

El control constitucional difuso y la jerarquía de los tratados internacionales de derechos humanos en la sentencia de la jueza Saquicuray

César Landa Arroyo

Abogado. Profesor de Derecho Constitucional y Coordinador de la Maestría en Derecho, con mención en Derecho Constitucional en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Doctor en Derecho.

«¿Quiénes son esos dueños invisibles de nuestros destinos?»

El poder de los genios invisibles de la ciudad.
Guglielmo Ferrero.

I. PRESENTACIÓN.

Con el restablecimiento del Estado democrático constitucional en 1980, paradójicamente Sendero Luminoso dio inicio a sus acciones terroristas contra dicho modo de unidad política y ordenamiento social. Poco tiempo después, durante la legítima defensa del Estado, se conoció la reacción legal y también paralegal de la policía y sobre todo de las Fuerzas Armadas en la represión del terrorismo, básicamente hasta la captura de Abimael Guzmán y de otros líderes terroristas en 1992. El costo social de esa década perdida ha sido estimado en alrededor de treinta mil muertos y de veintitrés mil millones de dólares en perjuicios económicos⁽¹⁾.

Más de once mil personas fueron víctimas civiles que no tomaron parte en ese enfrentamiento fratricida; sin embargo, estuvieron en medio del fuego y del juego político y militar, tanto de Sendero Luminoso como de las Fuerzas Armadas, al margen del Estado de Derecho. En ese escenario de enfrentamiento militar de

suma cero, donde todo lo que ganaba el otro era una derrota para un bando y todo lo que ganaba este bando significaba una derrota para el otro, prácticamente no existió un combate convencional -directo- entre dichas fuerzas, sino la indirecta o encubierta acción terrorista y en consecuencia la torpe y pesada acción de las fuerzas represivas del Estado, preparadas para enfrentamientos con ejércitos regulares.

Es así que, alrededor del cuarenta y tres por ciento (43%) de las víctimas de esta perversa forma de conflicto armado, no fueron los terroristas (47%), ni las fuerzas del orden (9%), sino hombres, mujeres, niños y ancianos, generalmente humildes y conscientes de que su suerte siempre ha estado echada en el Perú⁽²⁾. Pero, no por ello aliados naturales del terrorismo como lo creyó Sendero Luminoso y desde ya las Fuerzas Armadas, por lo que prácticamente los convirtieron en carne de cañón; sino que fueron víctimas inocentes de un conflicto en el cual eran convidados de piedra; lo que se expresa en el éxodo masivo de alrededor de seiscientos mil personas (600,000) que se refugiaron en otras regiones

(1) Cfr. «Violencia Política». En: Perú Paz. No. 29. Diciembre de 1994 - Enero de 1995.

(2) Ver «Costo social de la violencia política (desde 1980 hasta 1994)». En: Ibidem, pág. 24.

y zonas fuera del conflicto armado central.

Pero, capturados los líderes terroristas se desmonta y detiene la zozobra del país de la década de los ochenta. Asimismo, se refuerzan los procesos judiciales contra los detenidos por los delitos de terrorismo y traición a la patria, en base a la llamada legislación penal de emergencia, que permite por ejemplo, el juzgamiento de civiles en el fuero privativo militar, condenándolos a penas de cadena perpetua o treinta años de prisión, como regla general. Existiendo a la fecha alrededor de cinco mil presos condenados por los delitos de terrorismo cometidos⁽³⁾.

“...la ley si bien es atribución originaria del Congreso no es una potestad exclusiva, sino que es compartida por una pluralidad de organismos con facultades legislativas originarias o derivadas -Poder Ejecutivo, municipios y regiones-”

Sin embargo, los responsables de las miles de personas que fueron víctimas de la represión paralegal del Estado, mediante métodos igualmente sanguinarios que usados por los terroristas, no fueron procesados ni condenados, a pesar de las denuncias fundadas, nacionales e internacionales, de los organismos de defensa de los derechos humanos y de los familiares de las víctimas. Más aun, el propio Poder Judicial y desde ya el fuero privativo militar entendieron que, las violaciones de los derechos humanos de responsabilidad del personal militar-secuestros, ejecuciones extrajudiciales, torturas, violaciones sexuales, quema de cadáveres, etc.- producidas contra civiles, incluso desarmados, constituían delitos de función.

A raíz del autogolpe de estado de Fujimori del 5 de abril de 1992, paradójicamente se inicia una escalada terrorista sin precedentes en particular en Lima, que alcanza su punto máximo en el mes de julio de ese año, por un lado, con la explosión del coche-bomba en la calle Tarata de Miraflores, con el dantesco resultado

terrorista de decenas de víctimas inocentes y, por otro lado, con la muerte de la destacada lideresa de Villa El Salvador, María Elena Moyano, a manos también de sicarios de Sendero Luminoso. Días después de estos atentados, se conoce que un profesor de la Universidad La Cantuta y nueve estudiantes de dicha universidad habían sido detenidos-desaparecidos por un grupo, presumiblemente, de militares. En el mes de agosto estudiantes universitarios de Huancayo empezaron a ser detenidos- desaparecidos o simplemente a se encontraron sus cadáveres a las afueras de la ciudad, acción atribuida a militares. Nuevamente, en el corazón de Lima -Barrios Altos-, quince moradores fueron acibillados a balazos y otros cuatro quedaron heridos, al parecer por paramilitares, que se cubrieron el rostro con pasamontañas.

En relación a la masacre de Barrios Altos, las acciones represivas para-legales, atribuidas concretamente al Grupo Colina, integrado por militares de mediana graduación pertenecientes presumiblemente al Servicio de Inteligencia Nacional, fueron motivo de investigación periodística y de denuncias desde el propio seno del Ejército, por militares indignados por llevar el mismo uniforme que los paramilitares, obteniendo información y pruebas que obligaron al Ministerio Público a formular denuncia penal y abrir instrucción ante el Poder Judicial, recién en abril de 1995, contra cinco militares del llamado Grupo Colina, por los delitos contra la vida y la salud -asesinato y lesiones graves-, incluso algunos de ellos estaban purgando condena por el secuestro y asesinato del profesor y nueve estudiantes de la Universidad de La Cantuta.

En esas circunstancias el 15 de Junio de 1995 se publica la Ley No. 26479 del Congreso Constituyente Democrático, mediante la cual en el artículo 1 se otorga amnistía general a los militares, policías o civiles que se encontrasen denunciados, procesados, o condenados, en el fuero común y en el fuero privativo, por cualquier hecho que se vinculase con la lucha contra el terrorismo, ya sea que se hubiese cometido individualmente o por grupos paramilitares, desde mayo de 1980 hasta el 14 de junio de 1995.

Asimismo, se concede amnistía a los militares que cumplieran condena por el intento de restablecer el orden constitucional el 13 de noviembre de 1993 y a los militares retirados, condenados por ejercer el derecho a la libertad de expresión con ocasión del conflicto militar con el Ecuador en los primeros meses de 1995.

Como quiera que los familiares de las víctimas

(3) Cfr. Suplemento del Consejo Supremo de Justicia Militar. En: Diario Expreso. 13 de agosto de 1995.

de la masacre de Barrios Altos, pidieron a la jueza penal Antonia Saquicuray que se encontraba instruyendo su caso, que no se aplique la Ley de Amnistía para los militares encausados; ésta emitió una resolución judicial el 16 de junio, declarando inaplicable el artículo 1 de la Ley No. 26479, al considerar que los jueces prefieren la Constitución sobre la ley en caso de incompatibilidad entre ambas, según dispone el artículo 138 de la Constitución de 1993. Es decir que la jueza realizó el llamado control difuso de constitucionalidad que faculta nuestro sistema mixto de justicia constitucional.

Esta decisión judicial fue apelada por la defensa de los paramilitares, debiendo ser resuelta por la Sala Penal de la Corte Superior. Sin embargo, ante el fallo de la jueza Saquicuray inaplicando la Ley de Amnistía, la propia Corte Suprema habría acordado con el Poder Ejecutivo que se dicte una ley interpretativa, que evite la inaplicación de la Ley de Amnistía por parte de los jueces, antes de la expedición de la segunda resolución judicial.

En tal sentido, el CCD aprueba el 28 de junio la Ley No. 26492, disponiendo que se entienda que la Ley de Amnistía no vulnera la independencia del Poder Judicial, no viola los derechos humanos, ni contraviene la Convención Americana de los Derechos Humanos; de otro lado, manda que dicha amnistía no puede ser revisada judicialmente y en consecuencia sea de cumplimiento obligatorio por el Poder Judicial. Finalmente, el ámbito de la impunidad de la primera ley -en cuanto al plazo de mayo de 1980 hasta el 14 de junio de 1995- es ampliado con esta segunda ley de impunidad, señalando que alcanzará también a quienes no hayan sido denunciados todavía; es decir que el eventual descubrimiento de los autores de las viejas violaciones de los derechos humanos, de acuerdo a ley ya no serán pasibles de investigación y sanción judicial.

Con esta nueva ley, la Sala Penal por mayoría declara nula la resolución de la jueza Saquicuray, bajo la idea de que los jueces no pueden dejar de aplicar las leyes del Congreso, por que sería quebrar el principio de la separación de poderes; asimismo, manda que sea investigada la jueza Saquicuray por el organismo judicial de control interno, por haber interpretado las normas equívocamente. La decisión judicial de la Sala Penal de la Corte Superior ha sido recurrida ante la Sala Penal de la Corte Suprema, para su revisión judicial, sin que hasta la fecha se haya expedido resolución alguna.

En particular estas dos primeras resoluciones judiciales han generado gran controversia política y

judicial, nacional e internacional, sobre todo por consagrar la impunidad de los funcionarios del Estado, que violaron los derechos humanos de terceros en la lucha contra el cruel y sanguinario terrorismo. En tal sentido, las consecuencias judiciales polémicas de ambas leyes son las que motivan la presente nota; habida cuenta que han puesto sobre el tapete un conjunto de dilemas constitucionales, sobre determinados problemas políticos que han requerido de interpretación constitucional, por parte de la justicia ordinaria, que a continuación se comentan⁽⁴⁾.

II. CONTROL DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDAD.

La Constitución de 1993 ha consagrado el principio de la supremacía constitucional, al establecer en el artículo 51 que la Constitución prevalece sobre toda norma legal, la ley sobre las normas de inferior jerarquía y así sucesivamente. Asimismo, la Constitución ha establecido un sistema de control constitucional mixto. Por un lado, el control abstracto de constitucionalidad de las normas con rango de ley, mediante la declaración de inconstitucionalidad de dichas normas legales que sean contrarias a la Constitución por el fondo o por la forma, según dispone el artículo 200 inciso 4 de la Constitución. Por otro lado, el control difuso de constitucionalidad de las normas legales, en virtud del cual en todo proceso en caso de conflicto entre una norma constitucional y una norma legal, el juez preferirá la primera, dispone el artículo 138 de la Constitución.

Bajo este paraguas constitucional, se habilita tanto al Tribunal Constitucional a declarar con efectos *erga omnes* como inconstitucionales a las leyes que sean contrarias a la Constitución, como se faculta al Poder Judicial a inaplicar al caso concreto que se ventila, las leyes que sean consideradas también como inconstitucionales. Esta potestad de control constitucional, en particular el control difuso, también se extiende a los demás órganos jurisdiccionales que la Constitución reconoce explícita e implícitamente, como a la justicia militar, arbitral o a la justicia electoral; esto sin perjuicio de que en los procesos administrativos contenciosos o no, que se encuentran sometidos directamente al principio de legalidad y en consecuencia al principio de constitucionalidad, también se pueda realizar el control difuso de constitucionalidad de las normas administrativas.

(4) Cfr. GAMARRA, Ronald y MEZA, Robert. Ley de Amnistía (impunidad), Constitución y derechos humanos. Documento de trabajo. IDL, Lima, 1995.

2.1 Sentencia de la Jueza Saquicuray.

Ahora bien, en lo que respecta a la sentencia de primera instancia, la jueza Saquicuray dispuso que «...estando a que la función jurisdiccional se ejerce con arreglo a la Constitución y a las leyes como reza el artículo ciento treintiocho de la Constitución que en caso de existir incompatibilidad entre una norma Constitucional y una norma legal, los Jueces preferirán la primera como se anota en el segundo párrafo de dicho numeral, encontrándose en su función sólo sujeta a la Constitución y a la Ley, como contempla el artículo ciento cuarentiséis inciso primero del mismo cuerpo de leyes, concordante con el numeral Décimo Cuarto de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por todo lo expuesto la juez que suscribe, **DECLARA** : inaplicable el artículo primero de la Ley veintiséis mil cuatrocientos setentinueve al proceso seguido contra Julio Salazar Monroe, Santiago Martín Rivas, Nelson Carbajal García, Juan Sosa Saavedra y Hugo Coral Goycochea...».

Es evidente que la actuación de la juez fue jurídicamente impecable, en tanto ejerció la facultad que confiera la Constitución, a todos los jueces del país, de preferir la Constitución sobre la ley, en caso de conflicto. Discutibles en cambio son sus fundamentos, para determinar en el caso concreto cuáles fueron las incompatibilidades entre la Ley de Amnistía y la Constitución; pero, ello no enerva la condición primera de estar habilitada constitucionalmente para inaplicar una ley de amnistía para violadores de los derechos humanos, que en su juicio de razonabilidad constitucional, era contraria a los valores democráticos de la libertad y de la igualdad, así como a los principios y derechos a la justicia. En tal sentido, «el principio de justicia, se dice, lleva a extremar la preocupación por el caso concreto y declarar la invalidez de todos los actos de los poderes públicos que los desconozcan o que sean resultado, como en el presente caso, de un procedimiento en el curso del cual hayan sido ignorados»⁽⁵⁾.

Asimismo, en su juicio de razonabilidad de la Ley de Amnistía, la jueza Saquicuray intuitivamente apeló a la idea de las garantías institucionales de la Constitución, según la cual, las leyes de desarrollo de la norma suprema, como es el caso de la amnistía dada por

el Congreso, no deben violar los preceptos consagrados en la Constitución.

En efecto, si bien la Constitución confiere al Congreso la potestad de dictar leyes y, en particular, ejercer el derecho de amnistía -artículo 102 incisos 1 y 6-, esto no faculta a la mayoría oficialista a violentar el sentimiento ciudadano compartido de rechazo a la injusticia, que supuso consagrar la impunidad para los violadores de derechos fundamentales. Sobre todo, si la Constitución ha buscado garantizar especialmente a la institución de la justicia en todas sus dimensiones; entonces su supresión por vía legislativa es imposible a riesgo de ser inconstitucional. La garantía institucional de la justicia se basa, pues, en el reconocimiento que de ella se hace en la Constitución, y como tal es una institución jurídicamente reconocida y delimitada, al servicio y los fines de los valores democrático-constitucionales, que no pueden ser contradichos por el legislador⁽⁶⁾.

Entonces, la Ley de Amnistía no puede examinarse desde una perspectiva limitada del derecho de gracia, sino que debe entenderse como una razón derogatoria retroactiva de unas normas y de los efectos punitivos derivados de las mismas, que deben responder a una razón de justicia. En tal sentido, el Tribunal Constitucional de España, en la sentencia 63/1983 del 20 de julio, se adscribe a «la nueva concepción de que la amnistía se tiene en los modernos Estados de Derecho, como instrumento de corrección del Derecho más que como manifestación de una potestad de gracia que excepciona el orden legal»⁽⁷⁾.

En consecuencia, desde el punto de vista del derecho objetivo era ineludible que la jueza Saquicuray prefiriese la norma constitucional sobre la norma legal, por el principio general de supremacía constitucional. De modo que, la jueza estaba facultada para evaluar los actos legislativos del Congreso y cualquier otro de rango legal, en función de su constitucionalidad o inconstitucionalidad. Con las consecuencias que supone que los jueces puedan inaplicar dichas normas legales, sean expedidas por el Congreso, el Poder Ejecutivo o las municipalidades. Esto supone que, mediante el control difuso de la Constitución, los jueces se convierten en los supervisores de la constitucionalidad de los actos legislativos de cualquiera de los poderes públicos.

(5) PECES BARBA, Gregorio. Los valores superiores. Tecnos, Madrid, 1986, págs. 147-148.

(6) Cfr. SCHMITT, Carl. Teoría de la Constitución. Alianza Universidad Textos S.A., Madrid, 1982, págs. 175-177.

(7) LOZANO, Blanca. «El indulto y la amnistía ante la Constitución». En: MARTÍN-RETORTILLO, Sebastián (coordinador). Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría. Tomo II. De los Derechos y Deberes Fundamentales. Civitas, Madrid, 1991, pág. 1038.

2.2 La Sentencia de la Sala Penal de la Corte Superior.

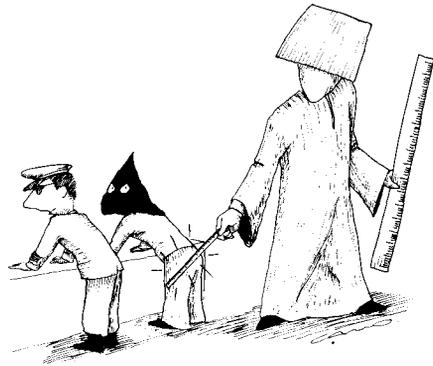
El Estado de Derecho reposa uno de sus principales pilares fundamentales en la función de guardianes de la Constitución que realizan los jueces, mediante el control difuso; de allí que, se hable contemporáneamente ya no del Estado de partidos sino del Estado de los jueces o más comúnmente del gobierno de los jueces. En tal entendido, la dación de la Ley No. 26492, luego de la expedición de la sentencia de la jueza Saquicuray, que obliga a los jueces a abdicar de su atribución constitucional de inaplicar las leyes inconstitucionales, cuando así lo entiendan razonadamente los jueces en un proceso judicial concreto, constituye el cimiento más profundo del edificio a la ignorancia jurídico-constitucional, peor que la propia Ley de Amnistía; por cuanto, mediante una ley ordinaria -falsamente interpretativa- se pretende modificar el segundo párrafo del artículo 138 de la Constitución de 1993.

En tal entendido, la Ley No. 26492 es una norma inconstitucional, por que reforma la Constitución mediante un mecanismo no previsto en el artículo 206 de la norma suprema; lo cual se aprecia sobretodo en el artículo 3 de la Ley cuando señala que: «...interpretase el artículo 1 de la Ley 26479 en el sentido que la amnistía general que se concede es de obligatoria aplicación por los órganos jurisdiccionales...». La interpretación de la mayoría oficialista del CCD, del actual Congreso o de los jueces y vocales no era ni es libre, por que no existen poderes absolutos en el Estado democrático-constitucional, sino que siempre estarán sometidos a las normas vinculantes de la Constitución.

Asímismo, la dación de esta ley complementaria a la de la amnistía ha superado los límites de la interpretación, llegando a la infracción constitucional; por que la Constitución escrita -segundo párrafo del artículo 138 de la Constitución- es un límite infranqueable de la interpretación de la ley. «La existencia de este límite es presupuesto de la función racionalizadora, estabilizadora y limitadora del poder que le corresponde a la Constitución. Dicha función admite la posibilidad de un cambio constitucional (*Verfassungswandel*) por medio de la interpretación; pero excluye el quebrantamiento constitucional (*Verfassungsdurchbrechung*) -desviación del texto al caso concreto- y la reforma de la Constitución por medio de la interpretación»⁽⁸⁾.

No obstante lo señalado, por mayoría los vocales Castillo Dávila y Hurtado Herrera, de la Décimo

Primera Sala Penal de la Corte Superior de Lima, resolvieron el 14 de julio último, declarar aplicable la Ley No. 26479 a los paramilitares de Barrios Altos, además dispusieron la anulación de los antecedentes penales, judiciales y policiales, y mandaron archivar definitivamente la instrucción abierta por los delitos contra la vida, el cuerpo y la salud en la modalidad de asesinato y lesiones graves en agravio de Luis León Borja y otros. Salvó su voto la vocal Luisa Napa Lévano, pidiendo que se confirme la resolución de la jueza Saquicuray, pero declarando que es improcedente y no inaplicable la Ley de Amnistía, para los militares involucrados «...al no darse los presupuestos requisitos exigidos por la referida Ley al caso concreto, debiendo continuar la tramitación de la causa según su estado y ordenando que la jueza cumpla con tramitar la contienda de competencia planteada...».



El razonamiento de los vocales superiores Castillo y Hurtado se basa en la bicentenaria idea de que los jueces son *la bouche de la loi*, es decir que son meros aplicadores de los mandatos legislativos del Congreso. Esta idea de la edad de piedra del Derecho Moderno supone que los jueces no pueden razonar más allá de lo que la propia ley señala, obviando que por encima de la ley y antes que ella se encuentran los jueces obligados a respetar la Ley Suprema Constitucional.

Esta mirada estrecha del Derecho la consagran los vocales en la sentencia en mayoría al establecer que «...la anotada ley 26479 y la ley interpretativa 26492 comportan el ejercicio de una potestad constitucional privada del Congreso Constituyente Democrático con el propósito de lograr un clima de paz, concordia y

(8) HESSE, Konrad. Escritos de Derecho Constitucional. CEC, Madrid, 1983, pág. 54.

reconciliación nacional; que no es propio de la actividad orgánica del Poder Judicial valorar y menos con sentido discrepante de los motivos que determinaron al legislador a tomar esa decisión de carácter esencialmente política...». De modo que la obsecuencia de la función jurisdiccional al poder político, hace que el Poder Judicial abdique de operar como otro poder del Estado que es y que incumpla con su función de administrar justicia, valor fundamental en todo Estado democrático-constitucional⁽⁹⁾.

Al respecto, habría que señalar que la ley si bien es atribución originaria del Congreso no es una potestad exclusiva, sino que es compartida por una pluralidad de organismos con facultades legislativas originarias o derivadas -Poder Ejecutivo, municipios y regiones-. Más aun, los jueces ante leyes límites o de aplicación dubitable deben interpretar la norma, que supone recrearla al caso concreto, sin pretender por ello suplir la función legislativa de los poderes y organismos constitucionales facultados para ello.

Pero, en la resolución en mayoría se deja de lado cuando menos dos preguntas que resultan incómodas para la ideología jurídica aplicada: primero, ¿cómo se condice la idea de que no es propio de los jueces valorar y menos discrepar con los actos legislativos del legislador, en relación con la obligación constitucional de que los jueces deben preferir la norma constitucional sobre la norma legal del Congreso? Segundo, ¿cómo concebir que el valor justicia sea subordinado al de amnistía para quienes han cometido delitos de lesa humanidad, imprescriptibles en las sociedades civilizadas y en el Derecho Internacional?

III. JERARQUÍA CONSTITUCIONAL DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES SOBRE DERECHOS HUMANOS.

3.1 El sistema de fuentes en la Constitución de 1993.

La Constitución contempla derechos subjetivos de las personas y sus garantías, pero también consagra derechos objetivos que se dirigen a cumplir y garantizar el ordenamiento jurídico.

En tal sentido, las fuentes del Derecho constituyen un problema constitucional, desde que ésta se convierte en una norma aplicable directamente y que en consecuencia se puede exigir su cumplimiento. Pero, ello es producto de las transformaciones contemporáneas que hacen de la primacía del Derecho Internacio-

nal Humanitario, la nueva organización territorial, la reducción privilegiada de la ley, y en definitiva el nuevo concepto de Constitución; que han redimensionado las tradicionales concepciones políticas antes que jurídicas de la Constitución y del imperio de la ley. Ellas respondían a una antigua concepción liberal del Estado, centralizado y nacional. Pero el Derecho Público, con las nociones de la incorporación de los tratados internacionales al derecho nacional, el rol del convenio colectivo, la legitimidad de las normas de los organismos descentralizados, las normas del Ejecutivo con fuerza de ley, entre otros, han transformado dicha concepción del viejo Estado, por una moderna noción del Estado Democrático y Constitucional.

Las escuelas jurídicas que han expresado o recogen este problema del nuevo sistema de fuentes del Derecho, son las siguientes:

a) Concepción positivista de Hans Kelsen y la Escuela de Viena, para quienes el sistema normativo es el producto de los sujetos o actos autorizados para crear normas -fuentes de la producción-, las normas que califican a los hechos como normas -fuentes sobre la producción-, y la forma en la que se expresa la norma jurídica.

b) Concepción institucional de Santi Romano, concibe al ordenamiento jurídico, no sólo como un conjunto de normas, sino a todo el conjunto de normas generales y particulares, públicas y privadas, pero en funcionamiento, es decir hay una concepción dinámica del ordenamiento jurídico que mueve a las normas pero también se mueve por ellas.

c) Concepción razonable de Díez-Picazo, que concibe al ordenamiento jurídico no como pura normatividad, sino como un proceso que busca encontrar soluciones justas para los problemas, aquí el material normativo no es lo sustancial, sino meramente instrumental; así el ordenamiento debe tender a ser racional, por necesidad de la coherencia interna del Derecho.

La Constitución de 1993 no se ha adscrito exclusivamente a una de las escuelas o corrientes descritas anteriormente. Más aun no ha previsto orgánicamente las fuentes del Derecho Peruano, tan sólo ha consagrado algunas disposiciones dispersas y algunos principios que se desprenden de ellas; en las cuales se encuentran no sólo elementos de la tradicional concepción positiva, sino también de la corriente institucional al reconocer a los contratos, a los contratos-ley, a las sentencias judiciales y en particular a las

(9) Cfr. PÁSARA, Luis. Jueces, justicia y poder en el Perú. CEDYS, Lima, 1983.

sentencias del Tribunal Constitucional; pero, también en la Constitución se encuentran normas propias de la concepción razonable, cuando tomando como base el pluralismo jurídico, se constitucionaliza el Derecho Consuetudinario de las comunidades campesinas y nativas y se reconocen sus decisiones jurisdiccionales, con el único límite de los derechos fundamentales de las personas.

“...es necesaria la dación de una ley orgánica que regule el derecho de gracia del Congreso -amnistía- y del Poder Ejecutivo -indulto-”

En tal sentido, para ubicar a los tratados sobre derechos humanos en el sistema de fuentes del Derecho Constitucional, se van a utilizar las nociones antes mencionadas. Pero además, es importante distinguir con claridad, en qué niveles normativos se encuentran los tratados -constitucional, legal, administrativo, las normas que a cada una de ellas contienen -resolución legislativa, decreto supremo, resolución, circulares, etc-; los principios de supraordinación que permiten definir la prevalencia de los mismos en caso de conflicto -principio de jerarquía, principio de competencia- y las acciones de garantía que protegen dichos principios -acción de inconstitucionalidad, acción popular y conflicto de competencia-.

3.2 Tratados internacionales en la Constitución de 1993.

La Constitución diferencia tres tipos de tratados⁽¹⁰⁾:

a. Nivel constitucional. Los tratados que afecten disposiciones constitucionales, es decir que contengan

materia constitucional son aprobados mediante el procedimiento reservado para las reformas constitucionales, establecido en el artículo 57, segundo párrafo de la Constitución; es decir, que la resolución legislativa deberá ser aprobada por el Congreso con mayoría absoluta del número legal de sus miembros o, se puede omitir el referéndum cuando el acuerdo del Congreso se obtiene en dos legislaturas ordinarias sucesivas con una votación favorable, en cada caso, superior a los dos tercios del número legal de congresistas. En tal sentido, los tratados que versan sobre derechos humanos, como la Convención Americana de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como la Declaración Universal de los Derechos Humanos, entre otras disposiciones continúan gozando del rango constitucional por la materia⁽¹¹⁾.

En caso de conflicto entre un tratado de materia constitucional y una ley, prima la primera en función del principio de jerarquía constitucional, que no es otro que el de la supremacía constitucional. En tal entendido, los preceptos de la Convención Americana de Derechos Humanos protegen el derecho a la vida positivamente pero también negativamente, violación que se configura cuando la Ley No. 26479 consagra la impunidad de los presuntos responsables de la masacre de Barrios Altos.

Pero, dicha Ley de Amnistía también viola la Constitución directamente, en tanto colisiona con el mandato de que la defensa de la persona humana y el respeto a su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado del artículo 1, el derecho a la vida del artículo 2 incisos 1 y con el deber del Estado de garantizar la plena vigencia de los derechos humanos del artículo 44 del texto constitucional; en cualquier caso, en el supuesto de colisión entre la Ley de Amnistía y los otros derechos, el mejor valor y derecho constitucional es el que proyecte a la vida. Es decir que el derecho de gracia no puede violar el derecho supremo a la vida, por que tiene una *prefered position*, que en el caso concreto es elegir el derecho a la justicia sobre el perdón por los asesinatos cometidos por paramilitares, a través de un juicio justo, porque la vida y la justicia son derechos fundamentales superiores y anteriores al Estado.

Si bien, el artículo 200, inciso 4 de la Constitución dispone genéricamente que contra las normas con

(10) Cfr. RUBIO, Marcial. «El sistema legislativo en la Constitución de 1993». En: Lecturas sobre temas constitucionales. No. 10. CAJ, Lima, 1994, págs. 173-174.

(11) Cfr. O'DONNELL, Daniel. Protección internacional de los derechos humanos. IIDH, Lima, 1988, págs. 18-27. Asimismo, VASAK, Karel (editor). Ensayos sobre derechos humanos, las dimensiones internacionales de los derechos humanos. Volumen I. CAJ, Lima, 1990, págs. 25-36.

rango de ley -incluidas la ley del Congreso y los tratados internacionales, entre otras-, cabe plantear acción de inconstitucionalidad, la vía procesal constitucional la ejercerán quienes tengan la legitimidad procesal activa -v.gr. artículo 203 de la Constitución- ante el Tribunal Constitucional, para interponer una acción de inconstitucionalidad contra la ley que vulnera el tratado de materia constitucional.

El tratado aquí se integra al llamado bloque de constitucionalidad, porque tiene fuerza constitucional, en tal sentido este tratado tiene fuerza activa por que es innovativo del ordenamiento jurídico en su ámbito constitucional y, tiene fuerza pasiva porque resiste a cualquier modificación que pretenda realizar una norma infraconstitucional como la ley. Que el tratado sea aprobado mediante una resolución legislativa del Congreso no enerva su naturaleza constitucional, en ese sentido una ley posterior no modifica a una resolución legislativa, en tanto el tratado haya sido aprobado siguiendo el procedimiento para reformar la Constitución.

Ahora, la pregunta central es si cabe plantear una acción de inconstitucionalidad contra un tratado internacional con fuerza normativa constitucional por violar la Constitución. Si bien teóricamente caben las acciones de inconstitucionalidad contra los tratados, aparece como una pregunta estrictamente académica si es posible de interponer una acción de inconstitucionalidad contra un tratado de materia constitucional, asumiendo que si bien ha sido incorporado al ordenamiento constitucional mediante el mecanismo de reforma constitucional, contraviene otras disposiciones constitucionales supremas.

Pero, es claro que si procedería interponer la acción de inconstitucionalidad si se hubiese violado el procedimiento de aprobación para los tratados con rango y materia constitucional, en tanto que plantea una acción de inconstitucionalidad por violación al fondo de la Constitución, supondría que existan cláusulas pétreas, es decir normas constitucionales que expresamente prohíben su reforma constitucional o, que existen cláusulas constitucionales intangibles que se asientan en la legitimidad social compartida que sostiene al edificio de valores y principios constitucionales; en este caso se estaría ante un debate iusfilosófico y político sobre los fundamentos del constitucionalismo peruano.

b. Nivel Legislativo. Son los tratados aprobados por el Congreso que versan sobre materias específicas

de rango legislativo, como los derechos humanos, la soberanía, dominio o integridad del Estado, la defensa nacional, las obligaciones financieras del Estado, los tributos y los que requieran de medidas legislativas. Pero siempre de rango infraconstitucional, según dispone el artículo 56 de la Constitución. Estos tratados legislativos son aprobados mediante resoluciones legislativas del Congreso.

El principio que sustenta a estos tratados de nivel legislativo en caso de conflicto con otros tratados, será el principio de competencia y no de jerarquía en relación a los tratados administrativos; no obstante que uno sea aprobado por resolución legislativa y el otro por decreto o resolución suprema. Este principio de competencia opera a través de delimitar la lista de materias que le corresponde a cada tipo de tratado, según la Constitución. Los principios y técnicas para la delimitación de las competencias se condensarán en una suerte de **test de la competencia**. Éstos, de manera sintética son:

El principio de unidad constitucional dentro de la diversidad, que supone subordinar el principio de jerarquía al de la competencia, generando una preminencia de los intereses generales del Estado sobre los intereses particulares de los poderes y organismos constitucionales; pero, en el marco de las competencias y atribuciones establecidas dentro del bloque de constitucionalidad, vale decir que existiendo duda sobre el titular de la competencia o atribución se deberá apelar al contenido esencial de las atribuciones.

Pero, si eso fuese insuficiente para delimitar la competencia, tendría que verificarse el principio de la competencia⁽¹²⁾, mediante la lista de materias asignadas a los sujetos constitucionales, en las cláusulas generales, en las competencias exclusivas positivas, en las competencias exclusivas negativas, en las competencias compartidas y en las concurrentes, relativas a materias y a funciones, respectivamente.

En ese sentido, si una materia constitucional fuere motivo de disputa en cuanto a su aprobación entre el Congreso y el Poder Ejecutivo, se presentaría un conflicto de competencia entre ambos poderes, pudiendo cualquiera de ellos interponer ante el Tribunal Constitucional un conflicto de competencia, en virtud del artículo 202, inciso 3 de la Constitución y de acuerdo con la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional; tanto si la disputa es positiva, es decir que los dos poderes pretenden aprobar el tratado por entender cada uno que es su materia; como en el caso de conflicto negativo,

(12) Cfr. VIVER, Carlos y PI-SUNYER. Materias competenciales y Tribunal Constitucional. Barcelona, 1989, y; TOMÁS Y VALIENTE, Francisco. El reparto competencial en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Madrid, 1988.

cuando ambos se niegan a aprobar el tratado por entender que no es materia de su competencia.

Si el supuesto de conflicto se hubiese ya expresado en una norma legal -resolución legislativa- contra ella cabría plantear una acción de inconstitucionalidad, por violación del fondo o la forma de la Constitución, según dispone el artículo 200, inciso 4 de la Constitución.

c. Nivel administrativo. Son los tratados cuyas materias no están contemplados en el nivel legislativo ni constitucional, sino que operando como una cláusula residual el primer párrafo del artículo 57 las define como competencia del Poder Ejecutivo. Es el caso de los tratados internacionales sobre acuerdos arancelarios o de libre circulación de personas y mercaderías entre países, materias propias del Poder Ejecutivo. Estos tratados son aprobados indistintamente en el Perú, mediante decreto supremo, resolución suprema, e inclusive a través de circulares y notas de intercambio entre países.

El principio que opera en caso de conflicto entre diversos tratados que son competencia del Poder Ejecutivo, sería el principio de jerarquía; es decir, que para efectos del derecho público interno, primaria el decreto supremo sobre la resolución suprema, asimismo ésta sobre la resolución ministerial y ésta sobre las circulares y notas, y así sucesivamente. Ahora bien, contra dichas normas que aprueban tratados propios del Poder Ejecutivo, por su naturaleza administrativa, son pasibles de control constitucional; pero, mediante la acción popular que la resuelve el Poder Judicial. En efecto, cabe la acción popular contra los reglamentos, normas administrativas y resoluciones y decretos de carácter general, que infrinjan la Constitución o la ley, cualquiera sea la autoridad de la que emanen, señala el artículo 200, inciso 5 de la Constitución.

Así pues, corresponderá al Poder Judicial realizar el control abstracto de constitucionalidad y legalidad de las normas administrativas que aprueben un

tratado del Ejecutivo, que pueda estar reconociendo privilegios tributarios, en reciprocidad, a los miembros de las misiones diplomáticas con sede en el Perú; por cuanto, la materia tributaria es competencia del Congreso, según dispone la parte final del artículo 56 de la Constitución.

IV. CONCLUSIÓN.

Si «la defensa de la persona humana y el respeto a su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado» y es un deber del Estado «garantizar la plena vigencia de los derechos humanos», como señalan los artículos 1 y 44 de la Constitución, mal puede el Congreso ejercer el derecho de gracia, mediante Ley No. 26479 otorgando amnistía a paramilitares que ocultándose en el anonimato ejecutan extrajudicialmente a civiles en circunstancias pacíficas.

Si a ello se añade la ley de interpretación, Ley No. 26492, que pretende obligar a los jueces a dejar de inaplicar una norma legal de amnistía aunque sea inconstitucional, pese a que están facultados por el artículo 138 de la Constitución, se produce una reforma inconstitucional del texto político del Estado. Lo cual habilita a los jueces a inaplicar dicha ley de interpretación por su manifiesta inconstitucionalidad. En tal sentido, es necesaria la dación de una ley orgánica que regule el derecho de gracia del Congreso -amnistía- y del Poder Ejecutivo -indulto-.

Finalmente, el caso de la sentencia de la juez Saquicuray ha permitido poner en evidencia que los tratados internacionales sobre derechos humanos, forman parte del Derecho nacional; más aún, dichos tratados por su materia tienen jerarquía y fuerza constitucional, de ahí que sean fuente de Derecho supremo, que permite interpretar las normas legales que afecten los derechos fundamentales, según disponen los artículos 55, 57 y la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución. ☞