resulta ser la más adecuada, pues al hablar de «tratados celebrados por el Estado», incluye a todos.

Cabría preguntarse qué hubiera pasado si esta modificación no era contemplada. ¿Qué categoría asignar entonces a los acuerdos suscritos por el Perú con una Organización Internacional? ¿Cómo calificarlos según el derecho interno peruano? La nueva redacción del artículo 55 no deja lugar a dudas.

Sin embargo, pese a este acierto, la nueva fórmula contenida en el artículo 55 cae paralelamente en una omisión grave, al no establecer un criterio de solución en caso de conflicto entre un tratado y una ley interna peruana, como sí lo previó la Constitución derogada.

En efecto, la Constitución de 1979 en su artículo 101 adoptó una fórmula claramente monista, estipulando que «en caso de conflicto entre el tratado y la ley, prevalecía el primero».

De esta forma, las leyes internas que tenían normas que se hallaban en contradicción con las disposiciones de un tratado, dejaban de aplicarse en favor de éste y, por otro lado, las leyes aprobadas con posterioridad a la entrada en vigencia de un tratado, tampoco podían tener efectos jurídicos que pudieran impedir la aplicación del instrumento internacional.¹¹

10 PROYECTO IDEI RELATIVO A LA MODIFICACION DEL CAPITULO RELATIVO A TRATADOS DE LA CONSTITUCION DE 1979.

11 FERNANDEZ MALDONADO, Guillermo. *Ob.Cit.*, p 353.

En consecuencia, la norma del artículo 101 -cuya repetición textual fue propuesta por el Proyecto del IDEI- no afirmaba que el tratado tuviera un rango superior a la ley. Muy por el contrario, la doctrina nacional, en forma unánime, entendía los tratados como leyes.¹² Lo que se establecía era algo distinto, es decir, que en caso de colisión, se opte por el tratado. Es así que el tratado no derogaba los preceptos de una ley que le eran opuestos; únicamente los dejaba inaplicables o en suspenso mientras el tratado estuviera vigente para el Perú.

En este caso, se trataba de una relación horizontal y no vertical como la jerárquica, razón por la que sus efectos no eran derogatorios sino de inaplicabilidad.¹³

La actual Constitución si bien no deja dudas respecto al rango normativo de los tratados, al otorgarle el artículo 200 jerarquía de ley, nada dice respecto a un posible caso de colisión. Esta omisión resulta particularmente grave pues nos coloca ante una situación de indefinición de presentarse este supuesto de hecho.

Pero ¿Cuáles fueron las poderosas razones que impulsaron a nuestros legisladores a suprimir esta fórmula? Las razones parecen ser de lo mas insólitas.

Se sabe que el congresista Enrique Chirinos Soto propuso al interior de la Comisión de Relaciones Exteriores que se consagrara la primacía del tratado sobre la ley, pero «bajo reserva de que el mismo principio fuera aceptado por la otra o las otras partes contratantes».

Propuesta semejante, fue objeto de consulta al IDEI por intermedio del Presidente de la Comisión de Relaciones Exteriores del CCD, Ingeniero Víctor Joy Way, institución que de inmediato manifestó su parecer en contrario.¹⁴

La primacía del Derecho Internacional sobre el Derecho interno ha sido defendida por los tribunales internacionales en diversas ocasiones así como por la mayoría de los publicistas.

En cuanto a la jurisprudencia internacional, tanto arbitral como judicial, son diversos los fallos que confirman esta primacía. Así tenemos:¹⁵

- * Sentencia Arbitral en el Asunto Montijo (26/julio/1875);
- * Sentencia Arbitral en el Asunto G. Pinson (19/Oct/1928);
- * Sentencia de la C.P.J.I en el Asunto de las Zonas Francas de la Alta Saboya y del País del Gex, entre Francia y Suiza, donde se señaló:

12 Véase la postura de RUBIO/BERNALES. *Constitución y Sociedad Política*, 1988, p. 270-271 y 283; DE LA LAMA, Miguel. *Ob. Cit*; CHIRINOS SOTO, Enrique. *La Constitución al Alcance de Todos*, 1984, p. 114.

13 FERNANDEZ MALDONADO, Guillermo. *Ob. cit*, p. 354.

14 Ver carta dirigida al Ing. Víctor Joy Way fechada el día 12 de julio de 1994.

15 CORTE PERMANENTE DE JUSTICIA INTERNACIONAL. A/B, N° 46, 1932, p.167; A/B, N°44, 1932, p.24; A/B, N°53, p. 75; B, N°17, p.32; B, N°10, p.20.

«Francia no puede prevalerse de su legislación para limitar el alcance de sus obligaciones internacionales»;

* Sentencia de la C.P.J.I en el Asunto de los Súbditos Polacos en el Dantzig, donde se dijo:

«Un Estado no puede invocar respecto a otro Estado su propia Constitución para sustraerse a las obligaciones que le imponen el Derecho Internacional o los Tratados en vigor»;

* Sentencia de la CPJI en el Asunto de los Intereses Alemanes en la Alta Silesia Polaca, donde se expresó:

«... para el Derecho Internacional y para la Corte que es el organo de éste, las leyes nacionales son simples hechos, manifestaciones de la voluntad y de la actividad del Estado, al igual que las decisiones judiciales o las medidas administrativas»;

* Sentencia de la CPJI en el Asunto de la Factoría de Chorzow, que señaló:

«Es el Derecho Internacional y no el Derecho interno de los Estados el que da las pautas a través de las cuales se determina la licitud de las conductas de éstos»;

* Sentencia de la CPJI en el Asunto Groenlandia, donde incluso el tribunal llegó a declarar inválido un acto de Estado contrario al Derecho Internacional;

* Sentencia de la Comisión de Conciliación Italo-Estadounidense (24/setiembre/1956) en el Asunto Treves vs República Italiana; entre otros.

A nivel de doctrina de los publicistas, el profesor Adolfo Miaja de la Muela evidencia la necesidad de esta supremacía al señalar:

«No se concibe un Derecho Internacional merecedor de este nombre, si no se afirma superior al Derecho dictado por los Estados, destinatarios de las normas de aquél». ¹⁶

Asimismo, las constituciones más modernas de Europa Occidental, establecen la supremacía de los tratados internacionales sobre las leyes internas.

El artículo 93 de la Constitución holandesa admite así que un tratado aprobado en el Parlamento por mayoría de dos tercios pueda derogar disposiciones constitucionales, estableciendo además que, en todo caso, los tratados publicados prevalecen sobre las leyes anteriores y posteriores. ¹⁷

En este mismo sentido se pronuncia la Constitución francesa del 27 de Octubre de 1946 (artículo 26) y la de 1958 (artículo 55). Más aún, el anteproyecto de la Constitución

16 MIAJA DE LA MUELA, Adolfo. «La primacía sobre los ordenamientos jurídicos internos del Derecho Internacional y del Derecho Comunitario Europeo». EN: *Revista de Instituciones Europeas*, Vol. 1 a 3, agosto-diciembre, 1974, p. 1001 y ss. Citado por FERNANDEZ MALDONADO, Guillermo. *Ibid.*

17 CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio. *Curso de Derecho Internacional Público*, 1992, pp.152-155.

española contenía una disposición según la cual los tratados tenían una jerarquía superior a la de las leyes, pero algunos autores, en especial, especialistas en Derecho Administrativo manifestaron su oposición, conforme a los antecedentes de la Constitución de 1931 y la jurisprudencia española, lo que llevó a la supresión de tal disposición en el texto final. Esto mereció un rechazo por parte de los publicistas españoles, señalando Carrillo Salcedo que «estos argumentos **excesivamente nacionalistas lamentablemente fueron acogidos.**»¹⁸

En la misma línea, el Tribunal de Casación belga sostuvo en su sentencia de 27 de Mayo de 1971, una clara afirmación de la primacía del Derecho Internacional convencional sobre el Derecho interno, al señalar que:

«En el caso de conflicto entre una norma de Derecho interno y una norma de Derecho Internacional con efectos jurídicos directos en el orden interno, la norma prevista en el Tratado debe prevalecer, pues su primacía deriva de la naturaleza misma del Derecho Internacional convencional.»¹⁹

En Inglaterra, los tribunales ingleses tampoco ponen en duda la primacía de los tratados internacionales sobre las leyes inglesas; en reiteradas oportunidades han confirmado la prevalencia de los primeros sobre los últimos.

Esta primacía se ve finalmente reflejada en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969, donde claramente se establece como principio que un «Estado no podrá alegar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado». Estamos aquí en palabras de Sánchez Rodríguez, en presencia del principio general de prevalencia de las normas contenidas en los tratados sobre las normas propias del ordenamiento interno de los Estados obligados por aquéllos.»²⁰

El texto del mencionado artículo 27, elaborado por la Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas, recibió -es cierto- algunas propuestas de enmienda como la de Venezuela para invertir la regla, más estas propuestas fueron rechazadas. El principio consagrado por este artículo se consideró tan obvio que fue aprobado sin oposición de ningún Estado.

En consecuencia, «ningún Estado puede sustraerse a una obligación jurídica internacional invocando su contradicción con el derecho interno.»²¹ Este enunciado, señalan Ernesto De la Guardia y Marcelo Delpech, hace el fundamento mismo del Derecho Internacional.

Por tanto, una propuesta tendiente a limitar o condicionar esta primacía no sólo resultaba contraria a la tendencia internacional predominante sino que resultaba impracticable.

18 CARRILLO, Juan Antonio. *Ob. Cit.* p.158.

19 *Ibid.*

20 Citado por FERNANDEZ MALDONADO, Guillermo. *Ob. Cit.* p. 369.

21 VERDROSS, Alfred. *Derecho Internacional Público*, Barcelona, p.66.

La norma internacional siempre prima en caso de conflicto sobre el derecho interno de un Estado, independientemente de la voluntad de éste y de lo que establezca una disposición constitucional. Si la norma hubiera recogido la propuesta de la reciprocidad, hubiera conducido finalmente a la Responsabilidad Internacional del Estado peruano, si este dejaba de cumplir un tratado so pretexto de que la otra parte contratante también lo hacía.

La propuesta del Dr. Chirinos Soto que tuvo como base una disposición similar de la Constitución francesa del año 58; resultaba por decir lo menos peligrosa.

Por último, no es posible condicionar el comportamiento interno o internacional de un Estado al comportamiento de otros. Esto resulta tan infantil como afirmar que «yo me portaré bien, si los demás también lo hacen».

Incluso, esta propuesta se torna más absurda si el tratado del que hablamos fuera uno de carácter multilateral.

Así, finalmente fue entendida la propuesta por un sector de la Comisión del CCD. Pero, lamentablemente, otro sector se mantuvo en su posición, decidiéndose como «fórmula de transacción» que lo más conveniente era suprimir el párrafo.

Con esto, se introduce una gran incertidumbre a nivel del derecho interno peruano sobre cómo solucionar una futura colisión entre dos normas de igual rango. Máxime cuando existen ordenamientos jurídicos internos que equiparan los acuerdos internacionales a una ley, con lo cual, se entiende, un tratado puede ser modificado por una ley posterior y viceversa.

En la Ley Fundamental de Alemania, por ejemplo, los tratados tienen el valor jurídico de una ley federal pero no un rango superior, con lo cual, una ley posterior podría modificar e incluso derogar un tratado. Lo mismo acontece en los Estados Unidos de América y en Austria.

Las Constituciones de los ex-Estados Socialistas, por el contrario, raramente contienen una disposición referente a la incorporación de los tratados en el derecho interno; en estos Estados no se admite que los tratados sean fuente del derecho interno. Las estipulaciones de un tratado tienen que ser nuevamente redactadas en una ley para que sean obligatorias.

La Constitución de Polonia es una excepción a esto, en cuanto dispone que los tratados constituyen una fuente de derecho interno, aunque no del mismo valor que la legislación.

Entonces, a simple vista, nuestro sistema se adscribiría al mismo sistema imperante en Alemania, Austria y Estados Unidos. Como señala Michael Virally, en aquellos sistemas donde se equipara el tratado a una ley (que es el caso de nuestro sistema), un tratado nuevo prevalece sobre una ley anterior y de igual manera una nueva ley prevalece sobre un tratado anterior, salvo (claro está), que exista una disposición en contrario.²²

22 VIRALLY, Michael. Citado por SORENSEN, Max. *Derecho Internacional Público*, p. 194.

Precisamente, esta disposición en contrario que contenía el artículo 105 de la Constitución de 1979 es la misma norma que fue erróneamente derogada.

Por desconocimiento e ignorancia se incurrió en este grave error que lamentablemente, no podrá ser subsanado más que con una siempre compleja reforma constitucional.

Artículo 56: «Los tratados deben ser aprobados por el Congreso antes de su ratificación por el Presidente de la República, siempre que versen sobre las siguientes materias:

1.- Derechos Humanos

2.- Soberanía, dominio e integridad del Estado

3.- Defensa Nacional

4.- Obligaciones financieras del Estado.

También deben ser aprobados por el Congreso los tratados que creen, modifican o suprimen tributos; y los que exigen modificación o derogatoria de alguna ley y los que requieran medidas legislativas para su ejecución».

El artículo 56 de la nueva Constitución Política del Perú, regula en gran parte el procedimiento interno de celebración de los tratados, tomando la propuesta formulada por el IDEI.

Este artículo concordado con el primer párrafo del artículo 57 realiza una clara distinción a través de una «lista positiva» entre los denominados *acuerdos simplificados* (o convenios ejecutivos) y los *acuerdos complejos* (o solemnes), atendiendo al procedimiento de conclusión de los mismos. Así, los primeros, serían potestativos del Presidente de la República, es decir, celebrados a sola firma. Los segundos, por la importancia de las materias que regulan, requerirían de un control parlamentario previo.

La necesidad de esta distinción y de establecer dos procedimientos de celebración según la materia, data de muy antiguo.

Locke, Rousseau y Tocqueville reconocían en su tiempo que la acción exterior del Estado precisaba de mayor libertad y flexibilidad para el Poder Ejecutivo, por lo que el Parlamento, debido al número de representantes, su inestabilidad y heterogeneidad, además de su tradicional lentitud, debía abstenerse de participar salvo en aspectos puntuales y de importancia sustantiva.²³

Precisamente la actual Constitución busca dejar clara esta distinción.

El sistema de «lista positiva», plasmado en el artículo 94 (1) de la Constitución española; 53 de la Constitución francesa; 80 de la Constitución italiana; 59 (2) de la Ley Fun-

23 FERNANDEZ MALDONADO, Guillermo. *Ob. Cit.*, p. 344.

damental de Bonn; entre otros, delimita claramente las competencias y elimina así los problemas que existían en la Constitución de 1979 para diferenciar los tratados que requerían la aprobación previa del Congreso de los que podían ser aprobados y/o ratificados sin este requisito.

En efecto, la Constitución del 79 establecía en su artículo 102 que los tratados debían ser aprobados por el Congreso antes de su ratificación por el Presidente de la República; mientras el artículo 104 señalaba que el Presidente podía celebrar y ratificar tratados, sin la previa aprobación del Congreso «en materias de su exclusiva competencia.»

La referencia a «materias de exclusiva competencia» originó una serie de problemas, tal como ocurrió cuando el Poder Ejecutivo celebró a sola firma los denominados Convenios Pesqueros con la Unión Soviética en 1988 o cuando se suscribió el conocido Convenio Antidrogas en 1991.

La fórmula de «lista negativa» utilizada por la Constitución de 1979 era pues muy ambigua y trajo algunos problemas de interpretación. Así surgió un gran debate para determinar los criterios que debían tenerse en cuenta para distinguir las materias sobre las cuales el Presidente podía celebrar tratados en vía simplificada, sin requerir la aprobación del Congreso.

En este sentido, el Dr. Guillermo Fernández Maldonado encontró que la Constitución de 1979 señalaba las competencias exclusivas del Presidente en forma dispersa y poco clara. Más aún, comprobó que dichas materias no eran del todo exclusivas del Presidente, entrando también dentro del campo de acción del Congreso. Como ejemplo citaba el caso de la potestad reglamentaria, como atributo del Poder Ejecutivo (artículo 211, inciso 11) pero cuya regulación correspondía al Parlamento.²⁴

Para Miguel De la Lama la fórmula «materias de exclusiva competencia» implicaba mas bien los acuerdos meramente ejecutivos, administrativos y reglamentarios; que no modificaran la legislación nacional ni exigieran leyes complementarias para su ejecución.

Al parecer, el constituyente juzgó que con esta fórmula no podría generarse un conflicto normativo, pues tanto el Presidente de la República como el Parlamento actuarían dentro de materias reservadas. Sin embargo, se equivocó.

La lista positiva del actual texto constitucional, elimina estas dudas o al menos las atenúa.

Por otro lado, el artículo 56 elimina la palabra «puede» empleada por el artículo 104 de la Constitución de 1979, para evitar más confusiones. Como se sabe, este artículo establecía una atribución facultativa, al señalar:

«El Presidente de la República **puede**, sobre materias de exclusiva competencia, celebrar o ratificar convenios internacionales ...»; con lo cual, el Presidente podía elegir la

24 *Ibid.*, pp. 348-349.

vía simplificada o compleja según su parecer. Se entendía que el Presidente podía desechar la vía del 104, optando por el procedimiento solemne del artículo 102.

Esta ambigüedad se elimina en el artículo 56 del actual texto normativo.

En este punto cabría recordar que la aprobación previa del Congreso tiene por objeto comprobar la compatibilidad y concordancia del tratado con los compromisos internacionales contraídos con anterioridad por el País y con la legislación interna del Estado. Asimismo que dicha aprobación se da a través de Resoluciones Legislativas, las que se numeran correlativamente a las leyes.

Sobre la naturaleza jurídica de éstas existió gran polémica. Algunos, como Miguel De la Lama, pese a la indicada numeración correlativa, entendían que no eran leyes, sino actos administrativos del Congreso.²⁵ Otros consideraban que si bien éstas no recibían la formalidad de la promulgación, característica de las leyes, ni estaban sujetas a los mismos procedimientos parlamentarios para su adopción; debía entenderse que la aprobación del Congreso era lo que brindaba legitimidad a los tratados para que pudieran imponerse a las leyes en caso de colisión normativa, debiendo entenderse en este sentido que tales Resoluciones eran en realidad leyes.

En este punto, la actual Constitución descarta definitivamente la posibilidad de entender las Resoluciones Legislativas como leyes, al no incluir a éstas en la lista de normas que atribuye rango de ley (artículo 200).

Por su parte, la ratificación efectuada por el Presidente de la República, mediante Resolución Suprema, da fuerza de ley al tratado: es el acto de conversión o de transformación por el cual las normas de derecho internacional convencional consignadas en el tratado, pasan a ser parte del ordenamiento jurídico interno del país.²⁶

Precisados pues, estos conceptos, hagamos un breve comentario sobre cada uno de los incisos regulados en el artículo 56.

a) **Derechos Humanos.**

Con respecto a este primer literal cabe indicar que la condición jurídica de *ius cogens* de las normas sobre derechos humanos, hacían necesario un tratamiento preferencial de los mismos en el derecho interno, estableciendo un procedimiento de aprobación riguroso, donde el Congreso ejerciera un control previo.

Esta norma tenía además como antecedente la Constitución española de 1978 que contiene una disposición similar así como la práctica peruana sobre la materia, que siempre ha sometido la aprobación de tratados sobre Derechos Humanos a la previa aprobación del Congreso.²⁷

25 DE LA LAMA, Miguel. *Ob. Cit.*, p. 477.

26 *Ibid.*, p. 478.

27 Así, entre los años 1980 y 1990 encontramos que el Congreso peruano aprobó los siguientes tratados: Eliminación de Discriminación contra la Mujer; Estatuto de Refugiados; Convención contra el Apartheid en

b) Soberanía, Dominio o Integridad del Estado.

Teniendo nuevamente como base la Constitución española, la actual Constitución peruana establece también la necesidad de que aquellos tratados que versen sobre aspectos que afecten la soberanía, el dominio o la integridad territorial del Estado deban necesariamente pasar por la aprobación del Congreso, antes de su ratificación por el Presidente de la República.

La Soberanía es, como sabemos, la potestad jurídica de un Estado para decidir libremente sus asuntos internos (autonomía) y externos (independencia). El dominio es el derecho en virtud del cual las cosas se encuentran sometidas a la acción y voluntad del Estado. Este derecho se ejerce sobre bienes muebles (navíos y otros elementos de transporte, etc.) y sobre inmuebles (el territorio en sus diversos aspectos).²⁸ Finalmente, la integridad se refiere al elemento territorial del Estado como representación real de éste.

Todo ello nos lleva a concluir que son tratados comprendidos en este acápite: los tratados de paz; tratados de límites; tratados de establecimiento de relaciones diplomáticas y consulares; los constitutivos de Organizaciones Internacionales; los de solución pacífica de controversias; los tratados de integración; sobre recursos naturales y medio ambiente; entre otros. La práctica peruana confirma además que tratados que han versado sobre estas materias han pasado por la previa aprobación del Congreso.²⁹

Por otro lado, la Constitución complementa ésta norma al establecer que el Congreso también deberá prestar su consentimiento para el ingreso de tropas extranjeras en el territorio de la República (artículo 102, inc. 8); para la declaración de guerra y firma de la paz (artículo 118, inc. 16).

c) Defensa Nacional

La defensa nacional suele ser entendida como la facultad del Estado de asegurar su integridad por la vía convencional o armada. La defensa armada puede revestir forma activa o pasiva. Por la primera, el Estado actúa contra quien intente desmembrarlo, intervenirlo o afectar en alguna forma su territorio. Por la segunda, se adoptan precauciones ante un posible conflicto armado, como son: tener un ejército permanente y una organización de reserva; instruir a sus ciudadanos para la defensa nacional mediante el servicio militar; construir fortificaciones y vías estratégicas; almacenar pertrechos y municiones; u organizando, en fin, todo sistema técnico y económico que le permita poner en acción sus fuerzas y su espíritu en el momento del peligro.³⁰

En este sentido, podemos enmarcar dentro de esta categoría los tratados de seguridad

los Deportes; Prevenir y Sancionar Actos de Terrorismo; Restitución Internacional de Menores; Migraciones; Contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes; Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra de 1949; entre otros. Véase la tesis de GRANDA, Ana María. **Acuerdos Simplificados en la Constitución Política del Perú en Materia de Exclusiva Competencia del Presidente de la República**. Tesis para optar el Título de Abogado, Facultad de Derecho, PUCP, Lima, 1992.

28 RUIZ MORENO, Isidoro. Citado en **ENCICLOPEDIA JURIDICA OMEBA**, Buenos Aires, T.IX, p. 405.

29 Véase GRANDA, Ana María. **Ob. Cit.** Anexo Nro. 2, pp. 430 y ss.

30 ULLOA SOTOMAYOR, Alberto. **Derecho Internacional Público**.

colectiva; los tratados de alianza defensiva, los de no agresión o neutralidad; y los que establezcan Organizaciones Internacionales de Cooperación Militar.

d) Obligaciones Financieras del Estado

El artículo 102, incisos 4 y 5 del nuevo texto constitucional entiende como atribuciones del Congreso el aprobar el Presupuesto y la Cuenta General de la República, así como el **autorizar empréstitos**, conforme a la Constitución. Por su parte, el artículo 56 del mismo texto normativo obliga a que aquellos tratados que impliquen una obligación financiera del Estado, sean aprobados por el Congreso antes de la ratificación presidencial.

En este sentido, debe entenderse como comprendidos en esta categoría todos aquellos tratados que versen sobre operaciones de endeudamiento interno y externo del Estado.

Sin embargo, creemos que el término empleado por el artículo 56 literal d de la Constitución resulta demasiado amplio, pudiendo significar un obstáculo para la obtención de créditos en el futuro. Incluso, en nuestra práctica interna, muchos tratados sobre esta materia han sido celebrados por la vía simplificada. Es el caso del crédito por 300 millones de dólares otorgado por el gobierno argentino al Perú aprobado por cambio de notas el 4 de setiembre de 1981 y el préstamo del gobierno de Canadá al Perú para el desarrollo de un proyecto industrial forestal, firmado el 10 de noviembre del mismo año, sólo por citar dos ejemplos.³¹

En virtud de ello, el reglamento que sobre la materia se elabore deberá tomar en cuenta la amplitud de esta fórmula, a fin de restringirla o limitarla a aquellos casos en los cuales resulte estrictamente necesaria.

e) Tratados que crean, modifican o extinguen tributos.

Este inciso encuentra su explicación en el artículo 74 de la nueva Constitución, ubicado en el capítulo IV sobre «Régimen Tributario y Presupuestal» donde se señala que: «los tributos se crean, modifican o derogan,... exclusivamente por ley...».

Lógico resulta entonces que cualquier tratado sobre la materia requiera también la aprobación previa del Congreso, ya que éste es el órgano a quien la Constitución reserva tal competencia.

f) Tratados que exijan modificación o derogación de alguna ley y los que requieran medidas legislativas para su ejecución.

Al igual que el caso anterior, en este caso nos encontramos ante facultades propias del Poder Legislativo. Así, el artículo 102 inciso 1 de la nueva Constitución establece como atribución del Congreso: «Dar leyes y resoluciones legislativas, así como interpretar, modificar o derogar los existentes».

31 Otros ejemplos, ver los números 26, 28 y 47 del anexo Nro. 3 y los números 23, 25, 41, 43, 47 y 48 del anexo Nro. 4. En GRANDA, Ana María. *Ob.Cit.*, pp. 440 y ss.

La aprobación del Congreso se hace entonces necesaria en la medida que debe existir coordinación entre las normas internas que aprueba el Congreso y los tratados internacionales que impliquen la modificación o derogación de tales normas.

De igual forma, se torna imperativo que tratados que exijan medidas legislativas para su ejecución, sean aprobados por el Congreso, en la medida que este órgano deberá ser quien legislará internamente para implementar el tratado.

En esta categoría están comprendidos los convenios OIT que muchas veces implican la interpretación, modificación e incluso la derogación de medidas legislativas. Sobre este tema existe además una práctica nacional muy basta.³²

Sin embargo, no encontramos ninguna justificación razonable, del por qué esta norma -al igual que la anterior- no mereció un literal aparte como el resto.

Artículo 57 (primer párrafo): **«El Presidente de la República puede celebrar o ratificar tratados o adherir a éstos sin el requisito de la aprobación previa del Congreso en materias no contempladas en el artículo precedente. En todos esos casos, debe dar cuenta al Congreso».**

La norma en cuestión, consagra el proceso de celebración de los tratados simplificados. Estos acuerdos son celebrados y concluidos directa y únicamente por el Poder Ejecutivo. Generalmente se celebran por canje de notas, minuta aprobada, memorándum de entendimiento, etc. En nuestro país suelen ratificarse por el Presidente de la República mediante Resolución Suprema, siendo cada vez mayor el número de tratados concertados en virtud de este procedimiento ágil y menos formal.

Sobre los términos «celebrar», «ratificar», o «adherir» cabe precisar lo siguiente:

Cuando el Presidente **celebra** tratados, éstos surten efectos jurídicos en la fecha de la suscripción. El Presidente **ratifica** un tratado, cuando luego de reexaminar los efectos generales del mismo sobre los intereses nacionales, decide finalmente asumir las obligaciones y derechos allí consagrados. Y finalmente, el Presidente se **adhiera** a un tratado, cuando el Estado no ha participado en la etapa de formación del mismo pero quiere incorporarse a él posteriormente.

Este artículo se complementa entonces con la norma prevista en el artículo 56, al señalar que los tratados que no requieren aprobación previa del Congreso son aquellos no previstos en el artículo anterior. Pero, ¿cuáles pueden ser estas materias? Por ejemplo, aquellos que versen sobre materias administrativas (visas, tránsito de personas, etc.), comerciales, de promoción, de cooperación, técnicos, donaciones, entre otros.

32 Así de 1980 a 1990 fueron aprobados por el Congreso Convenios OIT; sobre Propiedad Intelectual; derechos de autor; protección de obras literarias; comercio; telecomunicaciones; transporte; etc. Véase GRANDA, Ana María. *Ob.Cit.* p.284.

Artículo 57 (segundo párrafo): «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».

Este artículo tiene exactamente el mismo contenido que el artículo 103 de la Constitución de 1979, y está referido al supuesto de un conflicto entre una estipulación de un tratado y una norma constitucional.³³ Sobre este tema, señala Miguel de La Lama, las posturas en el derecho constitucional comparado se pueden agrupar en tres vías:³⁴

1. Una primera postura otorga primacía al tratado sobre la Constitución. Es el caso de la Constitución del Reino de los Países Bajos, cuyo artículo 63 establece:

«Si el desarrollo del orden legal internacional lo requiere, el contenido de un tratado puede apartarse de ciertas disposiciones de la Constitución.»

En este caso, el tratado se aprueba automáticamente sin ser necesario ningún procedimiento especial.

2. Una segunda postura otorga primacía a la Constitución sobre el tratado, prohibiéndose expresamente la aprobación de un tratado contrario a una norma constitucional. Esta es la opción más difundida y es el caso del artículo 65 de la Constitución de la República del Ecuador.

3. Por último, una tercera postura permite la aprobación de un tratado que contenga una cláusula contraria a la Constitución pero previa reforma de ésta. Al igual que en el caso anterior, el tratado que colisiona con el texto constitucional no puede ingresar en el derecho interno, pero, en cambio, establece la vía para remover el obstáculo que significa esta colisión normativa, es decir, la reforma constitucional.

Este es el caso del artículo 95 de la Constitución española y 54 de la Constitución francesa que establece que cuando un compromiso internacional contenga una cláusula contraria a la Constitución, la autorización de ratificarlo no podrá producirse sino después de la reforma de la Constitución.

El modelo peruano por su parte, no sigue ninguno de los tres sistemas mencionados. Al igual que la Constitución derogada adopta una postura novedosa. Así, para que se apruebe un tratado en conflicto con una norma constitucional, sólo se requiere la aprobación de dicho acuerdo utilizando el procedimiento que está previsto para la reforma constitucional.³⁵ Es similar por ende a la tercera postura antes señalada, pero sin existir la reforma constitucional.

33 Se cita como ejemplo la Convención del Mar de 1982, al reconocer a los Estados ribereños soberanía sobre el espacio aéreo que cubre el mar territorial de doce millas marinas, afectando la disposición constitucional contenida en el artículo 54 de la Constitución Política, que establece que el Estado ejerce soberanía y jurisdicción sobre el espacio aéreo que cubre su territorio y mar adyacente hasta el límite de las 200 millas.

34 DE LA LAMA, Miguel. *Ob.Cit.*, p.487.

35 En otras palabras, aprobada por mayoría absoluta de los miembros del Congreso y ratificada a través de un referéndum. Se señala, asimismo, que puede obviarse el referéndum cuando la nueva norma que trae aparejada el tratado se aprueba en dos legislaturas ordinarias sucesivas y por mayoría calificada superior a los dos tercios de los miembros del Congreso. (artículo 206).

En este sentido, la norma constitucional sigue rigiendo fuera del ámbito de aplicación del tratado y recupera su plena vigencia en caso de que éste fuese objeto de una denuncia o terminara. En consecuencia, la sustitución de la norma constitucional por la norma del tratado sólo se verifica sobre el campo de aplicación del mismo. En todos los demás casos la Constitución mantiene plena vigencia.

La postura adoptada por la actual Constitución presenta consecuentemente algunas ventajas:

1. En caso de denuncia o expiración del plazo del tratado, la plena entrada en vigor de la norma constitucional es automática. No es necesario volver a incorporar la norma constitucional al sistema jurídico.
2. Podría darse el caso -de adoptar la tercera postura- que se reforme la Constitución y el tratado no entre en vigor (por ejemplo, por faltar un número de ratificaciones determinadas), en cuyo caso, se presentaría un vacío legislativo que no se configuraría con la fórmula adoptada.

En consecuencia, la norma contenida en el artículo 57 párrafo 2, que repite casi textualmente la contenida en el artículo 103 de la Constitución derogada, resulta acertada, debiendo destacarse que el IDEI se pronunció en este mismo sentido.

Artículo 57 (tercer párrafo): **«La denuncia de los tratados es Potestad del Presidente de la República, con cargo de dar cuenta al Congreso. En el caso de los tratados sujetos a aprobación del Congreso, la denuncia requiere aprobación previa de éste».**

Esta norma recoge la propuesta del IDEI, aunque con variaciones y matices en la redacción.

Aquí se prevén dos formas o modalidades de denuncia, según si el tratado fue o no celebrado con autorización del Congreso. Con ello, se busca facilitar la denuncia de los llamados tratados ejecutivos y/o simplificados, y por el contrario establecer una mayor seguridad en la denuncia de un tratado complejo o solemne.

Asimismo se incorpora la necesidad de dar cuenta al Congreso en caso de denuncia de un tratado ejecutivo, con lo cual se busca un control parlamentario ex-post, que desaliente una denuncia precipitada.

El artículo finalmente corrige una redacción ambigua, que podía dar lugar a interpretaciones erradas.

Efectivamente, el artículo 107 de la Constitución derogada establecía: «la denuncia de los tratados es potestad del Presidente de la República, con aprobación del Congreso». Así tal como estaba redactada la norma, podía dar a entender que el artículo no exigía que la aprobación parlamentaria de la denuncia fuera previa a ésta ³⁶ lo cual, si bien no traía

36 BELAUNDE MOREYRA, Antonio «La Constitución Peruana de 1979 y el Derecho Internacional». EN: *Revista Peruana de Derecho Internacional*, 1982, T XXXIV, p. 41-45.

dudas en el campo del Derecho Internacional (en tanto la denuncia una vez producida es un hecho consumado) si las traía en el ámbito interno, pues la norma resultaba siendo absurda.

Con el propósito de evitar tales consecuencias, el IDEI propuso incluir la palabra «previa» lo cual no dejaría lugar a dudas. El CCD con buen criterio, acogió la propuesta.

3. ASPECTOS NO REGULADOS

Tal como lo señaláramos en el punto 1 de este trabajo, la Constitución de 1993 ha suprimido los artículos 105 y 106 de la Constitución de 1979, referidos a la jerarquía de los tratados de Derechos Humanos y de Integración, respectivamente. Ambas omisiones merecen un comentario detenido, a fin de establecer si significaron un avance o más bien un retroceso en nuestro desarrollo constitucional.

3.1 Tratados relativos a normas sobre Derechos Humanos

Un primer aspecto no contemplado en la actual Constitución es el referido al rango de las normas contenidas en tratados sobre Derechos Humanos, previsto en el artículo 105 de la Constitución derogada.

El artículo citado estipulaba que: «Los preceptos contenidos en tratados relativos a derechos humanos, tienen jerarquía constitucional. No pueden ser modificados sino por el procedimiento que rige para la reforma de la Constitución».

Se establecía entonces una regulación preferencial «*ratione materiae*», buscando privilegiar de forma especialísima determinadas normas de los tratados, en virtud de que regulaban aspectos relativos a los derechos humanos. Entonces, en caso de colisión normativa entre un tratado o ley cualquiera y un precepto contenido en un tratado relativo a derechos humanos, la solución era la prevalencia de este último, al ser una norma de mayor jerarquía.

Es por esta razón que no sólo se dejaría inaplicada la norma opuesta, sino que podría atacarse su validez con el fin de lograr su expulsión del ordenamiento jurídico interno peruano, siguiendo los causes que la Constitución implícitamente preveía para estos casos; nos referimos concretamente, a la acción de inconstitucionalidad.

Lamentablemente, la norma ha sido suprimida por la nueva Constitución lo que constituye un error.

Precisamente, una de las normas que significaron un gran avance en materia constitucional fue la contenida en el artículo 105, que incluso sirvió de inspiración a posteriores textos constitucionales en América Latina.

La norma contenida en el artículo 105 tenía una importancia singular: **primero**, por que al elevarse estos derechos a rango constitucional se brindaba una mayor seguridad jurídica a los ciudadanos, así como mecanismos idóneos de protección ante cualquier acto arbitrario del Estado que intentara violentarlos; **segundo**, por que la norma reflejaba ante la Comunidad Internacional, la voluntad del Estado peruano, de dar un tratamiento prefe-

rente a la materia de los Derechos Humanos, lo que resultaba políticamente conveniente para la imagen externa de nuestro país; y **tercero**, por que jurídicamente, al atribuirse a estos tratados la jerarquía normativa máxima, dentro de nuestro ordenamiento jurídico, se era consecuente con la moderna tendencia del Derecho Internacional, que atribuye jerarquía de *ius cogens* a las normas sobre Derechos Humanos, constituyendo una de las primeras Constituciones en el mundo conjuntamente con las centroamericanas en consagrar una disposición de este tipo.

Un primer argumento que se señaló en contra de mantener esta norma en nuestro ordenamiento jurídico, era las posibles responsabilidades en que podía incurrir el Estado peruano, por el incumplimiento de las obligaciones adquiridas en un determinado tratado con rango de ley, debido a su **inaplicación** por contravenir un tratado sobre derechos humanos, en especial, -se decía- si se toma en cuenta lo dispuesto por la Convención de Viena de 1969 en su artículo 27. Esta disposición señala claramente que ningún Estado puede invocar disposiciones de su derecho interno, como justificación del incumplimiento de un tratado.

En otras palabras, se argüía que el artículo 106 podía generar problemas de responsabilidad internacional a cargo del Estado peruano, al no cumplir éste un tratado (con rango de ley) por contravenir una norma relativa a un tratado de Derechos Humanos (con rango constitucional).

Esta primera objeción, sin embargo, carecía de sentido.

Como se sabe, los derechos humanos hoy en día son entendidos como normas de *ius cogens*, es decir, como normas base o normas fundamentales del Sistema Internacional que **priman sobre cualquier otra norma del Derecho Internacional**. En este sentido, la propia Convención de Viena de 1969 en sus artículos 53 y 64 establece como causal de nulidad absoluta de un tratado, el hecho que éste contradiga una norma de *ius cogens*.

Por tanto, los tratados sobre derechos humanos en la Constitución del 79 a la vez que primaban internamente sobre los demás tratados por su jerarquía constitucional, primaban también internacionalmente sobre éstos, por contener normas de *ius cogens*. De lo cual, puede concluirse, no existía la posibilidad de que el Estado peruano incurriera en Responsabilidad Internacional, pues la inaplicación del tratado contrario a normas contenidas en tratados sobre derechos humanos no sólo respondía a un mandato constitucional si no también a un mandato del Derecho de Gentes.

En segundo lugar, se arguyó también por parte de algunos congresistas, que la norma del artículo 105 fue derogada por estar ya contenida en la cuarta disposición transitoria del texto. Se sostuvo que al establecer tácitamente esta cuarta disposición la jerarquía constitucional de los tratados de derechos humanos, el artículo 105 resultaba reiterativo, razón por la cual -se dijo- debía ser derogado.

Sin embargo, esta afirmación, resulta igualmente errada.

La cuarta disposición transitoria de la Constitución establece que «las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce (entiéndase las normas relativas a derechos humanos consagradas en la Constitución) deben interpretarse de con-

formidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y demás tratados sobre la materia suscritos por el Perú».

La pregunta que fluye de inmediato, tras la lectura de esta disposición es, ¿y qué tiene que hacer esta norma con el tema que nos ocupa? La respuesta es simple: definitivamente nada.

La cuarta disposición transitoria no consagra **en ningún momento** rango constitucional en favor de las normas contenidas en tratados relativos a derechos humanos.

La Declaración Universal de Derechos Humanos así como los tratados sobre la materia suscritos por el Perú **nada dicen** respecto al rango que deben tener estos tratados en los ordenamientos jurídicos nacionales. Por tanto, el hecho que la cuarta disposición transitoria señale que las normas relativas a derechos humanos consagrados en la Constitución deban interpretarse conforme a estos documentos internacionales, no nos dice nada sobre el rango de tales normas, menos que tengan rango constitucional, resultando su cita absolutamente impertinente.

A mayor abundamiento podríamos decir que, en todo caso, los derechos y libertades que nuestra Constitución reconoce si bien son los fundamentales, **no abarcan todos los derechos humanos existentes**, con lo cual, en la negada hipótesis que existiera un tratado que atribuyera rango constitucional a los derechos humanos, tal rango sería sólo atribuible a los derechos consagrados en la Constitución; con lo cual, se presentaría el absurdo de que para nuestro ordenamiento jurídico ciertos derechos humanos tendrían rango constitucional y otros no.

En consecuencia, 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.

3.2 Tratados de Integración

Otro aspecto que ha sido desechado en el actual texto constitucional es el referido a los tratados de integración.

Así el artículo 106 de la Constitución de 1979 establecía: «Los tratados de integración con Estados Latinoamericanos prevalecen sobre los demás tratados multilaterales celebrados entre las mismas partes».

En este caso, la prevalencia en favor de un tratado operaba como consecuencia de un reparto competencial específico; la integración. Esto es, interesaba privilegiar las materias incorporadas dentro de un proceso de integración, por lo que la prevalencia se daba en virtud de la materia que regulaban y el objetivo que perseguían. Así, se sancionaba con la inaplicación, a aquellos tratados que contravinieran un tratado de integración.

Sin embargo, creemos que a diferencia del supuesto anterior, la derogación de este artículo sí estaba plenamente justificada. Las razones son diversas.

En primer lugar, la determinación de lo que es un tratado de integración ofrece algunos inconvenientes, pues en rigor, no existen -como bien señala el profesor Guillermo Fernández Maldonado- materias exclusivas de las que pueda afirmarse posean una naturaleza integrativa típica. Así por ejemplo, no resulta una tarea fácil distinguir un tratado de integración de uno de cooperación; como tampoco resulta fácil diferenciar los tratados de integración que regulan materias comerciales, de aquellos otros tratados no integrativos que regulan estas materias. Aquí, encontramos un primer escollo.

En segundo lugar, la redacción del artículo 106 limitaba inexplicablemente su ámbito de aplicación a los tratados de carácter multilateral. Establecía, sin ninguna justificación, la prevalencia de los tratados de integración sólo respecto de los **tratados multilaterales que fueran opuestos**, quedando por tanto fuera del ámbito de aplicación de la norma los **tratados bilaterales**, aunque estos fueran opuestos al tratado de integración. Entonces resultaban produciéndose situaciones absurdas. Por ejemplo, si el Perú suscribía con otro Estado miembro del Pacto Andino, como Colombia, un tratado contrario al Acuerdo de Cartagena; éste, no podía prevalecer sobre el tratado bilateral, por encontrarse fuera de los alcances del artículo 106. Pero, si el tratado opuesto era suscrito por los cinco miembros del Pacto Andino, en este caso, el Acuerdo de Cartagena sí prevalecía sobre el tratado multilateral. La norma, al menos es este punto, resultaba carente de sentido.

En tercer lugar, el artículo 106 presentaba otro vacío, y era el caso de los tratados celebrados con otros Estados que no fueran parte del tratado de integración.

En efecto, el artículo 106 consagraba la prevalencia de los tratados de integración sobre los demás tratados celebrados **entre las mismas partes**, con lo cual, si el tratado era suscrito con un tercer Estado no miembro, el tratado de integración no podía prevalecer, lo que constituía nuevamente una situación absurda.

Muy bien podía suceder que los cinco países del Grupo Andino suscribieran un tratado con un tercer país (como por ejemplo Argentina), que violara las disposiciones contenidas en el Acuerdo de Cartagena, y sin embargo, el Tratado de Integración no podía prevalecer en este caso, simplemente por que el tratado opuesto no había sido celebrado entre las mismas partes.

A estos tres argumentos, podríamos agregar un cuarto. Y es que, el supuesto previsto en el artículo 106 resultaba señalando una banalidad; pues, si dos tratados son celebrados entre las mismas partes, lo más probable es que el tratado posterior estipule **expresamente** que modifica o abroga el anterior. Pero, incluso, si no lo señalara expresamente, estaríamos en todo caso ante un supuesto claro de abrogación **tácita**, causal de terminación prevista en la Convención de Viena en su artículo 59. Este artículo señala claramente que cuando dos tratados son celebrados entre las mismas partes y sobre la misma materia (que era el caso del artículo 106), se debe entender que el tratado posterior abroga al anterior.

En consecuencia, creemos que no había necesidad de consagrar una norma en la Constitución cuyo contenido era casi una repetición de la costumbre internacional.

En quinto lugar, la norma del artículo 106 podía dar lugar también a la generación de Responsabilidad Internacional por parte del Estado peruano. La prevalencia de los tratados de integración sobre otros tratados suscritos por el Perú traía como consecuencia la

inaplicación de estos últimos, lo cual, si bien resultaba válido a nivel del derecho interno peruano, no lo era en la esfera jurídico-internacional.

Si el Perú, so pretexto del artículo 106 dejaba de cumplir con las obligaciones internacionales contenidas en un tratado, hubiera incurrido en Responsabilidad Internacional, en la medida que se hubieran presentado los dos elementos que configuran el hecho ilícito. El primero, la violación de una obligación internacional que, en este caso estaría dada por la violación de un Principio General del Derecho, cual es el principio del Pacta Sunt Servanda; y el segundo elemento, que ésta violación sea atribuible a un Estado, en este caso al Estado Peruano.

Finalmente, en adición a todo esto, cabría señalar que la norma tampoco resultaba políticamente conveniente.

Si bien nadie duda de la necesidad de estimular los procesos de integración y la participación del Perú en éstos, no había necesidad de destacar **los procesos de integración con América Latina**, excluyendo otras posibilidades. La norma es este punto resultaba limitante. Máxime cuando vemos que el actual gobierno -un próximo podría tener el mismo parecer- declara públicamente el anhelo de incorporar a nuestro país al Tratado de Libre Comercio, del cual como sabemos, forma parte México, pero también Estados Unidos y Canadá.

En síntesis, la norma del artículo 106 podía de un momento a otro quedar desfasada, bastando para ello que el Perú se incorporara a cualquier proceso de integración que contara entre sus miembros, con un sólo país no latinoamericano.

Por todas estas razones, creemos, el artículo 106 a diferencia del 105, no debía ser mantenido en la actual Constitución, como felizmente se hizo.

4. CONTROL CONSTITUCIONAL

Al terminar, cabría hacer un breve comentario en torno al control constitucional de los tratados.

En la Constitución de 1979 no existía ninguna norma que estableciera en forma expresa un control preventivo ni reparador sobre la constitucionalidad de los tratados internacionales. Así, el artículo 298, al señalar las Competencias del Tribunal de Garantías Constitucionales señalaba que éste podía declarar la inconstitucionalidad parcial o total de las leyes, decretos legislativos, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales que contravinieran la Constitución por la forma o por el fondo, no incluyendo por tanto a los tratados internacionales.

Esta omisión mereció una llamada de atención de parte de algunos especialistas. Tal es el caso del profesor Guillermo Fernández Maldonado quien además de advertir la omisión señalaba que en España, por ejemplo, el Tribunal Constitucional, conforme al artículo 95.2 de la Constitución, está encargado de declarar la inconstitucionalidad material de un tratado internacional, decisión que es obligatoria y previa a su aprobación y ratificación (control preventivo) y que, en los casos en que el tratado ya ha sido aprobado por el Parlamento, el artículo 27.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional incorpora a los tra-

tados como normas susceptibles de ser declaradas inconstitucionales³⁷ (control posterior). En este sentido, propuso una modificación.

Con buen criterio, la actual Constitución en su artículo 295 consagra en forma expresa un control posterior constitucional de los tratados, al establecer la procedencia de la Acción de Inconstitucionalidad contra las normas con rango de ley, es decir, «leyes, decretos legislativos, decretos de urgencia, **tratados**,... que contravengan la Constitución en la forma o en el fondo.»

La ley orgánica que regule el ejercicio de esta garantía así como sus efectos, deberá tomar en cuenta la materia específica de los tratados, a fin de evitar posibles contradicciones con el Derecho Internacional.

37 FERNANDEZ MALDONADO, Guillermo. *Ob. Cit.* p. 351.