

Los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos en la Constitución Peruana de 1993

HUGO RODRÍGUEZ BRIGNARDELLO¹

PRESENTACIÓN

Empleando como marco de referencia la Constitución Peruana de 1993, en este trabajo formulamos un análisis sobre aquellas normas que además de responder a la idea de "Derechos Humanos", se encuentran contempladas en los Tratados Internacionales sobre la materia en los cuales el Perú es parte concernida.

Estos Tratados, recogen obligaciones de los Estados Partes (como el Perú) para con los individuos sujetos a su jurisdicción, quienes, aun cuando no intervinieron en la adopción de los acuerdos respectivos, resultan los destinatarios principales de dichos acuerdos.

La temática a la que aludimos está muy lejos de ser meramente retórica o de poca entidad. Adviértase, que los contenidos de las disposiciones sobre Derechos Humanos se refieren a aspectos trascendentales, como son -entre otros y por ejemplo- las libertades y/o derechos relativos a la vida, opinión, expresión, tránsito, salud y educación, que asisten a las personas.

La naturaleza verdaderamente esencial de este tipo de materias, ha llevado a importantes sectores de la doctrina a referirse a los Derechos Humanos con el calificativo de Derechos Fundamentales, asumiendo que constituyen el fundamento o soporte tanto de la organización del Estado como del conjunto del ordenamiento legal; vale decir, entendiendo que las estructuras e instituciones jurídico-políticas tienen (o debieran tener) como principal objetivo el logro de la eficacia de los derechos en referencia.

1. El autor es Director Académico de la Academia de la Magistratura, sin embargo, los conceptos aquí vertidos no expresan necesariamente una posición institucional.

Por otra parte, desde ya cabe señalar que los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos (también TIDHs en adelante) a la par que constituyen normas jurídicas en sentido estricto, se encuentran integrados a nuestro ordenamiento legal deviniendo así preceptos aplicables en el Perú.

Es sobre esta dimensión normativa que versa el presente trabajo. Más precisamente, sin desconocer la importancia que los TIDHs poseen en el plano del Derecho Internacional, el enfoque que realizamos se destina a analizar las características y consecuencias que acarrea el acogimiento de los TIDHs por la Carta Constitucional de 1993, en el plano del Derecho Nacional o Interno.

Creemos válido este propósito, no sólo por la relevancia del tema, según ya indicamos, sino también porque a diferencia de la Carta de 1979, en la Constitución de 1993 se ha suprimido el rango constitucional de los preceptos contemplados en los TIDHs².

Este y algunos otros cambios generan implicancias que merecen ser examinadas con vistas a las posibilidades y eficacia jurídica de los Derechos Humanos y Fundamentales; asunto éste que excede lo meramente legal, pues a la postre, repercute en las formas de convivencia cotidiana entre las personas.

En lo que sigue a nuestras reflexiones, proponemos a modo de estímulo, un debate necesario.

2. El art. 105 de la Constitución de 1979 señalaba: "Los preceptos contenidos en los tratados relativos a derechos humanos, tienen jerarquía constitucional. No pueden ser modificados sino por el procedimiento que rige la reforma de la Constitución."

La Constitución de 1993 omite una disposición similar.

I) LOS TDHs Y LAS REGLAS SOBRE EL DICTADO Y DEROGACIÓN DE NORMAS

I.1) *Las reglas comunes*

Como es sabido, en nuestro sistema jurídico operan varios principios para la producción y extinción de normas. Nos detenemos aquí en dos de ellos, que aparecen como los más difundidos y hasta elementales para el común de las normas.

El primero establece que una norma anterior puede ser derogada por otra posterior en el tiempo, de similar o mayor jerarquía (Principio de sucesión de normas en el Tiempo). El otro que atiende precisamente a los rangos jerárquicos, establece que las normas de menor jerarquía deben respetar el contenido de las normas de mayor jerarquía que regulan la misma materia, entendiéndose, asimismo, que todas las normas del ordenamiento deben ser congruentes y no contradecir los preceptos de la Constitución por cuanto ellos poseen la jerarquía máxima.

Con respecto al “Principio de Sucesión de Normas en el Tiempo”, cabe decir que en razón de él, la norma posterior puede generar la derogatoria de una norma previa, ya sea de manera explícita, indicando en forma expresa, o ya sea de manera implícita, cuando tratando sobre la misma materia, el contenido de la nueva norma es diferente u opuesto al contenido de la norma inicial. En ambas situaciones, la norma más antigua debe entenderse descartada o excluida del ordenamiento jurídico, a causa de la entrada en vigencia de la norma posterior.

En una ejemplificación muy sencilla de lo dicho, asumanos que la Ley “1” autoriza y regula diversos detalles sobre el parqueo de automóviles en el ámbito del centro de Lima, y es sucedida en el tiempo por la Ley “2”. Si esta última señala en forma expresa que la Ley “1” queda derogada, o si, en otro caso, dispone que en adelante el parqueo única y exclusivamente estará permitido en diversos ámbitos que se señalan, sin mencionar el centro de Lima, se habría producido la pérdida de vigencia de la Ley “1” (explícitamente en el primer caso e implícitamente en el segundo), la cual resultaría descartada del ordenamiento.

A su vez, en función del Principio de “Jerarquía Normativa”, se tiene que un precepto legal con rango menor, como un Decreto Supremo para plantear un caso, no debe regular una materia o tema con un contenido opuesto al de una Ley que trata el mismo asunto, ni tampoco contradecir las normas de jerarquía constitucional que se relacionan o versan sobre dicho asunto, dado el rango mayor de estas últimas. Siempre con la lógica de ejemplificación sencilla, un Decreto Supremo que admitiera diversas formas de parquear en el centro limeño no debería estar en contradicción con una Ley ordinaria que prohibiera toda forma de parqueo en aquél lugar, ni tampoco

debería oponerse a un precepto constitucional que estableciera tal prohibición.

Los señalamientos anteriores aparentemente servirían para una aproximación inicial clara y muy directa al caso de los

TIDHs. Sin embargo, como se verá, existen para éstos lineamientos específicos y distintos.

I.2) Los TIDHs y su no sujeción a las reglas comunes

De inicio, para abordar este punto valga recordar que según la Carta actual los Tratados Internacionales en general que hubieren sido celebrados por el Perú y en vigor, “forman parte del derecho nacional” (art. 55). Además, cuando la misma Carta alude a los tipos de normas que pueden ser objeto de Acción de Inconstitucionalidad, menciona a aquellas con “rango de ley” y enumera, entre otras, a los Tratados (art. 200.4).

Según ello, no sólo sería claro que los Tratados Internacionales ya adoptados por el Perú forman parte de nuestro ordenamiento jurídico, sino que también debería asumirse que poseen el rango jerárquico normativo de las leyes.

No discutiremos, por lo tajante y suficiente del respectivo precepto, el asunto de la integración de dichos Tratados a nuestro ordenamiento. Sí ahondamos, empero, en torno a si los TIDHs en específico, poseen rango de ley, al punto de quedar sujetos a los Principios que acabamos de referir.

1.2.a) El caso del Principio de Jerarquía Normativa

Persistiendo en nuestra ejemplificación sencilla e hipotética, puede ilustrarse lo dicho imaginando que un TIDH sobre prohibición "total" de la tortura, de un lado, no debería incorporarse al ordenamiento jurídico peruano si nuestras normas constitucionales permitieran ese fenómeno en "algunos casos", y, de otro lado, que una ley dictada con posteridad a la adopción por el Perú del TIDH podría derogar a éste.

Dicho en otras palabras, por su rango de "ley" el TIDH debería corresponder a los contenidos de la norma de rango mayor, como es la Constitución, y a la vez, podría ser derogado por una ley posterior en el tiempo.

Sin embargo, un análisis más preciso de las reglas constitucionales específicas encamina el análisis hacia derroteros diferentes.

En efecto, la propia Carta actual regula la circunstancia de que un Tratado Internacional "afecte" disposiciones constitucionales, en cuyo caso aquél debe ser aprobado "por el mismo procedimiento que rige la reforma de la Constitución, antes de ser ratificado por el Presidente de la República" (art. 57 segundo párrafo)³.

Al respecto, valga hacer el siguiente hincapié. El vocablo "afectar" alude esencialmente a generar alteración o cambio, lo que en la situación mencionada supondría que un Tratado acarrearía la modificación de los alcances de una o varias normas constitucionales.

Es importante precisar además que en rigor el empleo y culminación del procedimiento aludido, cuando se refiere a Tratados Internacionales (incluir

dos los TIDHs), no comportará la variación o reforma estricto sensu de las respectivas normas constitucionales originarias, sino sólo la puesta en suspenso de las mismas y no necesariamente erga omnes, entre tanto las disposiciones del Tratado se mantengan en vigor.

En este sentido, el análisis del art. 103 de la Constitución de 1979 resulta apropiado para el examen de la disposición correspondiente de la Carta actual, dada su similitud⁴.

Retomado las opiniones de Miguel de la Lama cuando aborda directamente el tema⁵, es de señalar que él puntualiza que aun cuando existiera incompatibilidad entre las estipulaciones de un Tratado y disposiciones constitucionales, no existe impedimento para la aprobación del Tratado. Añade que ante tal circunstancia el Tratado regirá las relaciones del Perú con los otros Estados u Organizaciones Internacionales involucrados en dicho convenio, mientras, por otro lado, las normas constitucionales podrán seguir siendo invocadas frente a Estados y Organizaciones que no resulten partes en el acuerdo internacional.

Aun más, a los efectos de nuestro objeto de análisis, precisa dicho autor que la norma constitucional recobra vigencia plena si el Tratado llega a terminar o si es sustituido, por cuanto aquella norma (constitucional) no fue en estricto modificada sino - como antes se dijo - suspendida parcialmente en su vigencia, mediante un procedimiento idéntico al de la reforma de la Constitución pero acarreando consecuencias distintas a las de la reforma propiamente dicha.

Acudiendo al ejemplo hipotético antes imaginado, el TIDH que prohibiera "en forma absoluta" la tortura podría ser adoptada por el Perú aun cuando

3. Estando a los alcances del art. 206 de la Carta, la iniciativa para la reforma de la Constitución corresponde al Presidente de la República con la aprobación del Consejo de Ministros, y a los congresistas.

El procedimiento supone la aprobación respectiva por el Congreso durante dos legislaturas ordinarias sucesivas con una votación favorable, en cada caso, superior a los dos tercios del número legal de congresistas.

Si no se opta por la vía de las dos legislaturas, cabe la iniciativa en el trámite a un número de ciudadanos que represente al menos el 0.3% de la población electoral, con firmas comprobadas ante la autoridad correspondiente; circunstancia ésta en la que el procedimiento sólo exigirá la mayoría absoluta del número legal de congresistas y la ulterior confirmación mediante referéndum.

4. El texto de la Carta anterior señalaba: "Cuando un tratado internacional contiene una estipulación que afecta a una disposición constitucional, debe ser aprobado por el mismo procedimiento que rige la reforma de la Constitución, antes de ser ratificado por el Presidente de la República".

En esencia igual dispositivo se reitera en el segundo párrafo del art. 57 de la Constitución actual, pues su texto establece: "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".

5. De la Lama Eggerstedt, Miguel; "La Constitución Política de 1979 y los Tratados"; en "La Constitución Política de 1979 y sus problemas de aplicación"; Ed. Cultural Cuzco S.A.; Lima; 1987; p. 487 a 492 especialmente.

la Constitución admitiera actos de tortura “en algunos casos”. Y dado que, ya fuera del ejemplo, la propia Carta Constitucional franquea este tipo de posibilidad, aparece evidente que los Tratados Internacionales en general y ciertamente los TIDHs, no se ciñen al *Principio de Jerarquía Normativa* de la misma manera que lo hacen las leyes comunes de nuestro ordenamiento jurídico interno, pues éstas no deben dictarse en ningún caso al margen del conjunto de preceptos constitucionales, mientras que, como vimos, los Tratados pueden no coincidir con uno o varios preceptos constitucionales por así autorizarlo la misma Carta, siempre que para la adopción de aquellos se hubiere recurrido a idéntica vía procesal que la que se emplea cuando su busca reformar la Constitución.

1.2.b) El caso del Principio de Sucesión de Normas en el Tiempo

Resta aún por analizar si una ley dictada con posterioridad a una TIDH puede derogarlo o descartarlo del ordenamiento por poseer un contenido opuesto al de ésta; vale decir, si con los TIDHs rige estrictamente el Principio de Sucesión de Normas en el Tiempo que se aplica al común de las normas jurídicas en el Perú.

En torno a esto debe advertirse que en la Carta vigente las regulaciones sobre normas con rango de ley no son uniformes para efectos de su derogatoria.

Un caso que tomamos a guisa de ejemplo, es el de las Leyes Orgánicas. Para sancionarlas, según las regulaciones vigentes, además de requerirse que la Constitución haya previsto que una determinada materia sea regulada por este tipo de norma, los proyectos respectivos deben ser aprobados por una mayoría igual o superior a la ya mencionada (art. 106 in fine de la Carta actual). Se sigue de ello, que una disposición legal dictada con posterioridad a una ley orgánica, no podrá derogar a ésta aun cuando verse sobre una materia prevista constitucionalmente, si no resulta aprobada cumpliéndose el aludido requisito de la mayoría calificada de votos.

Otro caso de mención especial es el de los denominados “Contratos-Ley”, en cuya virtud el Estado puede establecer garantías y otorgar seguridades en materia económica, sin que sea posible que mediante ley “posterior” sufran modificaciones (art. 62 in fine de la actual Carta).

En el caso de los TIDHs también existen peculiaridades de gran importancia, pues como se advertirá de inmediato (no resulta factible que las leyes, aun cuando fueren posteriores en el tiempo, puedan “derogarlos”), enervarlos o descartarlos de nuestro ordenamiento jurídico.

En este sentido cabe enfatizar que la Constitución dispone que tanto la Declaración Universal de Derechos Humanos como los Tratados y acuerdos internacionales sobre las “mismas materias” ratificados por el Perú, son pauta de interpretación de los derechos y las libertades reconocidos en la Carta (cuarta de las Disposiciones Finales y Transitorias). Siendo así, los TIDHs ratificados poseen fijeza y por consiguiente no pueden sufrir derogatoria por ley alguna, mientras permanezcan reconocidos por nuestra Carta Magna como matriz interpretativa de los derechos y libertades constitucionales.

No se cumple aquí tampoco el Principio de Sucesión de Normas en el Tiempo que se aplica a las leyes. No obstante ello, valga examinar en lo que sigue, la posibilidad de emplear un mecanismo que si permitiría descartar a los TIDHs de nuestro ordenamiento legal.

1.2.c) La posibilidad de la denuncia de los Tratados

La denuncia, como es sabido, es el mecanismo jurídico por el que un Estado se aparta íntegramente de un Tratado Internacional y, como es obvio, de las obligaciones que éste impone.

Sin detenernos en las normas que al respecto contemplan un Derecho Internacional y las disposiciones que sobre la denuncia suele recoger la mayoría de Tratados, desde el punto de vista del Derecho Interno o nacional debe señalarse que la Carta Magna en vigencia, menciona expresamente la posibilidad de que se denuncie, por ejemplo un TIDH, merced a la intervención del Presidente de la Repú-

“... los TIDHs ratificados poseen fijeza y por consiguiente no pueden sufrir derogatoria por ley alguna...”

blica, pero previa aprobación de tal medida por el Congreso (art. 57 in fine). En tal circunstancia, el Perú dejaría de estar obligado internacionalmente, y, a la vez, el TIDH habría sido descartado de nuestro ordenamiento jurídico interno.

Así pues, a diferencia de los “Contratos-Leyes” que son inatacables o inmodificables (inderogables) legislativamente, los TIDHs si pueden ser denunciados o fulminados en su vigencia.

Sin embargo, esta vía procedimental no es libérrima o discrecional a partir del solo cumplimiento de los requisitos antes mencionados. Al margen del desprestigio internacional que acarrearía la denuncia de uno o varios TIDHs -con las eventuales repercusiones económicas para el gobierno que optara en este sentido-, desde el punto de vista de la normativa propiamente constitucional, la denuncia debería demostrar que no viola ni contradice, entre otros, los siguientes preceptos de la propia Carta :

- El que dispone que la defensa de la persona humana y el respeto a su dignidad, son el fin supremo de la sociedad y del Estado (art. 1).

Precepto que implícitamente involucra la no transgresión y por cierto la no supresión de los TIDHs, en tanto resulta indiscutible que éstos se han celebrado esencialmente para la defensa de la persona humana, y es obvio que conciernen al respeto de su dignidad⁶.

- El que establece como deber primordial del Estado peruano, el garantizar la plena vigencia de los Derechos Humanos (art. 44).

Precepto cuyo contenido no deja dudas acerca del respeto a los TIDHs como parte de la garantía de la vigencia plena de los Derechos Humanos.

6. En cuanto a la dignidad, valga recordar que no sólo está recogida como elemento fundamental en la Declaración Universal de Derechos Humanos (primer y quinto párrafos de la parte preambular, a art. 1), sino que se le recoge con similar consideración en varios TIDHs propiamente dichos como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (primer y segundo párrafos del preámbulo y art. 5) y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (primer y segundo párrafo del preámbulo y art. 13.1)

La identificación de los Derechos Humanos -y por ende de los Tratados Internacionales que sobre ellos versan- con la idea de dignidad, es virtualmente unánime para la Doctrina. Aun más, aparece como consenso virtualmente mundial según se advierte de la “Declaración de Viena y Programa de Acción” aprobada por la Conferencia Mundial de Viena sobre Derechos Humanos, en julio de 1993, cuyo preámbulo (segundo y cuarto párrafos) insiste en esa identificación.

Dicho en otras palabras la denuncia de un TIDH queda abierta, pero siempre u cuando resulte “constitucional”; es decir, resulte congruente al menos, con las disposiciones de la Carta que acabamos de mencionar; hipótesis ésta inimaginable toda vez que no encontramos como la supuesta denuncia de un TIDH puede conciliar con tales disposiciones. Pero en todo caso, mientras una denuncia que cumpla con estas disposiciones no se presente. El TIDH permanecerá incólume e integrando el ordenamiento jurídico del Perú por mandato del art. 55 de la Carta, sin que una ley -incluso posterior, repetimos- pueda enervar su aplicabilidad y alcances.

II) EL PROBLEMA DE LA UBICACIÓN DE LOS TIDHs EN LOS GRADOS O NIVELES DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO

1) Los TIDHs frente a las leyes y el art. 200.4 constitucional

Con respecto a las leyes, ya hemos visto que los TIDHs no se sujetan a las reglas que para ellas operan en cuanto a su jerarquía y a su sucesión temporal.

Considerando ahora que toda norma debe poseer una ubicación definida en el ordenamiento jurídico, no encontramos otra para los TIDHs que la que corresponde a un nivel superior al de las leyes, pues aquellos, por las peculiaridades que la Constitución les establece, poseen lo que en doctrina suele denominarse fuerza de resistencia contra su “derogatoria”, o descarte del ordenamiento jurídico por parte de las leyes.

Pero asumida esta tesis regresemos ahora al tema del sentido del art. 200 numeral 4 de la Carta. Este, como se recordará, admite la Acción de Inconstitucionalidad contra Tratados a los cuales les señala el rango de “ley”.

Se seguiría de ello que la Acción de Inconstitucionalidad permitiría, llegado el caso, fulminar incluso a aquellos TIDHs que contravinieran la Constitución “en la forma o en el fondo”, según reza el acotado art. 200 numeral 4.

Empero, creemos que esa interpretación no es correcta.

Los TIDHs ya adoptados por el Perú forman, insistimos, inequívocamente parte del Derecho Nacional por expreso mandato del art. 55 constitucional, y siendo así no pueden resultar inconstitucionales.

En cuanto a los TIDHs que se decida adoptar en el futuro, es obvio-y virtualmente tautológico- que si respetan lo dispuesto por la Carta, resultará infructuoso su cuestionamiento mediante la Acción de Inconstitucionalidad. Es más, aun cuando las estipulaciones de los TIDHs que llegaran a adoptarse no coincidieran con algunos preceptos constitucionales originarios si podrían ser acogidos, pues según dijimos al referirnos al segundo párrafo del art. 57 de la Carta, esta posibilidad, queda abierta si se emplea el procedimiento que también se emplea para la reforma de la Constitución. De tal manera, en este caso tampoco se habría contradicho la Constitución sino, más bien, acatado la misma.

Así formulado nuestro análisis, consideramos que lo razonable y congruente es entender que sólo es viable la acción de Inconstitucionalidad, contra las normas congresales con rango de ley que aprueban la incorporación de los TIDHs al ordenamiento jurídico nacional. Ello en nuestro país se formaliza mediante Resoluciones Legislativas -preveía a las correspondientes ratificaciones por el Presidente de la República-, a las cuales se les asigna dicho rango⁷.

Dicho en otros términos, sólo cabría impulsar la Acción de Inconstitucionalidad contra aquellas disposiciones con jerarquía de ley que se destinan a tal incorporación, lo que en síntesis significa proponer el examen jurisdiccional de las "Resoluciones Legislativas" correspondientes, a fin de establecer si la dación de ellas se dio previo cumplimiento del procedimiento y las exigencias constitucionalmente establecidas al efecto.

Concluimos este punto indicando que la postura que acabamos de afirmar no resulta singular y aislada, pues ya antes se ha sostenido.

"Es improbable que se ratifique un tratado que contravenga en el fondo una norma constitucional. Máxime, cuando el segundo párrafo del artículo 57 contempla el procedimiento para aprobar un tratado que afecte disposiciones constitucionales.

7. De consiguiente el art. 200 numeral 4 bajo comentario involucraría a dichas Resoluciones a pesar de no señalarlas de manera específica.

Creemos esto porque estimamos que el listado de las normas indicadas en el numeral bajo referencia, no es taxativo. Por ende están allí incluídas -aun sin mencionarse expresamente- tanto las Resoluciones Legislativas como los "Decretos Leyes" dictados por Gobiernos de facto, que al poseer rango de ley deben estar sujetos al control jurisdiccional de constitucionalidad que la Carta Magna establece.

Siendo así, la contravención sólo podría venir de un defecto en la aprobación o ratificación del tratado. O sea, en dos casos: primero, si el Presidente de la República ratifica un tratado sin la aprobación del Congreso, estando obligado a obtener tal aprobación conforme al artículo 56 [es el caso, entre otros, de los TIDHs.HRB]; y segundo, si el Congreso aprueba un tratado que afecte disposiciones constitucionales, sin seguir el procedimiento que se establece en el segundo párrafo del artículo 57"⁸.

2) Los TIDHs frente a la Constitución

Pero si bien sostenemos que los TIDHs poseen una ubicación y fuerza jurídica superiores a las de las leyes, no es tan clara la ubicación y fuerza jurídica de éstos con respecto a la propia Constitución.

Como se ha dicho, a diferencia de la Carta anterior que reconocía rango constitucional a los preceptos contenidos en los TIDHs (art. 105), la Carta vigente de 1993 omite tal reconocimiento y establece solamente la prevalencia de la Constitución sobre "toda otra" norma legal (art.51).

Para plantear más directamente el asunto, asumamos la hipótesis de que una norma constitucional señale derechos o atribuciones opuestos a una o varias estipulaciones de un TIDH ya adoptado al entrar en vigencia la Carta de 1993.

En tal hipótesis, el primer cometido del juzgador deberá ser intentar una interpretación que en lo posible integre de manera congruente el contenido de la norma constitucional, con la estipulación del TIDH en la solución del caso específico; ello, atendiendo a los mandatos constitucionales ya aludidos que ordenan el pleno respeto a los Derechos Humanos, y conciben como fin supremo de la sociedad y del Estado a la defensa de la persona humana y el respeto a su dignidad.

En la búsqueda de una solución congruente ante el caso suscitado, cabe asumir que se está frente a un conflicto de normas y valores en el plano constitucional: el conflicto entre la norma de la Constitución opuesta a lo establecido en el TIDH, y las

8. Cfr. de Piérola y Balta, Nicolás y Carolina Loayza Tamayo: "Comentarios sobre la recepción del Derecho Internacional en las Constituciones de 1979 y 1993"; en *JUS ET PRAXIS* N^{os}. 21-22; ed. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima; 1994; p. 174 (el resaltado es nuestro).

normas de la Constitución que ordenan garantizar la vigencia de los Derechos Humanos a plenitud así como atender al fin supremo anotado; propósito éstos que se logran respetando los preceptos de los TIDHs⁹. Ante una circunstancia tal, adherimos a la doctrina moderna que aconseja buscar un contrapeso o balance entre las normas en conflicto a fin de determinar la solución concreta¹⁰.

Sólo en caso que una interpretación integradora y congruente resultara imposible, debe optarse por el dispositivo constitucional relegando al TIDH, tomando en cuenta el ya mencionado art. 51 de la Carta que establece la prevalencia de ésta por sobre toda otra norma, y también al art. 138 del mismo texto que ordena preferir a la Constitución ante

cualquier norma legal que le resultara incompatible.

No obstante, esta opción podrá siempre aparecer discutible a la luz de las obligaciones, también constitucionales -que nuevamente mencionamos- sobre la garantía de la vigencia de los Derechos Humanos como deber primordial del Estado, y sobre la defensa de la persona humana y el respeto a su dignidad como fin supremo de la sociedad y del Estado, recogidas en los arts. 44 y 1 de la propia Carta.

3) La Pena de Muerte y la Convención Americana sobre Derechos Humanos: problema irresuelto

Es preciso abordar ahora el ostensible caso de contradicción entre lo dispuesto por el art. 140 de la Carta, que con respecto a la situación jurídica pre-

via amplía las causales de aplicación de la Pena de Muerte, y las disposiciones prohibitivas sobre ello, contempladas en la Convención Americana de Derechos Humanos en su calidad de TIDH.

Conforme al art. 4 numeral 2 de la Convención, en los países en que no se haya abolido la pena de muerte no es posible extender su aplicación a otros delitos para los que no se hubiere venido admitiendo dicha pena.

En el Perú, la Carta de 1979 recogía esa sanción

capital pero únicamente en el supuesto de traición a la patria en caso de guerra exterior (art. 235). La Constitución de 1993 en el acotado art. 140, precisamente amplía las causales de aplicación de dicha pena adicionando el su-

“... el art. 3 de la Carta de donde se explicita que la enumeración de los Derechos Fundamentales referida en los artículos precedentes no es taxativa...”

puesto de terrorismo, es decir contraviniendo lo establecido en la Convención; pero aún más, la norma constitucional añade que la pena en referencia no solamente se aplica conforme a las leyes sino también conforme “a los tratados de los que el Perú es parte obligada” (sic).

Estimamos que aquí surge una incongruencia insalvable por la contradicción en los términos empleados, pues no resulta factible ampliar, con el terrorismo, las causales de la pena máxima, y a la vez atender que ello opera conforme a la Convención Americana de la cual el Perú es parte obligada, la cual rechaza de manera clara tal ampliación.

Ante esta situación el Legislador y el Juzgador no tendrán alternativas sólidas. pues es caso de establecerse legalmente y aplicarse aquella pena para casos de terrorismo, se cumplirá con el art. 140 que así lo admite, y simultáneamente se transgredirá el mismo precepto que ordena respetar un TIDH que proscribiera tal posibilidad. Creemos por esto necesario reformar la Carta al respecto, haciéndola congruente con lo dispuesto por la Convención Americana a la par que coincidiendo con las otras normas constitucionales que estatuyen el respeto a los Derechos Humanos.

9. Este conflicto puede suscitarse no sólo ante el juzgador que conoce de causas comunes donde la confrontación normativa sea invocada, sino también y con mayor probabilidad en Acciones de Garantía Constitucional.

10. Esta plantea que “ello debe efectuarse cuidadosamente para que la fórmula del contrapeso o ‘balancing’ atienda a la función que le es propia, es decir, que respete el equilibrio constitucional y garantice la efectividad de los derechos en su conjunto y para el caso concreto a la vez.” Cfr. Freixes Sanjuán, Teresa: “Constitución y Derechos Fundamentales. I -Estructura Jurídica y Función Constitucional de los Derechos”; ed. PPU; Barcelona; 1992; p.63.

III) LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DE DERECHOS HUMANOS (FUNDAMENTALES) NO PREVISTOS EXPRESAMENTE EN EL TEXTO CONSTITUCIONAL

Pasamos ahora a un supuesto notablemente distinto al anterior, como es el de la consagración constitucional de algunas normas (derechos) expresamente recogidas, de principio, sólo en los TIDHs.

Recordemos nuevamente que los TIDHs adoptados por el Perú sirven como matriz interpretativa de los diversos derechos y libertades expresamente recogidos por la Constitución (Cuarta de las Disposiciones Finales y Transitorias de la misma). Asumamos el supuesto de que algún derecho recogido en aquellos TIDHs no posea un similar en la Carta, susceptible de posibilitar alternativas de interpretación, y que resulte, en síntesis, no contemplado directamente en ella.

En este supuesto queda abierto el camino para que se reconozca a las disposiciones del TIDH un carácter directamente constitucional. En efecto, así lo permite el art. 3 de la Carta de donde se explicita que la enumeración de los Derechos Fundamentales referida en los artículos precedentes no es taxativa, sino que también tienen esa naturaleza otros derechos recogidos en la propia Carta e igualmente *“otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno”* (sic).

Los TIDHs recogen derechos que responden a esas características, pues resultan “análogos” a aquellos que la Carta denomina Derechos Fundamentales, se fundan sin duda en la “dignidad” del hombre¹¹, y lejos de oponerse, son congruentes con los principios de soberanía del pueblo, Estado democrático de Derecho e inclusive con los de la forma republicana de gobierno.

Siendo así, creemos que todos los derechos recogidos en los TIDHs, aun cuando no posean un equivalente en el texto de la Carta, pueden ser constitucionalizados. Para ello, no será preciso ampliar dicho texto con nuevos preceptos expresos mediante el mecanismo de reforma constitucional, sino que bastará que merced al art. 3 de la Carta se

declare jurisdiccionalmente la constitucionalización respectiva. Declaratoria que de principio estimamos corresponde al Tribunal Constitucional, pues según la propia Carta “es el órgano de control de la Constitución”(art.201) y tiene la atribución de resolver en última instancia la casi totalidad de acciones de garantía (art.202).

IV) LA RECURRENCIA A INSTANCIAS SUPRANACIONALES

El art. 205 de la Carta, que culmina el Título V sobre Garantías Constitucionales, señala expresamente: “Agotada la jurisdicción interna, quien se considere lesionado en los derechos que la Constitución reconoce, puede recurrir a los tribunales u organismos internacionales constituidos según tratados o convenios de los que el Perú es parte”.

Conviene hacer un recuento sobre el contenido evidente de dicha norma. El primer supuesto de la misma, es que se haya culminado o agotado los procesos sobre Garantías Constitucionales que corresponde conocer y resolver a los órganos de la jurisdicción nacional. El segundo supuesto, adicional al primero, es que no obstante el agotamiento de la jurisdicción nacional, se estime que existe afectación de los derechos constitucionalmente reconocidos. La consecuencia de ambos supuestos es la posibilidad de recurrir a las instancias internacionales previstos en los Tratados o Convenios en los que el estado peruano es parte obligada.

Ahora bien, este simple recuento no obstante aparecer elemental nos ayuda a examinar una serie de aspectos que no son evidentes.

1) El caso de las Acciones de Garantía

Así, debe advertirse que si bien los derechos a que alude el art. 205 son aquellos susceptibles de reclamarse mediante las acciones de garantía constitucional, en estricto, no todas estas acciones necesariamente se destinan a la protección de “derechos” propiamente dichos.

En efecto, si bien las Acciones de Hábeas Corpus, Amparo y Hábeas Data tiene como objeto dicho fin protectivo¹², a su vez la Acción Popular, la

11. Nos remitimos en este aspecto a lo señalado en la nota 5 del presente trabajo.

12. - finalmente la acción de Hábeas Data procede “contra el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza los derechos

Acción de Inconstitucionalidad e incluso la Acción de Cumplimiento pueden no concernir a la protección de derechos en sentido estricto.

Las últimas acciones referidas, en cada caso, se destinan al examen de la conformidad o no, de las normas de rango de ley, con la Constitución (Acción de Inconstitucionalidad); de la conformidad o no de los reglamentos, normas administrativas, resoluciones y decretos de carácter general, con la Constitución y las normas con rango de ley (Acción Popular); y a la exigencia de acatamiento, por parte de los funcionarios y autoridades, de lo dispuesto por una norma legal o un acto administrativo (Acción de Cumplimiento)¹³.

De consiguiente, y para recurrir a ejemplos hipotéticos otra vez, una ley que estableciera que la Comisión Permanente del Congreso puede aprobar, por delegación, la Ley de la Cuenta General de la República, sería susceptible de cuestionarse mediante Acción de Inconstitucionalidad por transgredir el art. 101.4 de la Carta; un Decreto Supremo que autorizara la emisión de billetes y monedas a entidades distintas al Banco Central de Reserva, sería cuestionable mediante Acción Popular en tanto se estaría vulnerando el art. 83 de la Carta y la propia Ley del Banco; y -siguiendo con los ejemplos- la Acción de Cumplimiento permitiría exigir que el funcionario o autoridad respectiva cumpla con respetar el formato o estilo tradicional sobre publicación de normas legales por así haberlo establecido una ley, o, también, que se acate la disposición ad-

ministrativa que ordena otorgar copia certificada de un actuado ante alguna entidad pública.

En todas estas hipótesis imaginadas cabrían, como es obvio, las respectivas acciones que acabamos de mencionar; sin embargo de lo cual ellas no estarían destinándose a la defensa de derechos constitucionales propiamente tales, sino a procurar el respeto del orden normativo establecido y de las disposiciones administrativas derivadas de él

Se sigue de lo dicho, que las acciones de garantía que hemos referido últimamente, no serían susceptibles de derivar en la recurrencia ante instancias internacionales, si es que no involucraran afectación clara de derechos constitucionales, y aun más, si es que no conciernen a la defensa de Derechos Internacionales sobre la materia que establecen instancias precisamente supranacionales, están diseñados para la atención de reclamos sobre esos y no otros derechos.

Ahora bien, detengámonos en el tema de los derechos susceptibles de protegerse mediante acciones de garantía especialmente diseñadas para tal propósito (y que posibilitan, como se dijo, la recurrencia ante instancias supranacionales de ser el caso).

La Acción de Hábeas Data concierne de manera exclusiva a los derechos a solicitar información, a que no se suministren informaciones dañosas a la intimidad personal o familiar, y al honor, la buena reputación, la intimidad personal o familiar, y a la imagen y voz propias (los prevé, según se indicó, el art. 2 incisos 5, 6 y 7 de la Carta).

La Acción de Hábeas Corpus concierne a los derechos relativos a "la libertad individual o los derechos constitucionales conexos" (sic, art. 200.1 de la Carta), y, finalmente, la Acción de Amparo concierne a "los demás derechos reconocidos por la Constitución (sic, art. 200.2 de la Carta).

En nuestra opinión, fuera del ámbito protectivo que corresponde a la Acción de Hábeas Data, las acciones de Hábeas Corpus y de Amparo -dentro de sus respectivos ámbitos de protección- así como se destinan a la defensa de los derechos fundamentales recogidos expresamente por la Constitución, son susceptibles de emplearse para la defensa de aquellos otros que estando recogidos sólo en los TIDHs lleguen a ser constitucionalizados en la vía jurisdiccional conforme indicamos en el punto III del presente trabajo, suscitándose la posibilidad de la recurrencia a instancias supranacionales.

a que se refiere el artículo 2, incs. 5 y 6 de la Constitución" (derechos a solicitar información y a que no se suministren informaciones dañosas a la intimidad personal y familiar).

13. El mismo art. 200, al enumerar a las garantías constitucionales, menciona a estas últimas acciones con el siguiente tenor:

"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.

5.- La Acción Popular, que procede, por infracción de la Constitución y de la ley, contra los reglamentos, normas administrativas y resoluciones y decretos de carácter general, cualquiera sea la autoridad de la que emanen.

6.- La Acción de Cumplimiento, que procede contra cualquier autoridad o funcionario renuente a acatar una norma legal o un acto administrativo."

2) **Carácter de los pronunciamientos de las instancias supranacionales**

Valga nuevamente recordar, que según el art. 205 constitucional, la opción de acudir a dichas instancias queda consagrada con un tenor que señala la posibilidad de “recurrir a tribunales u organismos internacionales constituidos según tratados o convenios de los que el Perú es parte”.

Un primer aspecto a anotar es que entre las entidades internacionales de protección de derechos humanos más relevantes puede mencionarse al Comité de Derechos Humanos del Sistema de las Naciones Unidas, y la Comisión de Derechos Humanos del Sistema de las Naciones Unidas, y la Comisión y la Corte Interamericanas de Derechos Humanos (Sistema de Protección Interamericano).

Sólo los pronunciamientos de la Corte poseen la naturaleza de sentencias o resoluciones jurisdiccionales, entendiéndose que por ello deben ser de obligatorio acatamiento. En los otros casos, los pronunciamientos que se emiten poseen una naturaleza no jurisdiccional, se asimilan a la idea de recomendaciones o requerimientos y por ende, suele asumirse que no son vinculantes u obligatorios.

Creemos empero que el examen de nuestra normativa constitucional arroja una interpretación distinta. En efecto, además de que el acatamiento de los pronunciamientos debería producirse siempre en virtud del principio “pacta sunt servanda” toda vez que con ello se daría cumplimiento a los Pactos o Tratados internacionales respectivos, el tantas veces mencionado art. 205 de la Carta peruana no tendría razón de ser si se permitiera la recurrencia a instancias supranacionales en defensa de derechos fundamentales, y a la vez, pudiera soslayarse o desatenderse los pronunciamientos de dichas instancias, cuyo objetivo es precisamente conseguir el cumplimiento de las normas de tales Tratados.

Sostenemos que una interpretación congruente de nuestra Constitución lleva a entender que el derecho a la recurrencia a instancias como las mencionadas, comporta la correlativa obligación de atenerse a los pronunciamientos de éstas, pues de lo contrario la expresa posibilidad de recurrencia ante eventuales lesiones de derechos constitucionales carecería por completo de sentido, apareciendo inexplicable su establecimiento en la Carta.

Quépanos además indicar, que la vía que abre el art. 205 de la Carta vigente, no ocasionará una eclosión masiva o indiscriminada de reclamos ante los entes internacionales, pues aparte de que los pro-

cedimientos respectivos suelen ser dilatados y de muy difícil seguimiento, los pronunciamientos de dichos entes no acogen los reclamos si no existe una fundamentación y evidencias concluyentes.

V) **PALABRAS FINALES**

El conjunto de análisis efectuados en este documento, derivan de las opciones de nuestra Constitución respecto a los preceptos sobre Derechos Humanos contenidos en los Tratados Internacionales sobre la materia; ellos, al encontrarse integrados a nuestro Derecho nacional, determinan las consecuencias que hemos venido anotando en los diversos puntos abordados.

Resulta evidente que ello concierne y obliga a los poderes constituidos, como lo son, característicamente, el Legislativo, el Ejecutivo y el Judicial. Sin duda, esto además se hace extensivo a todas las autoridades, sea que fueren administrativas, policiales o de cualquier responsabilidad competencial.

No obstante, queremos ir concluyendo estas reflexiones enfatizando que las normas de los TIDHS concierne también a todos los peruanos que no desempeñan función de autoridad pública. Ciertamente, es respecto de ellos que en gran medida las autoridades deben buscar el cumplimiento efectivo de dichas normas, pero suele olvidarse que conforme al art. 38 de la Carta, tales normas deben ser respetadas por todos sin distinción. No cabrá pues que se entienda válida la afectación por parte de un ciudadano, de los Derechos Humanos o Fundamentales de otro ciudadano pues ello atenta contra el ordenamiento jurídico y es susceptible de rechazo legal.

Con todo, es preciso otra vez recordar, que la búsqueda de cumplimiento de las normas de Derechos Humanos tiene sentido y resulta necesaria aún más allá de la racionalidad propiamente jurídica, pues esas reglas y valores, por la naturaleza de su contenido, aparecen como exigencias permanentes para lograr pautas aceptables de relación entre nosotros como individuos integrales. Ello, insistimos, posee una importancia que excede a los foros y abogados, pues se articula con la realidad cotidiana de nuestras vidas y determina buena parte de la calidad real de las mismas. Por tanto, la búsqueda de cumplimiento de los Derechos Humanos no es sólo una aspiración moral o exclusivamente jurídica, sino también la pretensión de alcanzar niveles concretos de convivencia social elementalmente apropiados para el despliegue de nuestras posibilidades como personas.