

Las normas internacionales y la Constitución. Reflexiones a veinte años de la vigencia de la Constitución Política de 1993

Luis García-Corrochano

1. Introducción reivindicativa

Suele entenderse que el orden jurídico interno y el orden jurídico internacional son dos mundos paralelos, con apenas algunos puntos de contacto entre ellos. Abona a esta visión la forma poco adecuada en que muchas veces se trata al derecho internacional público en los planes de estudio de la carrera de derecho. Usualmente se determina su ubicación de manera arbitraria, bien a mitad o hacia el final de la carrera; en algunos casos se le colocan ciertos requisitos: derecho constitucional general o derecho constitucional peruano, eventualmente derecho administrativo. Luego, sin mayor convicción sobre su utilidad, se coloca el curso en algún ciclo donde no interfiera con el plan que privilegia tal o cual rama del derecho.

Para los internacionalistas resulta crucial el bagaje de conocimientos que sobre derecho público y derecho privado traen los alumnos, porque derecho internacional público no es un curso comodín o algo a punto de ser rebajado a un mero electivo, sino un curso de integración del conocimiento jurídico, fundamental para conocer y comprender el funcionamiento del Derecho actual, no de tal o cual disciplina, de todo el Derecho. Salta a la vista de cualquiera que ejerza la profesión, que hoy las normas internacionales han permeado a prácticamente todo el sistema jurídico. Sin embargo, suelen presentarse problemas al momento de comprender la exacta ubicación o la aplicación de los tratados en el derecho interno, y el problema se torna más complejo si no se trata de una norma convencional, pero aún si es una norma no escrita. Nuestro *nacional-positivismo* digiere mal la intromisión de las normas internacionales y se desconcierta frente a aquellas que no están en negro sobre blanco.

Frente a estas situaciones, ¿qué hacer? Debemos tratar de comprender que las normas internacionales también forman parte del derecho peruano, y que pueden encontrar una ubicación en la pirámide normativa así como una explicación lógica y convincente que permita aplicarlas preferentemente a las normas internas (leyes o decretos), de manera que el Estado peruano, que internacionalmente las ha aceptado, pueda darles internamente cumplimiento y de esa manera evite incurrir en responsabilidad internacional por la inobservancia de un tratado o cualquier otra norma internacional.

El presente trabajo no pretende ni puede agotar el tema de las normas internacionales y su recepción o aplicación en el derecho peruano, pero al menos intentará esclarecer la situación de algunas de ellas y proponer un medio de solución que permita su incorporación y aplicación, sin que ello contravenga ni la Constitución ni los principios que inspiran al derecho nacional.

2. Las normas internacionales y el orden jurídico interno

El derecho peruano adhiere a la concepción monista, según la cual derecho interno y derecho internacional son parte de un mismo y único ordenamiento jurídico. Esta postura es la que recoge la Constitución Política del Perú de 1993 (CP93) en el Título II Del Estado y la Nación, Capítulo II De los tratados, que dispone en su artículo 55: «Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional».

Si bien la CP93 no hace referencia a ninguna otra fuente formal del derecho internacional público en el sentido de incorporar sus normas a la legislación nacional, ello no obsta para que vayamos más allá de la fuente convencional e indagemos qué lugar le asigna el derecho peruano a las otras normas internacionales, por ejemplo, en el caso de la costumbre internacional.

Aceptando la premisa constitucional de la incorporación de las obligaciones convencionales al derecho interno cabe preguntarse si dentro de esa concepción monista se le confiere primacía al orden jurídico nacional o al orden jurídico internacional. En la medida que desarrollemos el presente trabajo se irá esclareciendo la posición monista moderada con primacía del orden internacional que adopta la CP93 e informa al derecho peruano, aun cuando algunas normas o la opinión de algunos autores pudieran aparentar o indicar lo contrario.

El derecho peruano adopta un sistema jerárquico de fuentes basado en la Constitución. La disposición de la Carta de 1993 así lo establece:

Artículo 51. La Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley, sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente. La publicidad es esencial para la vigencia de toda norma del Estado.

Básicamente, nuestro sistema distingue una pirámide normativa en cuya cúspide se encuentra la Constitución, luego la ley y luego los reglamentos. Esta disposición sin embargo, es insuficiente para referirnos a un sistema de fuentes, que básicamente ha sido definido por la jurisprudencia constitucional y por la doctrina.

En el primer caso, el Tribunal Constitucional (TC) en la sentencia recaída en el expediente 047-2004-AI/TC se refiere a ello en el párrafo «2.1 La Constitución como fuente de derecho y el sistema de fuentes del derecho peruano». Es claro que en el primer nivel de la jerarquía normativa se encuentre la Constitución entendida como norma y como fuente de derecho, pero también como texto regulador de los modos de producción jurídica a ella sometidos. Al respecto señala el máximo intérprete de la Constitución:

El sistema de fuentes regulado por la Constitución consagra diversos tipos normativos. Principalmente, las normas con rango de ley y aquellas de rango reglamentario. Entre las primeras, nuestro sistema jurídico consagra una serie de tipos normativos que, si bien tienen el mismo rango jurídico, difieren en su denominación y en su modo de producción¹.

En ese sentido, el Tribunal Constitucional en la sentencia citada se refiere a las fuentes normativas con rango de ley, dentro de las que incluye: las leyes, las resoluciones legislativas, los tratados, el reglamento del Congreso, los decretos legislativos, los decretos de urgencia, las ordenanzas regionales y las ordenanzas municipales. Entre las fuentes normativas con rango distinto a la ley menciona: la jurisprudencia, la costumbre, los principios generales del derecho, el contrato y la doctrina.

Por su parte, la doctrina constitucional adopta por lo general una jerarquía normativa cuya secuencia es:

- i. La Constitución;
- ii. La Ley, entendiendo dentro de tal categoría a las leyes propiamente dichas, las resoluciones legislativas y el reglamento del Congreso, normas todas ellas emanadas del Poder Legislativo; así como los decretos legislativos, normas que provienen del Poder Ejecutivo por delegación expresa de facultades legislativas, los decretos de urgencia, normas que la propia Constitución autoriza a emplear al Poder Ejecutivo bajo determinadas condiciones, y los decretos leyes, normas con rango legal que da el Poder Ejecutivo sin

¹ Sentencia del Tribunal Constitucional, Pleno Jurisdiccional Exp. 047-2004-AI/TC, párrafo 21.

autorización congresal e incluso a falta de funcionamiento del Congreso, que en el caso peruano son aquellas normas que usualmente han empleado los gobiernos *de facto*; las ordenanzas regionales y ordenanzas municipales, que tienen rango legal en sus respectivas jurisdicciones; y junto a todas ellas, se le reconoce a los tratados el rango de ley;

- iii. Los reglamentos que emanan del Poder Ejecutivo, bajo la forma de decretos supremos.

Una primera conclusión nos lleva a apreciar que el ordenamiento jurídico peruano considera a los tratados como normas con rango de ley.

Pero luego vemos que el tratamiento doctrinario no incluye otras fuentes del derecho que las estrictamente positivas, a diferencia de lo que hace el Tribunal Constitucional cuando acepta como fuentes distintas de la ley a la jurisprudencia, la costumbre, los principios generales del derecho y la doctrina, aun cuando su tratamiento sea insuficiente en la propia jurisprudencia del alto tribunal.

3. Los tratados en el derecho peruano

En el derecho peruano la única entidad capacitada constitucionalmente para la negociación y suscripción de tratados es el Poder Ejecutivo. Sin embargo, eso no significa que el Poder Ejecutivo tenga total libertad para comprometer internacionalmente al Estado. La capacidad de negociar y suscribir los tratados se encuentra en la etapa anterior a la manifestación del consentimiento definitivo en obligarse por medio del tratado. La Constitución peruana vigente ha previsto un mecanismo según el cual el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo pueden tomar parte en el proceso de formación de la voluntad del Estado, aunque solo el Poder Ejecutivo tiene competencia para negociar y firmar o ratificar los tratados, según sea el caso.

El Poder Ejecutivo es el facultado para la negociación y suscripción de tratados, pero en determinados casos se requiere la participación del Poder Legislativo antes de expresar la ratificación que obligará al Estado. La CP93 ha previsto el empleo del sistema de lista positiva al establecer los casos en los que se requiere de la aprobación previa del Congreso de la República antes de la ratificación de los tratados. Esa previsión constitucional se encuentra en el artículo 56.

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:

Derechos Humanos.

Soberanía, dominio o integridad del Estado.

Defensa Nacional.

Obligaciones financieras del Estado.

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

Adicionalmente, una previsión contenida en el artículo 57 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». Por lo tanto nos encontramos con situaciones taxativamente establecidas por la Constitución en las que se requiere la aprobación del Congreso previamente a la ratificación por parte del Ejecutivo: derechos humanos; soberanía nacional; defensa nacional; obligaciones financieras del Estado; creación, modificación o supresión de tributos; modificación o derogación de una ley; necesidad de medidas legislativas para la ejecución del tratado; o si el tratado afecta la Constitución por el fondo o por la forma.

En tales casos, el Poder Ejecutivo debe someter los tratados al Congreso. En los demás casos, es potestad exclusiva del Poder Ejecutivo la suscripción de tratados así como la expresión del consentimiento definitivo en obligarse por medio de los mismos.

Artículo 57. El Presidente de la República puede celebrar o ratificar tratados o adherir a estos sin el requisito de la aprobación previa del Congreso en materias no contempladas en el artículo precedente. En todos esos casos, debe dar cuenta al Congreso.

Sin embargo, queda en manos del Poder Ejecutivo *la calificación del tratado* o su contenido². Y precisamente este es uno de los temas para los cuales la Constitución no ha previsto una regla específica. En realidad, el Poder Legislativo cumple una función pasiva en lo referido a las relaciones internacionales en general y a la suscripción de tratados en particular. Frente a esta situación cabe la duda razonable respecto a las atribuciones que puede reclamar para sí el Parlamento, pues al momento de dar cuenta al Congreso, si bien el Ejecutivo no está sometiendo la aprobación del tratado a consideración del otro poder del Estado, este conserva su capacidad de examinar y fiscalizar los actos de los que se da cuenta. Los conflictos que se pueden presentar son de diverso orden y vale la pena referirlos.

² CORONADO MOLINA, Rodolfo. *El tratamiento de la política exterior en la Constitución Peruana de 1993, con especial referencia al régimen de los tratados*. Tesis presentada en la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2000, p. 77: «El proceso de calificación corresponde al Ministerio de Relaciones Exteriores. La primera propuesta la realiza el Departamento de Tratados, y en caso de duda con la opinión adicional de la Dirección de Asuntos Legales y de la Asesoría Jurídica de la Alta Dirección. La calificación que se ha asignado a uno o más acuerdos es elevada a la Alta Dirección, la cual puede reconsiderar la recomendación que al respecto se le ha hecho llegar, lo cual en realidad muy pocas veces ocurre. La decisión final de remitir un tratado para la aprobación del Congreso se expresa en la dación de una Resolución Suprema, debidamente firmada por el Canciller y rubricada por el Presidente de la República».

En primer lugar, el problema de *la correspondencia entre el título del tratado y su contenido*, es decir una adecuada calificación, que sitúa al tratado ante la alternativa de ser únicamente registrada su comunicación en el Congreso, o de ser materia de un pronunciamiento legislativo previo a su ratificación. Evidentemente la segunda posibilidad no es la que presenta mayores inconvenientes. Es en el primer caso, cuando el Congreso recibe el tratado acordado por el Ejecutivo y ejerce su atributo de control cuando puede surgir el conflicto entre poderes. Dicha situación no es la del mandato constitucional del artículo 102, numeral 3: «Aprobar los tratados, de conformidad con la Constitución». Esa disposición únicamente faculta al Congreso a intervenir cuando el tratado sometido a su consideración se encuentra dentro de los supuestos de la lista positiva del artículo 56 o la disposición del artículo 57 sobre la afectación de disposiciones constitucionales.

Evidentemente, un mecanismo más adecuado sería el recabar previamente la opinión del Congreso para evitar un impasse al momento de rendir cuenta del acuerdo internacional. Ese mecanismo lo ha previsto el Reglamento del Congreso de la República en su artículo 92, *in fine*:

El Presidente de la República puede someter a consulta de las Comisiones de Constitución y Reglamento y de Relaciones Exteriores del Congreso, el texto de los tratados internacionales ejecutivos que proyecte celebrar o ratificar, a fin de que estas los estudien.

La opinión de las citadas comisiones no condiciona al presidente de la República.

Pero resulta evidente que, siguiendo la regla de separación de poderes, no se puede subordinar la actuación del Ejecutivo a la opinión de una o más comisiones legislativas, pues ni siquiera representan la opinión del Congreso en su totalidad y, en todo caso, el mecanismo de control político respecto de los tratados ejecutivos es posterior y no anterior a su suscripción.

En segundo lugar se presenta la situación del *ejercicio del control posterior por el Parlamento*. Advirtiendo que son tratados ejecutivos, es decir que no requieren pasar por la aprobación parlamentaria antes de ser ratificados, por lo tanto pueden ser concertados por el Ejecutivo y entrar en vigor, y solo después de eso ser conocido por el Legislativo. La Constitución peruana actual no ha previsto una solución a dicha situación, pero sí lo hace el reglamento del Congreso (que tiene rango y fuerza de ley) al referirse a los actos de control político.

Procedimiento de control sobre los tratados ejecutivos

Artículo 92. Los tratados internacionales que celebre o ratifica y adhiere el Presidente de la República al amparo del artículo 57 de la Constitución Política se denominan «Tratados Internacionales Ejecutivos» para efectos internos, aun cuando fuere diferente

la denominación que en los mismos convenios internacionales se expresen, y solo pueden versar sobre materias distintas a las contempladas en el artículo 56 de la Constitución Política.

Los tratados internacionales ejecutivos no pueden contener pactos que supongan modificación o derogación de normas constitucionales o que tienen rango de ley, o que exijan desarrollo legislativo para su cumplimiento. Dentro de los tres (3) días útiles posteriores a su celebración, el Presidente de la República debe dar cuenta al Congreso o a la Comisión Permanente de los tratados internacionales ejecutivos a que dé curso. La omisión de este trámite suspende la aplicación del convenio, el cual, si ha sido perfeccionado con arreglo a las normas del Derecho Internacional, no surte efectos internos.

Realizado el trámite a que se refiere el párrafo anterior, y a más tardar dentro de los tres (3) días útiles, el Presidente del Congreso remite copia a las Comisiones de Constitución y Reglamento y de Relaciones Exteriores del Congreso de la República las que estudian y dictaminan los tratados internacionales ejecutivos puestos en su conocimiento en el plazo de treinta (30) días útiles; verificando si ha cumplido con lo dispuesto por los artículos 56 y 57 de la Constitución Política y la presente Resolución Legislativa.

En caso de incumplimiento del Presidente de la República al trámite previsto en este artículo, ello no impide el control parlamentario con arreglo a la presente norma.

En la primera sesión siguiente a la recepción de los dictámenes de las Comisiones Dictaminadoras que recomiendan dejar sin efecto un tratado internacional ejecutivo, el Presidente del Congreso lo pone en consideración del Pleno o de la Comisión Permanente. Si el Congreso aprueba los términos del dictamen negativo, emite resolución legislativa dejando sin efecto el tratado, lo que notifica al Presidente de la República para que dentro de los cinco (5) días útiles siguientes corra aviso a las demás partes.

El artículo merece un análisis en detalle, pues superpone consideraciones de derecho interno a las de orden internacional. En primer lugar, considera que los actos convencionales internacionales del Poder Ejecutivo se denominarán «tratados», en concordancia con lo dispuesto por la Convención de Viena de 1969 (artículo 2.1.a) y que solo entran en la categoría de tratados ejecutivos aquellos que no revisten de la formalidad del artículo 56 de la Constitución, esto es, que requieren ser aprobados por el Legislativo antes de su ratificación por el Ejecutivo.

Los problemas surgen a partir de la asignación de un plazo perentorio de tres días para dar cuenta al Congreso, sancionando la omisión del trámite con la suspensión de la aplicación del tratado. Aquí enfrentamos una primera situación, en la cual el legislador pretende privar de eficacia a un tratado por una cuestión de mero trámite interno. Pretender que si el tratado «ha sido perfeccionado con arreglo a las normas del Derecho Internacional, no surte efectos internos,» equivale a colocar el derecho interno (ni siquiera sustantivo, sino procedimental) por encima del derecho internacional, lo que contradice la postura que tiene la propia Constitución de 1993.

Por lo demás, una mera cuestión formal desencadenaría un incumplimiento y con él la responsabilidad internacional del Estado.

Sin embargo, no es el único escollo que encontramos entre los formalismos que se aplican a los tratados ejecutivos. Al amparo del desarrollo de una facultad política de control a posteriori de los actos del Ejecutivo, el Reglamento del Congreso prosigue el camino de someter el orden jurídico internacional al interno, pues dispone que, si una vez analizado el tratado ejecutivo el Congreso aprueba un dictamen negativo, es decir desaprobatorio del tratado, este «emite resolución legislativa dejando sin efecto el tratado, lo que notifica al Presidente de la República para que dentro de los cinco (5) días útiles siguientes corra aviso a las demás partes». Por esta vía se pretende que el Legislativo tenga la potestad de privar de efectos a un tratado ejecutivo, desconociendo que esa situación está regulada por el derecho internacional bajo la figura de la denuncia de los tratados. En este caso, el Reglamento del Congreso le atribuye la potestad de dejar sin efecto una obligación internacional de la que solo se ha dado cuenta, no que se ha sometido a su aprobación, y se pretende que el tratado quede sin efecto por ministerio de una norma de derecho interno. Retomaremos la cuestión al referirnos a la denuncia de los tratados.

La **aprobación legislativa** de los tratados en el derecho interno se rige por las disposiciones del Reglamento del Congreso, que las vota según el procedimiento de aprobación de las resoluciones legislativas, a tenor de lo dispuesto en la ley 26647.

Artículo 2. La aprobación legislativa de los tratados a que se refiere el Artículo 56 de la Constitución Política, corresponde al Congreso de la República, mediante Resolución Legislativa; y su ratificación al Presidente de la República, mediante Decreto Supremo.

El referido procedimiento legislativo está previsto en el artículo 64 del Reglamento del Congreso³, que establece el debate y aprobación de las normas legales emanadas del poder legislativo, disponiendo en el artículo 75 que «Las proposiciones de resolución legislativa se sujetarán a los mismos requisitos que los de ley, en lo que fuera aplicable». Las propuestas del Poder Ejecutivo tienen un tratamiento establecido en el artículo siguiente:

³ Reglamento del Congreso de la República.

Artículo 64. «Los procedimientos parlamentarios son el conjunto de actos sucesivos e integrados que se realizan para promover el debate y los acuerdos del Congreso destinados a producir leyes y resoluciones legislativas, actos de control político y designaciones y nombramientos. Pueden ser:

Procedimiento Legislativo; que comprende el debate y aprobación de leyes ordinarias, leyes orgánicas, leyes autoritativas para ejercer la legislación delegada, leyes presupuestales y financieras, leyes de demarcación territorial, leyes de reforma de la Constitución Política, del Reglamento del Congreso y de resoluciones legislativas. [...]».

Artículo 76. La presentación de las proposiciones de ley y de resolución legislativa está sujeta, además de lo señalado en el artículo precedente, a los siguientes requisitos especiales:

1. Las proposiciones presentadas por el Presidente de la República deben estar refrendadas por el Presidente del Consejo de Ministros y, en forma opcional, por el Ministro o los ministros cuyas carteras se relacionen en forma directa con la materia cuya regulación se propone. Pueden versar sobre cualquier asunto y de manera exclusiva le corresponde la iniciativa en materia presupuestal y financiera, legislación delegada, legislación demarcatoria territorial, *tratados internacionales*, consentimiento para el ingreso de tropas extranjeras sin afectar la soberanía nacional, prórroga del estado de sitio, declaración de guerra y firma de la paz y autorización para ausentarse del país.

La norma reconoce la competencia exclusiva del presidente de la República para proponer la aprobación de tratados, a la vez que el requisito del refrendo ministerial preceptivo. El propio Reglamento establece los requisitos formales que debe contener la remisión del proyecto de tratado que será sometido a consideración del Congreso, establecidos en el citado artículo 76, numeral 1, literal f):

Las proposiciones de resolución legislativa para la aprobación de tratados, de acuerdo al artículo 56 de la Constitución Política, deben ir acompañadas por el texto íntegro del instrumento internacional, sus antecedentes, un informe sustentatorio que contenga las razones por las cuales el Poder Ejecutivo considera que debe ser aprobado por el Congreso, la opinión técnica favorable del sector o sectores competentes y la resolución suprema que aprueba la remisión del tratado al Poder Legislativo.

El *procedimiento de votación de los tratados* no está expresamente señalado en el Reglamento del Congreso. Las propuestas del Poder Ejecutivo que requieren de la aprobación del Congreso a tenor de lo dispuesto en el artículo 56 de la CP93 se tramitan por el procedimiento general de las leyes, salvo una particularidad, al ser el Congreso peruano de tipo unicameral, las leyes pasan por dos votaciones, pero las resoluciones legislativas que aprueban tratados están, según dispone el artículo 78 del reglamento del Congreso, dispensadas de la segunda votación.

Artículo 78. No se puede debatir ningún proyecto de ley que no tenga dictamen. [...]

Sin el requisito de la doble votación, la Mesa Directiva no puede proseguir el trámite de la ley, ni enviarla al Presidente de la República para su promulgación. *Solo se encuentran exoneradas de este requisito las proposiciones de resolución legislativa de aprobación de tratados*, de aprobación de ingreso de tropas extranjeras, de autorización de viajes al exterior al Presidente de la República y las de designación, elección o ratificación de funcionarios, a que se refieren los incisos f), h) y j) del numeral 1 del artículo 76 y el artículo 93 del presente Reglamento. [...]

En el caso de los tratados ordinarios el procedimiento de votación es por mayoría simple una vez computado el quórum de la sesión. Sin embargo, la situación varía cuando alguna de las materias sometidas a la aprobación del Congreso cae dentro del supuesto contenido en el artículo 57 de la CP93, 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». En tal caso se aplica el procedimiento especial contemplado en el artículo 81 del reglamento del Congreso, que dispone la votación por mayoría calificada y eventualmente la sumisión a referéndum.

Artículo 81. Para el debate y aprobación de proposiciones de ley que no se refieran a materia común, se observarán las siguientes reglas:

- a. Leyes de reforma de la Constitución; se aprobarán con el voto favorable de por lo menos la mitad más uno del número legal de Congresistas, para luego ser sometida a referéndum o, en su defecto, será aprobada en dos períodos anuales de sesiones sucesivos con el voto aprobatorio de un número superior a los dos tercios del número legal de Congresistas.

La ley aprobada por cualquiera de las formas señaladas no puede ser observada por el Presidente de la República.

En tales casos, el tratado será votado por el referido procedimiento y solo luego de su aprobación por el Congreso, o por el Congreso y su confirmación por referéndum, el Poder Ejecutivo se encontrará habilitado para proceder a la ratificación, aprobación o adhesión del tratado.

Al respecto cabe señalar que la CP93 incorpora el referéndum como mecanismo de democracia directa para la aprobación de la reforma de la Constitución y de las normas con rango de ley, sin hacer reserva o excluir de este procedimiento la aprobación de los tratados. Sin embargo, dicho procedimiento no procede aplicarse para la denuncia de los tratados.

Artículo 32. Pueden ser sometidas a referéndum:

1. La reforma total o parcial de la Constitución;
2. La aprobación de normas con rango de ley; [...]

No pueden someterse a referéndum la supresión o la disminución de los derechos fundamentales de la persona, ni las normas de carácter tributario y presupuestal, ni los tratados internacionales en vigor.

Evidentemente, la intención del constituyente de 1993 fue librar a los tratados de las vicisitudes de un procedimiento que no tomaría en cuenta adecuadamente la dimensión de las obligaciones internacionales surgidas de los tratados y podría suscitar una situación que obligara el Poder Ejecutivo a la modificación o denuncia de un tratado,

estando sometida tal denuncia a las reglas del propio tratado o las del derecho internacional general, mientras que en el orden interno la norma modificada o desaprobada por referéndum habría perdido vigencia, colocando al Estado ante la situación de dar cumplimiento al tratado desconociendo la voluntad popular expresada en el referéndum, o bien dar cumplimiento a esta última incurriendo en responsabilidad internacional por incumplimiento del tratado.

Si el Poder Ejecutivo somete un tratado a la aprobación del Congreso conforme a lo dispuesto en el artículo 56 de la CP93, está obligado por el sentido de la resolución legislativa que emita dicho poder del Estado. En caso de ser aprobado el tratado propuesto, el Ejecutivo tiene expedito el camino para proceder a la ratificación, aprobación o adhesión correspondiente. Sin embargo, si el pronunciamiento congresal es desaprobatario, el Ejecutivo no podrá proceder a expresar el consentimiento definitivo en obligarse por medio del tratado sin violar la propia legalidad constitucional e incurrir en un vicio formal de anulabilidad contenido en el artículo 46 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 (CV69)⁴, y en responsabilidad internacional ante los terceros Estados por cualquier perjuicio derivado de la imposibilidad de cumplimiento del tratado.

Las disposiciones de la CP93 no establecen ningún tratamiento especial para las *reservas a los tratados*. Desde que es el Poder Ejecutivo el facultado para negociar los tratados y participar en las etapas de adopción y autenticación del texto hasta la firma, se entiende que, en el caso de tratados ejecutivos, el hacer o no hacer reservas es una potestad exclusiva del Ejecutivo.

La situación es distinta frente a los tratados que requieren aprobación legislativa, en cuyo caso se pueden producir dos situaciones dependiendo de los tipos de tratados, bilaterales o multilaterales. En el caso de los tratados bilaterales, aun cuando estos sean de aquellos sujetos a reserva de aprobación legislativa, al ser negociados y acordados por el Ejecutivo, cuando son sometidos a la aprobación del Congreso este no puede introducir en ellos modificaciones o plantear reservas, por la naturaleza misma de dichos tratados, por lo que deben ser aprobados o desaprobados en su totalidad. En el caso de los tratados multilaterales, pensamos que si es posible que al momento de producirse la aprobación legislativa se puedan plantear reservas al tratado, que el

⁴ 46. Disposiciones de derecho interno concernientes a la competencia para celebrar tratados.

*1. El hecho de que el consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado haya sido manifiesto en violación de una disposición de su derecho interno concerniente a la competencia para celebrar tratados no podrá ser alegado por dicho Estado como vicio de su consentimiento, a menos que esa violación sea manifiesta y afecte a una norma de importancia fundamental de su derecho interno.

2. Una violación es manifiesta si resulta objetivamente evidente para cualquier Estado que proceda en la materia conforme a la práctica usual y de buena fe».

Poder Ejecutivo deberá asumir porque forman parte de la aprobación legislativa, son previas a la ratificación y por la naturaleza del tratado se presentarán conjuntamente con la ratificación.

En tal supuesto, se entiende que el Poder Legislativo al aprobar con reservas se ajusta al tratamiento que las reservas tienen en el derecho internacional general, y más precisamente a las disposiciones del artículo 19 de la CV69.

19. Formulación de reservas. Un Estado podrá formular una reserva en el momento de firmar, ratificar, aceptar o aprobar un tratado o de adherirse al mismo, a menos:

- a) que la reserva esté prohibida por el tratado;
- b) que el tratado disponga que únicamente pueden hacerse determinadas reservas, entre las cuales no figure la reserva de que se trate; o
- c) que, en los casos no previstos en los apartados a) y b), la reserva sea incompatible con el objeto y el fin del tratado.

Si las reservas hechas a propuesta del Poder Legislativo son procedentes, el Ejecutivo deberá incluirlas en su ratificación, aprobación o adhesión del tratado. En caso el Poder Legislativo aprobara reservas no autorizadas por el tratado o incompatibles con su objeto y fin, es evidente que el Poder Ejecutivo no estará en condición de ratificar, aprobar o adherir dicho tratado pues la aprobación legislativa condicionada a una reserva improcedente es una denegación implícita de la autorización para ser parte en el tratado.

En el caso de decidir retirar las reservas formuladas al tratado, se debe considerar de igual modo cual fue el órgano facultado para establecerlas. Las reservas que el Ejecutivo formula a los tratados que son de su exclusiva competencia pueden ser retiradas a voluntad de dicho poder público, que igualmente debe dar cuenta al Congreso de la nueva situación respecto del tratado. En caso las reservas fueran hechas a propuesta del Poder Legislativo, su retiro requerirá de la aprobación del mismo, pues dichas reservas han sido parte integrante de la aprobación que dio ese poder del Estado para manifestar el consentimiento definitivo en obligarse por medio del tratado.

En atención a lo dispuesto por las normas constitucionales y legales, toda *modificación o enmienda* de un tratado debe seguir el mismo procedimiento que el usado para su aprobación. Por lo tanto de acuerdo a las disposiciones del derecho interno peruano, si el tratado requirió la aprobación del Congreso, su modificación o enmienda requerirán del mismo trámite. Si el tratado es de carácter ejecutivo, dichos procedimientos serán de competencia exclusiva del Poder Ejecutivo, con cargo de dar cuenta al Congreso.

Si bien la CP93 establece las competencias del Legislativo y el Ejecutivo en la ratificación, adhesión o aprobación de los tratados, no hay una disposición constitucional

referida a la potestad para la *denuncia* de dichos instrumentos internacionales. Este vacío fue llenado por la ley 26647.

Establecen normas que regulan actos relativos al perfeccionamiento nacional de los Tratados celebrados por el Estado peruano, que dispone:

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

La denuncia de los tratados es potestad del Presidente de la República con cargo a dar cuenta al Congreso. En el caso de los tratados sujetos a aprobación del Congreso, la denuncia requiere su aprobación previa.

En tal sentido, la norma legal ha previsto, siguiendo el principio que en el derecho las cosas se deshacen de la misma forma en que se hicieron, que el poder público competente para decidir la aprobación del tratado lo será también para decidir su denuncia, dejando la definición del mecanismo y plazo de la denuncia a las disposiciones del propio tratado o del derecho internacional general, comprendida la CV69 en los casos que sea aplicable.

Se reserva el derecho del jefe de Estado a decidir la denuncia, que procede por voluntad del Poder Ejecutivo o requiere la aprobación legislativa según sea el caso. En tal situación, ante la denuncia de un tratado, subsiste la obligación de dar cuenta al Congreso, que solo podrá pronunciarse por la responsabilidad política del Poder Ejecutivo, pues a diferencia de la situación en que se da cuenta de los acuerdos suscritos, aquí no cabe pronunciamiento que invalide la decisión del Poder Ejecutivo y haga recobrar vigencia al tratado denunciado o detenga el proceso y plazos de la denuncia.

La denuncia del tratado, una vez que surte plenos efectos, hace que dicho instrumento internacional deje de tener efectos legales en el orden jurídico interno para cualquier situación producida a partir que el tratado dejó de estar en vigor para el Estado.

3.1. La entrada en vigor de los tratados

Como queda dicho, en el ordenamiento jurídico peruano es el Poder Ejecutivo el encargado de negociar y suscribir tratados a través de los órganos especialmente facultados para ello (originalmente solo el Ministerio de Relaciones Exteriores, en la actualidad varias reparticiones públicas). La CP93 no distingue, como no lo hace el derecho internacional público, entre los tratados ejecutivos y los tratados en general; tan solo dispone que los tratados que integran la lista positiva enunciada en el artículo 56 requieren de la aprobación del Congreso antes de su ratificación por parte

del Ejecutivo. En este punto, es pertinente analizar las categorías a las que constitucionalmente corresponde el pronunciamiento legislativo previo.

En primer término, respecto de los *tratados sobre derechos humanos* existe aún polémica en torno a su tratamiento constitucional. La CP79 les concedía jerarquía constitucional, situándolos por encima de los temas tratados dentro del orden jurídico interno, pues para efectos del derecho internacional no existe tal jerarquía, sin embargo, cabe resaltar que la intención tuitiva de los derechos fundamentales inspiró parte de la labor del constituyente de aquel tiempo⁵. La CP93 establece en la 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.

En tal sentido, es evidente que el constituyente de 1993 no quiso rebajar el nivel de reconocimiento o protección de los derechos fundamentales, sin por ello establecer una jerarquía normativa donde no cabe hacerlo⁶. El sentido de la disposición que requiere la aprobación legislativa de los tratados sobre derechos humanos debemos buscarlo en el hecho que, al ser incorporados al derecho peruano por la vía de un tratado, dichos derechos pasan a formar parte de la obligación de proteger que asume el Estado, y generalmente requieren de medidas legislativas complementarias para garantizar su plena observancia.

En algunos casos resulta evidente que el tratado en cuestión contiene una materia de derechos humanos, en cuyo caso se realiza el trámite legislativo de aprobación previamente a su ratificación. Tal ha sido el caso del Protocolo adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos, aprobado por resolución legislativa 26448 de 28 de abril de 1995; la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, aprobada por resolución legislativa 26583 de 22 de marzo de 1996; o la Enmienda al artículo 8 de la Convención internacional sobre eliminación de todas las formas de discriminación racial, aprobada por resolución

⁵ GARCÍA-CORROCHANO, LUIS. «La Declaración Universal de los Derechos Humanos y la Constitución Peruana». En Fabián Novak y Juan José Ruda. *Cincuenta años de la Declaración de los Derechos Humanos*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 1999, p. 126: «Asimismo, la Constitución de 1979 señalaba en el artículo 105º: «Los preceptos contenidos en los tratados relativos a derechos humanos tienen jerarquía constitucional». De esta manera, el legislador constituyente de 1979 asimilaba los acuerdos internacionales de derechos humanos a la legislación interna, situándolos en el lugar de mayor jerarquía normativa».

⁶ *Ibíd.*, p. 127: «Aun cuando no existe un artículo en la Constitución que expresamente reconozca la jerarquía constitucional de los tratados internacionales relativos a los derechos humanos, una disposición final establece que dichos tratados forman el marco interpretativo de los preceptos constitucionales relativos a los derechos y libertades de la persona, haciendo expresa mención de la Declaración Universal de Derechos Humanos, e incluyendo los tratados sobre la materia ratificados por el Perú».

legislativa 27078 de 22 de marzo de 1999. En otros casos el contenido no ha sido directamente de derechos humanos pero el Ejecutivo le ha dado esa calificación y lo ha sometido a aprobación legislativa, como es el caso de la Convención para facilitar y garantizar la adopción de menores, aprobada por resolución legislativa 26474 de 9 de junio de 1995, aunque en otras situaciones similares se ha procedido de manera distinta, considerando la materia como de relevancia únicamente del Ejecutivo.

Aun así, en la práctica peruana no queda muy claro el límite a establecer sobre en qué casos estamos estrictamente ante una materia de derechos humanos que requiere aprobación legislativa, pues muchas enmiendas o protocolos adicionales no tratan estrictamente de las materias sustantivas de dichos tratados sino sobre asuntos conexos.

Indudablemente, un aspecto siempre polémico es el relativo a los temas de *soberanía o integridad territorial*, aun cuando no sea fácil precisar exactamente lo que ese membrete incluye. En un sentido amplio, si tomamos a los tratados como una limitación a la soberanía nacional, por cuanto establecen obligaciones a cargo del Estado, no habría excepción alguna a la aprobación legislativa previa. Sin embargo, lo que se incluye en la disposición constitucional es lo que atañe al territorio del Estado en sentido amplio, u obligaciones que involucren cesión o limitación de soberanía, sería el caso de los tratados de límites, los tratados de paz, los de integración, los que crean o aceptan la jurisdicción de tribunales internacionales, los que establezcan servidumbres o afectaciones territoriales o los que cedan o traspasen atribuciones o competencias estatales.

Como ya lo hemos señalado, ante estas situaciones, el derecho peruano no ha establecido un *mecanismo de control previo* de constitucionalidad o de legalidad de los tratados. En todo caso, los remedios a esa situación son tres:

- a) Los tratados cuya aprobación son potestad del Congreso, dada su inconstitucionalidad o ilegalidad, este ejerce un control a priori teniendo la potestad de desaprobados y el Ejecutivo se vería en la imposibilidad legal de ratificarlos, aprobarlos o adherir a ellos.
- b) Los tratados que son atribución del Poder Ejecutivo deben ser remitidos al Congreso en un proceso de dación de cuenta que permite un control a posteriori de los mismos, para verificar su constitucionalidad y legalidad, a tenor de lo dispuesto en el artículo 92 del reglamento del Congreso de la República.

Artículo 92. Los tratados internacionales que celebre o ratifica y adhiere el Presidente de la República al amparo del artículo 57° de la Constitución Política se denominan «Tratados Internacionales Ejecutivos» para efectos internos, aun cuando fuere diferente la denominación que en los mismos convenios internacionales se expresen, y

solo pueden versar sobre materias distintas a las contempladas en el artículo 56° de la Constitución Política.

Los tratados internacionales ejecutivos no pueden contener pactos que supongan modificación o derogación de normas constitucionales o que tienen rango de ley, o que exijan desarrollo legislativo para su cumplimiento. [...]

c) En el caso de los tratados que son atribución del Poder Ejecutivo, y que han pasado por el control posterior del Congreso, si quisieran ser impugnados por inconstitucionales se tendría que emplear la acción de garantía específica para el caso, que es la acción de inconstitucionalidad, prevista en el artículo 200 numeral 4 de la CP93:

Artículo 200 Son garantías constitucionales:

[...] 4.- La Acción de Inconstitucionalidad, que procede contra las normas que tienen rango de ley: leyes, decretos legislativos, decretos de urgencia, *tratados*, reglamentos del Congreso, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales que contravengan la Constitución en la forma o en el fondo. [...]

Similar disposición encontramos en el Código Procesal Constitucional, ley 28237:

Artículo 77. Procedencia de la demanda de inconstitucionalidad

La demanda de inconstitucionalidad procede contra las normas que tienen rango de ley: leyes, decretos legislativos, decretos de urgencia, tratados que hayan requerido o no la aprobación del Congreso conforme a los artículos 56 y 57 de la Constitución, Reglamento del Congreso, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales.

Todos ellos vienen a constituir remedios legales efectivos para el control de la legalidad o constitucionalidad convencional.

3.2. La incorporación de los tratados al derecho nacional

La disposición constitucional que establece la incorporación de los tratados al derecho interno peruano está contenida en el artículo 55 de la CP93 y establece que «Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional». La disposición constitucional busca ser clara sin lograrlo ¿Qué quiere decir «celebrados por el Estado»? ¿Cuándo el tratado entra en vigor? ¿Bastará que entre en vigor para ser parte del derecho nacional?

Es evidente que para responder a las interrogantes planteadas debemos considerar en primer lugar el sentido que se debe dar al hecho de ser «celebrados por el Estado». El proceso de celebración de los tratados no se establece en las constituciones, pero se encuentra claramente definido en el Convenio de Viena en materia de tratados de 1969. La disposición constitucional no quiere referirse a dicho proceso, sino directamente a su culminación, es decir, cuando terminada la etapa de la negociación, adopción del texto (artículo 9 CV69), autenticación (artículo 10 CV69) y firma (artículo 12 CV69),

el proyecto de tratado queda listo para que los Estados Partes puedan expresar la manifestación de su voluntad definitiva en obligarse por medio del acuerdo.

Entendemos entonces «celebración» no como la totalidad del proceso de elaboración del mismo, sino únicamente en el sentido de conclusión del tratado, es decir del momento en el cual se expresa el consentimiento definitivo en obligarse, sea mediante la firma, canje de notas, ratificación, aprobación o adhesión. Pero el momento de la expresión del consentimiento definitivo de un Estado no tiene por qué ser coincidente o simultáneo con el de otro u otros Estados Partes, por lo que se debe estar a lo que disponga el tratado respecto del consentimiento expresado. En ese sentido, el texto constitucional le atribuye al término «celebración» el efecto de perfeccionamiento de la expresión del consentimiento. Por otro lado, el precepto constitucional establece como requisito para incorporar los tratados al derecho interno que estos se encuentren en vigor, es decir que puedan ser aplicados entre las partes contratantes.

Ambos requisitos se aplican de manera conjunta, pues efectivamente un tratado puede haber sido celebrado pero no haber entrado en vigor (o dejar de estar en vigor), o bien puede estar en vigor pero el Estado, aun cuando fue parte en la negociación, no ha expresado su consentimiento definitivo en obligarse por medio de dicho tratado. Se requiere entonces que el Estado sea parte en el tratado y que este sea aplicable para que pueda surtir efecto en el orden interno. Se entiende que al asumir la postura monista el texto constitucional acepta que la entrada en vigor de un tratado celebrado por el Estado se produce simultáneamente en el orden internacional y en el orden interno.

El derecho constitucional peruano establece la incorporación de las normas convencionales al derecho interno, sin embargo, dicha incorporación no es automática, pues debe cumplir con ciertas formalidades inherentes a las normas legales como es el caso de la publicidad de las leyes, una garantía inherente al Estado de derecho, a tenor de lo dispuesto por los artículos 108 y 109 de la CP93.

Artículo 108. La ley aprobada según lo previsto por la Constitución, se envía al Presidente de la República para su promulgación dentro de un plazo de quince días. En caso de no promulgación por el Presidente de la República, la promulga el Presidente del Congreso, o el de la Comisión Permanente, según corresponda. [...]

Artículo 109. La ley es obligatoria desde el día siguiente de su publicación en el diario oficial, salvo disposición contraria de la misma ley que posterga su vigencia en todo o en parte.

En tal sentido, la ley 26647, por la que se establecen normas que regulan actos relativos al perfeccionamiento nacional de los tratados celebrados por el Estado peruano, ha dispuesto la publicidad de los tratados, así como de los textos de aprobación y ratificación:

Artículo 4. El texto íntegro de los tratados celebrados y aprobados por el Estado deberá ser publicado en el Diario Oficial. Dicha publicación comprenderá uno o más instrumentos anexos si los hubiere. Asimismo, deberá señalar el número y fecha de la Resolución Legislativa que los aprobó o del Decreto Supremo que los ratificó.

Artículo 5. La publicación del texto de los tratados se realizará en un plazo máximo de treinta días útiles contados a partir de la fecha en que sean recibidos en el Diario Oficial.

De igual forma, se ha previsto además la publicación de la fecha de la entrada en vigor, suponiendo que dicha fecha es a su vez la de incorporación al derecho nacional. Esta situación asume el supuesto que a la fecha de la entrada en vigor del tratado, el Estado haya expresado su consentimiento definitivo en obligarse por medio del mismo, de forma tal que la entrada en vigor del tratado surte efectos en el orden jurídico internacional e interno de manera simultánea.

Artículo 6. El Ministerio de Relaciones Exteriores comunicará al Diario Oficial, en cuanto se hayan cumplido las condiciones establecidas en el tratado, para que publique la fecha de la entrada en vigor del mismo, a partir de la cual se incorpora al derecho nacional.

La vigencia de los tratados y su incorporación al derecho interno peruano está prevista y aceptada por la CP93 de una manera general en la disposición del artículo 55 «Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional». Así lo ha entendido el Tribunal Constitucional en su jurisprudencia.

[E]s un hecho inobjetable [...] que cuando nuestra Constitución Política del Estado reconoce en su artículo 55 que «Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional» y el artículo 200 inciso 4) consigna entre las diversas normas con jerarquía legal, a los tratados (sin distinción alguna), no cabe sino admitir que los mismos tiene un valor normativo indiscutible y en consecuencia son plenamente aplicables por los jueces y tribunales peruanos⁷.

Sin duda es el ordenamiento jurídico del Estado el que regula la celebración de los tratados y su efecto en el derecho interno, sin embargo, lo relativo a la entrada en vigor de los tratados corresponde al derecho internacional público, y es en ese sentido que debemos entender lo dispuesto por la ley 26647, cuando dispone que la vigencia de los tratados depende del cumplimiento de las condiciones y lo establecido en los propios tratados.

Artículo 3. Los Tratados celebrados y perfeccionados por el Estado Peruano entran en vigencia y se incorporan al derecho nacional, en la fecha en que se cumplan las condiciones establecidas en los instrumentos internacionales respectivos, de acuerdo al artículo precedente.

⁷ Expediente 1277-1999-AC, 13/07/01, P, FJ. 7. En TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. *La Constitución en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Lima: Gaceta Jurídica, 2006, pp. 408-409.

La incorporación de los tratados al derecho nacional se sujeta a lo que establezcan los propios tratados sobre el particular. En ese sentido, la disposición legal es concordante con lo dispuesto por el artículo 24 de la CV69 respecto a la entrada en vigor de los tratados, que alternatively señala que se dará según lo dispuesto en el propio tratado, o según lo acordado por la partes⁸.

3.3. La jerarquía de los tratados en el derecho peruano

Los tratados, al incorporarse al ordenamiento jurídico peruano, lo hacen con el mismo rango que la ley, aun cuando las disposiciones constitucionales sobre los tratados no hacen mención específica de la categoría normativa que les corresponde, pues el artículo correspondiente se limita a señalar que «Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional»⁹; la equiparación tratado – ley se encuentra en otros apartados constitucionales, cuando se mencionan las atribuciones del presidente de la República en el artículo 118, numeral 1: «Cumplir y hacer cumplir la Constitución y los tratados, leyes y demás disposiciones legales. [...]», se sitúa a los tratados y las leyes conjuntamente por debajo de la Constitución, y de una manera más específica, en el apartado relativo a la acción de inconstitucionalidad en el artículo 200, numeral 4:

La Acción de Inconstitucionalidad, que procede contra las normas que tienen rango de ley: leyes, decretos legislativos, decretos de urgencia, tratados, reglamentos del Congreso, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales que contravengan la Constitución en la forma o en el fondo. [...].

En este último caso es clara la categoría de norma legal que reviste el tratado, al lado de otras normas similares, aunque cabe resaltar que no se cuenta en la enumeración a la norma legislativa con la que usualmente aprueba los tratados el Congreso de la República, nos referimos a la resolución legislativa.

⁸ 24. Entrada en vigor.

«1. Un tratado entrará en vigor de la manera y en la fecha que en él se disponga o que acuerden los Estados negociadores.

2. A falta de tal disposición o acuerdo, el tratado entrará en vigor tan pronto como haya constancia del consentimiento de todos los Estados negociadores en obligarse por el tratado.

3. Cuando el consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado se haga constar en una fecha posterior a la de la entrada en vigor de dicho tratado, este entrará en vigor con relación a ese Estado en dicha fecha, a menos que el tratado disponga otra cosa.

4. Las disposiciones de un tratado que regulen la autenticidad de su texto, la constancia del consentimiento de los Estados en obligarse por el tratado, la manera o la fecha de su entrada en vigor, las reservas, las funciones del depositario y otras cuestiones que se susciten necesariamente antes de la entrada en vigor del tratado se aplicarán desde el momento de la adopción de su texto».

⁹ Artículo 55 de la CP93.

En este caso encontramos dos situaciones que vale la pena tratar por separado, la primera es la potestad del presidente de la República de celebrar tratados, y la segunda la facultad de Poder Legislativo de intervenir en la formación de la voluntad estatal de ser parte en los tratados.

La primera situación se ha estudiado más y mejor desde el punto de vista de una atribución constitucional para la elaboración de los denominados acuerdos ejecutivos, sin embargo ha merecido poca atención desde el punto de vista de ser una facultad legislativa por medio de la cual el jefe del Estado contrae obligaciones internacionales que pasan a formar parte de la legislación nacional.

La segunda situación se refiere a la ausencia de mención del tipo normativo (resolución legislativa) que emite el Poder Legislativo para aprobar los tratados, pero en ese caso, en realidad lo que se ataca por la vía de la acción de inconstitucionalidad es al tratado mismo y su validez, no a la norma interna que aprueba su ingreso en el ordenamiento jurídico nacional.

Al recibir el tratado la misma categoría que la ley en el derecho peruano, debemos distinguir aquellas normas con rango de ley según su procedencia:

- a. Normas que emanan del Poder Legislativo: leyes, resoluciones legislativas y Reglamento del Congreso.
- b. Normas que emanan del Poder Ejecutivo con autorización o delegación del Poder Legislativo: decretos legislativos, tratados según lo dispuesto en el artículo 56 de la CPP 93.
- c. Normas que emanan del Poder Ejecutivo sin necesidad de autorización o delegación del Poder Legislativo: decretos leyes, decretos de urgencia, tratados según lo dispuesto en el artículo 57 de la CPP 93.
- d. Normas que emanan de otros órganos de la Administración territorial: ordenanzas regionales y ordenanzas municipales.

Por tanto, el tratado se incorpora al derecho peruano en la categoría de la ley. Sin embargo, ninguna disposición constitucional ni de otro tipo aborda la posible oposición entre tratado y ley, ni tampoco establece un criterio para resolver dicha antinomia.

Lo llamativo del caso es que tampoco encontramos una pista para resolver este problema, por demás frecuente, ni en la Ley Orgánica del Poder Judicial, ni en el Código Procesal Constitucional, ni en ninguna otra ley general o particular. Más aún, no hay una referencia específica en ninguna sentencia del Tribunal Constitucional expedida

hasta la fecha, dicha instancia se ha limitado a constatar que la norma internacional se incorpora al derecho interno¹⁰.

Dicha jurisprudencia ha sido reiterada por el máximo intérprete de la Constitución en el sentido de conceder a los tratados la categoría de fuente del derecho peruano:

A diferencia de las demás formas normativas que se producen en el ámbito del derecho interno peruano, los tratados son fuente normativa, no porque se produzcan internamente, sino porque la Constitución así lo dispone. Para ello, la Constitución, a diferencia de las otras formas normativas, prevé la técnica de la recepción o integración de los tratados en el derecho interno peruano. Así, el artículo 55 de la Constitución [lo] dispone [...] Es la propia Constitución, entonces, la que establece que los tratados internacionales son fuente de derecho en el ordenamiento jurídico peruano. Por mandato de la disposición constitucional citada se produce una integración o recepción normativa del tratado¹¹.

Así, el Tribunal Constitucional en su sentencia del 24 de abril de 2006, expediente 047-2004-AI/TC, ha señalado que conforme al inciso 4 del artículo 200 de la Constitución de 1993, los tratados en el Perú tienen rango de ley (con excepción de los tratados de Derechos Humanos, a los que le reconoce rango constitucional), no haciendo distinción, entre los llamados tratados complejos (aprobados por el Poder Legislativo antes de ser ratificados por el Poder Ejecutivo) y los denominados tratados ejecutivos (celebrados por el Poder Ejecutivo con cargo a dar cuenta al Poder Legislativo).

Por su parte, el Tribunal Fiscal, en su resolución de observancia obligatoria RTF 1227-A-99, también ha establecido que de conformidad con el artículo 200 de la Constitución Política del Perú, al margen del rango de la norma por la cual se incorporan a la legislación nacional (los tratados aprobados por el Congreso mediante resolución legislativa, que tiene rango de ley y, los tratados celebrados por el presidente de la República aprobados mediante decreto supremo, que tiene rango de norma reglamentaria), los tratados tienen rango de ley.

La aplicación prevalente del tratado sobre la ley es principalmente jurisprudencial, y derivada de un precepto de la anterior Constitución Política de 1979 (CP79) que establecía en el artículo 101: «En caso de conflicto entre el tratado y la ley, prevalece el primero». Sin embargo, dicho precepto no fue recogido por la CP93, habiendo quedado, en el mejor sentido, consagrado como una costumbre jurisprudencial.

No obstante, es una confusión muy frecuente entre quienes cultivan el derecho constitucional o el derecho administrativo, atribuir a los tratados ejecutivos el valor legal

¹⁰ Ver nota 7.

¹¹ Expediente 0047-2004-AI, 24/04/06, P, FJ. 21. En Tribunal Constitucional del Perú. *La Constitución en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Lima: Gaceta Jurídica, 2006, p. 409.

de la norma empleada para su aprobación, de forma tal que consideran dichos tratados como incorporados al derecho interno peruano con valor jurídico de reglamentos, es decir por debajo de las leyes y los tratados aprobados según las formalidades legales¹². Dicha posición llevaría a que se diera en el ordenamiento jurídico interno una situación completamente ajena al orden jurídico internacional, esto es, que haya tratados de rango superior y tratados de rango inferior por ministerio de la ley interna del Estado. Una situación parecida se presentaba cuando los exégetas de la CP79 defendían el rango constitucional de los tratados de derechos humanos, que situaba dentro de la normatividad nacional a dichos tratados por encima de los demás. Este error se repetía en dicho texto constitucional por cuanto, además de establecer una jerarquía normativa interna hacía lo mismo con las normas convencionales.

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.

Artículo 106. Los tratados de integración con estados latinoamericanos prevalecen sobre los demás tratados multilaterales celebrados entre las mismas partes.

Incluso dicho texto constitucional llegaba a distinguir entre tratados de competencia del Poder Legislativo, a los que denominaba convenios internacionales, de los que eran de competencia del Poder Ejecutivo, utilizando una clasificación que la Convención de Viena en materia de tratados de 1969 había privado ya de todo valor¹³.

Todo lo expuesto ha llevado a concluir a algunos prestigiosos constitucionalistas peruanos que los tratados aprobados por el Congreso vía resolución legislativa tienen rango de ley; mientras que los tratados ratificados por el Presidente de la República vía decreto supremo tienen rango de norma administrativa. Sin embargo, lo cierto es que, independientemente de la formalidad escogida para la incorporación de los tratados en nuestro ordenamiento jurídico interno, materialmente los tratados en el Perú tienen rango de ley¹⁴.

Un problema derivado de la jerarquía normativa que corresponde a los tratados es precisamente su relación con las normas de derecho interno. En efecto, quienes adhieren a la posición del monismo con prevalencia del derecho nacional aceptan que las normas internas de rango superior al tratado pueden tener efecto sobre el mismo.

¹² RUBIO CORREA, Marcial. *Estudio de la Constitución Política de 1993, Tomo III*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 1999, p. 104: «En otras palabras, se crean tres rangos de tratados, según la aprobación que reciben: unos tendrán rango constitucional, otros de ley y, los que aprueba el presidente, lo tendrán de decreto supremo (y por tanto, rectamente entendidas las cosas, sometidos a las leyes internas. Sin embargo, la Ley 26435 establece que todos los tratados, hayan o no requerido la aprobación del Congreso, son impugnados mediante la acción de Inconstitucionalidad de las leyes)».

¹³ CV69 artículo 2.1.a.

¹⁴ NOVAK TALAVERA, Fabián. «Tratados, artículo 55». En W. Gutiérrez. *La Constitución comentada. Análisis artículo por artículo, Tomo I*. Lima: Gaceta Jurídica, 2006.

Para quienes comparten la posición de monismo moderado con prevalencia del derecho internacional, las normas internas no tiene efecto sobre las normas internacionales, así como las últimas no derogan o abrogan a las primeras. La pregunta surge al referir el rango que un ordenamiento interno atribuye a una norma internacional, sea entre las normas de dicho ordenamiento o sea en categorías intermedias.

En el caso peruano, la CP93, como hemos visto, concede a los tratados el rango de norma legal, rango en el que concurre con muchas otras normas. Eso no significa que se aplique a los tratados los principios de vigencia de la ley ni los efectos que las normas posteriores producen sobre las anteriores, ese efecto frente a los tratados solo puede producirse por parte de otras normas del mismo carácter internacional, no por normas internas. Ha quedado dicho que algunos autores, sin embargo, acogen la postura de atribuir efectos a las normas nacionales respecto de los tratados en función de la jerarquía normativa que les atribuyen, y que en algunos casos es inferior a la ley.

Tras la incorporación de los tratados al derecho interno del Estado, según los preceptos constitucionales que le asignan un valor de ley, queda por definir qué significado se atribuye a dicho valor. Se ha señalado ya que el sistema jurídico peruano reconoce a una pluralidad de normas el valor o rango de ley, sean estas leyes en sentido formal o en sentido material. El tratado concurre con aquellas normas en tener el valor o rango de ley. El Tribunal Constitucional peruano entiende que los tratados poseen rango de ley porque la CP93 les atribuye dicho valor al incorporarlos al ordenamiento jurídico interno¹⁵.

Sin embargo, esa concurrencia no asimila al tratado a una norma de derecho interno. No lo hace porque el modo de elaboración del tratado en cuanto norma no es un modo regulado por el derecho interno, sino en cuanto el Estado participa de él conjuntamente con otros Estados. Por lo tanto, la elaboración de los tratados es una materia regulada no por el derecho interno sino por el derecho internacional público, que establece el proceso de creación de las normas convencionales internacionales en cuanto a sus formalidades y contenido.

Si bien el derecho interno puede reconocer a los tratados un valor normativo y por lo tanto una jerarquía, esta calificación no influye en el valor normativo que el tratado tiene frente a otros tratados. Es decir, el valor normativo interno de un tratado no le añade a este una mayor fuerza obligatoria, ni una mayor jerarquía, ni una prelación en su aplicación, todo ello se deduce únicamente de la materia del tratado y del empleo que a dicho instrumento desean dar las partes que lo acordaron.

¹⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional, Pleno Jurisdiccional, expediente 047-2004-AI/TC, párrafo 21.

Por lo tanto, si el ordenamiento interno de un Estado da a los tratados distinto valor o jerarquía por cualquier tipo de consideraciones, ello no lo autoriza a decidir de manera unilateral la prioridad en la aplicación, ni los efectos que produce un tratado posterior sobre un tratado anterior.

La atribución de un determinado valor o jerarquía al tratado por parte de un Estado solo tiene validez para el Estado que la realiza, pero en ningún caso autoriza a que dicha atribución de un valor o jerarquía pueda ser válidamente alegada para dejar de cumplir con las obligaciones del tratado.

De otro lado, tenemos un problema respecto a la interpretación de los tratados en el derecho interno. Si se le atribuye al tratado un rango de ley, querrá aplicarse al tratado los criterios de interpretación de las leyes, obviando que por su misma naturaleza los tratados tienen sus propios principios de interpretación, ya que la interpretación del tratado se hace para cumplir con las obligaciones que de él emanan. Una aplicación de principios de interpretación del derecho interno pueden conducir a una inadecuada ejecución de las obligaciones contenidas en el tratado que deriven en un incumplimiento del mismo.

Sin embargo, cabe resaltar que, aunque la CP93 asigna a los tratados valor de ley, no establece entre ellos ni una jerarquía ni una disposición a favor del tratado frente a la ley, siendo posible interpretar ese silencio como una equiparación entre ambas normas, que permite, bajo algún criterio de temporalidad o especialidad, preferir la ley al tratado¹⁶. Indudablemente esa no ha sido la intención del legislador constituyente, pues aunque de manera expresa no señale la prevalencia del tratado, en determinados acápites lo coloca por detrás de la Constitución y por delante de la ley.

Artículo 118. Corresponde al Presidente de la República:

1. Cumplir y hacer cumplir la Constitución y los tratados, leyes y demás disposiciones legales. [...]

Evidentemente, si la primera autoridad de la nación debe cumplir y dar cumplimiento a los compromisos internacionales por delante de las normas internas, los

¹⁶ NOVAK TALAVERA, Fabián. «Los Tratados y la Constitución Peruana de 1993». *Agenda Internacional*, I, 2 (1994), p. 76: «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 si 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, prevalece el primero.

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

demás poderes públicos no deberían seguir una conducta distinta. Dicha disposición se reitera en la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, ley 29158:

Artículo 8. Funciones del Presidente de la República

Corresponde al Presidente de la República, el ejercicio de las siguientes funciones:

1. En su calidad de Jefe de Estado:
 - a) Cumplir y hacer cumplir la Constitución Política del Perú, los tratados, leyes y demás disposiciones legales. [...]

En el caso del derecho interno peruano, la interpretación de los tratados, aun cuando se entienda que se han incorporado al ordenamiento jurídico interno, debe guiarse por lo prescrito en la CV69 de la que el Perú es parte.

31. Regla general de interpretación.

1. Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin.
2. Para los efectos de la interpretación de un tratado. El contexto comprenderá, además del texto, incluidos su preámbulo y anexos:
 - a) todo acuerdo que se refiera al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado;
 - b) todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado;
3. Juntamente con el contexto, habrá de tenerse en cuenta:
 - a) todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones;
 - b) toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado;
 - c) toda forma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes.
4. Se dará a un término un sentido especial si consta que tal fue la intención de las partes.

También la doctrina constitucional peruana se manifiesta unánimemente, por la primacía del tratado sobre la ley en caso de conflicto. En este sentido, se puede citar, entre otros, a Eguiguren¹⁷, Landa¹⁸ y Rubio Correa. Este último señala expresamente:

Los tratados que tienen rango de ley primarán sobre las leyes anteriores sin ninguna duda. Queda a resolverse que pasa en el caso en que una ley posterior venga a ser

¹⁷ EGUIGUREN, FRANCISCO. «Aplicación de los tratados internacionales sobre Derechos Humanos en la jurisprudencia constitucional peruana». En *Dos ensayos sobre nueva jurisprudencia constitucional: Los tratados de Derechos Humanos y el Hábeas Corpus contra resoluciones judiciales*. Lima: Consorcio Justicia Viva, 2003, p. 12.

¹⁸ LANDA, CÉSAR. «Los tratados Internacionales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional del Perú». *COLADIC* (Publicación digital del Consejo Latinoamericano de Estudios de Derecho Internacional y Comparado). República Dominicana, 17 de julio de 2005, p. 5.

incompatible con un tratado anterior. En nuestro concepto, aquí habrá que hacer primar el tratado, porque es un compromiso con potencias extranjeras, o con organismos internacionales, y la palabra empeñada en ese ámbito debe ser cumplida¹⁹.

En el mismo sentido, García Toma sostiene que tal primacía se explica por: «El principio de primacía compromisoria [...] que declara la preeminencia de las cláusulas compromisorias de carácter internacional sobre las leyes y demás normas de inferior jerarquía»²⁰.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha consagrado también la primacía de la norma internacional:

[E]s un principio general del derecho internacional el que un Estado no puede invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación para el incumplimiento de un tratado o de normas imperativas del Derecho Internacional. Este principio ha quedado establecido en los artículos 27 y 53 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados de 1969, ratificado por el Perú mediante Decreto Supremo N° 029-2000-RE, de fecha 14 de septiembre de 2000²¹.

En tal sentido, la ley nacional no puede tener efectos modificatorios, ni suspensivos, ni derogatorios, ni abrogatorios sobre el tratado, aunque el tratado si puede tener efecto suspensivo sobre la ley interna.

El propio Tribunal Constitucional da la pauta para resolver un posible conflicto normativo entre tratado y ley, cuando establece que la aplicación simultánea de ambas normas no resulta posible y estas se adscriben a órdenes distintos (nacional e internacional) pero entre ellas debe existir una relación de coordinación o subordinación²².

¹⁹ RUBIO CORREA, Marcial. Ob. cit., p. 165.

²⁰ GARCÍA TOMA, Víctor. «La jerarquía de las normas en el proyecto de Constitución». *Revista del Foro*, LXXXI, 1 (enero-junio de 1993), p. 20.

²¹ Expediente 04677-2005-HC, 12/08/05, P, FJ. 12. En Tribunal Constitucional del Perú. *La Constitución en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional* (p. 407). Lima: Gaceta Jurídica, 2006.

²² Expediente 0047-2004-AI, 24/04/06, P, FJ. 51. En Tribunal Constitucional del Perú. *La Constitución en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional* (pp. 395-396). Lima: Gaceta Jurídica, 2006: «Lo opuesto a la coherencia es la antinomia o conflicto normativo; es decir, la acreditación de situaciones en las que dos o más normas que tienen similar objeto prescriben soluciones incompatibles entre sí, de forma tal que el cumplimiento o aplicación de una de ellas implica la violación de la otra, ya que la aplicación simultánea de ambas normas resulta imposible.

Como puede colegirse, la coherencia se afecta por la aparición de las denominadas antinomias. Estas se generan por la existencia de dos normas que simultáneamente plantean consecuencias jurídicas distintas para un mismo hecho, suceso o acontecimiento. Allí, se cautela la existencia de dos o más normas afectadas por el «síndrome de incompatibilidad» entre sí.

La existencia de la antinomia se acredita en función de los tres presupuestos siguientes:

- Que las normas afectadas por el síndrome de incompatibilidad pertenezcan a un mismo ordenamiento; o que se encuentren adscritas a órdenes distintos, pero, sujetas a relaciones de coordinación o subordinación (como el caso de una norma nacional y un precepto emanado del derecho internacional público).

Por lo tanto, es evidente que ante la concurrencia de normas cuya aplicación es excluyente —lo que el Tribunal Constitucional llama «antinomias»— debemos determinar si ambas normas tienen la misma jerarquía, como es el caso de los tratados y las leyes en el ordenamiento jurídico peruano; si ambas normas se encuentran vigentes, es decir si temporalmente concurren para ser aplicadas a una misma situación o relación jurídica; y por último, si ambas normas rigen en el mismo espacio donde dicha situación o relación jurídica se regula o produce efectos de derecho.

En dicho supuesto nos encontramos frente a la disyuntiva de tener que elegir una sola norma aplicable, pues es imposible aplicar ambas simultáneamente. Teóricamente nos encontraríamos en la disyuntiva de aplicar el derecho interno o el derecho internacional público y se trataría de una mera elección entre normas internas y compromisos internacionales.

Sin embargo, de lo anteriormente expuesto se colige que en caso de conflicto entre la ley y el tratado, las autoridades peruanas deberán aplicar lo dispuesto por el tratado y dejar en suspenso la aplicación de la ley nacional.

4. Incorporación al ordenamiento jurídico peruano de las normas internacionales consuetudinarias

La CP93 no contiene una disposición expresa respecto de incorporar o admitir la costumbre internacional como fuente del derecho peruano.

Frente a esta situación se abren hasta tres posibilidades, con carácter complementario. En primer lugar, asumiendo que la Constitución reconoce a los tratados ratificados y en vigor como parte del derecho nacional, podemos concluir análogamente que reconoce como parte del derecho nacional todas las obligaciones internacionales en vigor que el Estado reconoce y acepta en su práctica internacional. En segundo lugar,

-
- Que las normas afectadas por el síndrome de incompatibilidad tengan el mismo ámbito de validez (temporal, espacial, personal o material).
 - El ámbito temporal se refiere al lapso dentro del cual se encuentran vigentes las normas.
 - El ámbito espacial se refiere al territorio dentro del cual rigen las normas (local, regional, nacional o supranacional).
El ámbito personal se refiere a los estatus, roles y situaciones jurídicas que las normas asignan a los individuos. Tales los casos de nacionales o extranjeros; ciudadanos y pobladores del Estado; civiles y militares; funcionarios, servidores, usuarios, consumidores, vecinos; etc.
 - El ámbito material se refiere a la conducta descrita como exigible al destinatario de la norma.
 - Que las normas afectadas por el síndrome de incompatibilidad pertenezcan, en principio, a la misma categoría normativa; es decir, tengan homóloga equivalencia jerárquica.

Como expresión de lo expuesto puede definirse la antinomia como aquella situación en que dos normas pertenecientes al mismo ordenamiento y con la misma jerarquía normativa son incompatibles entre sí, por tener el mismo ámbito de validez».

dado que la Constitución enuncia una serie de preceptos jurídicos, podemos indagar cuáles de estos preceptos son coincidentes con obligaciones que provienen del derecho internacional consuetudinario. En tercer y último lugar, cabría indagar en qué casos la jurisprudencia peruana, judicial o constitucional, ha recogido a la costumbre internacional como fundamento para el amparo de uno o varios derechos invocados; esta última posibilidad, con ser de sumo interés, consideramos a priori que posiblemente sea la menos desarrollada.

Siguiendo la primera posibilidad, la inclusión por analogía en el derecho nacional de las normas que provienen de costumbre internacional, no hay objetivamente nada que impida la incorporación al orden jurídico interno de las normas internacionales que el Estado ha aceptado y reconoce, independientemente del modo de elaboración de dichas normas, es decir de la fuente de la que provienen. En tal sentido, el precepto constitucional que da entrada a los tratados bien pudo ser redactado de manera más amplia y comprehensiva, y nada obsta para que pueda ser así interpretado.

En torno a la segunda posibilidad, una revisión del texto constitucional permite encontrar un buen número de artículos que se relacionan directamente o provienen de normas internacionales consuetudinarias. Tal es el caso de las disposiciones del artículo 2 sobre derechos fundamentales, como en los numerales 2, no discriminación; 3, libertad de conciencia; 4, libertades de opinión y de expresión; 7, al honor y a la intimidad; 8, libertad de creación intelectual; 9, inviolabilidad de domicilio; 10, secreto de comunicaciones privadas; 12, derecho de reunión; 13 derecho de asociación; 14, derecho de contratación; 15, derecho al trabajo; 16, derecho a la propiedad; 17, derecho a la participación política; 18, a la reserva sobre las convicciones personales y al secreto profesional; 19, derecho a la identidad étnica y cultural; 21, derecho a la nacionalidad; 24, a la libertad personal; y 24 h), derecho a no ser víctima de violencia ni sometido a tortura.

Vemos de esta somera enumeración que los derechos personales que la Constitución garantiza provienen de los derechos humanos generalmente reconocidos por las naciones y que encuentran su primera enunciación en la Declaración Universal de diciembre de 1948. Cabe añadir que en el caso americano, existe un documento anterior que es la Declaración Americana de Derechos Humanos de mayo de 1948. Ambos documentos tienen reconocido el carácter de norma consuetudinaria y la propia Constitución de 1993 invoca a la primera como marco interpretativo de las obligaciones constitucionales, en la 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.

En tal sentido, no cabe duda que las normas sobre derechos fundamentales que la Constitución consagra tienen una filiación consuetudinaria antes que convencional. Abonando a una mayor fundamentación sobre esta interpretación, el artículo 3 de la CP93 dispone que la garantía constitucional se extienda inclusive a los derechos no comprendidos en su propio texto, pero cuyo carácter de fundamentales se pueda determinar por analogía 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».

En el mismo sentido, una serie de disposiciones constitucionales hacen eco de las normas consuetudinarias internacionales, es el caso del artículo 8 «El Estado combate y sanciona el tráfico ilícito de drogas» que acoge una prescripción internacionalmente aceptada de interdicción del narcotráfico; de los artículos 22 y 23 que protegen el trabajo y combaten la esclavitud y la trata²³; del artículo 32 que prohíbe «la supresión o la disminución de los derechos fundamentales de la persona» incluso por la vía del referéndum; del reconocimiento del derecho de asilo (de añeja tradición latinoamericana) en el artículo 36; del reconocimiento de la extradición bajo condición de reciprocidad en el artículo 37 y en el mismo artículo, *in fine*, la exclusión del genocidio, el magnicidio y el terrorismo de la categoría de delitos políticos.

Respecto del derecho a la nacionalidad, reconocido por los convenios internacionales, la Constitución reconoce en sus artículos 52 y 53 las dos variantes admitidas por la costumbre internacional para la adquisición de la nacionalidad por nacimiento, el derecho de sangre (*ius sanguinis*) y el derecho de suelo (*ius soli*), así como las posibilidades de adquisición de la nacionalidad por opción o por naturalización²⁴.

Más complejo por su naturaleza, y que difícilmente pasa de manera pacífica es el tema de la costumbre internacional y la definición del territorio del Estado. En ese

²³ Artículo 22. «El trabajo es un deber y un derecho. Es base del bienestar social y un medio de realización de la persona».

Artículo 23. «El trabajo, en sus diversas modalidades, es objeto de atención prioritaria del Estado, el cual protege especialmente a la madre, al menor de edad y al impedido que trabajan.

El Estado promueve condiciones para el progreso social y económico, en especial mediante políticas de fomento del empleo productivo y de educación para el trabajo.

Ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador.

Nadie está obligado a prestar trabajo sin retribución o sin su libre consentimiento».

²⁴ Artículo 52. «Son peruanos por nacimiento los nacidos en el territorio de la República. También lo son los nacidos en el exterior de padre o madre peruanos, inscritos en el registro correspondiente durante su minoría de edad.

Son asimismo peruanos los que adquieren la nacionalidad por naturalización o por opción, siempre que tengan residencia en el Perú».

Artículo 53. «La ley regula las formas en que se adquiere o recupera la nacionalidad.

La nacionalidad peruana no se pierde, salvo por renuncia expresa ante autoridad peruana».

aspecto, el tema de las fronteras marítimas y aéreas es el que guarda mayor relación con el derecho consuetudinario en el ordenamiento constitucional peruano. Pionero en la definición del nuevo derecho del mar, circunstancias políticas han impedido, hasta hoy, que el Perú sea parte de la CONVEMAR 1982, no obstante sus disposiciones constitucionales puede decirse que guardan cierta correspondencia con sus disposiciones. La posición peruana no distingue mar territorial y zona económica exclusiva, sino que incluye ambas en el concepto de «dominio marítimo» que proviene del Decreto Supremo de agosto de 1947, primer texto legal peruano que acoge los postulados del nuevo derecho del mar.

El artículo 54, párrafo 2, establece: «En su dominio marítimo, el Estado ejerce soberanía y jurisdicción, sin perjuicio de las libertades de comunicación internacional, de acuerdo con la ley y con los tratados ratificados por el Estado». Sucede que el Estado peruano no ha suscrito ni ratificado ningún tratado sobre ese tema, que el artículo constitucional no establece claramente en qué consisten las mencionadas «soberanía y jurisdicción» pues no describe sus alcances, y tampoco lo hace una ley específica, y que las libertades de comunicación que se reconocen provienen del derecho consuetudinario y han sido codificadas por los tratados sobre la materia, como es el caso de la Convención de 1982. A mayor abundamiento sobre el fundamento consuetudinario que el Perú reconoce al derecho del mar, podemos citar el punto pertinente de la demanda peruana presentada ante la Corte Internacional de Justicia el 16 de enero de 2009:

IV. El Fundamento Legal de la Reclamación Peruana

7. Los principios y normas del derecho internacional consuetudinario sobre delimitación marítima, tal como se encuentran reflejados en las disposiciones relevantes de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982 («CONVEMAR») y desarrollados por la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia y de otros tribunales, constituyen las principales fuentes de derecho aplicables a la presente controversia.

Cabe señalar que en otros aspectos, el derecho internacional consuetudinario se hace presente en la redacción de la Constitución de 1993, cuando establece en el artículo 63 la igualdad de trato para la inversión nacional y la inversión extranjera, en el artículo 71 el mismo trato a la propiedad de nacionales y extranjeros, o en el artículo 89 el respeto a la identidad de las comunidades campesinas y nativas.

Por otro lado, no debemos olvidar que el Perú es parte de la Convención de Viena de 1969 en materia de tratados, la misma que reconoce en su preámbulo la importancia, actualidad y vigencia de las normas consuetudinarias («Afirmando que las normas de derecho internacional consuetudinario continúan rigiendo las cuestiones no reguladas en las disposiciones de la presente Convención»). Entonces, es oportuno

reconocer que muchas materias del derecho internacional público, como es el caso de la responsabilidad internacional de los Estados, pese a los numerosos intentos de codificación, aún se encuentran reguladas por la costumbre, y en tal sentido, las normas consuetudinarias resultan obligatorias y aplicables también para el Estado peruano.

Sin embargo, al ser esto una deducción pero no una norma u obligación constitucional, queda flotando la pregunta sobre la obligatoriedad de las normas no escritas (la costumbre) dentro de un sistema que admite únicamente las normas internacionales escritas (los tratados). La respuesta no se encuentra en el derecho interno, que preferirá ceñirse a lo expresamente señalado en el texto constitucional, sino más bien por el lado del derecho internacional público, que admite la igualdad de jerarquía entre las normas que provienen de distintas fuentes, como es el caso de los tratados y la costumbre. Sin embargo, como resulta muy difícil imaginar a un juez siguiendo este razonamiento (ya resulta difícil que se anime a fundamentar una sentencia sobre una norma internacional antes que sobre una norma nacional), solo quedan dos caminos a seguir. El primero, más difícil y trabajoso, sería lograr una reforma del artículo 55 de la CP93 formulándolo de la manera siguiente: «Los derechos u obligaciones de carácter internacional, válidamente adquiridos o contraídos por el Estado peruano y en vigor, forman parte del derecho nacional». El segundo, menos complicado en lo formal, sería un pronunciamiento del Tribunal Constitucional que admitiera la incorporación al derecho nacional de las normas internacionales que provienen de fuentes distintas de los tratados, lo que se condice con el espíritu de la Constitución, sin embargo, puede considerarse que fuerza la letra de la misma. Pretender que a través de la jurisprudencia ordinaria se logre tal «ampliación» de la recepción de normas internacionales es poco menos que utópico.

5. Conclusiones

De lo expuesto podemos concluir:

1. Que el ordenamiento jurídico peruano consagra la posición monista de unidad del derecho interno y el derecho internacional público con primacía de este último.
2. Que las normas del derecho internacional se integran al derecho interno.
3. Las disposiciones convencionales en materia de derechos humanos se integran al derecho interno, complementando los enunciados constitucionales sobre derechos de las personas.

4. Los demás tratados se integran al derecho peruano con rango y valor de ley, independientemente de su forma de aprobación e incorporación al derecho interno.
5. El artículo 56 de la CP93 establece la reserva constitucional de aprobación parlamentaria de un determinado número de materias convencionales, fuera de lo cual, es el Poder Ejecutivo quien está autorizado para ejercer el *ius tractandi* estatal por la vía de los acuerdos ejecutivos. La Constitución le obliga en ese caso a dar cuenta al Congreso.
6. La doctrina constitucional, así como la jurisprudencia constitucional y fiscal consagran la primacía del tratado sobre la ley.
7. De manera implícita, la CP93 incorpora diversas normas consuetudinarias y las integra en el derecho peruano.

Esperamos cuando menos haber introducido un tema de análisis y reflexión sobre las disposiciones e insuficiencias que en materia de normas internacionales tiene la CP93 y que bien merecen una revisión.